



**DOTTORATO DI RICERCA IN DISCIPLINE GIURIDICHE
CURRICULUM
SISTEMI PUNITIVI E GARANZIE DEL CITTADINO
AREA DIRITTO PENALE**

XXIX CICLO

**"REATO O PECCATO":
STORIA ED ISTITUTI
DEL DIRITTO PENALE ISRAELIANO
TRA *CIVIL LAW* E *COMMON LAW***

Dott. Jacopo Sipari di Pescasseroli

Chiar.mo Prof. Mario Trapani
Tutor

Chiar.mo Prof. Giuseppe Grisi
Coordinatore

ANNO ACCADEMICO 2016 -2017

Al mio Maestro Mario Trapani

Ai miei genitori e a mio fratello

Alla memoria di mio nonno

PORTIA

*The quality of mercy is not strain'd,
It droppeth as the gentle rain from heaven
Upon the place beneath: it is twice blest;
It blesseth him that gives and him that takes:
'Tis mightiest in the mightiest: it becomes
The throned monarch better than his crown;
His sceptre shows the force of temporal power,
The attribute to awe and majesty,
Wherein doth sit the dread and fear of kings;
But mercy is above this sceptred sway;
It is enthroned in the hearts of kings,
It is an attribute to God himself;
And earthly power doth then show likest God's
When mercy seasons justice. Therefore, Jew,
Though justice be thy plea, consider this,
That, in the course of justice, none of us
Should see salvation: we do pray for mercy;
And that same prayer doth teach us all to render
The deeds of mercy. I have spoke thus much
To mitigate the justice of thy plea;
Which if thou follow, this strict court of Venice
Must needs give sentence 'gainst the merchant there.*

SHYLOCK

*My deeds upon my head. I crave the law,
The penalty, and forfeit of my bond.*

William Shakespeare
The Merchant of Venice, Act 4, Scene 1

**"REATO O PECCATO":
STORIA ED ISTITUTI DEL DIRITTO PENALE ISRAELIANO
TRA *CIVIL LAW* E *COMMON LAW***

INDICE

	<i>pag.</i>
INDICE DELLE ABBREVIAZIONI	I
PREMESSA	IV
INTRODUZIONE	VIII

CAPITOLO I

SEZIONE I

**ORIGINI DEL DIRITTO PENALE ISRAELIANO:
DIRITTO E FEDE, REATO E PECCATO**

1. Alle origini del concetto di "pena" nella terra di Israele	3
2. Il limitato concetto di retribuzione nella legge ebraica: A) Premessa	6

	<i>pag.</i>
2.1 <i>segue</i> : B) Approfondimenti biblici	8
2.2 <i>segue</i> : C) Interpretazione di "occhio per occhio" nella legge israeliana	10
3. Legge Penale e Pena di Morte: percezione popolare e realtà giuridica	
A) Premessa	13
3.1 <i>segue</i> : B) Pena di Morte: ruolo e interpretazione giuridico sociale	16
3.2 <i>segue</i> C) Pena, retribuzione, espiazione	20
4. Il concetto di reclusione nella terra di Israele: A) Premessa	25
4.1 <i>segue</i> Reclusione e legge ebraica	25
4.2 <i>segue</i> : Il periodo della Diaspora	29
5. "Cities of refuge": A) Premessa	30
5.1 <i>segue</i> : B) Condizioni di vita nelle <i>Cities of Refuge</i>	36
6. Riflessioni	39

SEZIONE II

ISRAEL LEGAL HISTORY

1. Eredità giuridiche: A) Premessa.	44
1.1 <i>segue</i> : B) La tradizione giuridica di <i>Common Law</i>	49
1.2 <i>segue</i> : C) La tradizione giuridica ottomana	55
1.3 <i>segue</i> : D) Il dominio Britannico e "l'inglesizzazione del diritto"	59
1.3.1 Diritto penale e <i>Common Law</i>	60
1.4 <i>segue</i> : E) <i>The Declaration of the Establishment of the State of Israel</i>	64
1.5 <i>segue</i> : F) <i>Proclamation</i>	68
2. Il problema costituzionale: A) Premessa	70
2.1 <i>segue</i> : B) Le leggi Fondamentali	72

	<i>pag.</i>
3. Il Codice Penale: Premessa	75
3.1 The Criminal Code Ordinance, 1936	77
3.1.1 <i>segue</i> : Le Fonti del CCO	78
3.1.2 <i>segue</i> : Il problema dell'Interpretazione con la legge inglese. <i>Section 4 CCO</i>	87
3.2 Esigenze di riforma e modifiche sostanziali tra gli anni 1950 - 1970	92
3.3 Analisi e confronto strutturale	99
3.4 <i>segue</i> : La natura dell'incidenza della Norma rispetto al Tempo e al Luogo.	106
3.4.1 Applicazione della legge penale rispetto al tempo	106
3.4.2 Applicazione della legge penale rispetto al luogo	108
3.5 <i>segue</i> : Ulteriori modifiche	117
3.5.1 <i>segue</i> : A) <i>Nullum crimen sine culpa - the mental element of an offence</i>	118
3.5.2 <i>segue</i> : B) <i>la strict liability</i>	122
3.6 Codici a confronto	123
3.7 Novità della riforma penale tra <i>common law</i> e <i>civil law</i>	137
4. Principi costituzionali e diritto penale	139
4.1 <i>segue</i> : A) Libertà	140
4.2 <i>segue</i> : B) Il principio di legalità	142
4.3 <i>segue</i> : C) Human Dignity	145
5. L'interpretazione	145
5.1 <i>segue</i> : A) Influenze di <i>Common law</i>	146
5.2 <i>segue</i> : B) Evoluzione	149
6. La Corte Suprema e la tutela dei diritti costituzionali	158

CAPITOLO II

IL REATO

	<i>pag.</i>
1. Il Reato: A) Premessa	165
1.1 <i>segue</i> : B) Tipologie di Reato	168
1.2 <i>segue</i> : C) Reati e Codice	170
1.3 <i>segue</i> : D) <i>Actus Reus</i>	179
2. Liability requirements: elemento oggettivo - actus reus - physical element	183
3. L'Omissione: A) Premessa	186
3.1 <i>segue</i> : B) Fattispecie omissive: il "duty to act"	188
3.2 <i>segue</i> : C) "The simple crime omission"	191
3.3 <i>segue</i> : D) <i>The Good Samaritan offense</i>	194
4. Il Nesso di causalità	198

CAPITOLO III

LA COLPEVOLEZZA

1. La Colpevolezza: A) Premessa	202
1.1 <i>segue</i> : Mens Rea: Historical Evolution	203
1.2 <i>segue</i> : Mens Rea e Strict Liability	215
2. States of Mind: A) Premessa	221
2.1 States of Mind: B) Intention	224
2.1.1 <i>segue</i> : Evoluzione normativa	226
2.1.2 <i>segue</i> : Criticità	229
2.2 States of Mind: C) Recklessness	236
2.2.1 <i>segue</i> : Recklessness tra soggettività e oggettività	238
2.2.2 <i>segue</i> : Recklessness e codificazione	245

	<i>pag.</i>
2.3 States of Mind: D) Negligence: premessa	247
2.3.1 <i>segue</i> : Negligence: il concetto	250
2.3.2 <i>segue</i> : Negligence: il modello generale	253
2.3.3 <i>segue</i> : Negligence: Legal standards	262
2.4 States of Mind: E) Strict Liability	257
3. Criminal Intent: Analisi	264
3.1 <i>segue</i> : "Foreseeability", "Probability"	266
3.2 <i>segue</i> : "Wilful blindness" e "Knowledge rule"	272
3.3 <i>segue</i> : Mental element	277

CAPITOLO IV

FATTORI CHE ESCLUDONO IL REATO O CHE NE DEGRADANO IL TITOLO

1. Fattori che escludono il reato o che ne degradano il titolo	284
--	-----

SEZIONE I

EXCUSE AND JUSTIFICATION

2. Excuse and Justification: A) Premessa	289
2.1 <i>segue</i> : B) Minority	296
2.2 <i>segue</i> : C) Mental incompetence	298
2.3 <i>segue</i> : D) Lack of control	301
2.4 <i>segue</i> : E) Intoxication	305

SEZIONE II
JUSTIFICATION

	<i>pag.</i>
3. Justification: Premessa	309
3.1. Duress, self-defense and necessity	309
3.2. Duress e Necessity: gli istituti	310
3.3 La legislazione: The Criminal Code Ordinance 1936. Duress and Necessity	315
3.4 Self Defense (or private and public defence)	320
3.4.1 <i>segue</i> : - <i>La self - defense</i> e il codice del 1936. Sviluppi	326
3.4.2 <i>segue</i> : - Emendamento n.37: modifiche	329
3.4.3 <i>segue</i> : - Emendamento n.37: problematiche	337
3.5 Riforma del 1993	342

SEZIONE III
IGNORANCE AND MISTAKE

4. Ignorance and mistake: Analisi degli Istituti	349
4.1 Ignorance of Law as a Defence - Considerazioni generali	352
4.2 <i>segue</i> : Analisi legislativa	354
4.3 Mistake of fact	358
4.4 Mistake of law	364
4.4.1 <i>segue</i> : la "Israel Law" prima del "the New Code"	365
4.4.2 <i>segue</i> : La rivoluzione dopo la riforma	369

CAPITOLO V
FORME DI MANIFESTAZIONE DEL REATO

	<i>pag.</i>
1. Forme di manifestazione del reato: premessa	372
2. Il Tentativo di reato: A) Premessa	373
2.1 <i>segue</i> : B) La disciplina	376
2.2 <i>segue</i> : C) Elemento oggettivo	379
2.3 <i>segue</i> : D) Elemento soggettivo	384
2.4 <i>segue</i> : E) Tentativo di un fatto penalmente inoffensivo	388
2.4.1 <i>segue</i> : Influenza della legislazione inglese. Differenze	389
3. Conspiracy: A) Premessa	393
3.1 <i>segue</i> : B) Influenze legislative inglesi	393
3.2 <i>segue</i> : C) L'accordo criminoso	396
3.3 <i>segue</i> : D) I soggetti	398
3.4 <i>segue</i> : E) L'elemento soggettivo	400
4. Complicity e reato plurisoggettivo: A) L'Istituto	405
4.1 <i>segue</i> : B) L'elemento soggettivo	412
4.2 <i>segue</i> : C) Le forme di responsabilità. Premesse	416
4.2.1 Aiding	417
4.2.2 Instigation	422
4.2.3 Perpetration by means of another	424
4.2.4 Coperpetration	429
4.2.5 Liability for further offences	431
BIBLIOGRAFIA	436
INDICE DELLE PRONUNCE	452

ABBREVIAZIONI

a.	autore
aa.	autori
Aa. Vv.	autori vari
AALR	Anglo-American Law Review
AC	Appeals Cases
AJCL	American Journal of Comparative Law
AJoJ	The American Journal of Jurisprudence
All E.R.	All England Law Reports
All ER	The All England Law Reports
Am. Inst. Crim. L. & C.	American Institute of Criminal Law & Criminology
Am. u.l. rev.	American University Law Review
art.	articolo
artt.	articoli
BCLC	Butterworths Company Law Cases
BHRC	Butterworths Human Rights Cases
BMLR	Butterworths Medico-Legal Reports
c.p.	codice penale

c.p.p.	codice di procedura penale
Calif. l. rev.	California Law Review
Cambridge L.J.	Cambridge Law Journal
Can. J. of L. and J.	Canadian Journal of Law and Jurisprudence
Cardozo L. Rev.	Cardozo Law Review
Cath. U. L. Rev	Catholic University Law Review
CCO	Criminal Code Ordinance
cfr.	confronta
Ch	Chancery
cit.	citato
citt.	citati
CLJ	Cambridge Law Journal (The)
CLR	Criminal Law Review (The)
co.	comma/i
CoLR	Columbia Law Review
Colum. Hum. Rts. L. Rev	Columbia Human Rights Law Review
Con LR	Construction Law Reports
cost.	Costituzione
Cox CC	Cox's Criminal Cases
Cr App R	Criminal Appeal Reports
Cr App R (S)	Criminal Appeal Reports (Sentencing)
Cr. App. R.	Criminal Appeal Reports
Crim LR	The Criminal Law Review
D. D. C	Decision of the Divisional Court
ECHR	European Court of Human Rights Cases
EGLR	Estates Gazette Law Reports
Fam	Family
FCR	Family Court Reports
FLR	Family Law Reports
GCCR	Goode Consumer Credit Reports
Harv. L.R.	Harvard Law Review
Hous. L. Rev.	Houston Law Review
Hum. Rts. & G. L. Rev .	Human Rights & Globalization Law Review
ILJ	Indiana Law Journal
ILY	Israeli Law Yearbook
IM	Iyunei Mishpat
IP & T	Butterworths Intellectual P. and Technology Cases
IRLR	Industrial Relations Law Reports
Is. L.R.	Israel Law Review
Isr S.C.	Israel Supreme Court
ITLR	International Tax Law Reports
J. Crim. l. & Criminology	Journal of Criminal Law and Criminology
JM	Jyunei Mishpat
JP	Justice of the Peace Law Reports
Jrslm. Rev. Legal Stud.	Jerusalem Review of Legal Studies
JVL	Jewish Virtual Library
Law & contemp. probs	Law & contemporary. problems

LGR	Butterworths Local Government Reports
Lloyd's Rep	Lloyd's Law Reports
LQR	Law Quarterly Review
LQR	Law Quarterly Review
LRC	Law Reports of the Commonwealth
LS	Legal Studies
LT	The Law Times Reports
LT (OS)	The Law Times Reports, Old Series
Mich. L. Rev.	Michigan Law Review
MLR	Modern Law Review
MU	Mishpat Umimshal
N. Ill. U. L. Rev.	Northern Illinois University Law Review
N. Ky. L. Rev.	Northern Kentucky Law Review
N.M. L. Rev.	New Mexico Law Review
N.Y.L. Sch. J. Hum. Rts.	New York Law School Journal of Human Rights
N.Y.U. L. Rev.	New York University Law Review
NDLR	Notre Dame Law Review
Ohio N.U. L. Rev.	Ohio Northern University Law Review
Ohio St. J. on Disp. Resol.	Ohio State Journal on Dispute Resolution
Ohio St. L.J.	Ohio State Law Journal
OJLS	Oxford Journal of Legal Studies
OPLR	Occupational Pensions Law Reports
OSJCL	Ohio State Journal of Criminal Law
P. D.	Piske Din (in ebrew)
Pace L. Rev.	Pace Law Review
PLR	Estates Gazette Planning Law Reports
QB	Queen's Bench
RPC	Reports of Patent Cases
S. Cal. Interdisc. L.J.	Southern California Interdisciplinary Law Journal
S. Cal. L. Rev.	Southern California Law Review
SJ[15]	The Solicitors' Journal
STC	Simon's Tax Cases
TC	Official Tax Case Reports
The Independent	The Independent
The Times	The Times
TLR	The Times Law Reports
U. Pa. L.R.	University of Pennsylvania Law Review
U. T. Fac. L Rev	University of Toronto Faculty of Law Review
Utah L. Rev.	Utah Law Review
v.	<i>versus</i>
vol.	volume
voll.	volumi
WLR	The Weekly Law Reports
WLR	Wayne Law Review
WN	Weekly Notes
Yale L.J.	Yale Law Journal

PREMESSA

Il presente lavoro di ricerca è il frutto di diversi mesi presso l'Università di Tel Aviv (TAU), centro di grande fermento culturale e di fervido e incessante studio giuridico.

L'interesse che ha animato la mia analisi del tema qui trattato affonda le proprie radici nella grande curiosità che ha sempre caratterizzato la mia vita di giurista in primo luogo ma, soprattutto, di appassionato studioso di filosofia e teologia.

Ho sempre nutrito una grande attrazione per lo Stato di Israele in generale e per il suo sistema giuridico in particolare, un sistema frutto di un'incredibile stratificazione di storia, religione, filosofia e diritto, di antiche tradizioni e di esigenze di cambiamento.

Affrontare, infatti, un tema di ricerca come questo vuol dire non poter prescindere minimamente dal sostrato filosofico religioso che ha animato, e anima tuttora, in parte, le scelte del legislatore locale. Si è cercato, quindi, prima nell'introduzione e poi nella sezione I del Capitolo I di chiarire proprio queste dinamiche.

Ravvisata la poca omogeneità "storico - giuridica" nei materiali a disposizione e la grande difficoltà relativa al reperimento delle fonti analizzate, totalmente in lingua ebraica o, seppur solo in parte, in lingua inglese, si è cercato di concentrare l'attenzione sui filoni di indagine principali con particolare attenzione all'evoluzione che ha condotto all'attuale struttura sostanziale del Codice Penale Israeliano.

La trattazione è stata pensata come un unico *cursus* che, partendo dai principi di natura filosofica - religiosa che costituiscono la base degli istituti analizzati e senza i quali è impossibile comprendere la *mens* che regola ogni tipo di dinamismo giuridico, potesse approfondire la parte strutturale intrinseca del Codice Penale Israeliano, dal primitivo CCO alle ultime modifiche, dando debito spazio alle problematiche di riforma che hanno portato all'attuale formulazione, pregna di quella commistione propria di un sistema misto come appunto quello oggetto del presente lavoro.

Dopo un primo capitolo che ha abbracciato i principi base e la struttura codicistica, i successivi 4 capitoli si sono concentrati su quattro temi fondamentali di Parte Generale: il Reato, la Colpevolezza, i Fattori che escludono il Reato o ne degradano il titolo e le relative sue forme di manifestazione.

Si è cercato quindi di affrontare ogni argomento tematico secondo la stessa struttura di analisi in modo che, con una certa linearità, si potesse comprendere l'indagine storico-giuridica, la legislazione presente, gli eventuali parallelismi e le relative differenze sistemiche secondo quello che costituisce l'oggetto primario di questo lavoro di ricerca: la descrizione di un sistema che può ben dirsi a cavallo tra *common law* e *civil law* con tutte le specifiche e le eccezioni che ciò comporta.

Si tenga presente che il lavoro è stato svolto, principalmente, consultando le fonti in originale e, soprattutto, nel caso di fonti in lingua ebraica, si è cercato di attenersi per quanto possibile ad una traduzione che potesse, con la maggior

precisione consentita dalla lingua, avvicinarsi al significato proprio dei termini utilizzati. La dove necessario, si è preferito lasciare anche l'indicazione in lingua originale.

Senza alcuna presunzione di completezza, si spera di aver definito un quadro per quanto possibile lineare di un sistema in continuo e dinamico movimento.

Vorrei, a questo punto, al termine di questi bellissimi anni di ricerca, ringraziare debitamente tutti i miei colleghi della cattedra di Penale, primi fra tutti gli amici neo magistrati Valerio Medaglia ed Elisabetta Stampacchia, con i quali ho potuto costruire, in questi anni, legami di profonda amicizia. Unitamente a loro, il mio pensiero va al sempre gentilissimo dott. Stefano Passera, che mi ha assistito con grande professionalità e simpatia durante tutto il periodo della ricerca.

Sono particolarmente grato agli Eccellentissimi Professori Aharon Barak, Itzhak Kugler e Miri Gur-Arye, della *The Hebrew University of Jerusalem*, autentiche colonne del diritto israeliano, a Miss. Abigail Yohanan del *The Israel Democracy Institute*, al Prof. Shay Wozner e al dott. Ori Keidar della *The Buchmann Faculty of Law di Tel Aviv*, a Miss. Michal Gordon Keret e a Miss. Hagar Wurm dell'*Università di Tel Aviv*, per avermi aiutato in vario modo, sostenendo le mie ricerche.

Un grazie dal profondo del cuore al mio fratellino Niccolò, da sempre mio compagno di "amore per la cultura" e ai miei genitori, Silvana e Antonello, che hanno dedicato la loro vita a quello che sono oggi, ripetendomi sempre, con profonda convinzione, che la curiosità e l'amore per la conoscenza, che da questa non può che derivare, costituiscano, davvero, il segno più grande della nostra umanità.

La mia più profonda gratitudine al mio Maestro, il Prof. Mario Trapani, vero esempio di straordinaria umanità e infinita onestà morale e intellettuale, che è stato per me, in questi anni, non solo la più grande delle guide nello studio e nella ricerca ma, cosa più importante, il mio più grande supporto, baluardo e sostegno nella vita di tutti i giorni, trasmettendomi costantemente, come solo i grandi

maestri sanno fare, non solo l'amore per la conoscenza ma, soprattutto, quello per la vita, unitamente alla forza per dare sempre voce a quello che si ha davvero nel cuore e nella mente, nella ferma convinzione di vivere costantemente nella libertà di essere sempre se stessi.

Un pensiero finale al mio nonno romano, Angelo, che avrebbe tanto voluto leggere questa Tesi e il cui ricordo costante costituisce la brace più ardente del mio essere così innamorato della bellezza della cultura.

*Orribil furon li peccati miei;
ma la bontà infinita ha sì gran braccia,
che prende ciò che si rivolge a lei.*

Dante Alighieri
Divina Commedia, Purgatorio, Canto III

"When the State of Israel has its shate of thieves prostitutes, and thugs, then it will be a normal state like all others" con queste parole una delle più influenti personalità del mondo israeliano, Ben Gurion, desiderava descrivere Israele come una nazione "normale" tra gli altri Stati. In realtà, la sua affermazione cozza radicalmente con quello che è, in fin dei conti, il principio portante di tutta la struttura della filosofia giudaica.

Dobbiamo, infatti, partire dal presupposto che alla base di ogni pensiero israeliano, sia esso legale sia esso meramente culturale, c'è il generale e irrinunciabile concetto di essere nient'altro che la manifestazione più vicina a Dio sulla terra: un popolo che, proprio per volontà di Dio, è stato "scelto" tra una moltitudine di altri popoli.

Ciò premesso, com'è possibile che questo popolo, così vicino a Dio e alla sua immensa bontà, possa concepire l'idea del crimine o immaginarlo, come diceva lo stesso Ben Gurion, "elemento caratterizzante del proprio vivere sociale"?

Questo è proprio il punto da cui bisogna partire per comprendere le dinamiche di questo lavoro di ricerca e che ne costituisce la parte indubbiamente più affascinante: un misto di realtà e idealismo, di ciò che è e di ciò che dovrebbe essere, un punto sospeso tra il regno degli uomini e il regno dei cieli.

E' necessario, quindi, contestualizzare i termini fondanti del nostro lavoro all'interno di queste dinamiche sociali partendo, rapidamente, dalla considerazione di cosa sia "*crime*", non tanto in termini assoluti quanto in questo preciso e ben definito contesto.

Crime è molto di più di un comportamento meramente antisociale, considerato il fatto che nel linguaggio comune molte cose vengono definite "antisociali" ma non per questo sono *crimes*; allo stesso modo, è sicuramente meno di un comportamento antisociale ordinario, considerato che, perché possa dirsi *crime*, è necessario che venga descritto secondo parametri ben definiti dal legislatore.

Il problema di Israele con il termine *crime* nasce proprio alla base: il termine linguistico, infatti, non appartiene alla tradizione giuridica giudaica.

Non appare, infatti, mai nella *halakhah*. Il termine è nostro, è latino, continentale e proprio attraverso la tradizione romana ebbe a depositarsi nel sostrato dogmatico del britannico *common law* dove comunque non assunse quel significato strettamente tecnico di ciceroniana memoria quanto, piuttosto, quello di generica violazione di legge, tanto umana che divina, senza altra indicazione di sorta.

Gli ebrei hanno, invece, sempre e da sempre, parlato di *chait, averah. peshah*, di peccato in generale insomma, per i quali chiedere *ashamnu, bagadnu, gazalnu, debarnu dofi*. Crimine è un termine "secolare", peccato un termine "religioso". Gli ebrei si sono sempre, pertanto, ritenuti dei peccatori: i criminali erano altri, gli altri popoli. Qui entra in gioco il paradosso del diritto penale israeliano: quando il peccato diventa *crime* e *crime* diventa peccato.

Il *crime* non è altro che "the commission of an act that is forbidden or the omission of a duty that is commanded by a public law and that makes the offender liable to punishment by that law¹". Dalla nozione indicata risulta fondamentale comprendere come il reato non sia altro che ciò che è definito tale da un *public body* e da tale *body* punito. Il legame tra la definizione del termine e la *punishment* è fondamentale: senza sanzione il *crime* diventa "a grave offence especially against morality²".

E' chiaro che essendo reato ciò che viene definito tale dal corpo sociale esso può cambiare in base al luogo e in base al tempo, come del resto avviene anche nei confronti delle contravvenzioni alla morale. Entrambi sono frutto dell'umana riflessione.

Il peccato, invece, è altra cosa. Una vecchia edizione della *Jewish Encyclopedia* dipinge la differenza tra reato e peccato in questo modo:

"Crime is an act forbidden by human Law and punished human authority, in contrast to sinful acts which are thought to be evil in the eyes of God".

A parte l'elemento prettamente poetico, l'idea di *evil in the eyes of God* fa comprendere a pieno l'idea di qualcosa che non si può cambiare. L'*averah*, la *pesha*, la *chait* è qualcosa proibito dalla Torah e la Torah proviene da Dio e poichè Egli non cambia, la Torah non cambia e così il peccato resta peccato. Un grande filosofo medievale, Efodi, che visse attorno al 1391 e fu un grande commentatore dell'opera di Maimonide, *Guide for the Perplexed*, analizzò con particolare attenzione un passo dell'opera del grande maestro, il "Capitolo Secondo" della Prima Parte, dove si diceva che bisognava compiere una distinzione di base tra le cose che sono "vere o false" e quelle che sono "buone o cattive", inserendo queste ultime nella categoria definita *mefursamot*, o "convenzionali", "apparenti" verità. Efodi sulla questione commentava che se non ci fossero le persone al mondo non

¹ KRAVITZ L., *What is Crime?*, in *Crime and Punishment in Jewish Law*, 1999, p. 22.

² *Ibidem*

ci sarebbero *mefursamot* e che "buono" e "cattivo" sono solamente *haskamat anashin*, umane convenzioni³.

Tutto ciò ci serve per comprendere come, secondo la filosofia ebraica, se il buono e il cattivo sono determinati da umane convenzioni, ne consegue che ciò che è considerato *crime* è a sua volta una umana convenzione⁴.

Il principio è proprio questo: sulla base del discorso fatto fino ad ora, noi uomini siamo la fonte di ciò che è buono e ciò che non lo è, poiché percepiamo questi valori in termini di mera convenzione spazio - temporale. Dio è la fonte di ciò che è vero e di ciò che non lo è.

Tutto questo ci fa comprendere la differenza filosofica di base di tutta la struttura del diritto penale israeliano che da questa fonte prende origine: la difficoltà dello Stato di Israele di produrre una sistematica penale organizzata, derivante dalla mancanza di una radicata filosofia penale, come noi la intendiamo, è data da queste considerazioni di base che impediscono che l'uomo possa stabilire ciò che è vero e ciò che non lo è.

Come fare, dunque, a individuare una punizione quando non si è in grado di definire al principio la giusta risposta? Solo Dio può. E cosa è il diritto penale se non l'individuazione di ciò che è vero, ciò che è giusto, ciò che è immutabile? Noi possiamo occuparci di ciò che è buono e di ciò che non lo è, ma non di ciò che è vero.

Ecco il paradosso israeliano: la società esige l'esercizio del diritto e della punizione laddove la libertà umana abbia fallito l'esercizio più alto dello spirito, ovverosia, il seguire il vero, il precetto di Dio.

Ecco che il peccato diventa reato e il reato diventa peccato.

E l'uomo, dunque, diventa Dio?

³ EFODI IN MAIMON, *Hasefardi b'haatakat Shemuel Ibn - Tibbon*, Vol. 1 (Gerusalemme) 1960, p. 16b

⁴ RASHI su *Genesi* 1:1

CAPITOLO I

SEZIONE I

ORIGINI DEL DIRITTO PENALE ISRAELIANO: DIRITTO E FEDE, REATO E PECCATO

CAPITOLO I

SOMMARIO: SEZIONE I - Origini del diritto penale israeliano: diritto e fede, reato e peccato - 1. Alle origini del concetto di "pena" nella terra di Israele". - 2. Il limitato concetto di retribuzione nella legge ebraica: A) Premessa. - 2.1 *segue*: B) Approfondimenti biblici. - 2.2 *segue*: C) Interpretazione di "occhio per occhio" nella legge israeliana. - 3. Legge Penale e Pena di Morte: percezione popolare e realtà giuridica. A) Premessa. 3.1 *segue*: B) Pena di Morte: ruolo e interpretazione giuridico sociale. - 3.2 *segue* C) Pena, retribuzione, espiazione. - 4. Il concetto di reclusione nella terra di Israele: A) Premessa. - 4.1 *segue* Reclusione e legge ebraica. - 4.2 *segue*: Il periodo della Diaspora. - 5. "Cities of refuge": A) Premessa. - 5.1 *segue*: B) Condizioni di vita nelle *Cities of Refuge*. - 6. Riflessioni.

SEZIONE II - Israel legal history - 1. Eredità giuridiche: A) Premessa. - 1.2 *segue*: B) La tradizione giuridica di *Common Law* - 1.3 *segue*: C) La tradizione giuridica ottomana - 1.4 *segue*: D) Il dominio Britannico e "l'inglesizzazione del diritto". - 1.5 *segue*: E) *The Declaration of the Establishment of the State of Israel* - 1.6 *segue*: F) *Proclamation* - 2. Il problema costituzionale: A) Premessa. - 2.1 *segue*: B) Le leggi Fondamentali. - 3. Il Codice Penale: A) Premessa. - 3.1 *segue*: B) Analisi e confronto strutturale. - 3.2 *segue*: C) La natura dell'incidenza della Norma rispetto al Tempo e al Luogo. - 3.2.1 *segue*: applicazione della legge penale rispetto al tempo. - 3.2.2 *segue*: applicazione della legge penale rispetto al luogo. - 3.3 *segue*: D) Ulteriori modifiche. - 3.4 *segue*: E) *Nullum crimen sine culpa* - *the mental element of an offence*. - 3.4.1 *segue*: la *strict liability*. - 3.5 Codici a confronto. - 3.6 Novità della riforma penale tra *common law* e *civil law*. - 4. I principi base del diritto penale israeliano: A) Premessa. - 4.1 *segue*: B) Il principio di legalità. - 4.2 *segue*: C) L'interpretazione. - 4.3 *segue*: D) La teoria della pena. - 5. La Corte Suprema e il sistema giudiziario - 6. Problemi di sociologia criminale.

SEZIONE I

Origini del diritto penale israeliano: diritto e fede, reato e peccato

SOMMARIO: 1. Alle origini del concetto di "pena" nella terra di Israele". - 2. Il limitato concetto di retribuzione nella legge ebraica: A) Premessa. - 2.1 *segue:* B) Approfondimenti biblici. - 2.2 *segue:* C) Interpretazione di "occhio per occhio" nella legge israeliana. - 3. Legge Penale e Pena di Morte: percezione popolare e realtà giuridica. A) Premessa. 3.1 *segue:* B) Pena di Morte: ruolo e interpretazione giuridico sociale. - 3.2 *segue:* C) Pena, retribuzione, espiazione. - 4. Il concetto di reclusione nella terra di Israele: A) Premessa. - 4.1 *segue:* Reclusione e legge ebraica. - 4.2 *segue:* Il periodo della Diaspora. - 5. "Cities of refuge": A) Premessa. - 5.1 *segue:* B) Condizioni di vita nelle *Cities of Refuge*. - 6. Riflessioni.

1. Alle origini del concetto di "pena" nella terra di Israele - Comprendere l'evoluzione e la relativa ricchezza del patrimonio filosofico - socio - penalistico della tradizione israeliana non è di certo cosa da poco. Lo Stato di Israele, come lo conosciamo oggi, benché sia di recente costituzione, rappresenta, indubbiamente, una delle realtà socio - giuridiche più interessanti dal punto di vista dogmatico per la sua intensa evoluzione storia, sociale e politica.

Cercare di delineare i tratti che hanno condotto all'attuale modo di pensare il diritto penale necessita una previa indagine di quelle fonti **Il concetto di "pena"** che hanno condotto questo sistema giuridico a strutturarsi come oggi noi possiamo osservarlo, con tutti i suoi limiti e le sue interessanti dinamiche. E' indubbio che la ricchezza storica che le attuali norme penali emanano, per quanto queste possano essere imprecise giuridicamente, sia frutto di un interessante pensiero evolutivo che non può rimanere inesplorato.

Partiamo intanto da un primo punto d'indagine: è assolutamente semplicistico ridurre il pensiero ebraico sul diritto criminale alla *Bibbia*.

Una delle fonti comunemente invocate per difendere l'ideologia retributiva e le pratiche di condanna più dure è, infatti, proprio la Bibbia ebraica, conosciuta da noi "occidentali" come il Vecchio Testamento.

Il termine "giustizia del Vecchio Testamento" è diventato, universalmente, sinonimo di punizione dura e severa. Anche coloro che non hanno mai letto la *Torah* (i primi cinque libri della Bibbia ebraica, dove si trova la maggior parte della ricchezza giuridica del popolo ebraico) hanno familiarità con la più famosa delle sue espressioni "giuridiche":

"occhio per occhio, dente per dente"

e sarebbe sicuramente una falsità non ricordare quanti casi siano presenti nella *Torah* in cui la soluzione penale apportata sia proprio la pena di morte.

Dobbiamo comunque partire dal primo punto di analisi, ovverosia, dalla necessità di contestualizzare l'ambito di sviluppo di questa legge, rivolta essenzialmente ad un popolo che, storicamente, manifestava delle esigenze chiaramente diverse da quelle attualmente necessitate dallo Stato di Israele.

In ogni caso, si deve prendere in considerazione il fatto che fin dal principio, secondo le fonti più antiche nella tradizione ebraica, la *Torah scritta* non è mai stata creata per essere letta da sola. Piuttosto, era solo un punto di partenza per l'apprendimento della legge orale che ha integrato e, talvolta, anche soppiantato il testo originario.

Un conto, cioè, è ciò che è "teologico", un conto è ciò che è "storico": per quanto ne sappiamo, la maggior parte delle leggi penali apparentemente dure nella *Torah* non è mai stata applicata letteralmente, neanche nella società di origine. Così, "occhio per occhio", correttamente intesa attraverso la lente della Legge orale, non è mai stata concepita perché si operasse un'effettiva mutilazione di un trasgressore. Piuttosto, era interesse generale che si commutasse la cosa in un mero risarcimento del danno. Allo stesso modo, anche se la *Torah* è piena di reati che comporterebbero la pena di morte, la *Jewish Law*¹ conteneva così tanti

¹ Il termine "Jewish law" potrebbe riferirsi ad un indefinito numero di cose: *Biblical law; Talmudic law; post-Talmudic rabbinic law* o anche a "the law governing the modern state of Israel". Qui, il

procedimenti e garanzie procedurali per gli imputati criminali che raramente si raggiungeva l'effettiva esecuzione.

Nella legge ebraica, *la restituzione, la riabilitazione e l'espiazione* (qualcosa di simile alla *riabilitazione spirituale* nella filosofia ebraica) e non le mere punizioni erano *gli scopi primari delle sanzioni penali*. Inoltre, il carcere come "modalità di pena" non era praticamente mai applicato. Poche volte le carceri erano indicate come pena nella legge ebraica e tutte le volte il loro uso veniva difficilmente autorizzato o limitato a particolari e circoscritte situazioni.

**Il "senso"
della pena**

Dal punto di vista sociologico, è molto interessante leggere le alternative alla reclusione già in vigore nei tempi antichi presso il popolo ebraico, alternative che comportavano, certamente, la limitazione della libertà personale pur nel rispetto del principio generale di umanità:

1) Un primo esempio è la "*città del rifugio*", dove venivano esiliati gli assassini. A differenza delle prigioni moderne dove i detenuti sono tenuti in isolamento, senza un'effettiva volontà di recupero considerato l'ambiente assolutamente improduttivo, queste città erano, invece, pensate come luogo di effettiva redenzione in cui i trasgressori avrebbero, comunque, dovuto lavorare, imparare e interagire con una comunità di modelli positivi. Riabilitazione ed espiazione erano di primaria importanza.

2) Un'altra punizione alternativa prevedeva la "*servitù per debiti*" attraverso la quale il soggetto avrebbe potuto ripagare il torto con il lavoro, sempre e comunque con l'obbligo per il "padrone" di trattare il "ladro" con dignità pari o superiore alla sua stessa famiglia.

Non è sorprendente che il diritto penale ebraico, alla luce di quanto fin ora indicato, difficilmente avrebbe potuto sopportare l'idea del carcere "fine a se stesso" considerata l'espressa volontà di promuovere la riabilitazione e l'espiazione.

termine viene a riferirsi alla Biblical law come sviluppatasi in primis nel Talmud "since this is the oldest surviving Biblical commentary and since its purpose to record traditions existing in ancient Israel prior to the Jews' expulsion in seventy C.E." cfr. PRITIKIN M., *Punishment, prisons, and the bible: does "old testament justice" justify our retributive culture?* in *Cardozo law review*, Vol. 28:2, 2000 p. 716.

La base della filosofia israeliana è quella di vedere tutto impegnato o indirizzato verso uno scopo, un fine che giustifica l'agire quotidiano.

Il fine ultimo della creazione è il genere umano. Lo scopo dell'umanità, a sua volta, è quello di servire Dio, scopo che le persone realizzano in primo luogo attraverso l'interazione con il prossimo. Quando qualcuno non riesce in quel servizio, deve espiare in modo da purificare la sua anima, non per il gusto di "settling a score" con la società ma a proprio esclusivo vantaggio.

Bloccare qualcuno in una cella, senza utilizzare il proprio tempo di confinamento per migliorare l'anima e renderlo migliore come membro della comunità comporterebbe la più grave delle sconfitte.

Molte delle caratteristiche delle pene di cui sopra sono state progettate per una comunità di alleanza i cui membri desiderano obbedire alla legge di Dio, motivo per cui una tale visione non sarebbe assolutamente applicabile alla società attuale, israeliana o occidentale che sia.

Sarebbe inimmaginabile pensare, per una serie di cose, che un ladro possa lavorare presso una famiglia per espiare le proprie colpe verso se stesso e verso la società. Ecco quindi come in realtà, sulla base di queste poche iniziali nozioni, si comprenda immediatamente quale possa essere l'origine reale dell'attuale sistema penale israeliano.

2. Il limitato concetto di retribuzione nella legge ebraica: A) Premessa. -

Cercando ora di comprendere, quindi, con maggiore precisione quale sia la fonte dell'attuale spirito sociologico alla base della legge penale in Israele, torniamo al principio che di solito viene utilizzato per sintetizzare, erroneamente, il criterio socio - penalistico israeliano: il noto brocardo "occhio per occhio, dente per dente" che costituisce elemento costante nella *Torah*².

Pena come retribuzione?

² Cfr. *Exodus* 21:23-25; *Leviticus* 24:19-20; *Deuteronomy* 19:18-21.

Durante l'evoluzione strutturale che ha portato alla riforma degli anni novanta del codice penale, non sono mancati numerosi giudici, soprattutto nel Sud del paese, che hanno cercato, in conformità con questo versetto biblico, di delineare una stretta nella concezione stessa della pena nel diritto criminale, privilegiando un atteggiamento molto duro e severo che, in alcuni casi, non è andato lontano dalla richiesta dell'applicazione della pena di morte³.

E' innegabile che, soprattutto secondo la dottrina più conservatrice del paese, la frase biblica di cui sopra non potesse che essere chiara espressione della "dura vendetta" che il Dio dell'Antico Testamento aveva più volte manifestato⁴.

Anche la tradizione più liberale, in parte, tendeva a propugnare questa interpretazione severa della lettera biblica⁵.

Innegabile è che, anche nella generale considerazione popolare⁶, il "Dio - legislatore penale" dell'Antico Testamento è notoriamente sempre apparso come severo esecutore di pene dure al fine di "retribuire il male con il male".

³ Cfr. PRITIKIN M., *Punishment, prisons, and the bible: does "old testament justice" justify our retributive culture?* cit.: "State v. Rouse, 451 S.E.2d 543, 562 (N.C. 1994) (prosecutor's statement to jury that "eye for an eye" was appropriate basis for inflicting death penalty was not error); State v. Shurn, 866 S.W.2d 447, 464 (Mo. 1993) (en banc) (prosecutor's use of "eye for an eye" in closing argument in first-degree murder case was not plain error); Christenson v. State, 402 S.E.2d 41, 50 (Ga. 1991) (on appeal from death sentence, holding that "prosecutor did not argue impermissibly by explaining 'retribution' as '(w)hat we learned in Sunday School as an 'eye for an eye and a tooth for a tooth.'"); Thompson v. State, 581 So.2d 1216, 1243 (Ala. Crim. App. 1991) (affirming capital murder conviction and finding no error in prosecutor's use of "eye for an eye" in closing argument)".

⁴ Cfr. CLIFFORD FISHMAN, *The Mirror of Justice Lecture: Old Testament Justice*, 51 CATH. U. L. REV. 405, 405-06 n.4 (2002); cfr. anche SISTER GRACE W. WALLE, *Doing Justice: A Challenge for Catholic Law Schools*, 28 ST. MARY'S L.J. 625, 626 (1997) (dove si critica la tendenza a considerare "Old Testament justice" come "synonymous with vengeance").

⁵ Cfr. FRIEDLANDER R. A., *Punishing Terrorists: A Modest Proposal*, 13 OHIO N.U. L. REV. 149, 150 (1986): "Old Testament justice. In short, what I am recommending is not only the death penalty for terrorists who cause loss of life in any fashion, but also for the court's capital sentence to be carried out via public execution. Humiliate the terrorists. Shame them. Degrade them. Treat them as the monsters that they really are."; NEWTON Brent E., *A Case Study in Systemic Unfairness: The Texas Death Penalty, 1973-1994*, 1 TEX. F. ON C.L. & C.R. 1, 2 (1994): "Texas' shameful experience in implementing the death penalty" in part on "the confluence of southern notions of Old Testament justice and western notions of frontier justice"; WILLSON M. J., *A View of Justice in Shakespeare's The Merchant of Venice and Measure for Measure*, 70 NOTRE DAME L. REV. 695, 721 (1995): "Mr. Calder's and Ms. Downie's respective portrayals of Shylock and Portia [in "The Merchant of Venice"], masterfully contrasted the Old Testament and New Testament notions of justice. Calder played Shylock as an embodiment of the Old Testament 'justice' which was an 'eye for an eye.' In contrast, Downie's Portia, like Christ in the New Testament, eloquently entreated Shylock to show mercy" e anche "Envisioning retribution as 'an eye for an eye' makes the other purposes of punishment look good".

La base distintiva fra tradizione giudaica da una parte e cristiana dall'altra starebbe proprio là: occhio per occhio contro il "porgi l'altra guancia", espressione compassionevole e benevolente del Dio Cristiano del Nuovo Testamento⁷.

Chiaramente non è possibile accontentarsi di semplici riflessioni superficiali ma è necessario indagare più profondamente la questione alla luce soprattutto delle odierne risultanze giuridico - penali.

2.1 segue: B) Approfondimenti biblici - Secondo la tradizione ebraica, Mosè ricevette la Torah - i primi cinque libri della Bibbia⁸- da Dio sul monte Sinai nel 1313 A. C. Purtroppo pochi sanno che in realtà quel giorno Mosè ricevette qualcosa di ancora più prezioso: una molto più dettagliata *Oral Law*⁹ che è stata tramandata di generazione in generazione di pari passo con la *Torah*.

**Evoluzione
biblica del
concetto di
pena.**

⁶ Cfr. LIAM CLARK, ARDOYNE: *The Bitter Heart of a Divided Province*, SUNDAY TIMES, Sept.9, 2001, at News Review 7: "[s]ome have already told the press to expect Old Testament justice—an eye for an eye"; LEWIS A., *Abroad at Home: Life and Death*, N.Y. TIMES, Apr. 23, 1992, at A25: "A young man demonstrating outside the San Quentin prison wore a T-shirt saying 'Gas Killer Harris' and carried a sign quoting the Old Testament: 'Thou shalt give life for life, eye for eye.'" Cfr. anche HITCHENS C., *Scenes from an Execution*, VANITY FAIR, Jan. 1998, at 30, 40: "approximately one hundred thousand convicted murderers stockpiled in the American prison system" as "a saturnalia of eye for eye and tooth for tooth".

⁷ THE NEW OXFORD ANNOTATED BIBLE WITH THE APOCRYPHA: REVISED STANDARD VERSION, *Matthew* 5:38-40 (Michael Cogan ed., 3d ed. 2001): "You have heard that it was said, 'An eye for an eye and a tooth for a tooth.' But I say to you, Do not resist an evildoer. But if any one strikes you on the right cheek, turn to him the other also"); cfr. EISENSTAT S., *Revenge, Justice and Law: Recognizing the Victim's Desire for Vengeance as Justification for Punishment*, 50 WAYNE L. REV. 1115, 1159 (2004): "[T]he concepts of justice and retribution are recognized in the Old Testament of the Bible, while in the New Testament, the virtues of redemption and forgiveness are extolled". *Contra* ELLIOT N. DORFF & ARTHUR ROSETT, *A living tree: the roots and growth of jewish law* 181 (1988): "The words and the context indicate that this is advice to individuals; it is not clear that Jesus would organize a society on this basis".

⁸ "The English names of the first five books are Genesis, Exodus, Leviticus, Numbers, and Deuteronomy. "Torah" (literally, "teaching" or "instruction") is sometimes also used to refer to the complete Hebrew Bible, or to all the teachings of the Jewish legal tradition" in SUZANNE LAST STONE, *In Pursuit of the Counter-Text: The Turn to the Jewish Legal Model in Contemporary American Legal Theory*, 106 HARV. L. REV. 813, 816 n.13 (1993).

⁹ Cfr. Rabbi MOSES BEN MAIMON (RaMBaM), MISHNAH TORAH ["Repetition of the Torah"] (Rabbi Eliyahu Touger trans., 1989) *Hilchot Yesodei HaTorah*: "The Laws [which are] the Foundations of the Torah" e ancora "The mitzvah given to Moses at Mount Sinai were all given together with their explanations, as implied by *Exodus* 24:12: 'And I will give you the tables of stone, the Torah, and the mitzvahs.' 'The Torah' refers to the written law; 'the mitzvah' to its explanation. God commanded us to fulfill the Torah according to the instructions of 'the mitzvah.' 'The mitzvah' is called the Oral Law." e ancora "Rambam, also known as Maimonides, was the

Tra il 200 e il 500 D.C., grandi parti di questa tradizione orale sono stati messi per iscritto in una composizione oggi meglio nota come Talmud ¹⁰ . Il rapporto tra la *Torah scritta* e la legge orale è ricco e complesso. Il rapporto è riducibile a quello che c'è tra una conferenza e i suoi atti.

Questo ci illustra bene il significato della visione tradizionale ebraica per cui ciò che conta non è quello che è scritto ma ciò che è tramandato sull'interpretazione di ciò che viene scritto¹¹. La legge orale non è una fonte secondaria il cui scopo è quello di illuminare un testo primario. E' la fonte primaria. La tradizione ebraica non abbraccia un'interpretazione letterale della Torah scritta e ciò non è sorprendente, giacché la Torah non è un testo che si presta a qualsiasi "senso comune":

a) In primo luogo, la Torah è scritta in ebraico, un linguaggio che permette intrinsecamente grandi ambiguità circa la struttura della frase, coniugazioni di verbi, e così via¹²;

b) In secondo luogo, la variante dell'ebraico biblico contiene ambiguità aggiuntive che non sono presenti nell'ebraico moderno¹³;

c) In terzo luogo, i rotoli della Torah sono scritti senza punteggiatura o vocali; la mancanza di punteggiatura, per non parlare della mancanza vocalica,

great twelfth-century Jewish commentator, and the Mishnah Torah was his effort to organize and systematize the Oral Law. All references to the Rambam's Mishnah Torah herein will be to the section name, chapter, and paragraph number, and page number".

¹⁰ Si ricordi come in realtà esistano due differenti versioni del Talmud, una compilata a Gerusalemme ed una, molto più comprensibile, a Babilonia. Noi ci riferiamo chiaramente alla seconda.

¹¹ IRENE MERKER ROSENBERG & YALE L. ROSENBERG, *Lone Star Liberal Musings on "Eye for an Eye" and the Death Penalty*, 1998 UTAH L. REV. 505, 510.

¹² LUBA UVELELER & NORMAN M. BRONZNICK, HA YESOD, *Fundamentals of hebrew* 92 (1998): "Hebrew has only one imperfect verb tense for unaccomplished activity. Thus, the word *yizkor*, from the infinitive *lizkor* ("to remember") could mean "he will remember" (future indicative), "that he remembers" (subjunctive), "may he remember" (optative), or "he shall remember!" (cohortative)".

¹³ Cfr. ETHYL SIMON, IRENE RESNIKOFF & LINDA MOTZKIN, *The first hebrew primer* 167 (3d ed. EKS Publishing Co. 1992): "For example, the Hebrew letter *vav*, when attached as a prefix, usually means "and." However, in Biblical Hebrew, when the *vav* is attached to a verb in the perfect tense, it often—but not always—converts the verb to the imperfect tense, or vice versa. Thus, if *yikra* means "he will call," *v'yikra* could mean either "and he will call" or "and he called."

può creare opportune ambiguità in qualsiasi lingua ma è soprattutto il significato delle parole ebraiche a cambiare radicalmente in base alle vocali utilizzate¹⁴.

Così, avvicinarsi ad un testo del genere risulta di assoluta difficile comprensione determinata, in particolar modo, da queste frequenti ambiguità.

Purtroppo, come spesso si dice, le interpretazioni della Bibbia in varie lingue non si curano di preservare tale ambiguità ma scelgono superficialmente un'interpretazione in luogo di un'altra, lasciando dunque definitive soluzioni come quelle giuste.

Il problema linguistico diventa rapidamente un forte problema sostanziale quando ci si rapporta con la filosofia, con il diritto, penale in particolar modo, o con i dettami di pratica nota come *Halacha* (letteralmente, "la via" o "percorso") ebraica - senza rivolgersi alla *Oral Law*.

2.2 segue: C) Interpretazione di "occhio per occhio" nella legge israeliana -

Queste sfide per interpretare la *Torah* determinano le prime vittime nel momento in cui si fa riferimento al primo dei precetti penali presenti nella tradizione ebraica: l'interpretazione della frase "occhio per occhio". Come un eminente biblista contemporaneo ha dichiarato: "Pochi sono i versi della Bibbia, che sono stati così spesso e palesemente fraintesi¹⁵".

"occhio per occhio" e retribuzione attenuata

Nella legge ebraica, la frase, in realtà, si riferirebbe alla compensazione monetaria per il valore dell'occhio perduto (in termini di dolore e sofferenza, di spese mediche, di perdita di guadagni e di sofferenza mentale)¹⁶, con nessuna divagazione letterale di carattere retributivo¹⁷.

¹⁴ ROSENBERG & ROSENBERG, *cit.*: "Both the words *lil'mod* ("to learn") and *l'la'med* ("to teach") are spelled with the Hebrew letters *lahmed-lahmed-mem-daled*, L-L-M-D. The only difference between the two words is vowelization, which one must derive from context".

¹⁵ NEHAMA LEIBOWITZ, *Studies in vayikra* (LEVITICUS) 245 (Aryeh Newmantrans.,1983).

¹⁶ THE MISHNAH (Maor Wallach Press, Edward Levin trans., 1994), *Seder Nezikin* ["Order of Damages"], BAVA KAMMA ["First Gate"] 8:1: "The Mishnah is a terse recitation of rules that form the backbone of the Talmud, upon which the lengthier Gemara provides discussion and debate. All references to the Mishnah will be to the section, chapter, mishnah ("teaching") and page number".

¹⁷ ROSENBERG & ROSENBERG, *cit.*

Gli argomenti a sostegno di questa interpretazione che sostiene il principio della compensazione monetaria sono numerosi e vari.

a) In primo luogo, si dice, si noti che le parole "occhio per occhio" sono abbastanza ambigue da permettere l'idea dell'applicazione del risarcimento. Se si volesse stabilire una regola di mutilazione letterale, distinta dalla compensazione, si sarebbero potuti utilizzare termini che avessero delineato la cosa in modo più esplicito.

Questo è esattamente ciò che è stato fatto in codice di Babilonia di Hammurabi¹⁸ dove con estrema chiarezza si legge:

"Se un uomo ha cavato l'occhio di un altro uomo, il suo occhio si spegnerà. Se si rompe l'osso di un altro uomo, il suo osso deve essere spezzato. . . . Se ha cavato l'occhio del servo di un uomo o rotto l'osso del servo di un uomo, egli dovrà pagare la metà del suo valore¹⁹".

b) In secondo luogo, la frase appare per la prima volta in una sezione della Torah che si occupa esclusivamente di come le vittime di un infortunio debbano essere compensate da colui che abbia determinato il danno²⁰.

c) La Torah ha sempre cercato di dare priorità alla restituzione in capo alla vittima piuttosto che a punizioni per l'autore del danno: cavando l'occhio del colpevole di certo la vittima non ne beneficerebbe minimamente²¹.

d) Le uniche forme di punizione corporale giudizialmente imposte dalla Torah sono la pena di morte²² e il taglio delle ciglia, non le mutilazioni.

¹⁸ THE BABYLONIAN LAWS 77 (G.R. Driver & John C. Miles eds. & trans., Oxford 1960)

¹⁹ CODE OF HAMMURABI, *Laws* 196-97, 199 (L. W. King, trans.), in *The Avalon Project at Yale Law School*, <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/medieval/hamframe.htm>

²⁰ FISHMAN, *op. cit.* p. 343

²¹ ROSENBERG & ROSENBERG, *op. cit.* p. 765

²² SCHERMAN, *Commentary to Exodus 21:24* "Each capital crime in Jewish law carries one of only four specific methods of execution: stoning, burning, decapitation, and strangulation". BABYLONIAN TALMUD, *Seder Nezikin* [Order of Damages], TRACTATE SANHEDRIN ["High Court"] folio 49b (ArtScroll Series/Schottenstein ed., 2002)

e) Ancora, il *tachat* del “*ayin tachat ayin - עין תחת עין*” è utilizzato letteralmente nella *Torah* per suggerire esclusivamente l'idea di compensazione²³.

A ciò si aggiungano le innumerevoli prove offerte dal *Talmud* per dimostrare che il reale significato della frase biblica sia quello, appunto, dato fino ad ora²⁴.

Perché dunque, se la *Torah* non avrebbe assolutamente dato questo significato alla fatidica frase, essa continua ad essere utilizzata e - o interpretata anche in questo modo?

Dobbiamo, secondo la dottrina, imporre un'importante distinzione tra la pena che il soggetto meriterebbe e quella che realmente i giudici possono infliggere:

In the Heavenly scales, the perpetrator *deserves* to lose his own eye—and for this reason he cannot find atonement for his sin merely by making the required monetary payments; he must also beg his victim’s forgiveness—but the human courts have no authority to do more than require the responsible party to make monetary restitution²⁵.

In poche parole, la dottrina ebraica è unanime nel riconoscere *alla base della norma principale del diritto criminale ebraico una funzione prettamente risarcitoria monetaria senza alcuna implicazione fisica*²⁶: si dice come nella Bibbia non ci sia un solo passo che riconosca l'esigenza di una tale retribuzione fisica²⁷ e che addirittura “there is no instance in Jewish history of its literal application *ever* having been carried out.²⁸”

²³ ROSENBERG & ROSENBERG, *op. cit.*, p. 527 n.105

²⁴ ROSENBERG & ROSENBERG, *op. cit.*, p. 528-35: “The Talmud also records arguments that support a literal interpretation of the verse ... However, the Talmud “often raises seemingly weak contentions as a means of clarifying for future generations that these arguments have already been duly considered and rejected”.

²⁵ SCHERMAN, *op. cit.*, p. 86

²⁶ Cfr. FISHMAN, *op. cit.*, p. 415: “This is how the rabbis have always understood and applied this passage.”; SCHERMAN, *Commentary to Leviticus 24:17-22*: “The unlearned maintain that it [“an eye for an eye”] is originally meant literally, but was later reinterpreted by the Sages to mean monetary compensation. This is wrong. The Torah never required anything other than monetary damages. In addition to the Oral Tradition from Sinai, the Talmud proves on logical grounds and through Scriptural exegesis that the verses cannot be understood in any other way”.

²⁷ FISHMAN, *op. cit.*, p. 415 n.59.

²⁸ ROSENBERG & ROSENBERG, *op. cit.*, p. 514 n.35

3. Legge Penale²⁹ e Pena di Morte: percezione popolare e realtà giuridica. A)

Premessa. - Se dunque, dobbiamo rivedere l'idea del Dio vendicativo che impone un'idea retributiva nell'applicazione della pena criminale, non possiamo comunque dimenticare il ruolo che la pena di morte ha nello stesso testo sacro, una pena che simboleggia la massima idea di retribuzione sociale.

**Pena di morte
e mutilazioni**

Dopo tutto, nella Torah accanto alla già analizzata frase "occhio per occhio", campeggia la più impegnativa espressione "la vita per la vita", aggiungendo anche che:

“And a man—if he strikes mortally any human life, he shall be put to death³⁰.”

A differenza di quanto abbiamo detto valevole per la situazione dell'occhio per occhio, in tale situazione la Torah proibisce l'accettazione di una pena pecuniaria da un assassino:

“You shall not accept ransom for the life of a killer who is worthy of death, for he shall surely be put to death.³¹”

²⁹ Sul sistema penale ebraico antico cfr. ampia descrizione in M. MAY, *Jewish Criminal Law and Legal Procedure*, 31 *Am. Inst. Crim. L. & Criminology* (1940-1941) p. 438: "As to the penal system, we notice that fines, corporal and capital punishment were the penalties usually inflicted. In addition to this, the Rabbis developed a particular form of punishment: the ban. It could be inflicted for different offenses and in different gradations. A person might be ordered not to leave his home, prohibited from cutting his hair and beard or from wearing shoes or sandals. The most stringent ban consisted, however, of excommunication and was imposed in cases of heresy and the like. (Spinoza) (...) There were four types of capital punishment: stoning, burning, decapitation and strangling. In the case of stoning, the convict was taken to the place of execution, where he was undressed and then flung from the scaffold. If he did not die from the fall, he was then stoned to death. Burning did not take place at the stake although one Talmud scholar claims to have seen in his youth a woman sentenced to death in this fashion. Punishment by fire took the form of pouring hot molten lead into the mouth, so that death was effected through internal burns. Decapitation was done by the sword. In the case of strangling, a scarf or rope was placed around the convict's neck and then tightened. Crucifixion, however, was never practiced by the Jewish courts".

³⁰ Cfr. *Exodus 21:23-25; Deuteronomy 19:18-21; Leviticus 24:17*.

³¹ *Numbers 35:31*.

Questo sembrerebbe suggerire che, seppur la Torah impedisca categoricamente la mutilazione come prezzo da pagare per un'altra mutilazione, in realtà, accetterebbe di buon grado di mandare a morte un assassino per i suoi crimini.

La giurisprudenza attuale e buona parte della dottrina hanno fatto affidamento su tali passaggi per giustificare l'imposizione della pena di morte sostenendo attivamente questa pratica.

Ad esempio, nella *Hayes v. Lockhart*, si è ritenuto che, considerato il caso di omicidio, il pubblico ministero non avrebbe di certo violato i diritti a tutela del presunto omicida citando Esodo 21:12:

"Colui che colpisce un uomo e questi muore dovrà essere messo a morte³²."

Tuttavia, la *dissenting opinion* in *Hayes* ha osservato che tale "citazione selettiva" dalla Bibbia ebraica è stato "not only incendiary, but misleading," dal momento che, in realtà, la legge ebraica antica aborrisce la pena di morte³³.

Al di là della *dissenting* di cui sopra che probabilmente ha un po' forzato in positivo la tradizione penale israeliana originaria, non è di certo lontano dal vero che la legge penale israeliana abbia comunque considerato sempre con riluttanza la pena di morte.

Anche se la Torah scritta cita numerosi reati (trentasei, con precisione) che assoggetterebbero l'autore di un reato alla pena di morte³⁴, ci sono così tanti ostacoli probatori per un tribunale ebraico prima che si addivenga ad una

³² *Hayes*, 852 F.2 d p. 356 (*Bright, C.J.,dissenting*).

³³ *Ibidem* p. 356 n.8 (*Bright, C.J., dissenting*) dove si cita GERALD J. BLIDSTEIN, *Capital Punishment— The Classic Jewish Discussion*, in *Contemporary jewish ethics* 310 (Menachem Marc Kellner ed., Sanhedrin Press 1978); cfr. ROSENBERG & ROSENBERG, *op. cit.*, nota 96, p. 513: "[A] cursory reading of the Torah suggests rigid rules of personal behavior, any deviation from which is punishable by death, consequently feeding the notion of a savage and pitiless God, rather than one who is 'merciful and gracious, long-suffering, and abundant in goodness and truth.' [However,] the Oral Law not only reconciles these ostensibly conflicting portraits, but . . . it also renders capital punishment a rarity . . .".

³⁴ RAMBAM, *cit.*, *Sefer Shoftim* ["Book of Judges"], *Hilhot Sanhedrin v'Haonshin Hameshurim Lahem* ["Laws of Courts and the Penalties Placed Under Their Jurisdiction"] 15:10- 13, p. 116.

sentenza capitale da rendere le esecuzioni una rarità assoluta³⁵. Perché si giunga a questo tipo di condanna, è necessario che due testimoni³⁶ *competent* abbiano previamente avvertito il soggetto in questione - subito prima di commettere il reato - circa il fatto che la propria condotta avrebbe potuto integrare gli estremi di un reato punito con la pena di morte³⁷. Il suddetto soggetto, dopo aver ricevuto l'avviso verbale, avrebbe dovuto commettere il reato sotto gli occhi dei due testimoni stessi. Al processo non saranno ammesse confessioni³⁸.

I Testimoni saranno quindi oggetto di ampio interrogatorio giudiziale e qualora mostrassero discrepanze anche minime nel racconto della vicenda, verrebbero esclusi dalla testimonianza.

A ciò si aggiunga che sussistevano anche altre importanti garanzie procedurali per rendere la possibile sentenza di morte estremamente complessa.

I casi capitali dovevano essere trattati da un tribunale di ventitré giudici, noti per l'integrità e la compassione. I giudici più giovani dovevano rendere i loro voti prima, in modo da non essere intimiditi dai più anziani.

"Once a judge announced that he would acquit the defendant, he could not change his vote, but a judge could reverse a vote for conviction. The judges could acquit after a single day of deliberation, but they had to deliberate overnight before rendering a guilty verdict, and had to try to

³⁵ Cfr. ROSENBERG & ROSENBERG, *cit.*, pp. 516-17; ARNOLD N. ENKER, *Aspects of Interaction Between the Torah Law, the King's Law, and the Noahide Law in Jewish Criminal Law*, 12 CARDOZO L. REV. 1137, 1139 (1991); AARON M. SCHREIBER, *The Jurisprudence of Dealing with Unsatisfactory Fundamental Law: A Comparative Glance at the Different Approaches in Medieval Criminal Law, Jewish Law and the United States Supreme Court*, 11 PACE L. REV. 535, 546 (1991); HAIM H. COHN, *Human rights in jewish law* 208-16 (Ktav Publishing 1984).

³⁶ Cfr. *Numbers* 35:30; *Deuteronomy* 17:6, 19:15 (si richiedono due testimoni); MISHNAH, SANHEDRIN 3:1-5, at 29-39: "establishing as incompetent to testify certain wrongdoers and relatives in monetary suits"; *ibidem.*, 4:1-3: "This evidentiary requirement of two witnesses is so difficult to meet that it alone would preclude conviction in most cases. Although one could argue that the evidentiary hurdles imposed by the Oral Law were concocted to temper the untenable harshness of the written Torah, it should be noted that this requirement comes straight from the text of the Torah itself".

³⁷ BABYLONIAN TALMUD, TRACTATE SANHEDRIN 80b, cfr. RAMBAM, *Laws of Courts* 12:2, pp. 92-93.

³⁸ Cfr. *ibidem*, TRACTATE SANHEDRIN 37a-37b; IRENE M. ROSENBERG & YALE L. ROSENBERG, "Perhaps What Ye Say Is Based Only on Conjecture"—*Circumstantial Evidence, Then and Now*, 31 HOUS. L. REV. 1371, 1371-90 (1995); IRENE M. ROSENBERG & YALE L. ROSENBERG, *In the Beginning: The Talmudic Rule Against Self-Incrimination*, 63 N.Y.U. L. REV. 955, 1017-41 (1988); AARON KIRSCHENBAUM, *Self-incrimination in jewish law*, pp. 114-15 (1970).

find any possible basis for acquittal. Even after conviction, Jewish law required court officials to create numerous opportunities for a judge, third parties, or the defendant himself to offer additional legal or factual grounds for acquittal. Conversely, erroneous acquittals were generally not subject to challenge³⁹.

Così vaste erano queste barriere sistemiche per attuare una condanna a morte, che vi era un famoso "detto" scherzoso secondo il quale un giudice dell'Alta Corte dovesse essere considerato "omicida e sanguinario" se avesse effettuato una esecuzione una volta ogni sette anni. Secondo una diversa interpretazione addirittura una volta ogni settanta anni⁴⁰.

Si ricordi come la popolazione ebraica nell'antico Israele fosse di circa due milioni e mezzo⁴¹ di persone.

3.1 segue: B) Pena di Morte: ruolo e interpretazione giuridico sociale - Anche se alcuni dei requisiti probatori e procedurali possono essere giustificati da una grave preoccupazione circa la condanna erronea degli innocenti, molte soluzioni sono così estreme che rendevano praticamente impossibile condannare non solo l'innocente di fatto, ma anche il "di fatto" colpevole⁴². Da questo punto di vista non mancano controversie in termini dottrinali che è giusto comunque in questa sede evidenziare.

In primo luogo, la legge ebraica prevede la pena capitale non allo scopo di mettere a morte veramente le persone, ma solamente per evidenziare quanto teoricamente la società ebraica ripugni quelle tipologie di reati che

³⁹ PRITIKIN M., *Punishment, prisons and the bible*, p. 735

⁴⁰ MISHNAH, MAKKOT 1:10, pp. 19-20.

⁴¹ 13 ENCYCLOPAEDIA JUDAICA pp. 871-72 (1971): "The Jewish population living in Palestine "shortly before the fall of Jerusalem" in 70 C.E. at "not more than 2,350,000-2,500,000".

⁴² IRENE MERKER ROSENBERG & YALE L. ROSENBERG, *Guilt: Henry Friendly Meets the Maharal of Prague*, 90 MICH. L. REV. 604, 618 (1991).

meriterebbero una pena capitale⁴³. Questo passaggio non va assolutamente sottovalutato perchè ci aiuta a comprendere il sottile pensiero sottostante.

Mantenere solo letteralmente tali crimini capitali "sui libri" è servito a svolgere una funzione pedagogica tramite l'invio di un messaggio di quello che era considerato un comportamento inaccettabile.

**La pena tra
origini divine e
problematiche sociali**

Per lo stesso ragionamento che abbiamo fatto parlando della frase biblica "occhio per occhio", si preferisce anche in questa sede paventare teoricamente la punizione che il soggetto meriterebbe senza però dar modo che tale punizione venga concretamente portata a compimento.

In secondo luogo, i rabbini avevano compreso che probabilmente era molto più utile investire nell'idea di *prevenzione generale* riservando la pena capitale effettiva solo a casi estremamente gravi in modo da sfruttarne maggiormente il valore sanzionatorio trasformandone la realizzazione in un grandissimo monito per le persone.

Data la fallibilità umana e l'irreversibilità della pena capitale, la paura di esecuzione degli innocenti era così grande che il costo sociale di assolvere anche il colpevole è stato ritenuto un prezzo accettabile.

In definitiva, sussisteva comunque una generale fiducia nella volontà e nella giustizia di Dio che avrebbe nel caso rimediato agli errori compiuti.

I requisiti di avvertimento e il riconoscimento, più i testimoni, ecc., erano lì per aiutare a garantire che solo coloro che avessero eventualmente agito deliberatamente a dispetto della volontà di Dio sarebbero stati condannati a morte⁴⁴.

"If these requirements yield the result that most violators of God's law will not be punished by human courts, so be it. God would take care of it in the end⁴⁵".

⁴³ KENNETH SHUSTER, *Halacha as a Model for American Penal Practice: A Comparison of Halachic and American Punishment Methods*, 19 NOVA L. REV. 965, 975 (1995); HERBERT L.A. HART, *Law liberty, and morality*, p. 65 (1963).

⁴⁴ ROSENBERG & ROSENBERG, *op. cit.* p. 620

⁴⁵ *Ibidem*.

Infatti, nella legge ebraica, la punizione divina di Dio non è soltanto un "backstop" per il sistema di giustizia penale umana; è una delle pene esplicitamente previste. *Halacha* stabilisce una serie di reati per i quali un imputato che non è soggetto a morte da tribunali umani è soggetto a *Karet* (letteralmente, "tagliare fuori"), alla morte prematura per mano di Dio, che comporta la letterale espulsione dalla comunità ebraica di Dio⁴⁶.

Tale sanzione può sembrare assolutamente "senza denti" in una società laica ma all'interno di una società di credenti devoti, *karet* era ritenuta un'incredibile e terribile pena a tal punto che quando si decideva di sostituire la *karet* con la fustigazione si doveva accogliere la decisione come frutto di misericordia⁴⁷. La cosa non è poi così diversa dalla nostra scomunica papale, temuta nei "tempi di devozione" più di ogni altra pena.

Un'altra parte della dottrina sostiene che la legge ebraica poteva permettersi in realtà di avere tali limitazioni eccessive sulla pena di morte, non a causa di una certa riluttanza ad eseguire i criminali ma "because the limitations themselves were not actually enforced".

In primo luogo, *halacha* in realtà avrebbe previsto la concessione di "exigency power" per evitare le limitazioni date da norme sostanziali, procedurali e probatorie dettagliate per punire un imputato che "aveva con la sua condotta messo in pericolo la comunità sociale" e che, anche se con ogni probabilità colpevole, non sarebbe potuto essere *executed* in base alle norme ordinarie perché estremamente complicate⁴⁸. Così, il Talmud afferma che un assassino che non era suscettibile di esecuzione secondo uno dei quattro metodi biblicamente previsti, potrebbe comunque essere sottoposto a digiuno seguito da alimentazione forzata, che alla fine si tradurrebbe comunque nella sua morte.

Questo non veniva ritenuto una *execution* ma piuttosto un atto stragiudiziale che indirettamente avrebbe portato alla morte del reo.

⁴⁶ COHN, *cit.*, p. 32; RAMBAM, *Laws of Courts* 19:1-2, p. 138

⁴⁷ COHN, *cit.*, p. 32; RAMBAM, *Laws of Courts* 19:1-2, p. 138-42

⁴⁸ ENKER, *cit.*, p. 1141; RAMBAM, *Book of Damages, Hilchot Rotze'ach Ush'mirat Nefesh* ["The Laws of Murder and of Protection of Human Life"] 2:4, p. 512.

In secondo luogo, *Halacha* inoltre prevede che il re, sotto la sua autorità, per fornire tranquillità generale alla popolazione, potrebbe condannare a morte criminali pericolosi. Quindi, se i tribunali giudiziari non avrebbero tecnicamente potuto condannare a morte un imputato a causa del mancato rispetto di alcuni requisiti e formalità giudiziarie, i tribunali del re avrebbero potuto ancora punirlo libero da tali costrizioni e procedure probatorie, in virtù di un interesse superiore⁴⁹.

Non è chiaro quanto sia stata, effettivamente, ampliata l'effettività di questi poteri supplementari. Secondo alcuni, l'esercizio di questi poteri "urgenti" doveva essere, ed era, infatti, riservato a esigenze eccezionali che potessero realmente eccepire alla regola generale⁵⁰.

Secondo altri, invece, non si ponevano concretamente limiti reali all'autorità sovrana del re, motivo per cui egli stesso tramite i propri tribunali avrebbe potuto fare quello che voleva⁵¹.

Secondo quest'ultima teoria, tali ampi poteri venivano giustificati dal fatto che quando il popolo di Israele ha perfezionato l'alleanza con Dio sul Sinai, queste leggi si sono affiancate in via supplementare alle leggi di Noè.

Le leggi di Noè erano regole che tutta l'umanità era tenuta a rispettare, date prima che ci fosse un patto precipuo sul Sinai e, quindi, prima che ci fosse alcuna distinzione tra ebrei e non⁵². Una delle leggi di Noè fu proprio quella di costituire delle Corti atte a mantenere la pace sociale⁵³.

⁴⁹ ENKER, *cit.*, pp. 1141-43; RAMBAM, *Laws of Murder*, p. 512; *idem*, *Book of Judges, Hilchot M'lachim u'Milchamoteihem* ["The Laws of Kings and their Wars"] 3:10 at 5:24.

⁵⁰ COHN, *op. cit.*, p. 34

⁵¹ ENKER, *cit.*, pp. 1141-43.

⁵² RAMBAM, *Laws of Kings* 9:1, p. 584: "According to the Talmud, the seven Noahide laws—the prohibitions against (1) idolatry,(2) cursing God, (3) murder, (4) sexual transgressions (incest and adultery), (5) theft, (6) eating flesh from a live animal; and (7) the requirement to establish laws and courts—were given by God to Adam. BABYLONIAN TALMUD, TRACTATE SANHEDRIN 56a. Maimonides maintains that the only the six of these were given to Adam, and that the prohibition against eating a limb from a live animal was given to Noah only after mankind was first permitted to eat meat at all following the Flood".

⁵³ Cfr. BABYLONIAN TALMUD, TRACTATE SANHEDRIN 56a; RAMBAM, *Laws of Kings* 9:1, p. 584.

Da questo punto di vista, nonostante il nuovo accordo con Dio avesse imposto loro delle regole nuove, essi "did not relieve themselves of the minimum universal obligations that bind all mankind."⁵⁴

Pertanto, solo la "dimensione speciale della vita religiosa deve essere giudicata esclusivamente nei tribunali religiosi ebrei", secondo le "regole speciali" di cui alla *Jewish Law*, ma per le questioni che riguardano il rapporto tra l'uomo con l'uomo, e non semplicemente il rapporto dell'uomo con Dio, le autorità ebraiche erano obbligate ad amministrare un sistema di giustizia penale pragmatico che poteva prevedere la necessità di condannare e punire i colpevoli di fatto al fine di preservare l'ordine sociale.

Se un tale sistema "a doppio binario" era, infatti, impiegato, tutte le limitazioni onerose sulla condanna del colpevole dettate dal codice

**Il sistema a
"doppio binario"**

Sinaitico pur presentando profonde difficoltà "sociali" che abbiamo evidenziato, erano comunque tollerabili, perché erano supportate o meglio "backed up" dalle leggi di Noè, sicuramente più realistiche e pratiche.

Non ci sarebbe dunque alcun bisogno di spiegare come una società come quella del tempo avesse potuto governarsi con un organismo poco pratico di leggi, proprio perché, in realtà, grazie all'intervento di numerose altre fonti, la linearità poco pratica trovava adeguata collocazione.

Alla luce di tutto questo possiamo sicuramente ricordare come, di base, la società israeliana non gradisse particolarmente condanne capitali per motivi di carattere sia filosofico - religioso che sociale senza però dimenticare il principio generale di necessità che dettava nel caso concreto, volta per volta, le risposte corrette da dare a problematiche di natura criminologica, senza che per questo ci fossero delle rotture con la volontà religiosa.

3.2 segue: C) Pena, retribuzione, espiazione - Anche se la discussione precedente, sia in merito al "occhio per occhio" sia in merito alla pena di morte nella legge ebraica, ha cercato di dimostrare che la retribuzione gioca un ruolo

⁵⁴ ENKER, *op. cit.*, p.1148.

minore rispetto a quello che molti potrebbe supporre, questo non vuol dire che la *retribuzione* non giochi letteralmente alcun ruolo. C'è chiaramente un imperativo morale nella Bibbia che "*wrongdoing be punished*": dove, cioè, una punizione biblica è sostanzialmente e proceduralmente autorizzata, la sua imposizione non solo è consentita ma obbligatoria. Inoltre, l'idea centrale della cultura israeliana è che, poichè la giustizia di Dio è una giustizia perfetta, ogni trasgressione deve essere punita "measure for measure"⁵⁵.

In ogni caso, la legge *Jewish* ritiene che gli umani siano assolutamente incapaci di immaginare ed eseguire una giusta pena retributiva. Solamente Dio onnisciente, la cui verità è l'unica verità⁵⁶, può sapere esattamente cosa serve a ciascuna persona e può personalizzare ogni punizione⁵⁷. Sarebbe inappropriato per un sistema umano della giustizia "approssimarsi" alla perfetta retribuzione che è solo divina. Questo è il motivo per cui, anche se qualcuno che cava l'occhio di un altro potrebbe teoricamente "meritare" di trovarsi con il proprio occhio cavato, i tribunali non hanno alcuna autorità per farlo, limitandosi a poter imporre solamente la compensazione.

Pertanto, mentre la retribuzione gioca ipoteticamente un ruolo importante nella legge giudaica, è solo Dio, non l'uomo, che è in primo luogo responsabile della sua attuazione.

Poiché un sistema di giustizia terrena non può pensare di poter organizzare una giustizia perfetta, il sistema di giustizia penale ebraica è stato progettato allora per raggiungere il risultato migliore: contribuire a soddisfare le vittime e aiutare i trasgressori ad espiare da soli i loro peccati-reati, in modo che essi non meritino immense punizione nel altro mondo. La questione si basa dunque su questo rapporto stretto: espiatione - retribuzione, peccato - reato.

⁵⁵ Cfr., Rabbi NOSON WEISZ, *Weekly Torah Portion, Masay: Cities of Refuge*, http://www.aish.com/torahportion/mayanot/Cities_of_Refuge.asp: "All Divine punishments are measure for measure".

⁵⁶ Leggi quanto riportato sull'argomento nell'introduzione.

⁵⁷ ROSENBERG & ROSENBERG, p. 620; SAMUEL J. LEVINE, *Playing God: An Essay on Law, Philosophy and American Capital Punishment*, 31 N.M. L. REV. 277, 289 (2001): "Jewish philosophy "insists that only God possesses the wisdom to judge all of the circumstances that impact on an individual's moral guilt; the [United States Supreme] Court, in contrast, places on the capital sentencer the humanly impossible burden of determining the precise level of a defendant's moral culpability".

Si potrebbe di certo e con forza asserire che l'espiazione di per sé è simile al concetto deontologico della retribuzione, giacché tiene conto "the criminal's moral desert of punishment" e non delle conseguenze sociali benefiche di punirlo. Ciò richiede un chiarimento: che cosa esattamente intendiamo quando parliamo di "punizione" o "espiazione"? Nonostante la frequente associazione del termine punizione con la vendetta e con le pene severe, in realtà la retribuzione, nel suo senso più semplice, si riferisce all'idea che "[w]rongdoers dovrebbero essere. . . puniti. . . perché se lo meritano.⁵⁸" Tuttavia,

"the difficult task for retributivists has long been to explain how the mere fact that a person deserves punishment can justify punishing them⁵⁹".

Una delle difese più convincenti del concetto di punizione è che il criminale, attraverso il suo atto illecito, afferma la sua superiorità rispetto alla sua vittima; facendolo soffrire, simbolicamente si ripristina lo stato della vittima, e questo ripaga essenzialmente il "debito" morale che il criminale deve alla vittima e alla società.⁶⁰ Sotto questo punto di vista, anche la retribuzione non è veramente deontologica. Anch'essa è focalizzata su un beneficio per la società, anche se un beneficio morale, al contrario di una pratica come la *crime reduction*.

Nella legge ebraica, l'espiazione è anche associata con il pagamento di un "debito" a Dio e alla sua creazione. Per quanto riguarda l'omicidio, la Torah afferma:

"Bloodshed pollutes the land, and atonement cannot be made for the land on which blood has been shed, except by the blood of the one who shed it.⁶¹".

Per questo il sistema di sacrifici rituali al tempio è stato progettato per fornire una sorta di pagamento per i peccati, spurgando in tal

Il concetto di pena tra il divino e l'umano

⁵⁸ STEPHEN P. GARVEY, *Punishment as Atonement*, 46 UCLA L. REV. 1801, 1835-36 (1999).

⁵⁹ STEPHEN P. GARVEY, *Is It Wrong to Commute Death Row? Retribution, Atonement, and Mercy*, 82 N.C. L. REV. 1319, 1335 (2004).

⁶⁰ GARVEY, pp. 1836-37

⁶¹ *Numbers 35:33-34*.

modo il popolo da questi. Una domanda fondamentale deve essere fatta: perché ha bisogno di essere pagato un tale debito? Sicuramente un infinito Creatore, cui per definizione non manca nulla⁶², non è diminuito o danneggiato da un debito per quanto eccezionale sia. La risposta sta nella nozione di peccato. Nel giudaismo, il peccato è qualcosa che allontana il peccatore da Dio⁶³. Poiché stare vicino a Dio è la cosa migliore possibile ed è, in effetti, proprio questo l'intero scopo del genere umano "creatura"⁶⁴, l'eliminazione del peccato serve a beneficio dell'umanità, non a beneficio di Dio.

Inoltre, dal momento che ogni individuo creato da Dio è prezioso ed importante nella propria individualità⁶⁵, la sua espiatione è preziosa perché lo avvantaggia, indipendentemente dal fatto che debba pareggiare qualche debito morale con una vittima o con la società.

Questo non vuol dire che la legge ebraica ignora gli interessi della vittima. Come la discussione di cui sopra di "occhio per occhio" indica, l'ebraismo è fortemente impegnato a rendere tangibili le riparazioni alla vittima.

Esso prevede, inoltre, che una persona non può espiare un peccato, che costituisce anche un torto al proprio prossimo fino a che la persona non ottenga concretamente il perdono dalla sua vittima e, quindi, in tal caso, la ricerca del perdono di Dio non è sufficiente.

Tuttavia, mentre il significato del "ricercare l'espiatione" va trovato nel pentimento e la riconciliazione, il fine ultimo dell'espiatione è proprio quello di riparare l'anima del colpevole.

Questa "riparazione" dell'anima del trasgressore può essere vista come una sorta di versione deontologico-religioso del concetto secolare di *riabilitazione*. La

⁶² MOSHE CHAIM LUZZATTO, DERECH HASHEM, *The Way of God*, p. 35 (Aryeh Kaplan trans., Feldheim Publ. 4th rev. ed. 1983): "[I]t is impossible that some Being not exist, unbound by the laws and limitations of nature. It must be impossible that this Being . . . have any deficiency".

⁶³ GARVEY, *op. cit.*, p. 1807; VITIELLO, *op. cit.*, p. 1042; LUZZATTO, *op. cit.*, p. 41: "[T]rue perfection is God's essence. [E]very fault is merely the absence of His good and the concealment of His presence".

⁶⁴ LUZZATTO, *op. cit.*, p. 37: "God alone . . . is the only true good, and therefore His beneficent desire would not be satisfied unless it could bestow that very good The purpose of all that was created was therefore to bring into existence a creature who could derive pleasure from God's own good".

⁶⁵ BABYLONIAN TALMUD, TRACTATE SANHEDRIN 37a: "[E]ach and every one is obligated to say, 'For my sake was the world created'".

riabilitazione cerca di cambiare la natura del colpevole, in modo che la sua volontà di commettere errori in futuro sia diminuita. Lo scopo ultimo di intervenire sul criminale, però, è quello di ridurre il crimine, in modo da rendere più sicura la società.

L'Espiazione nel giudaismo cerca anche di cambiare la natura dell'anima del reo anche se il suo "miglioramento sociale" è un fine a sé stante. Così, l'espiazione come scopo ultimo della pena è un po' come la retribuzione, da un certo punto di vista, ma è anche un po' come la riabilitazione, in quanto cerca di "migliorare l'anima" del criminale.

Si tratta, come Steven Garvey dice, di una "teoria 'fusa' di punizione"⁶⁶.

Tuttavia, credo che sia necessario porre un'equa distinzione tra retribuzione e l'espiazione. Senza tentare di ridurre la retribuzione ad un concetto meramente intellettuale, probabilmente è lecito ritenere che molti di quelli che si ritengono più prettamente *retributivists* sono *victim-oriented*, e si opporrebbero a una teoria criminale che ponga un pesante accento sulla promozione degli interessi del trasgressore, come fa la teoria ebraica dell'*espiazione*.

Nella misura in cui l'espiazione nel giudaismo vede il "miglioramento del criminale" come fine a se stesso, è evidente la spaccatura con le idee promosse da coloro che vorrebbero imprigionare i criminali per "pareggiare i conti", o perché semplicemente "lo meritano."

Vale la pena notare che il sistema di diritto penale ebraico, in realtà, promuove anche obiettivi più pragmatici attraverso l'idea di una pena che è anche deterrenza.

Ad esempio, nel caso improbabile che un bestemmiatore fosse stato effettivamente condannato a morte, l'esecuzione doveva avvenire pubblicamente e il corpo essere appeso a un albero per il resto della giornata, per servire come un avvertimento per tutti gli altri⁶⁷.

⁶⁶ Garvey, *supra* note 174, at 1805-06 ("The atonement theory is neither purely teleological nor purely deontological—it's a little of both. Atonement is perhaps best described as a 'fused' theory of punishment.").

⁶⁷ *Deuteronomy 21:22-23*;

Nonostante queste manifestazioni più truculente, alla luce di quanto detto sino ad ora, lo scopo principale era sempre quello di minimizzare i peccati che i membri della società avrebbero comunque dovuto tutti collettivamente espiare.

Così, il "rifornimento" dell'anima di ogni individuo nella società è l'obiettivo finale del diritto penale ebraico.

4. Il concetto di reclusione nella terra di Israele: A) Premessa - Abbiamo fino ad ora parlato del ruolo della retribuzione nella legge ebraica. È ora necessario affrontare il rapporto con il sistema carcerario: si dimostrerà che le prigioni non sono una caratteristica importante nella legge ebraica, e le alternative che quella stessa legge ebraica prevede in luogo del carcere sono state progettate per promuovere la riabilitazione, la restituzione e l'espiazione, non la mera e grezza punizione.

4.1 segue: B) Reclusione e legge ebraica - Nel diritto penale ebraico erano previste una certa varietà di forme di pene - tra le quali la pena capitale, la fustigazione, le multe, le offerte espiatorie e la karet (morte spirituale) - ma le carceri come le conosciamo sono "nowhere to be found in traditional Torah-based Jewish law⁶⁸".

Il difficile concetto di "reclusione"

Questo non vuol dire che non vi è alcuna menzione delle prigioni nella Bibbia ebraica ma nei casi, relativamente rari, in cui esse appaiono, o non riguardano disposizioni sancite dalla legge ebraica, o servono qualche funzione diversa da una semplice modalità di pena o, ancora, sono tollerati come seconda migliore alternativa ad altre forme di punizione.

I racconti della Bibbia ebraica si riferiscono ad alcuni casi isolati in cui le persone sono collocate nelle carceri come punizione per presunti crimini. E' il caso di Giuseppe venduto agli egiziani⁶⁹, o di Geremia⁷⁰.

⁶⁸ Rabbi SHOLOM D. LIPSKAR, *A Torah Perspective on Incarceration as a Modality of Punishment and Rehabilitation*, Aug. 4, 1996, <http://jlaw.com/Articles/PrisonerRights.html>.

⁶⁹ *Genesis 39:1-20,41:9-14*.

Nessuno di questi casi, tuttavia, dimostra che la legge ebraica sostiene la reclusione come pena. Giuseppe⁷¹ fu imprigionato dall'Egitto, una società non ebraica e Geremia fu imprigionato senza processo, senza fondamento fattuale, in violazione della procedura giudiziaria ebraica. Così, si dice in dottrina, il semplice fatto che le narrazioni bibliche si riferiscono a carceri non significa che la legge ebraica ne sanciva l'uso.

L'incarcerazione è stata utilizzata dalla legge penale ebraica come strumento di passaggio temporale destinato o agli accusati in attesa di processo o ai condannati in attesa di esecuzione.

Quando un crimine potenzialmente capitale è stato commesso, il colpevole potrebbe essere imprigionato per un indefinito numero di giorni fino a quando la Corte potrebbe determinare l'eventuale decisione più appropriata⁷².

Questa custodia cautelare o di pre-condanna mostra di avere uno scopo ben preciso: "its purpose was not to punish, but to detain the offender until an appropriate punishment could be determined⁷³".

La reclusione costituiva anche un importante meccanismo di coercizione civile o ancora:

⁷⁰ *Jeremiah* 37:6-17.

⁷¹ PRITIKIN M., *Punishment, prisons, and the bible: does "old testament justice" justify our retributive culture?* in *Cardozo law review*, Vol. 28:2, 2000 p. 730: *Genesis* 37:23-24: "And later, when he rose to the position of Viceroy of Egypt, he detained some of his brothers in a jail". *Genesis* 42:14-20: "However, Joseph's brothers "incarcerated" him in the pit for the purpose of killing him, not to punish him with confinement". *Genesis* 37:18-22. Thus, this is really an example of prison being used to enforce other punishments. And when Joseph imprisoned his brothers, he did so under his authority as an Egyptian official, not according to Jewish law. *Genesis* 42:14-17. Moreover, Joseph imprisoned them not to punish them for being spies, but to hold them pending a determination of whether they were in fact spies. *Genesis* 42:14-20. Thus, this was analogous to using jail as a pre-trial detention center, not as a mode of punishment.

⁷² BABYLONIAN TALMUD, TRACTATE SANHEDRIN 78b: "where an assailant strikes a victim and it is not clear whether the victim will live or die, the assailant is imprisoned until the victim either dies (in which case the assailant is executed) or recovers (in which case the assailant is liable for a monetary penalty)"; cfr. PRITIKIN M., *op. cit.*: "*Numbers* 15:32-36 (relating incident wherein a man who had violated the Sabbath was placed "in custody [because it was not clear] what should be done to him;" once the court determined he was liable for execution by stoning, the sentence was carried out); *Leviticus* 24:10-16 (man who committed blasphemy was "put in custody, until the decision of the LORD should be made clear to them"; Moses then determined him liable to death). The purpose of the detention is to make sure the assailant does not flee pending determination of his sentence". BABYLONIAN TALMUD, TRACTATE SANHEDRIN 78b nn.5-6.

⁷³ PRITIKIN M., *op. cit.* p. 745: "Bail was not an option to the pre-trial detainee, both because he was considered a flight risk, and because, given the possibility that he may have committed the crime, it would be unbecoming to have him walking free before trial. According to the view that the suspected offender did not merit to walk free, the detention could, in a limited sense, be considered a punishment".

"imprisonment could be used as a method to compel compliance with a court order to divorce a woman to whom it was impermissible to marry, or, according to some sources, to pay a debt"⁷⁴.

Qui, ancora una volta, anche se il confinamento coercitivo serviva per infliggere una sgradevole pena al prigioniero, lo scopo della reclusione non era quello di punirlo per una condotta criminale ma piuttosto per indurlo a rispettare un preesistente ordine del tribunale che delineava la risposta giudiziaria appropriata per la sua condotta. In circostanze molto limitate ed eccezionali, la detenzione in carcere avrebbe potuto essere considerata una misura di esecuzione della pena. **Reclusione e socialità**

Il Talmud⁷⁵ discute il caso di:

"someone who commits the same crime punishable by *karet*—*premature* death at the hands of God—three times. By willfully committing the same offense on three separate occasions⁷⁶, the offender has demonstrated that he has not repented, and in fact desires a premature death⁷⁷. After the third transgression, the offender is placed in a cramped cell precisely his height, so that there is no room to stretch out or lie down. He is fed scant amounts of bread and water so that his stomach shrinks, and he is then fed barley—which expands inside the stomach—until his stomach bursts and he dies⁷⁸. Similarly, one who kills another but is not liable to

⁷⁴ PRITIKIN M., *op. cit.*: Apparently, even those commentators who would allow imprisonment would generally only do so where the debtor incurred the debt in bad faith or fraudulently claimed insolvency, and not for those who legitimately find themselves in financial straits".

⁷⁵ BABYLONIAN TALMUD, TRACTATE SANHEDRIN 81b.

⁷⁶ Cfr. *ibidem*, TRACTATE SANHEDRIN 81b: "It must be the same crime all three times. If the offender merely commits three different acts that subject him to *karet*, he is deemed to be merely incapable of controlling his urges, and not someone who acts willfully in defiance of divine judgment".

⁷⁷ *Ibidem*. at 81b nn.5-6: "The rabbis were authorized to absolve someone of the penalty of *karet* by administering flogging. However, the offender only became exempt through the flogging if he repented. By repeating the transgression, he indicates he never truly repented".

⁷⁸ *Ibidem*. at 81b nn.3, 34: "This could be viewed as a millennia-old instance of a "three strikes" law. But only serious offenses can serve as predicate offenses under Jewish law; in many modern three strikes laws, relatively petty crimes can count". Cfr. *Lockyer v. Andrade*, 538 U.S. 63 (2003)

execution, either because of certain technicalities unrelated to his factual guilt⁷⁹ or because he is sophisticated in criminal laws and knows how to avoid liability—for example, by refusing to explicitly acknowledge the witnesses' warning—may also be subjected to this procedure⁸⁰.

In entrambi i casi, il giudice non è autorizzato a condannare a morte l'autore del reato secondo le modalità giudiziarie *halachic*, ma è chiaro che l'autore del reato deve comunque morire. Dal momento che la corte non lo può condannare a morte direttamente, utilizza l'incarcerazione per ucciderlo indirettamente.

Nella classica codificazione della *Jewish law*, the *Mishnah Torah*, si discute più volte sul fatto che la reclusione possa effettivamente venire utilizzata come mezzo di pena più severo.

In primo luogo, si dice che:

"if the king declines to have a murderer killed (which he could do under his royal authority to protect the public welfare), he may nevertheless have him "beaten with severe blows—so that he is on the verge of death—imprisoned, deprived and afflicted with all types of discomfort" ⁸¹ But this is weak evidence that Jewish law endorses prisons. The source for Rambam's position is questionable—nothing in the Torah or the Oral Law itself mentions such authority. Perhaps since imprisonment

(upholding against disproportionality challenge a sentence of twenty-five years to life under California's Three Strike's Law, where the three convictions were for transportation of marijuana and two petty thefts). Furthermore, because Jewish law requires that the identical offense be committed three times, it diminishes the chance that a third strike will occur.

⁷⁹ PRITIKIN M., *op. cit.*: "The Gemara discussed as examples cases where there are two witnesses but the witnesses observe the transgression from different places and do not observe each other; or where they contradict each other on details that are not central to their testimony about observing the transgression. BABYLONIAN TALMUD, TRACTATE SANHEDRIN 81b nn.29, 31. These relaxations of the evidentiary rules do not override the requirement that a defendant can be executed only upon the testimony of two witnesses. The testimony of one witness is always insufficient. *Id.* at 81b n.29".

⁸⁰ RAMBAM, *Laws of Murder* 4:8, p 532: "According to the Rambam, homicide is the only one of the thirty-six capital offenses for which the offender may be killed if less than all of the numerous evidentiary requirements are met".

⁸¹ RAMBAM, *Laws of Murder* 2:4-5, p.512.

is permitted as a lesser punishment where execution itself is already permitted, it is intended as a form of clemency⁸²."

Inoltre, lo stesso Rambam indica come, in ogni caso, sussista l'autorità del re che può, contro ogni regola sinaitica, intervenire in modo diretto o tramite i propri tribunali e decidere come crede sia giusto per la sicurezza sociale.

Rambam discute anche un caso in cui uno o più assassini meritevoli di essere condannati a morte si trovino mescolati ad altri imputati sempre meritevoli di pena ma non capitale.

In questo caso, dice ancora, non sarebbe saggio condannarli tutti a morte facendo scontare la pena massima a tutti per una carenza dell'attività giudiziaria nell'individuare il colpevole. Piuttosto si rinchiuderanno tutti in carcere perché comunque potenzialmente pericolosi per la società senza il rischio che qualcuno muoia innocente⁸³.

Ma ancora una volta, qui il carcere non è la forma prescritta della pena per il reato: piuttosto, si tratta di una seconda migliore alternativa quando le punizioni individuali mirate non sono praticabili.

4.2 segue: C) Il periodo della Diaspora - Alcune comunità ebraiche durante la Diaspora - periodo successivo alla cacciata romana degli ebrei da Israele nel 70 D. C. - hanno iniziato a sviluppare un uso più ampio del carcere come forma di sanzione di quanto prescritto nell'ambito del *Torah-based judicial criminal justice system*.

Durante questo periodo o, per meglio dire, da questo periodo in poi, gli ebrei non avranno più un governo autonomo (almeno fino alla creazione del moderno Stato di Israele nel 1948), e, di conseguenza, il *Torah-based judicial*

**La Diaspora e il
cambiamento**

⁸² *Ibidem* p. 513-14 n.9

⁸³ PRITIKIN M., *op. cit.*: "Rambam does not address that imprisonment may be more serious than the punishment that murderers not liable to execution would have otherwise received. Because they are all referred to as "murderers," we are presumably dealing with a situation where they are most likely known to be factually guilty, but cannot be proven to be so due to some technicality. Apparently, the concern about erroneous imprisonment in this situation is not as great as the concern about erroneous execution".

system non poteva essere più applicato anche se un certo numero di paesi ospitanti iniziò, in varia misura, a concedere alle comunità ebraiche che vivevano all'interno dei loro confini una forma limitata di autogoverno.

Alcune di queste comunità consentivano il carcere come forma di sanzione penale.

Due logiche sono state invocate per giustificare l'uso del carcere in queste circostanze.

Il primo motivo è quello di scoraggiare la criminalità e mantenere la società sicura, ai sensi della direttiva del Deuteronomio di "eradicate the evil from your midst"⁸⁴ che si applica indipendentemente dall'applicazione delle specifiche procedure di giustizia penale della Torah.

La seconda ragione è stata quella di mantenere buoni rapporti con la società ospitante, sotto i dettami del principio *dina demalkuta dina* (aramaico per "la legge della terra è la legge")⁸⁵.

Ma anche in queste circostanze ci sono state importanti autorità ebraiche che si sono rifiutate di permettere l'uso della reclusione⁸⁶ che si preferiva sempre sostituire con situazioni parallele: la prima è la città di rifugio, alla quale venivano inviati gli assassini non seriali; la seconda è la servitù involontaria per il furto. Queste alternative alla detenzione rivelano la visione ebraica degli scopi di reclusione restrittiva.

5. "Cities of refuge": A) Premessa - Molto simile al diritto penale attuale, la legge ebraica distingue tra diversi gradi di omicidio e prevede pene differenti per ciascun grado.

La città del rifugio

⁸⁴ Deuteronomy 13:6,17:7,19:19,21:21;

⁸⁵ See BABYLONIAN TALMUD, TRACTATE BAVA BATRA ["Third Gate"] 54b n.8;

⁸⁶ Cfr. LIPSKAR, *op. cit.*, p. 23: "This principle does not *require* the community to adopt practices of the host nation, but arguably permits it to do so (assuming doing so not violate other *halachot*). Since prisons are not expressly forbidden by *halahca*, a Diaspora Jewish community may, but need not, institute its own prison system. But to the extent the community is not autonomous, *dina demalkuta dina* requires Jews to abide by the laws and of, and submit to the justice system of, the host nation. Thus, for example, observant Jews in the United States are *halachically* bound to respect the authority American criminal justice and penal system".

La Torah distingue tra:

- a) *intentional killers*⁸⁷ che sono suscettibili di pena capitale da parte dei giudici;
- b) *unintentional killers*, che chiaramente non lo sono.

Quest'ultima categoria è poi ulteriormente divisa in altre tre sub categorie così inquadrare:

- 1) la prima riguarda il caso di *killer inadvertent or negligent*⁸⁸.

Egli è esiliato in una delle "city of refuge"⁸⁹ al fine di espiare il male che ha causato⁹⁰. La città del rifugio serve come un vero e proprio rifugio per l'assassino negligente: finché rimane lì, egli sarà immune da punizione per mano del *go - al ha'dam*, o "*redentore del sangue*" -di solito il parente più prossimo della vittima⁹¹, ma se l'assassino si trovasse al di fuori della città di rifugio, il redentore del sangue potrà ucciderlo senza alcuna colpa⁹².

Poiché lasciare la città del rifugio espone il killer alla possibilità della morte, egli è effettivamente confinato lì, se non da vincoli fisici, da vincoli morali. Una volta condannato all'esilio, egli è tenuto a rimanere in città del rifugio fino alla morte del *Kohen Gadol*⁹³. Solo a questo punto l'assassino potrà tornare a casa.

A questo punto egli sarà considerato mondato e non potrà più essere legittimamente punito dal "*redeemer blood*".

⁸⁷ RAMBAM, *Laws of Murder* 1:1, p. 502.

⁸⁸ BABYLONIAN TALMUD, TRACTATE MAKKOS 7a n.3; PRITIKIN M., *op. cit.*: "I use the term "negligent" here with extreme caution. The applicable Hebrew term is *sh'gaga*, which is usually translated as "inadvertent" or "accidental" or "by mistake." Implicit in the term is the idea that the individual has some level of culpability or accountability for failing to prevent the damage that resulted from his action, even if he did not act with intent. Thus, while the threshold for saying that someone has violated a "duty of care" (if that term can be applied in the context of Jewish criminal law) is far lower than what we would require before holding someone criminally liable in our modern system, "negligence," although far from ideal, is the term that most closely approximates the same functional concept".

⁸⁹ *Exodus* 21:12-13, *Numbers* 35:9-34, e *Deuteronomy* 4:41-43 e 19:1-13; *Joshua* 20:1-9.

⁹⁰ BABYLONIAN TALMUD, TRACTATE MAKKOS 7a n.3; RAMBAM, , *Laws of Murder* 5:1, p. 536.

⁹¹ RAMBAM, *ibidem*, p. 502.

⁹² *Id.*, *Laws of Murder* 5:8-11, pp. 540-42.

⁹³ RAMBAM, *ibidem*, p. 546.

2) la seconda sub-categoria riguarda l'omicida che “unintentionally [but] whose acts resemble those willfully perpetrated”⁹⁴, agendo quindi con *gross negligence* o *recklessness*⁹⁵.

Chiaramente egli non potrà essere soggetto alla pena capitale non avendo compiuto l'atto secondo l'intenzione, ma il reato compiuto è troppo grave perché sia limitato alla *city of refuge*.

Ciò considerato, seppur non potrà subire la scure dei giudici, sarà ampiamente soggetto alla furia vendicativa del "blood redeemer" ovunque egli sia⁹⁶.

3) in questa categoria si raccolgono coloro “whose acts resemble those caused by forces beyond [his] control”— e cioè coloro che agiscono "with virtually no culpability because the killing is a freak accident that no amount of reasonable care could prevent".

Non potranno essere assolutamente puniti.

Riassumendo le dinamiche fino ad ora indicate:

1) il diritto penale israeliano antico riconosceva una responsabilità per omicidio individuata in "intentional, reckless, negligent, and non-culpable".

2) *Intentional killers* sono soggetti alla punizione più severa, comminata dai giudici direttamente;

3) *Reckless killers* sono considerati *highly culpable, less culpable* rispetto agli *intentional killers*: "they are subject to the risk of execution at the hands of the blood redeemer, but their death is not guaranteed, as it is with intentional killers";

4) *Negligent killers* "are not liable to death, so long as they submit to the punishment of exile in a city of refuge".

5) *Non-culpable killers* "are not liable for any criminal penalty whatsoever".

⁹⁴ *Id.*, *Laws of Murder* 6:4, p. 546.

⁹⁵ BABYLONIAN TALMUD, TRACTATE MAKKOS 7a n.3.

⁹⁶ RAMBAM, *Laws of Murder* 6:4-5, p. 546.

La classificazione dell'antica legge penale ebraica sugli omicidi è particolarmente interessante perché, con una certa dovizia di particolari e un discreto contributo all'analisi dell'elemento psicologico, realizza una considerevole anticipazione rispetto ai sistemi penali attuali.

Senza specificare quanto diremo in seguito, inutile è ricordare come risulti da subito importante sottolineare questo legame "durezza della pena - elemento psicologico" già dettagliatamente sviluppato in questa prima forma di legge penale che rende il livello di colpa un fattore significativo nel decidere quale punizione sia giustificata.

Interessante notare come la legge ebraica riconosca una linea di demarcazione tra coloro che erano ormai "al di là" della possibile riabilitazione in questo mondo, e che quindi avevano bisogno di morire per raggiungere l'espiazione, e quelli che avrebbero potuto essere concretamente aiutati e redenti attraverso alcuni mezzi minori di punizione, come l'esilio in una città di rifugio.

E' anche significativo che lo scopo primario dell'esilio (versione biblica più vicina alla istituzione moderna delle carceri) era quello della riforma dell'anima (versione religiosa più vicina al moderno concetto di *riabilitazione*) con tutte le differenze del caso.

Nel diritto ebraico antico, uno che provoca la morte di un altro per *ordinary negligence* è esiliato⁹⁷. Nel diritto americano moderno così come in quello inglese, perché si riconsca un minimo di responsabilità penale, è necessario qualcosa di più della "*gross negligence*" o "*ordinary negligence*"⁹⁸.

Inoltre, lo scopo apparente di inviare "the accidental killer to a city of refuge" è un "atonement", cioè ha un valore espiatorio.

Se espiazione è un concetto religioso simile alla riabilitazione - *the "correction" of the offender's soul* - com'è possibile immaginare che qualcuno che non ha

⁹⁷ RAMBAM, *Laws of Murder* 6:1, p. 544: "the killer who is exiled to the city of refuge as one who "kills unintentionally, without at all knowing [that this will be the consequence of his actions.]"

⁹⁸ *State v. Williams*, 484 P.2d 1167, 1171 (Wash. Ct. App. 1971): "[A]t common law, in the case of involuntary manslaughter, the breach had to amount to more than mere ordinary or simple negligence—gross negligence was essential."; MODEL PENAL CODE § 2.02(2)(d) (actor is criminally negligent where he "should be aware of a *substantial* and *unjustifiable* risk . . . [such that his] failure to perceive it . . . involves a *gross deviation* from the standard of care that a reasonable person would observe in the actor's situation").

intenzionalmente causato un danno o per meglio dire "did not even *consciously* disregarded a risk of harm" abbia bisogno di riabilitazione⁹⁹? Il senso di tutto questo può essere compreso solamente all'interno degli equilibri e delle dinamiche religiose.

Secondo la filosofia ebraica, non ci sono *true accidents*¹⁰⁰. Il mondo fisico è la mera rappresentazione di quello spirituale. Un *mishap* accidentale nel mondo fisico necessariamente riflette qualche *disruption* in quello spirituale:

A person can only sin even accidentally if he can imagine himself being able to exist as separate from God. . . . [W]hoever is insensitive to the Divine Image in others must also lack any awareness of this attribute in himself and leads to the conclusion that the murderer must have lost the awareness of his own spirituality long before he confronted the situation that resulted in his crime¹⁰¹.

L'omicida "accidentale", anche se "not consciously disregard a risk in the instant he caused the victim's death", è ancora colpevole, perché è solo in virtù del suo peccato che Dio lo avrebbe portato ad una situazione in cui egli avrebbe causato la morte di un altro¹⁰².

Pena ed espiazione. Il peccatore e il "pio"

E' il peccato che ha portato l'omicida a commettere l' "incidente" per il quale egli deve espiare¹⁰³.

⁹⁹ Cfr. MODEL PENAL CODE, § 210.4 cmt., p. 86 (1980): "The moral argument [against criminalizing negligent conduct] is that the legitimacy of criminal condemnation is premised upon personal accountability of the sort that is usually and properly measured by an estimate of the actor's willingness consciously to violate clearly established societal norms".

¹⁰⁰ RAMBAM, *Laws of Murder* 5:1, p. 536 n.1: "Although the killing came about as a result of an accident, Judaism maintains that there are no total accidents. Instead, what occurred is a sign from above that the killer has a certain dimension of evil hidden within his soul that must be cleansed".

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² BABYLONIAN TALMUD, TRACTATE MAKKOT 10b n.7: "it is not God who *causes* him to sin; rather, it is his previous wickedness that went unpunished . . . that prompts God to arrange matters so that the sin *comes into his hand*."

¹⁰³ PRITIKIN M., *op. cit.*: "Yet another mystical explanation for exiling the accidental killer that Israel itself requires atonement: The killing of another person defiles the land. Whether the victim's life is taken intentionally or inadvertently, the land is defiled. Since the land cannot suffer the presence of a person who spilt the blood of another, the accidental murderer is exiled to the city of refuge, symbolizing a temporary migration from the land".

Vi è, naturalmente, una mancanza di un'analogia del genere nelle moderne leggi penali a *common law* per le quali le azioni umane sono considerate il risultato esclusivamente della volontà degli umani, non di Dio. Di conseguenza, le persone sono punite penalmente sulla base delle conseguenze dei propri atti che comprendono o i quali rischiano o avrebbero dovuto considerare, non sul loro livello di "peccato".

Un'altra cosa, indubbiamente curiosa, era il legare la vita di un peccatore a quella di un uomo "pio".

Nella legge ebraica abbiamo letto come un omicida, a determinate condizioni, poteva rimanere esiliato nelle città del rifugio fino alla morte del Sommo Sacerdote.

Non vi è alcuna connessione apparente tra la durata della vita di un individuo e la durata appropriata della punizione di un altro.

Anche in questo caso, è necessario comprendere queste norme penali sulla base d'imprescindibili confronti con il retaggio spirituale e culturale¹⁰⁴.

In pratica, il Sommo Sacerdote fa sì che la *shechinah*, o la *presenza divina*, riposi sulla terra, e "the killer removes the Divine Presence by shortening the lives of others, it would be unfitting for the killer to remain free while the High Priest lives¹⁰⁵".

Altri commentatori in realtà considerano la radice di questa norma in una punizione indiretta per il Sommo Sacerdote stesso.

Dal momento che era suo dovere pregare che Israele non avrebbe commesso peccato di omicidio, questi omicidi mostrano che avrebbe trascurato tale dovere.

Rav YONATAN GROSSMAN, *The Inadvertent Murderer and the Cities of Refuge* (David Silverberg trans.), *Yeshivat har etzion's israel koschitzky virtual beit midrash*, July 6, 1999, <http://yucs.org/~cypess/parsha/yhe/43-masei-parsha59.txt>.

¹⁰⁴ See Rabbi ARI WEISS, *Parshiot Matot/Masie: Our Prison System Should Learn from the Cities of Refuge*, in *Hebrew inst. of riverdale*, July 16-17, 2004, http://www.hir.org/a_weekly_gallery/7.16.04-weekly.html: "Since the cases of manslaughter may differ widely, some entirely removed from any foreseeable possibility, some close to carelessness, the time of banishment also differs widely. . . . This is divine justice. God, who alone knows, bears witness and dispenses justice as due to each inadvertent killer. In other words, the length of penalty differs in each case. Only God knows the deeper intention of each 'inadvertent' killer".

¹⁰⁵ BABYLONIAN TALMUD, TRACTATE MAKKOT 11 an.18.

Così, i termini di punizione sono legati alla durata della vita del sacerdote, motivo per cui gli assassini pregheranno per la sua morte visto che Egli non riuscì a pregare per la vita di coloro che vennero uccisi.

5.1 segue: B) Condizioni di vita nelle *Cities of Refuge* - Tutte le città del rifugio erano *Levite cities - città di sacerdoti*. Poiché lo scopo ultimo di queste città era il recupero dell'anima del condannato, questo tipo di città non poteva che essere la cornice ideale per loro:

"The fact that he was responsible for the death of another person requires him to closely inspect his spiritual standing. . . . The [cities of refuge] not only provide physical protection from the avenger of blood but also serve as a spiritual rehabilitation center for the murderer¹⁰⁶".

La cosa interessante di queste città di recupero era proprio la presenza, accanto ai peggiori criminali del paese, di personalità forti, solide, che dovevano svolgere una funzione rieducativa potente, atta al successivo reinserimento del soggetto "caduto" nelle città ordinarie.

Importante era l'idea del "modello da seguire" per il reintegro nella socialità: la prima preoccupazione era, in realtà, proprio questa.

Forte dunque era la volontà, fin dal principio della legislazione penale israeliana, di garantire in primo luogo un fattivo recupero del soggetto perché potesse non sprecare la propria vita ma viverla in pienezza secondo i dettami "biblico - sociali".

Un altro punto importante di riflessione dobbiamo porre a registro: come abbiamo avuto modo di evidenziare, in realtà solo alcune tipologie di criminali potevano far parte del

La città del rifugio: finalità di recupero e finalità sociali

¹⁰⁶ EFRAIM LEVINE, *Torah Insights on the Weekly Parsha: Masei 5764*, HADRASH VE- HAIYN, n.d., <http://www.shemayisrael.co.il/parsha/eylevine/5764masei.htm>.

"progetto di recupero" attraverso queste città del rifugio, considerato il fatto che sia gli *intentional* che i *reckless killers* subivano un altro trattamento.

L'idea penale originale ebraica era quindi non solo quella di tentare un recupero per i *negligent killers* ma che questo recupero avvenisse non in modo casuale ma orientato: non era dunque possibile immaginare degli "spiritual rehabilitation center" come questi con una gran confusione di diversità tipologico - criminali.

La dottrina del tempo sosteneva fortemente l'incompatibilità sociale di criminali intenzionali con altri per cui queste città dovevano essere riservate solo ad una particolare categoria criminale, senza che ci fossero nefaste influenze interne.

In tal senso si legge:

"According to one study, low risk offenders "show a shift in procriminal attitudes and behavior upon exposure to higher-risk offenders in institutions.' Low-risk offenders placed in institutions ended up with higher re-incarceration rates than similar low-risk offenders who were placed in halfway houses." John Martinson, the author of the study originally cited by retributivists for the view that "nothing works" when it comes to rehabilitation, later refined his position and argued that the success of rehabilitative programs depends on distinguishing offenders who are amenable to rehabilitation from those who are not¹⁰⁷".

E' incredibile come la legge penale israeliana abbia compreso questo importante principio già 2000 anni fa.

Un secondo importante punto di riflessione per la dottrina ebraica era questo: non era sufficiente provvedere all'organizzazione di centri per il recupero dove mettere i vari criminali che fossero caratterizzati da medesime caratteristiche ma era assolutamente necessario, sempre perché si viva un vero recupero, che anche l'ambiente in cui tali soggetti venivano inseriti fosse adeguato al rispetto della

¹⁰⁷ VITIELLO, *op. cit.*, p. 1036; JAMES BONTA & LAURENCE L. MOTIUK, *The Diversion of Incarcerated Offenders to Correctional Halfway Houses*, 24 J. RES. CRIME & DELINQ. 302, 312 (1987); Q. WILSON, "What Works?" Revisited: New Findings on Criminal Rehabilitation, 61 PUB. INT. 10 (1980): "high-risk youth are particularly likely to reinforce one another's deviant behavior when they are grouped together for intervention".

propria dignità individuale e sociale per favorirne la propria crescita spirituale. Le città di rifugio erano tenute a possedere tutte le esigenze di base per l'omicida, tra cui una fonte di acqua e mercati per approvvigionamenti di ogni genere¹⁰⁸.

Tutto era ammesso tranne il commercio di armi ed affini.

Non si vivevano problemi di sovraffollamento carcerario né condizioni di vita degradanti e umilianti.

Tutto questo determinava un ambiente favorevole per la ricostruzione morale delle anime dei condannati con l'obiettivo concreto di un pratico reinserimento.

Proprio in merito al problema sociale, si legga questa importante regola:

When a killer was exiled to a city of refuge, and the inhabitants of the city desire to show him honor, he should tell them, "I am a killer." If they say, "[We desire to honor you] regardless," he may accept the honor from them¹⁰⁹.

Ciò significa che gli abitanti della città del rifugio possono interagire completamente con il condannato che potrà svolgere ogni tipo di lavoro all'interno della comunità senza scontare il peso del crimine.

La legge ebraica voleva in primo luogo evitare l'effetto "vergogna":

"Most important for controlling crime . . . is that shameful expressions of disapproval of criminal or deviant acts be 'followed by efforts to reintegrate the offender back into the community of law-abiding or respectable citizens . . .'"¹¹⁰

¹⁰⁸ RAMBAM, *Laws of Murder* 8:8, p. 564; BABYLONIAN TALMUD, TRACTATE MAKKOT 10a n.16 "The courts also had the obligation to establish and maintain roads leading to the cities of refuge". RUBIN, *op. cit.*, pp. 356-59: "That the places of refuge were, in a sense, "public works" is significant. Southern prisons from the Civil War until the Civil Rights era operated under a convict-leasing system, where private entrepreneurs had a financial incentive to extract as much labor value out of prisoners as possible, while expending the least amount possible on food, clothing, shelter and medicine. Government-funded and operated prisons have less of an incentive to exploit inmates economically".

¹⁰⁹ RAMBAM, *Laws of Murder* 7:6, p. 557; BABYLONIAN TALMUD, TRACTATE MAKKOT 12b.

¹¹⁰ ERIC P. BAUMER, *Crime Shame, and Recidivism: The Case of Iceland*, 42 BRIT. J. CRIMINOLOGY 40, 42 (2002), BRAITHWAITE, *Crime, shame and reintegration* (Cambridge Univ. Press 1989)); GORDON BAZEMORE & JEANNE B. STINCHCOMB, *Civic Engagement and Reintegration: Toward a*

L'obiettivo vero resta dunque quello di evitare che la riabilitazione si trasformi in una vera distruzione dell'identità individuale dei soggetti attraverso vari percorsi:

1) *Vocational Rehabilitation*: il condannato non deve godere di privilegi speciali ma deve essere trattato come un civile ordinario. Dovrà dunque ricevere il giusto salario per il lavoro, motivo per cui queste città erano sempre molto grandi per permettere l'assunzione lavorativa senza problemi e il pagamento di un salario. La stessa cosa valeva circa il pagamento dell'affitto di casa, che ricadeva, a meno che non ci fossero problemi di assunzione lavorativa, sul soggetto stesso¹¹¹.

***Vocational
Rehabilitation***

La responsabilizzazione attraverso il lavoro era dunque il primo passo da compiere;

2) *Educational Rehabilitation*: secondo l'insegnamento profondo della Torah, l'omicida in esilio sarà seguito da un insegnante.

Partendo dal presupposto che “the life of one who possesses knowledge without Torah study is considered to be death¹¹²” elemento costitutivo della riabilitazione del condannato era proprio l'educazione, soprattutto religiosa, che doveva andare di pari passo con il lavoro.

***Educational
Rehabilitation***

6. Riflessioni - Alla luce di quanto detto fino ad ora, non stupisce come l'idea di reclusione non facesse parte del mondo penale giudaico.

Secondo l'idea filosofico - criminale, Dio ha creato ogni cosa con uno scopo positivo. Questo include tutti gli esseri umani, anche i criminali, ognuno dei quali

Community-Focused Theory and Practice, 36 COLUM. HUM. RTS. L. REV. 241, 256-57 (2004): “Because they [an offender’s community service experiences] also promote dignity in ways that are generally not possible through participation in treatment or punishment, such experiences may also lead to a change in self-image and behavior regardless of the community response”.

¹¹¹ RAMBAM, *Laws of Murder* 8:8, pp. 564-65 & nn.12-13; BABYLONIAN TALMUD, TRACTATE MAKKOT 10a.

¹¹² RAMBAM, *Laws of Murder* 7:1, pp. 554-55 n.1; BABYLONIAN TALMUD, TRACTATE MAKKOT 10a.

è nato con lo scopo di amare e servire Dio. In accordo con questa visione, la pena deve servire come beneficio per tutti, il criminale, la vittima, e la società, e, certamente, la reclusione non può essere considerato un ottimo beneficio per tutte le parti.

La prigione costituisce un piccolo aiuto per l'idea di recupero del criminale. A causa dell'isolamento, il soggetto stesso perde pian piano la sua abilità e il suo "io" nella società a tal punto da esserne davvero messo fuori; ricordando sempre che lavorare con dedizione nella società equivale a servire Dio, la prigione si rivela, alla fine, una realtà contraria a Dio perché ne impedisce la glorificazione tramite il lavoro dei propri figli.

"Moreover, unless there is some aspect of the prison experience that facilitates atonement or rehabilitation, it does nothing to better the criminal. On the contrary, to the extent that prison serves to make criminals more likely to commit crimes in the future (as modern statistics suggest), it increases the chances that he will further sin, face additional imprisonment, and be further impeded in his ability to serve God. One could counter that we should not be concerned with whether the criminal is able to fulfill his purpose, that he has forfeited his right to do so by committing his crime. But this would be inconsistent with the Jewish worldview that it would have been worth creating the entire universe for any one individual— whether he be a criminal or not¹¹³".

Si consideri anche un altro punto: come ben si sarà capito, l'idea di retribuzione ebraica impedisce che si metta davanti prima di ogni cosa la soddisfazione personale. E' dunque inimmaginabile privilegiare la vendetta primaria alle esigenze societarie.

Inoltre, giacché ogni forma d'intervento penale deve avere un fine soddisfacente, la dogmatica ebraica non riusciva a comprendere come la prigione potesse soddisfare la vendetta dei parenti della vittima.

¹¹³ PRITIKIN M., *op. cit.*, p. 774

A ciò si aggiunga che la dottrina ebraica era ampiamente convinta che il carcere incrementasse, di gran lunga, l'effetto *criminal* riversandosi contro la società stessa.

Nonostante le pratiche utilizzate e pensate dalla legge criminale israeliana del tempo non siano chiaramente pratiche nella loro attuazione, rivelano interessanti punti di riflessione che ancora oggi guidano le scelte strutturali della legge criminale e che, probabilmente, contrastano con la generale considerazione occidentale.

**La filosofia della pena
in un'ottica di
recupero completo**

In primo luogo, anche se vi è una percezione prevalente che la legge ebraica sia focalizzata sulla pena integralmente intesa come "punizione severa", l'esame generale condotto fino ad ora rivela in realtà come la *riabilitazione* e la *restituzione* fossero le sue priorità. Anche la stessa corrente attuale, definita conservatrice in Israele, che vorrebbe riportare la legge penale attuale al "Old Testament justice" per sostenere l'aumento dell'uso della carcerazione, si affida a una visione incompleta e fuorviante della legge ebraica: non si può negare, infatti, quale indebita enfasi sia stata posta sul ruolo della retribuzione.

In secondo luogo, nonostante l'indiscussa verità che la legge ebraica non sia stata applicata in pratica, esso incarna idee molto sensibili per essere una legge ricca di precetti penali volti tutti alla riabilitazione.

Eccezionale, lo si ripete, è la distinzione tra coloro che erano ancora recuperabili e chi no: per i primi, i cui crimini erano così particolarmente "odiosi", o perché non era immaginabile alcuna forma di espiazione in questo mondo, o perché rappresentavano una minaccia pericolosa e concreta per la società, la legge ebraica aveva immaginato una dura soluzione.

Discorso diverso poteva invece essere fatto per quanto riguarda ladri e criminali di media gravità con i quali la società del tempo imponeva un dialogo di recupero e le pene imposte dalla legge ebraica riflettevano questa volontà.

In terzo luogo, anche se le pratiche particolari della legge ebraica sono impraticabili nel nostro tempo, le politiche alla base di tali pratiche non lo sono. Una parte della dottrina criminal - sociale israeliana sostiene proprio questo: utilizzare l'idea criminale *ancient* per costruire un mondo migliore oggi.

Misure come l'aumento formativo professionale e pedagogico, tutoraggio, e il servizio alla comunità per i prigionieri e una maggiore dipendenza dalle forme intermedie di reclusione per i trasgressori di livello inferiore, possono essere il modo migliore per affrontare le esigenze criminali e sociali di oggi.

Il principio base sta nel dare valore al tempo che la persona condannata dovrebbe trascorrere privo della propria libertà.

CAPITOLO I

SEZIONE II

ISRAEL LEGAL HISTORY

CAPITOLO I

SEZIONE II

Israel legal history

1. Eredità giuridiche: A) Premessa. - 1.1 *segue*: B) La tradizione giuridica di *Common Law* - 1.2 *segue*: C) La tradizione giuridica ottomana - 1.3 *segue*: D) Il dominio Britannico e "l'inglesizzazione del diritto". - 1.3.1 Diritto penale e *Common Law*. - 1.4 *segue*: E) *The Declaration of the Establishment of the State of Israel* - 1.5 *segue*: F) *Proclamation* - 2. Il problema costituzionale: A) Premessa. - 2.1 *segue*: B) Le leggi Fondamentali. - 3. Il Codice Penale: Premessa. - 3.1 The Criminal Code Ordinance, 1936. - 3.1.1 *segue*: Le Fonti del CCO. - 3.1.2 *segue*: Il problema dell'Interpretazione con la legge inglese. *Section 4* CCO. - 3.2 Esigenze di riforma e modifiche sostanziali tra gli anni 1950 - 1970. - 3.3 Analisi e confronto strutturale. - 3.4 *segue*: La natura dell'incidenza della Norma rispetto al Tempo e al Luogo. - 3.4.1 applicazione della legge penale rispetto al tempo. - 3.4.2 applicazione della legge penale rispetto al luogo. - 3.5 *segue*: Ulteriori modifiche. - 3.5.1 *segue*: A) Nullum crimen sine culpa - *the mental element of an offence*. - 3.5.2 *segue*: B) la *strict liability*. - 3.6 Codici a confronto. - 3.7 Novità della riforma penale tra *common law* e *civil law*. - 4. Principi costituzionali e diritto penale. - 4.1 *segue*: A) Libertà. - 4.2 *segue*: B) Il principio di legalità. - 4.3 *segue*: C) Human Dignity. - 5. L'interpretazione. - 5.1 *segue*: A) Influenze di *Common law*. - 5.2 *segue*: B) Evoluzione. 6. La Corte Suprema e la tutela dei diritti costituzionali.

1. Eredità giuridiche: A) Premessa. - Compiere una descrizione completa e ben definita della problematica legata all'evoluzione "storico - giuridica" dello Stato di Israele non è cosa assolutamente facile.

In primo luogo, è fondamentale definire con chiarezza cosa s'intenda per "Israele" e cosa si intenda per "storia giuridica". Dal punto di vista prettamente "spaziale", non possiamo che riferirci al noto lemma *Mandatory Palestine*, il territorio bagnato dal mar Mediterraneo ad Ovest, il fiume Giordano ad Est, il Libano a Nord e il deserto del Sinai e il confine egiziano a Sud. Quest'ordinaria individuazione geografica, tuttavia, non deve essere considerata l'unica possibile demarcazione spaziale. Durante l'ultimo periodo della dominazione ottomana, il territorio descritto non costituiva un'unica regione amministrativa ma apparteneva a differenti unità governative. Solo con l'istituzione del *British Mandate* il territorio trovò finalmente una sua unità politica¹.

Israele è una Repubblica di tipo parlamentare. La cosa indubbiamente più interessante è che non dispone di una Costituzione scritta ma il suo sistema giuridico è organizzato sulla base di una correlazione di una certa varietà di fonti assolutamente eterogenee, la gran parte delle quali recano, come data, periodi precedenti alla istituzione statale.

L'assenza di una Costituzione scritta caratterizzata da tutti quegli elementi di "rigidità" noti a quegli Stati che ne hanno costituito un dogma giuridico, è, tuttavia, colmata da una pletora di leggi fondamentali² in parte soggette, per utilizzare un paragone con il nostro schema costituzionale, a procedimenti di modifica "rafforzati" costituendo, quindi, una sorta di "nocciolo duro" giuridico.

Parte fondamentale di questo sistema giuridico è occupata, da una parte, da una serie di testi di legislazione ordinaria la cui immutabilità è considerata *in re ipsa*,

¹ Non sono numerose le fonti giuridiche che trattano le varie problematiche strutturali esistenti al tempo della dominazione ottomana.

Come si è notato, il territorio che sarebbe diventato poi *Palestine* sotto il Mandato Britannico non costituiva un singolo distretto sotto l'Impero Ottomano ma, al contrario, sembra fosse diviso in più distretti di natura amministrativa.

Chiaramente fino alla metà del 1800 il sistema legale ottomano era basato sulla Legge Islamica. Dopo questo momento in poi, invece, esso adottò un sistema legale in cui sembravano sussistere un misto tra norme di natura Islamica, Europea (soprattutto di carattere Francese) e Ottomana. Tutto il sistema rispondeva ad un complesso sistema gerarchico di corti del quale apice vi era una sorta di Corte di Cassazione sul modello francese con sede ad Istanbul.

² *Hukkè Hayesod*

dall'altra dal sistema del *millet ottomano* perfettamente integrato nel diritto israeliano per quanto limitatamente al diritto di famiglia³.

Non si dimentichi, seppur limitatamente a piccole fasce di competenza, il diritto ebraico più antico⁴.

Comprendere, dunque, le complesse sinergie tra le varie fonti d'interesse che costituiscono il substrato da cui partire per affrontare con coerenza e precisione il tema di questo lavoro non è certo impresa semplice e necessita di una piccola trattazione previa di quello che era il ragguardevole patrimonio giuridico che aveva disciplinato le varie vicende di vita sociale in Palestina fino alla creazione dello Stato d'Israele, patrimonio che viene, se non completamente, almeno in buona parte recepito dal neonato Stato.

Non si abbia, infatti, la presunzione di credere che al momento della **Diritto e Politica** politica creazione dello Stato nel 1948 la regione fosse assolutamente sguarnita di una struttura giuridica di particolare rilevanza; di notevole rilievo restavano, infatti, sia l'eredità ottomana che quella britannica:

"Il diritto israeliano non è solamente l'espressione dei valori e dell'ideologia di un gruppo sociale: il focolaio nazionale nel quale affondò

³ Si ricordi come sussiste tutt'ora ed è ampiamente diffusa la delega dello Stato in merito a questioni di diritto di famiglia alle comunità di ebrei, musulmani, cristiani e drusi, realtà che poi ricorrono a propri sistemi giudiziari per quanto riguarda l'amministrazione della materia.

⁴ LIFSHITZ B, *Israeli law and Jewish law - interaction and independence*, in *24 Isr. L. Rev.*, 1990, p. 507: "Jewish law is an independent legal system embracing most of the subjects to be found in any system of positive law. The hopes and efforts of many people notwithstanding, Israeli law is not identical to Jewish law, nor does it constitute one of its branches. The generally accepted view is that Jewish law is not influenced, nor affected in any way, by the acts of the Israeli legislature or judiciary. There is, however, little doubt that to a certain extent, Israeli law is influenced by Jewish law. It is therefore a legitimate exercise to discuss the nature of the relationship between the two systems from the point of view of Israeli law. We may also comment upon the amount of satisfaction or disappointment which may legitimately be felt, on the one hand, by those in favour of reinforcing the relationship between the two systems and making it stronger and more active and, on the other, by those opposed to such a relationship. It should also be observed that the interrelationship between Israeli and Jewish law is not only to be perceived from the standpoint of pure law. Any discussion of this question involves issues of a political, religious and social nature; a study focussing on the bare legal facts alone would provide a necessarily distorted picture. There are two ways by which Jewish law is incorporated into the Israeli system: incorporation by reference and direct incorporation".

le sue radici non era *tabula rasa*, ma aveva già ospitato un suo sistema giuridico autoctono"⁵.

Nonostante, quindi, una scelta di carattere "sociale" avrebbe suggerito la totale e completa eliminazione dell'eredità giuridica che qualsiasi tipo di governo precedente avesse lasciato al neonato Stato, una più accorta valutazione basata, se non altro, esclusivamente su logiche di natura pratica, spinse Israele a conservare il patrimonio giuridico e amministrativo del mandato britannico con variegati e, in alcuni casi, strutturali inserti propri della dominazione ottomana.

Non si dimentichi anche lo stato di particolare celerità con cui si dette vita, con la risoluzione ONU del 29 novembre 1947, alla divisione del ex mandamento britannico in uno stato arabo e in uno prettamente ebraico, soluzione, per alcuni versi, approssimativa e latrice di uno stato di tensione bellica che richiedeva al più presto una tranquillità giuridica all'interno della Nazione⁶.

La situazione politica e sociale in cui lo Stato d'Israele nacque deve quindi farci ben comprendere la dimensione originaria in cui ebbe modo di svilupparsi, successivamente e anche con una certa velocità, una propria originalità giuridica che deve esserle riconosciuta assolutamente. La scelta di conservare il sistema preesistente alla creazione dello Stato, preoccupandosi quindi, in prima istanza, di regolarizzare immediatamente le questioni principali che il nuovo Stato poneva in risoluzione, spostava in un secondo momento la graduale modifica del sistema giuridico a seconda delle varie necessità che il tempo e l'assestamento interno avrebbero pian piano sollevato. Il risultato di tutto questo movimento di pensiero giuridico fu la tanto nota "*stratificazione di sistemi*" che è, tuttora, alla base del Paese e che rende l'oggetto di questo lavoro di ricerca particolarmente interessante.

**Diritto e stratificazione
delle fonti**

⁵ GINOSSAR S., *Israel Law: Components and Trends* in KITTRIE N. (a cura di), *Comparative Law of Israel and the Middle East*, Washington, D.C., 1986, p. 86. Sul medesimo argomento cfr. SASSOON D., *The Israel Legal System*, in KITTRIE N. (a cura di), *Comparative Law of Israel and the Middle East*, cit., p. 75.

⁶ "Gli eventi e i pericoli che accompagnarono la nascita del nuovo Stato non lasciarono altra scelta che adottare, in maniera provvisoria, l'ordinamento giuridico lasciato dal Governo mandatario britannico" così BIN NUN A., *The Law of the State of Israel*, Gerusalemme, 1990, p.4

Il processo di stratificazione giuridica comportò la creazione di un sistema di natura principalmente britannico-anglosassone con notevoli e approfonditi inserti di diritto ottomano, che da sempre avevano caratterizzato quei luoghi, il tutto rivolto ad una costante innovazione grazie al nuovo impianto di carattere prettamente israeliano. Fondamentale, in tal senso, l'opera delle Corti e dell'intero sistema giudiziario.

Fin dal principio venne ampiamente rispettato il concetto di *status personale*⁷ (il sistema del *millet*) che in un paese multietnico non poteva che trionfare sovrano⁸ accompagnato dalla profonda influenza che la tradizione di *common law* portava con sé.

E' dunque a questo punto necessario, prima di affrontare con perizia il tema oggetto di questa trattazione, soffermarci un momento su queste due grandi fonti giuridiche irrinunciabili, la tradizione britannica a *common law* da una parte e quella ottomana dall'altra, perchè tutta la strategia giuridica che ha comportato la nascita della struttura, così come resta ora visibile ai nostri occhi, sia comprensibile e, dunque, analizzabile. Si aggiungeranno quindi le riflessioni relative agli "inserti" di diritto "continentale" che hanno concluso con il rendere questo sistema estremamente variegato e, al tempo stesso, particolarmente interessante dal punto di vista giuridico.

⁷ Cfr. SASSOON D., *The Israel Legal System*, cit., p. 405: "The term "personal status" covers matters such as marriage and divorce, alimony, maintenance, guardianship, legitimation and adoption of minors, inhibition from dealing with property of persons who are legally incompetent, successions, wills and legacies, and administration of the property of absent persons".

⁸ "Virtualmente immutate da conquistatori e regimi successivi, le norme legali religiose sono resistenti nel settore della legge matrimoniale, in certi casi nel diritto tutelare ed ereditario, e, nel caso dei mussulmani, per quanto concerne le donazioni religiose nell'ambito della legge islamica. Già il Governo turco evitò di interferire in aree ora conosciute come di *status personale*, lasciandole alla giurisdizione delle comunità religiose alle quali le parti in causa appartenevano. Il Governo mandatario britannico e poi lo Stato ebraico lasciarono importanti parti di questo ordinamento intatte. Quindi il matrimonio, il divorzio e gli obblighi da essi conseguenti cadono nella competenza esclusiva delle comunità religiose (e delle corti a loro apposte). In questioni di alimenti e mantenimento, custodia dei figli ed eredità, le corti religiose hanno giurisdizione concorrente con le corti civili, a seconda dell'accordo tra le parti o della corte dove viene aperto il procedimento", BIN NUN A., *The Law of the State of Israel*, cit., pp. 7 e 8; cfr. SASSOON D., *The Israel Legal System*, cit., p. 75.

1.1 segue: B) La tradizione giuridica di *Common Law*⁹. - Volendo rimanere al dato prettamente linguistico, *common law* significa *diritto comune* e fin dalle origini fu utilizzato per indicare quel tipo di diritto che era esercitato dalla magistratura *regis* che, itinerante nel paese, faceva rispettare la giustizia della corona pur se, almeno in un primo momento, in via sussidiaria rispetto alle numerose consuetudini locali.

**Origini del
*Common Law***

E' altrettanto ovvio comprendere come questa tipologia di diritto, a differenza di quello più decisamente "continentale" di derivazione latino - romana secondo la compilazione giustiniana, abbia prodotto il suo contenuto a seguito di un continuo flusso evolutivo, attraverso un procedimento di stratificazione continuo nei secoli.

A differenza, quindi, dell'idea di una legge scritta sovrana cui riferirsi, la *common law* nasce come frutto di esercizio continuo da parte dei giudici che, in assenza, completa o parziale, di leggi scritte, non potevano che risultare gli unici depositari della *veritas iuridica* in quanto *unici interpreti ed, effettivamente, creatori della norma nel dato concreto*. Interessanti i frequenti richiami che continuamente si leggono nelle pronunce di ogni tempo al "costume", alla "ragionevolezza", al "sentimento comune", alla "morale" che dovrebbero giustificare una linea comune da cui partire nella costruzione di un diritto che, appunto "stratificandosi", non poteva che rispondere alle esigenze che la vita poneva innanzi, di volta in volta, a coloro che, in definitiva, si trovavano a creare un "diritto per il caso concreto" continuamente e con valore di generalità.

Senza voler qui compiere un approfondimento su come il *common law* in realtà si sia evoluto e strutturato, quello che a noi interessa è capire come, in realtà, un tale sistema abbia prodotto delle fonti, in termini soprattutto di diritto penale, e come tali fonti siano state poi recepite da Israele.

Natura dichiarativa

⁹ Cfr. per maggiori approfondimenti sul tema, soprattutto sulle influenze nella tradizione giuridica inglese cfr. BAKER J.H., *An Introduction to English Legal History* (London, 2002); BELLOMO M., *The Common Legal Past of Europe 1000-1800* (Washington DC, 1995); CROMARTIE A., *The Constitutionalist Revolution: An Essay on the History of England, 1450-1642* (Cambridge, 2006); DAINOW J., *The Civil Law and the Common Law: Some Points of Comparison*, in *American Journal of Comparative Law*, volume 15, number 3 (1966-7), p. 419-35, MILSOM S.F.C., *Historical Foundations of the Common Law* (London, 1981), STEIN P., *Roman Law in European History* (Cambridge, 1999); R.C. VAN CAENEGEM, *The Birth of the English Common Law* (Cambridge, 1988).

La più importante idea ereditata dalla tradizione britannica è proprio questa: *legge non è ciò che viene prodotto ma ciò che viene interpretato dai giudici* secondo i principi di *common law*. Questo il motivo per cui, non di rado, si parla anche in questa sede di *judicial law making* (riconoscendo con questa espressione il fondamentale ruolo svolto dai giudici) che si lega indissolubilmente con la teoria del precedente vincolante.

La teoria può essere così chiaramente descritta:

"i giudici sono vincolati a seguire anche una sola decisione resa da una corte superiore purché riferita ad un caso precedente e analogo".

Tutto questo sulla base della natura *dichiarativa* della *common law* per cui la stessa è un ordinamento completo: nessun giudice inventa nulla di nuovo. I giudici non fanno altro che applicare al caso concreto un principio, già di per se, presente ed esistente, motivo per cui la sentenza prodotta, che, in definitiva, non si limita che ad illustrare ancora una volta un principio già chiaro, costituirà ennesimo precedente per le sentenze che verranno.

Se ci fossero dei cambiamenti rispetto a decisioni rese precedentemente, si dichiarerà null'altro che un "errore" nell'interpretazione di un principio di verità giuridica che si sarebbe dovuto interpretare nel nuovo modo sin dall'inizio.

Questo ovviamente potrebbe illustrare la grande discrezionalità nella creazione di figure di reato che non può di certo passare sotto silenzio.

"E' chiaro ... che i giudici, a dispetto del dogma per cui essi si limitano ad applicare i principi giuridici conosciuti, in realtà sono forniti di un vasto potere discrezionale. Dietro la facciata deduttiva dei loro giudizi, si nasconde infatti l'induzione, in quantità rispettabile sotto forma di principi che vengono stabiliti ed una quantità altrettanto rispettabile di senso comune nell'applicazione di questi principi ... il giudice non deve perdere mai di vista la necessità di adattare la legge ai bisogni mutevoli della comunità e di conservare un giusto equilibrio fra il rispetto delle

decisioni antecedenti e la mobilità della legge che in maniera ragionevole deve essere assicurata¹⁰."

Si tenga comunque conto che l'idea dello *stare decisis*, quindi, di un precedente vincolante, secondo le regole fino ad ora indicate è assolutamente recente e si è consolidato nella metà dell'ottocento poichè prima la decisione di un caso doveva rispettare il senso comune prodotto dall'unanimità dei giudici sulla base di ciò che veniva percepito globalmente come giusto.

Stare decisis

Non esisteva l'idea della maggioranza.

La verità, se doveva essere tale, non poteva che essere tale per tutti.

Il principio, visto da questa prospettiva, trovò facile appiglio in Israele perchè sembrava ricalcare in parte il principio biblico di "unicità nella verità" che anche nella giustizia non poteva che trovare il proprio principale aggancio.

Fu solo dunque dopo il 1865 che si sviluppò in Inghilterra l'idea del superamento del precedente da semplice *persuasive authority* a *binding precedent* ma sempre con il fermo punto per cui l'efficacia vincolante doveva essere subordinata all'emissione di un precetto da una Corte Superiore.

Il procedimento che viene seguito per l'individuazione e l'enucleazione del precedente vincolante è estremamente particolare: "la decisione di casi in funzione dei precedenti implica ragionamenti per analogia, e cioè argomentazione dal particolare al particolare. Il ragionamento per analogia è, tuttavia, una combinazione d'induzioni e deduzioni. Il caso precedente deve essere riconosciuto come attinente ad una classe più generale, e allora bisogna decidere se il nuovo caso appartiene o meno alla medesima classe. Sicché, quando i due casi non sono uguali in ogni loro aspetto, la questione è se il vecchio e il nuovo caso sono eguali nei loro elementi giuridicamente essenziali. Ma cosa è giuridicamente essenziale? Tale questione rende necessario determinare quale sia stata la *ratio decidendi* nel primo caso¹¹".

L'operazione da compiere dunque si sostanzia fondamentalmente di

La Ratio decidendi

¹⁰ DAVIES J. D., *Common Law*, Noviss. DI, III, 1959, p. 667

¹¹ RHEINSTEIN M., *Common law - Equity*, ED, VII, 1960, 915

due aspetti: individuazione della *ratio decidendi* del primo caso, confronto e analisi delle due situazioni. Cosa s'intenda però essenzialmente per *ratio decidendi* effettivamente nessuno l'ha mai detto con precisione.

Di solito si parte dal presupposto che ovviamente essa non possa coincidere con l'intera sentenza ma solo con quella parte che raccoglie gli elementi giuridici del fatto rilevanti per la decisione o, per dirla in modo più poetico, "l'affermazione dei principi di diritto applicati ai problemi legali sollevati dai fatti come accertati e sui quali principi è basata la decisione¹²".

In realtà non è sempre così perchè numerosi sono i casi in cui, effettivamente, si traggono elementi di contenuto per la *ratio* in modo diverso da quanto espresso.

L'importante è lasciare ben distinta quest'ultima da un altro elemento costitutivo di *common law*: gli *obiter dicta*, ovverosia, importanti ed illustri affermazioni senza però alcun valore legale vincolante.

Obiter dicta

Li individuiamo in tutti quei casi in cui tali affermazioni si riferiscano a fatti irrilevanti per la decisione finale o rilevanti ma non accertati.

Ciò detto, si ricordi come una volta confrontati i due fatti, qualora essi vengano ritenuti *indistinguishable* si dicono coincidenti - *on all fours* - ed al fatto dedotto successivamente verrà quindi direttamente applicato il *binding precedent*.

Distinguishing

Al contrario, chiaramente, no.

E' possibile tuttavia che si verifichino due diverse situazioni:

a) i giudici del nuovo caso possono rinvenire nel precedente degli elementi per loro estremamente rilevanti diversamente da quanto ritenuto dai precedenti colleghi. In tal caso attraverso l'operazione di *restrictive distinguishing* opereranno una sostanziale restrizione del precedente in questione;

b) procedimento contrario attraverso il *non restrictive distinguishing*: non si considerano rilevanti delle circostanze grandemente considerate dai primi.

¹² WALKER, WALKER, *The english legal system*, 136

Questa operazione che, in fin dei conti, incide in modo invasivo sul precedente, è proprio l'operazione costitutiva che garantisce fluidità e movimento alla *common law* attraverso continue operazioni di produzione, allargamento e restrizione di temi costitutivi del diritto.

Quella che abbiamo fino ad ora brevemente descritto era ed è, anche se con tutte le modifiche e le evoluzioni del caso dettate dallo sviluppo degli *statute law*, la situazione che l'Inghilterra ha esportato in Israele al momento della sua dominazione mandataria e che ha tentato di imporsi in una struttura giuridica già ampiamente strutturata pur con tutta una serie di problematiche in termini di praticità e completezza.

Il processo di "anglicizzazione" dei tribunali, discusso in precedenza, ha avuto una profonda influenza sullo *status* degli stessi e sul *ruolo* del precedente all'interno del sistema legale israeliano. Alla luce della tradizione inglese incorporata, la *giurisprudenza* è diventata, dunque, la base di ogni considerazione e riflessione giuridica. I precedenti, in primo luogo quelli della Corte Suprema, godono di uno status parallelo a quello riservato ai precedenti in Inghilterra¹³ con relativa e generale accettazione diffusa che le decisioni dei tribunali costituiscano una fonte di diritto¹⁴. Inoltre, le disposizioni di legge sono emanate e successivamente interpretate alla luce del contenuto di queste stesse espressioni. La Section 33 della legge delle *Courts* del 1957, prevede che i precedenti della Corte Suprema abbiano efficacia pienamente vincolante per gli altri giudici di merito. Ogni decisione precedente della Corte Suprema assume efficacia quasi legislativa per quanto riguarda tutti quegli aspetti non coperti ancora da alcuna disposizione in tal genere. In più, come già si specificava, il giudice non ha potere interpretativo delle disposizioni o degli *statutes* legislativi ma dovrà limitarsi esclusivamente alla pedissequa applicazione al caso della disposizione secondo quanto già interpretato dalla Corte Suprema:

**L'anglicizzazione
dei tribunali
israeliani**

¹³ CROSS, *Precedent in English Law* (2nd ed., Oxford, 1968) p. 168. *Contra* DAVID - BRIERLY, *Major Legal Systems* (London, 1968), 103.

¹⁴ LANDAU, *Rules and Discretion in the Judicial Process* (1969) 1 *Mishpatim* pp. 292 - 296.

"To the extent that by sec. 33 of the Courts Law, Magistrates' Courts and District Courts are required to render a decision in accordance with a rule laid down by the Supreme Court, one may not speak of *their* construing the statute so long as they fulfil this requirement. For them the statute and the construction placed upon it by the Supreme Court have become -one¹⁵".

Le decisioni dei tribunali in Israele sono costruite e interpretate nello stesso modo caratteristico delle decisioni di *common law* britanniche. C'è abbondante affidamento su precedenti con tutti i propri elementi, tra cui la distinzione tra *obiter dicta* e *ratio decidendi*¹⁶. Le opinioni della minoranza sono anche segnalate e spesso manifestano avere un peso considerevole nello sviluppo della legge. Bisogna ammettere che dallo studio dei casi pratici, le Corti in Israele tendono a fare affidamento sulla *dottrina* in misura maggiore di quanto non facciano le loro controparti inglesi ma il peso attribuito a quest'ultima è chiaramente inferiore a quello dei precedenti. La questione della dottrina dello *stare decisis* applicata in Israele si sviluppò con immensa forza proprio sotto il periodo del mandato britannico, divenendo sempre più vincolante. Indubbiamente, soprattutto durante i primi anni di costituzione dello Stato, i desideri nazionalistici tentarono di destabilizzare un sistema che ricordava "l'invasore britannico" verso il quale i rapporti generali si facevano sempre più tesi. Ergo, una volta sollevata la questione, il presidente della Corte Suprema espresse chiaramente il proprio parere citando il famoso brocardo "*Truth or Stability - truth is preferable*¹⁷" dove

¹⁵ YADIN, *More on Construction of Knesset Statutes* (1970) 26 *HaPraklit* pp. 358, 362-363. Cfr. FRIEDMANN D, *Infusion of the common law into the legal system of israel*, in *Is. L. R.* vol. 10, n. 3, 1975: " See also *Permanent Investments in Israel Co. Ltd. v. Selver* (1963) 17 P.D. 1655, in which the District Court was sharply rebuked for failure to follow the Supreme Court's construction of a statutory provision. The District Court Judge had observed that he would be bound by the Supreme Court's construction if that construction had been one of the grounds necessary for a determination of that issue, not when it was merely *an obiter dictum*. This was -harshly criticized by the Supreme Court. On this Prof. Tedeschi commented that "the courts in Israel are apparently more and more becoming adherents of the doctrine of precedent". "*Obiter Dictum - An Adjudicated Rule?*" (1964) 20 *HaPraklit* 99".

¹⁶ Cfr. *Bar-Hai v. Steiner* (F.H.) (1966) (IV) 20 P.D. pp. 327 - 330: "A rule unnecessary for determination of a matter in the context of the facts discussed, is nothing but an *obiter dictum* and has no force as precedent for the future".

¹⁷ *Rosenbaum v. Rosenbaum* (1949) 2 P.D. 235, 254.

truth rappresentava il "*proper law*". Nonostante però queste importanti dichiarazioni di nazionalismo legislativo, quando la questione della dottrina di *stare decisis* sorse ancora in *Re'em v. Finanza Minister*¹⁸ l'adagio è stato fortemente limitato, con buona pace dello spirito legislativo di rinnovamento. Grande problema fu poi quello di comprendere se, effettivamente, anche la Corte Suprema fosse vincolata ai propri precedenti: nonostante numerose voci contrastanti, alla fine, la Corte si espresse per mantenere solida la dottrina dello *stare decisis* adottando, definitivamente, *un approccio identico al metodo inglese prevalente in quel momento*. La cosa interessante da notare è che la Corte non arrivò a questa conclusione attraverso la considerazione per cui il principio di *stare decisis* sarebbe stato introdotto in Israele attraverso l'art. 46 dell'*Order-in-Council* e, come tale, andava rispettato ma, piuttosto, perché questo sistema sarebbe nient'altro che l'espressione generale della tradizione e del sentimento politico e giuridico locale¹⁹.

La Corte non ha mai affrontato il problema intricato della fonte da cui trae il potere di vincolare a tutti i tribunali sulla base del principio di cui in oggetto, fino alla soluzione legislativa portata con la sec. 33(b) del 1957 con la quale si definì chiaramente il ruolo della Corte e, soprattutto, si stabilì la non vincolatività della medesima agli stessi precedenti: "A precedent established by the Supreme Court binds every Court except the Supreme Court".

1.2 segue: C) La tradizione giuridica ottomana - Il sistema giuridico di Israele mostra quindi un grado di molteplici influenze raramente incontrato in qualsiasi altro sistema giuridico. Si tratta di un sistema estremamente

**L'impero
ottomano**

¹⁸ LEACH, *Revisionism in the House of Lords: The Bastion of Rigid Stare Decisis Falls* (1967) 80 Harv. L.R. 792.

¹⁹ Cfr. FRIEDMANN D, *Infusion of the common law into the legal system of israel*, in Is. L. R. vol. 10, n. 3, 1975: "This is criticized by Tedeschi in his article "On the Principle of *Stare Decisis*" in *Studies in Israel Law* (2nd ed., 1959, in Hebrew) 99, 110. The Court recognized a number of exceptions to the principle, such as where no grounds are given for a decision, when there are conflicting precedents or when a decision is rendered in ignorance of a statutory provision (*supra* n. 174, at p. 503). Compare Cross, *op cit.* at p. 143".

eterogeneo in cui usi giuridici di mondi diversi vanno a fondersi nello stesso sistema che inevitabilmente, come già specificato, riflette ancora gli eventi storici e politici che hanno portato alla propria indipendenza il 15 maggio 1948.

Un'analisi, dunque, puntuale del sistema nel suo complesso richiede un esame dei suoi singoli componenti, che, dopo la nostra trattazione delle derivazioni di *common law*, non può che procedere con il primo di questi a livello storico, la cosiddetta *Ottoman Law* vigente in quella che potremmo definire, genericamente, *Palestina* dal 1 Novembre 1914.

Questo corpo di leggi è stato mantenuto dalla potenza mandataria e, a sua volta, da Israele (pur soggetto a revoca o modifica legislativa). Per cominciare, la legge ottomana non era, di certo, il prodotto di un sistema giuridico omogeneo né, tantomeno, era caratterizzato dal valore dell'esclusività, nel senso che alcuni importanti aspetti considerati di particolare interesse per la società civile del tempo non erano regolati sulla base del principio della territorialità della legge ma, al contrario, secondo il generale assioma della *personalità* della stessa, con il risultato che la legge seguiva lo *status personae* e non il territorio: ciò premesso (senza addentrarci nell'impervio problema generato dal cosiddetto *capitulation system* che, comunque, fu successivamente abolito) risulta evidente come una varietà di sistemi legali, in particolare quelli legati a ebraismo e islam, divennero, e in gran parte ancora rimangono, la fonte di norme giuridiche vincolanti nel campo dello *status personale*.

**Il diritto
ottomano**

In un sì forte coacervo di norme e di regolamenti diversi che, non poche volte, manifestavano impossibili orizzonti di coesione, il problema principale restava l'interpretazione del diritto che numerose volte, ambigualmente, si vestiva di una morale a volte di origine divina a volte naturale.

Esempio per tutti, il codice civile, in lingua locale *Mejelle*²⁰, promulgato nel 1869 e frutto di una giuridica attuazione della *Sharia*, la legge religiosa musulmana,

Mejelle

²⁰ La *Mejelle* (o *Majalla*, *Medjelle*, *Meğelle* o, in turco *Mecelle*, dall'in arabo: مجلة, *majalla*, ossia "rivista", collectanea) è stato un codice civile in vigore nell'Impero Ottomano verso la seconda metà del XIX secolo, fino ai primi del XX secolo. Costituì il primo tentativo di codificazione di una parte consistente dell'impianto legislativo, basato sulla *shari'a*, in vigore nel mondo islamico sottomesso all'autorità ottomana. Il codice fu approntato da una Commissione guidata dal *Pascià Ahmed Cevdet* e si espresse in sedici volumi (contenenti 1.851 articoli) redatti tra il 1869 e il 1876, entrati in vigore nel 1877. La sua struttura e il suo impianto fu chiaramente influenzato dalle più

secondo l'interpretazione dei giuristi islamici²¹ della scuola di *Hanafi*²².

La Palestina, in ogni caso, ereditò soprattutto alcune caratteristiche giuridiche della *Young Turk Revolution* e di ciò che venne immediatamente prima, tutto comunque volto ad un processo di generale modernizzazione della Turchia e del suo sistema legale. Il metodo era abbastanza semplice e prevedeva la traslazione con relativa traduzione in blocco della legislazione straniera nel sistema turco lasciando che si saldasse in un modo assolutamente acritico. All'inizio si fece riferimento al sistema francese quindi a quello svizzero mitigato da altre leggi continentali: il problema maggiore che questo sistema recava con sé era la non precisa e controversa interpretazione dettata dall'imprecisa traduzione in turco

recenti esperienze europee nel campo della codificazione. La *Mejelle* riguardava numerosi settori civilistici ma non il diritto di famiglia, che restava riservato dominio della legge religiosa. La sostanza del Codice della *Mejelle* era basato sulle tradizioni legali di *Abū Hanīfa al-Nu'mān*, creatore del primo *madhhab islamico del Hanafismo*, che era la scuola giuridica cui si rifaceva il mondo ottomano.

Dal momento che la *Mejelle* era applicata nei tribunali secolari (*nizamiye*) e in quelli *sciaraitici* dell'Impero, ebrei e cristiani che - salvo il coinvolgimento di attori musulmani - non erano assoggettati alla legge islamica, bensì alla loro propria legislazione d'impianto religioso, ebbero in tal modo la possibilità di essere chiamati come testimoni in giudizio.

Dopo la dissoluzione dell'Impero Ottomano dopo la prima guerra mondiale, la *Mejelle* rimase vigente in gran parte degli Stati che nacquero dalle sue ceneri (salvo l'Egitto, in cui essa non era mai stata adottata). Essa rimase in vigore:

in Turchia fino al 1926, quando essa fu rimpiazzata dal Codice civile turco, derivato dal Codice civile svizzero, in Albania fino al 1928, in Libano fino al 1932, in Siria fino al 1949, in Iraq fino al 1953, a Cipro fino agli anni sessanta. In Israele rimase in vigore, formalmente, fino al 1984, malgrado singole leggi fossero state promulgate e fossero entrate in vigore durante il Mandato britannico della Palestina, come anche negli anni sessanta e settanta (cfr. GUBERMAN S., *The Development of the Law in Israel: The First 50 Years*, Israel Ministry of Foreign Affairs, January 2007). Per ampia trattazione cfr. SCHNEIDER I., *Aḥmad Ḡawdat Paša*, in Michael Stolleis (ed.) (a cura di), *Juristen: ein biographisches Lexikon; von der Antike bis zum 20. Jahrhundert*, 2nd edition, München, Beck, 2001, p. 23.

²¹ Sui problemi nell'applicazione della legge di derivazione ottomana in Israele vedi SASSOON D., *The Israel Legal System*, cit., p. 405 e 406: "The *Mejelle* and other original Turkish legislation which are still applicable have of course been translated into the Hebrew language but the binding version is still the Turkish text which is not widely known in the country today. So that in some instances even the exact meaning of the legislative provisions remains obscure. One can only imagine the exasperation of lawyers who have to advise on, and judges who are required to apply, laws they cannot even read". In merito al grande lavoro compiuto dalle Corti circa questo problema interpretativo, risulta di grande interesse la pronuncia risolutiva della Suprema Corte così come riportato dall'autore ora citato: "Indeed in one case (c.a. 62/52 Dayan v. Aboutbul, 9 Piskei Din 1047) the Israel Supreme Court had to decide which of various alternative translations of a certain provision (S.80) in the Ottoman Civil Procedure Code 1879 was to be preferred. The Court held that for judges who do not know Turkish that translation should be picked which is the most appropriate to Israel conditions".

²² Non è di certo questo il luogo per approfondire il problema dei conflitti di interpretazione giuridica all'interno delle scuole di pensiero islamiche. Ci limiteremo solamente a ricordare che il mondo musulmano è stato diviso in quattro regioni geografiche all'interno delle quali operano ognuna delle quattro grandi scuole di legge, *Hanafi*, *Maliki*, *Shafii* e *Hanbali*.

che richiedeva frequenti ricorsi ai modelli originali allo scopo di chiarire i frequenti dubbi sulle varie questioni. Tuttavia, la mancanza di accuratezza nella traduzione non era l'unica incertezza a cui il sistema giuridico ottomano ha dato origine²³. Non mancarono, infatti, episodi in cui alcune parti erano letteralmente sconosciute²⁴.

²³ ASLAN Y., *Transformation of Turkish Criminal Law from the Ottoman-Islamic Law to the Civil Law Tradition*, in *Ankarabarrreview*, 2/2009, pp. 94 -95: "Crime is considered as a serious moral problem in Islam, and is closely linked to peace and harmony of human life. Criminal actions were divided into four categories:

1. Crimes against physical life, such as injuring people or murdering them.
2. Crimes against property, such as robbery, vandalism, etc.
3. Crimes against descendents, such as adultery.
4. Crimes against human virtues and chastity, such as false accusation of unchastity (gazaf), drinking alcohol or apostasy (murtad).

Within the Shari'a, the law on crimes is one of the least developed portions, in large part because various caliphs appropriated criminal jurisdiction to the state and relieved the "qadi" (judge) of exclusive control. The Shari'a categorizes crimes primarily according to a schedule of penalties:

1. Hadd crimes for which there is a fixed penalty;
2. Ta'zir crimes for which the penalty is variable; and
3. Jinayat, corporal interpersonal crimes for which the penalty is retaliation or a fixed compensation.

1. Hadd Crimes

Hadd crimes are called "Qur'anic offenses," although the penalties for some have come to be different from those declared in the Qur'an (the holy book of Islam). Repentance or reparation by the convicted person cannot derogate from the severity of the sentence. Among offenses which are categorized as offenses punishable by hadd are robbery, fornication, false accusation of unchastity without valid evidence, drinking alcohol or apostasy from the religion of Islam. The offenses and their punishments are as follows:

- a. Adultery (zina): Death by stoning or a specified number of lashes.
- b. False Accusation (qadhf): Eighty lashes for free people or forty lashes for slaves.
- c. Drinking intoxicants (shrub al-Khamr): Eighty lashes for free people or forty lashes for slaves.
- d. Theft (sariqa): Amputation of a hand.
- e. Apostasy: Death.

2. Ta'zir Crimes

All non-hadd crimes can incur discretionary punishment by qadi depending upon the circumstances of the crime, the offender, and his level of remorse or purpose of commission. The punishments cover a range of severity from private admonition to death. Under the Shari'a ta'zir crimes are not defined, and hence there is a problem of fair notice and due process.

3. Jinayat Offenses

Three kinds of punishments can be permitted in cases of proven homicide or bodily harm: retaliation (qisas), blood money (diya), and penitence (kaffara). Where the retaliation is applied, the guilty party is liable for the same degree of harm as he inflicted on his victim. The blood money was sometimes an alternative to retaliation, at the option of the nearest relative of the slain person or of the wounded victim. The penitence is never the sole required punishment. When imposed, it was attached in certain kinds of cases to the payment of blood money. An act of penitence consists of freeing a Muslim slave or, if one has no slaves, in fasting during daylight hours for two consecutive months".

²⁴ Cfr. SASSOON D., *The Israel Legal System*, cit., p. 406: "It was as late as 1939, for example, that the text of the Ottoman Insurance Code was discovered by accident in the course of leafing through a volume of statutes, the existence of which had not even been realized theretofore. The

1.3 segue: D) Il dominio Britannico e "l'inglesizzazione del diritto". -

Riprendendo ora il discorso prima iniziato circa il periodo del dominio britannico sulla Palestina, dobbiamo ricordare come la legge inglese sia stata introdotta in due modi separati. Sebbene la legislazione esistente ottomana fosse stata mantenuta come punto di partenza, la *modernizzazione* degli apparati sociali risultava imperativo assolutamente primario, motivo per cui si avvertì l'esigenza di una nuova legislazione modellata sul diritto inglese da introdurre in tutto il mandato. Una parte di questa legislazione era basata su legge statutaria promulgata a Westminster (ad esempio, *the Bills of Exchange Act*, *the Companies Act*), mentre in altri casi, in particolare in *the Civil Wrongs Ordinance* del 1944 e in parte nel *Criminal Code 1936*, lo Stato ha cercato di dare una forma statutaria scritta di ciò che nel Regno Unito era e rimane ancora *common law non scritta*.

Legislazione sotto il
dominio britannico

Oltre a ciò, e al fine di colmare e completare il sistema del primitivo stato di diritto turco e le molte lacune esistenti a norma dello stesso, l'articolo 46 della *Palestine Order in Council* del 1922, dichiarava che "*the substance of the common law and the doctrines of equity in force in England insofar as the circumstances of Palestine permit and subject to such qualifications as local circumstances render necessary*" sarebbe diventato parte della legge del mandamento.

Questa fonte supplementare di Legge inglese era per molti versi ancora più importante rispetto alla normativa specifica introdotta dall'amministrazione palestinese. Attraverso questo semplice procedimento alla Palestina fu improvvisamente dato l'accesso diretto alle tradizioni, al patrimonio e l'esperienza di quasi 1000 anni di diritto inglese.

L'impatto di questa introduzione della sostanza della legge e dei principi di equità comune era immenso. In aggiunta a ciò, poichè molti dei giudici palestinesi e avvocati erano stati formati in Inghilterra e un tribunale inglese, *the Judicial Committee of the Privy Council* a Londra divenne la più alta corte del paese, la tecnica legislativa insita nel *common law* così come la sottostante ideologia e

discovery was made by Baker J., the present President of the Jerusalem District Court and was recorded in the Palestine Post of March 3, 1939".

concezione dello *stare decisis* divennero l'ordinario e, per quelle terre, innovativo veicolo di esercizio della giustizia ad ogni livello.

Piano piano la legge inglese iniziò ad essere applicata non più in via subordinata e meramente suppletiva ma anche quando la legge ottomana non presentava alcuna lacuna giuridica. Si stava creando pian piano un orientamento maggioritario che avrebbe ben presto strutturato l'intero impianto legislativo di base.

Tutto questo processo di "inglesizzazione" della materia giuridica non risultò assolutamente ben accetta da quella parte degli studiosi che invece provenivano da una preparazione continentale e che vedevano in questo una forma di schiavizzazione giuridica che avrebbe snaturato l'originalità locale nonostante tutti ne riconoscessero l'indubbio valore qualitativo di unità.

Chiaramente, con la legge Inglese, anche la lingua divenne parte della legge in Palestina.

1.3.1 Diritto penale e *Common Law*. - Dal punto di vista prettamente penalistico, senza voler anticipare temi che verranno sviluppati successivamente, è necessario ricordare alcuni punti che testimoniano ancora di più questo processo di "infusione della *common law*" nel sistema giuridico israeliano.

**Diritto Penale e
*Common Law***

L'Ordinanza del 1936, cui dedicheremo un ampio passaggio fra poco, era fondamentalmente basata sui principi di diritto criminale esistenti in Inghilterra. La sezione 4 (anche questa ampiamente trattata in seguito) non si limitava a indicare l'obbligo specifico d'interpretazione della suddetta Ordinanza secondo i principi inglesi ma, e questo è di certo più pesante, presumeva che qualsiasi tipo di "expression" ivi presente dovesse essere riletta alla luce dei significati che quella medesima poteva avere secondo la tradizione inglese, se non diversamente stabilito.

Fortissima quindi l'influenza inglese nella legislazione penalistica israeliana, tanto forte da *impedire lo sviluppo di una dottrina solida tale da produrre un vero e proprio sistema* così come noi continentali possiamo intenderlo²⁵.

Lo stesso dicasi per la descrizione dei vari istituti: il grado di *negligence* necessaria per accusare un soggetto agente di *manslaughter* secondo la sezione 212 del CCO, sarebbe quella definita "gross"²⁶ sulla base delle decisioni britanniche *R. v. Bateman*²⁷ e *Andrews v. D.P.*²⁸.

Ancora in *Deutsch v. A.G.*²⁹, si è inoltre dichiarato, facendo affidamento sulla britannica *R. v. Bateman*, che per condannare una persona di omicidio per omissione è necessario non provare solo la *gross negligence* ma anche la *recklessness*, tale che "the defendant acted with the foresight that his conduct is likely to endanger the life or physical safety of others"³⁰.

Stesso discorso circa la *mens rea* nel *involuntary manslaughter*³¹ e per la *self-defence* di cui alla sec. 18 della CCO, dove, come vedremo in seguito, il riferimento alla legislazione britannica è estremamente evidente, considerato l'ampliamento della lettera della legge sulla base di pronunce inglesi.

I tribunali israeliani hanno talvolta invocato decisioni e precedenti inglesi anche quando il reato in questione è stabilito nella CCO e non ha paralleli nel diritto inglese. Sec. 218, per esempio, definisce il reato di "unintentionally causing death

²⁵ FIREDMANN D., *Infusion of the common law into the legal system of israel*, I. L. Rev., 1975, 3, p. 335: "Abrams, *op. cit.* points out, on the other hand, that Israeli decisions practically never refer to decisions of other countries the provisions of whose criminal codes have served as a basis for the local Ordinance. Nor have they attempted to compare the language of the Ordinance with that of its source and, in the appropriate case, draw the necessary conclusions from changes in wording of the Ordinance".

²⁶ *Rotenstreich v. A.G.* (1953) 7 P.D. 58; *Deutsch v. A.G.* (1954) 8 P.D. 456 and (1954-1958) 2 S.J. 92.

²⁷ [1925] 19 Cr. App. R. 8.

²⁸ [1937] A.C. 576.

²⁹ *Deutsch v. A.G.* (1954) 8 P.D. 456

³⁰ Cfr. *Levi v. A.G.* (1965) (IV) 19 P.D. 156; *State of Israel v. Raphael* (1968) (II) 22 P.D. 749; *State of Israel v. Rofeh* (1972) (II) 26 P.D. 713 e anche ABRAMS, *op. cit.* p. 36, e Y. LEVY, *Criminal Responsibility: A Survey of Developments in Israel Legislation and Precedent*, (1974) 9 Is.L.R. 580, 583.

³¹ *Isan v. A.G.* (1966) (III) 20 P.D. 102: "There seems no longer to be any reason for distinguishing the *mens rea* required for an "unlawful omission" and the *mens rea* required for an "unlawful act". I would therefore apply the rule of recklessness as established in *Deutsch* for "unlawful omission" also to manslaughter by an "unlawful commission".

by a careless act or want of precaution which do not amount to culpable negligence".

La giurisprudenza israeliana interpretava tale disposizione con riferimento alla negligenza sulla base di un parallelismo ardito con la medesima *negligence* prevista per un illecito civile nella *Wrongs Ordinance* civile³² senza alcuna attenzione ai campi di applicazione assolutamente diversi delle materie coinvolte.

**Giurisprudenza
inglese e influssi**

In definitiva, è evidente come in ogni caso possibile, nel bene e nel male, chiunque in Israele preferiva far riferimento alla tradizione britannica pur di non uscire da quella forma *mentis* strutturata.

E' tuttavia evidente come il ricorso alla giurisprudenza inglese non sia stato sempre fortunato. Le Corti in Israele assorbivano dalle decisioni inglesi e americane (in parte) il principio della *absolute liability* per molti reati, in particolare per quelli appartenenti alla categoria conosciuta come *Public Welfare Offences*. Questo avvenne nonostante il fatto indubitabile che tale dottrina non fosse inclusa né nella CCO né nei vari altri statuti. La questione, tra le altre, è stata sollevata in *Abu Ravia v. A.G.*³³ e coinvolge il reato di rapimento di una persona dal suo tutore legale, sec. 255 del CCO. Un elemento del reato in questione è che la persona rapita sia al di sotto di 14 anni di età, se un maschio, o al di sotto 16, se una femmina. L'accusa sosteneva che nello statuto non vi fosse alcuna menzione della necessità che l'imputato fosse consapevole dell'età della vittima. Come si legge in dottrina: "This contention and the rule established in *Reg. v. Prince*³⁴ were rejected by the Supreme Court in reliance, among others, upon the rule that a statute defining a crime must be construed on the assumption that criminal intent constitutes one of the elements of that crime³⁵".

Tuttavia, quando la questione è stata sollevata nell'ambito di infrazioni stradali, è stato adottato un approccio diverso. In *Maor Mizrachi v. A.G.*³⁶, la dottrina della

³² *Rotenstreich v. A.G.*, *supra* n. 66; *Porat v. A.G.* (1955) 9 P.D. 1013,

³³ (1963) 17 P.D. 2913.

³⁴ (1875) L.R. 8 C.C.R. 154.

³⁵ ABRAMS, *op. cit.* n. 60 p. 34.

³⁶ (1960) 14 P.D. 1882,

"absolute" criminal liability è stata adottata, seguendo la rigida ideologia della giurisprudenza inglese³⁷.

Se, dunque, come mostrato fin ora, all'inizio ci fu un atteggiamento assolutamente remissivo verso l'Inghilterra tale da determinare un'autentica *inglesizzazione* della legislazione penale israeliana, fu solo con il finire degli anni '50 che un tenue barlume d'indipendenza quantomeno "mentale" si accese nell'ambito penalistico. Due delle prove più indicative di quanto ora affermato sono rappresentate da *the defence of irresistible impulse* e da *the felony-murder rule*.

Il CCO non conteneva disposizioni che si occupavano d'impulso irresistibile; solo le *McNaughton Rules* sono incorporate nella sec. 14. Quando la questione è stata sollevata in *Mandelbrot v. A.G.* 4 nei confronti di una persona la cui malattia mentale lo aveva fatto agire sotto un impulso irresistibile, la Corte ritenne che l'imputato sarebbe dovuto andare esente da responsabilità in conformità con sec. 11 (1) che prevedeva (tra le altre disposizioni) che una persona non poteva dirsi penalmente responsabile "per un atto o omissione che si è verificato non per sua volontà, o per un evento accidentale". Non tutti i giudici condivisero quest'opinione definitiva della Corte ma alla fine il risultato fu questo primo audace tentativo di indipendenza dalla legge penale britannica: *per la prima volta Israele aveva seguito un orientamento contrario alla regola britannica che aveva costituito la base del CCO*.

**Prime
manifestazioni di
indipendenza
giuridica**

Un altro importante esempio è relativo al caso di "liability for causing death in the course of or in furtherance of a felony". In *Jacobowitz v. AG* la Corte Suprema ha respinto il principio di "constructive murder" secondo il quale una persona che uccide un'altra nel corso di un *felony* è colpevole di omicidio, anche se l'evento si è verificato senza che il soggetto lo avesse voluto ne minimamente previsto: "The decision was based on the wording of sec. 214(c) of the Ordinance

³⁷ FIREDMANN D., *op. cit.*, p. 338: "To an accused who tries to prove that with all the caution exercised he would not have prevented the crime, we say that he has missed the target, for his defence (except in the case of third party intervention...) is a rejection of the opinion of the legislator, who felt that by observance of the said level of caution it was possible not to transgress the law".

which, in the Court's opinion, does not indicate an intent to adopt the English felony-murder doctrine³⁸.

La spaccatura ormai era evidente. L'esigenza d'indipendenza obiettiva che sapeva di "esigenza di novità" si coniugò pian piano con un'apertura sempre più evidente a modelli strutturali diversi e da qui al ricorso a "ideologie" continentali il passo fu assolutamente breve. Il *civil law* era alle porte e con esso un'idea di diversa "stabilità".

1.4 segue: E) *The Declaration of the Establishment of the State of Israel* -

Chiusa dunque la parentesi propriamente britannica, dal punto di vista quantomeno territoriale (vista l'immensa influenza che l'isola inglese continuava a manifestare nei confronti di Israele a livello giuridico), il *Provisional Council of State in Tel Aviv* emanò due importanti documenti: il primo, *the Declaration of the Establishment of the State of Israel* (nota come *the Declaration of Independence*), il secondo semplicemente *Proclamation*.

La Dichiarazione, che, in principio, per alcuni avrebbe dovuto avere le stesse caratteristiche di una costituzione formale scritta, in realtà mostra di avere solo limitato effetto di regolamentazione nell'ambito del sistema giuridico. In due delle sue prime decisioni³⁹ la Corte Suprema di Israele ha solennemente affermato che lo scopo della Dichiarazione è stato quello di individuare e dare espressione agli ideali nazionali e le aspirazioni dei suoi cittadini. Tuttavia il documento si concludeva con una parte operativa che suggeriva qualche elemento giuridicamente vincolante:

**Dichiarazione di
Indipendenza**

"Accordingly we, members of the Peoples' Council, representatives of the Jewish Community of Erez-Israel and of the Zionist movement, are here assembled on the day of the termination of the British Mandate over Erez-Israel and, by virtue of our national and historic right and on the strength of there solution of the United Nations General Assembly,

³⁸ FIREDMANN D., *op. cit.*, p. 339.

³⁹ H.C. 10/48 Ziv v. Gubernik and Another, 1 Pesakim Elionim 33; H.C. 7/48 Karbutli v. Minister of Defense and Others, 1 Peskakim Elionim 97.

hereby declare the establishment of a Jewish state in Erez- Israel, to be known as the State of Israel.

"We declare that, with effect from the moment of the termination of the Mandate, being tonight the eve of the Sabbath (15th May 1948) until the establishment of the regular authorities of the State in accordance with the Constitution which shall be adopted by the elected Constituent Assembly not later than October 1, 1948, the People's Council shall act as a Provisional Council of State, and its Executive Organ, the Peoples' Administration, shall be the Provisional Government of the Jewish State, to be called 'Israel.'"

La Dichiarazione aveva pertanto previsto l'adozione di una Costituzione da parte di un'Assemblea Costituente affermando che gli organi provvisori sarebbero stati "compresenti" con il *Constituent Assembly* finché non fossero definitivamente regolarizzati quelli ufficialmente stabiliti dalla medesima carta costituzionale.

Tutto ciò in realtà non è mai accaduto. Il *Provisional Council* stabilì che l'Assemblea costituente doveva ereditare i suoi poteri e trasformarsi in qualcosa di stabile. Si trattava, dunque, di trasformare un organo con funzioni meramente costituenti originali in un organismo legislativo ordinario. Nacque dunque "l'Assemblea" o, per meglio dire, la *Knesset*⁴⁰, che, nonostante numerosi e prolifici sforzi, non riuscì a mettere in atto una Costituzione formale.

Nel Febbraio del 1949 l'Assemblea procedette all'approvazione di una norma transitoria chiamata *Hukkat Hama'avar (Costituzione Transitoria)* che disciplinava gli organi dello Stato e i rapporti tra legislativo ed esecutivo.

Dopo un lungo dibattito su questo tema adottò la seguente risoluzione il 13 giugno 1950:

⁴⁰ L'Assemblea (la *Knesset*) sarebbe stata composta da 120 deputati: vari numeri furono proposti per la sua composizione, tra cui 71, come i membri dell'antico Sinedrio. Alla fine prevalse il 120, poichè 120 erano stati i membri della *Knesset Gedolah* e cioè l'ultimo organo legislativo ebraico indipendente, fondato secondo la narrazione biblica da Ezra e Nehemia dopo l'esilio babilonese. Secondo la tradizione ebraica, tale assemblea era stata il diretto successore di Mosè, Giosuè, dei Giudici e dei Re nel custodire la legge ebraica. Cfr. GROPPI, OTTOLENGHI, MORDECHAI (a cura di), *Il sistema costituzionale dello Stato di Israele*, p. 17

"The first Knesset charges the Constitutional, Legislative and Judicial Committee with the duty of preparing a draft Constitution for the State. The Constitution shall be composed of individual chapters, in such a manner that each of them shall constitute a basic law in itself. The individual chapters shall be brought before the Knesset as the Committee completes its work, and all the chapters together will form the State Constitution."

La risoluzione di cui sopra era il prodotto di un forte compromesso politico. I fautori di una Costituzione "formale e rigida" sostenevano la sua importanza come autentica salvaguardia per i diritti individuali fondamentali e la democrazia, come fattore di stabilizzazione e come dispositivo educativo.

Gli "oppositori" di tale idea di forma costituzionale (che erano la maggioranza) sostenevano, di contro, che i tempi non erano ancora maturi per una cristallizzazione inflessibile delle regole di base del

**Problematiche costituzionali
e diritti umani**

comportamento politico e che fosse preferibile preservare una certa elasticità procedendo *ad hoc* l'adozione di varie disposizioni costituzionali sostanziali attraverso un lento processo evolutivo. Un'ulteriore considerazione che veniva fatta era che l'adozione di una costituzione formale avrebbe resa necessaria una decisione chiara sul ruolo e lo status della religione ebraica in Israele, una questione sulla quale le opinioni erano e sono nettamente divise⁴¹.

Dal momento dell'emanazione di questa risoluzione, solo pochi singoli capitoli designati come "*Leggi di base*" sono stati emanati. Queste leggi riguardano, fondamentalmente, la Knesset, le terre statali e la presidenza dello Stato. Dalla formulazione scelta nella scrittura di tali disposizioni inevitabile è leggervi il paragone con le formule tipiche di quegli Stati in cui, in realtà, esiste una costituzione scritta.

Esempio per tutti, the *Knesset Basic Law* alla *Section 4*, prevede che:

⁴¹ Cfr. DROR, *Constitutional Trends in States that Recently have become Independent*, in *Israeli Reports To The Sixth International Congress Of Comparative Law* at 81(1962).

"the Knesset shall be elected by universal, country-wide, direct, equal, secret and proportional suffrage pursuant to the Knesset Elections Law; *this article may not be altered except by a majority of the Knesset members.*"

In altre parole, mentre di solito per qualsiasi forma di modifica legislativa è richiesta la maggioranza dei membri votanti, nel caso ora indicato sembra richiesta la maggioranza di tutti i membri. Ci sono alcuni studiosi che sostengono la validità di tale espressione legislativa sulla base del principio che la Knesset in realtà, avendo ereditato poteri di natura costituente e non solamente di carattere legislativo, potrebbe esprimere questo tipo di esigenza⁴².

Altri invece rifiutano questa nozione. In primo luogo poiché la legge della Knesset, designata ufficialmente come una *Basic Law*, ha validità non superiore a qualsiasi statuto successivo, motivo per cui qualsiasi legge successiva potrebbe idealmente modificarla⁴³.

Senza addentrarci su problemi di natura costituzionale, resta l'indiscutibile fatto che Israele, così come il Regno Unito, manca assolutamente di costituzione scritta. Ciò premesso, quindi, i valori politici, economici, sociali e culturali di base si trovano all'interno, *e non al di sopra*, del suo ordinamento giuridico.

Libertà individuali e altre garanzie costituzionali sono assicurate da mezzi di legislazione ordinaria e non superiore, con l'applicazione del concetto di base dello Stato di diritto la cui esistenza è stata più volte ribadito dalla magistratura indipendente dallo Stato. In altre parole, in Israele, come in Inghilterra, è il divieto e non l'autorizzazione che richiede un fondamento di legge e tutto ciò che non è espressamente vietato dal legislatore è consentito.

Qualsiasi atto amministrativo non può, quindi, arbitrariamente abrogare o violare la libertà o diritti della persona in ogni sfera. Tali atti sono soggetti a revisione da parte della Corte Suprema riunita in una *High Court of Justice* attraverso

⁴² Cfr. RUBENSTEIN, *Israel's Piecemeal Constitution*, in *16 Scripta Hierosolymitana (Studies in Israel Legislative Problems)* at 201 (1966).

⁴³ Cfr. AKZIN, in *International Lawyer's Convention In Israel* at 190 (1959).

l'esercizio della giurisdizione esclusiva nei procedimenti di *habeas corpus*, *mandamus*, *certiorari*⁴⁴.

Quando la legge prevede una certa discrezionalità di carattere amministrativo, la tradizione giurisprudenziale impone un esercizio temperato e in accordo con i canoni di diritto naturale ricordando come l'esercizio di tali poteri (legislativo, esecutivo e giudiziario) debba venire confinato *intra vires* della legislazione⁴⁵

1.5 segue: F) Proclamation - La *Proclamazione* emanato dal Consiglio provvisorio dello Stato il 14 maggio 1948 era meno cerimoniosa e più pratica rispetto alla Dichiarazione. Riprendeva la britannica "*White Paper*" del 1939 specificando che:

Proclamation

"So long as no laws have been enacted by or on behalf of the Provisional Council of State, the law which existed in Palestine on 14 May 1948 shall continue in force in the State of Israel, insofar as such continuance in force is consistent with the contents of this Proclamation, with the future laws and with the changes arising from the establishment of the State and its authorities".

Poichè sussistevano dubbi circa il valore effettivamente legale che questa *proclamation* poteva avere nell'aveo delle fonti di diritto in Israele, il *Provisional Council* decise di tradurre molto presto quanto riportato nel suddetto documento

⁴⁴ Cfr. H.C. 77/63 Heyman v. Beck, 17 Piskei Din 2503: "Section 7 of the Courts Law, 1957 giving the Supreme Court (sitting as a High Court of Justice) jurisdiction to deal with "matters in which it deems it necessary to grant relief in the interests of justice and which are not within the jurisdiction of any other court or tribunal." Since the jurisdiction is founded on statute the High Court is free to develop an independent jurisprudence which does not necessarily conform to the practice in England".

⁴⁵ Cfr. PELLEY-KARP, *Judicial Limits of Administrative Discretion*, in *Israeli Reports To The Seventh International congress of Comparative law* at 121(1966): "References to the decisions of the United States Supreme Court are to be found in many judgments in the field of Administrative law. Thus, the influence, if not incorporation, of yet another legal system, the American, on the jurisprudence of Israel is to be noted". Cfr. anche GORNEY, *American Precedent in the Supreme Court of Israel*, 68 HARV.L. REV.1194 (1955).

in una forma più regolare producendo *the Law and Administration Ordinance 5708 -1948*⁴⁶.

La suddetta *proclamation* conteneva tre importanti decisioni.

La prima, come diretta applicazione, stabiliva che il Consiglio provvisorio avrebbe assunto funzioni legislative provvisorie ma che esso poteva delegare parte del suo potere legislativo al Governo in materia di emergenza.

La seconda parte stabiliva che tutte le leggi e gli statuti in vigore in Palestina allo spirare del mandato erano validi eccezion fatta per quelli poi modificati dal Consiglio provvisorio.

La terza, invece, aboliva il Libro bianco che stabiliva una serie di restrizioni circa l'acquisto e la gestione di beni per gli ebrei.

La prima manifestazione di sovranità dello Stato d'Israele consistette quindi di un elemento dichiarativo, di un elemento organizzativo e di un elemento organizzativo vero e proprio, atto a recepire il diritto vigente sul territorio alla vigilia dell'indipendenza ma anche a modificarlo come fece immediatamente il Consiglio provvisorio.

I primi due atti dello Stato vollero con forza affermare la continuità con il passato sia sotto l'aspetto giuridico che sotto l'aspetto morale: l'ordinamento giuridico continuava a permanere così come definito fino ad ora e le istituzioni governative del *Yishuv* (divenute ora istituzioni provvisorie del nuovo Stato) si facevano garanti della transazione dal mandato ad uno Stato indipendente⁴⁷.

Attraverso *the Law and Administration Ordinance 5708 -1948* lo Stato ripeteva, come dicevamo, le disposizioni del proclama del 14 maggio in merito alla legislazione vigente, dando valore legale a tutti gli atti emanati da Agenzia Ebraica, Consiglio provvisorio e Governo provvisorio o dai singoli dipartimenti a loro sottoposti tra il 29 novembre 1947) data dell'approvazione della risoluzione ONU che stabiliva la fine del mandato inglese e la data di entrata in vigore dell'ordinanza.

⁴⁶ La doppia data qui indicata e che a volte inseriremo nell'intera trattazione di questo lavoro di ricerca è dettata dal fatto che la legislazione israeliana è datata sia secondo il calendario Gregoriano che secondo quello ebraico.

⁴⁷ GROPPI, OTTOLENGHI, MORDECHAI (a cura di), *Il sistema costituzionale dello Stato di Israele*, p. 16

In tale modo veniva, inevitabilmente, ad essere legittimato retroattivamente tutto il patrimonio quasi normativo "degli organi di autogoverno ebraici del mandato che avevano progressivamente assunto il controllo territoriale nei mesi precedenti all'indipendenza e la cui autorità era stata fino a quel momento solo di fatto e sostanziale, ma privo di riconoscimento vincolante e formale"⁴⁸.

2. Il problema costituzionale: A) Premessa. - Il problema della presenza - assenza della Costituzione "scritta, collocata al vertice delle fonti del diritto e modificabile con procedure aggravate rispetto al normale e ordinario procedimento legislativo⁴⁹" è sempre, e da sempre, stato oggetto d'importanti riflessioni, soprattutto quando si abbia intenzione di operare una trattazione sulle problematiche legate ai temi di diritto penale generale⁵⁰.

La costruzione "costituzionale":
il dibattito

Abbiamo già ampiamente discusso di come, indubbiamente, l'influenza britannica abbia in tal senso fatto sentire la propria presenza attraverso la comunicazione di un modello costituzionale di tal genere. Innegabile, infatti, come poc'anzi espresso, l'eredità giuridica in termini di *common law*, *stare decisis*, *habeas corpus*, per non parlare poi dell'intrinseca forma parlamentare "all'inglese"⁵¹.

Si è detto di come nella *Dichiarazione di Indipendenza* del 1948 si recasse la volontà di produrre una Costituzione scritta che sarebbe dovuta risultare dalla comune azione dell'Assemblea costituente che, tuttavia, attraverso la successiva

⁴⁸ Ibidem, p. 17

⁴⁹ Sull'argomento cfr. MORDECHAI A., *Costituzioni e fonti del diritto*, in *Il sistema costituzionale dello Stato di Israele*, p. 20

⁵⁰ *Contra* cfr. DE VERGOTTINI G., *Diritto Costituzionale comparato*, Padova, 1999, p. 163 per il quale non esiste in Israele una Costituzione scritta contenuta in un documento unitario. Per MORBIDELLI G., *Costituzioni e Costituzionalismo* in MORBIDELLI - PEGORARO - REPOSO - VOLPI, *Diritto Costituzionale italiano e comparato*, Bologna, 1997, p. 80, che considera la Costituzione Israeliana come flessibile. Cfr. anche PACE A., *La causa della rigidità costituzionale*, in ID., *Potere costituente, rigidità costituzionale, auto vincoli legislativi*, Padova, 1997, p.9 secondo cui Israele in realtà avrebbe una Costituzione: scritta ma pluridocumentale, essendo formata dall'insieme delle Leggi Fondamentali.

⁵¹ Almeno fino all'introduzione con la Legge fondamentale del 1992 e operativa dal 1996 al 2001 dell'elezione diretta del Primo Ministro.

legge di transizione scelse semplicemente di modificare il proprio ruolo in Assemblea meramente legislativa, abbandonando l'aulico desiderio iniziale⁵².

Innegabilmente, la forte ostilità nell'adozione di una Costituzione secondo l'ottica continentale proveniva dai partiti religiosi che vedevano nella codificazione il pericolo di un eccessivo potere in mano ai giudici espressione di una cultura laica a danno della matrice religiosa⁵³, per non parlare, poi, di tutte le considerazioni legate al fenomeno del "ritorno" in patria da parte di "cittadini" in gran parte ancora residenti in altri paesi⁵⁴.

Mancò, dunque, quella forte volontà costituzionale che potesse riunire in pochi articoli l'intenzione comune di un popolo finalmente unito in uno Stato sovrano⁵⁵. Quello della possibile adozione di una Costituzione si trasformò, ben presto, nel campo di battaglia privilegiato delle correnti "universalistiche" e "particolaristiche": come già finemente specificato nella *dichiarazione* Israele "si baserà sulla libertà, la giustizia e la pace secondo la visione dei profeti di Israele; assicurerà la completa eguaglianza dei diritti politici e sociali a tutti i suoi abitanti senza pregiudizi per la religione, la razza ed il sesso; garantirà la libertà di religione, di coscienza, di lingua, di educazione e di cultura". Se da un lato,

⁵² Cfr. RACKMAN E., *Israel's Emerging Constitution (1948 - 1951)*, New York, 1955, p. 37 ss.

⁵³ Sull'argomento ampia trattazione in RACKMAN E., *Israel's Emerging Constitution (1948 - 1951)*, cit., p. 111 ss.; ANSELMO A., *Costituzione e democrazia: l'esperienza israeliana*, in *Dir. pubb. comp. ed. eur.*, 2000, p. 419 ss.

⁵⁴ La stessa scelta, operata dalla prima Knesset con la Risoluzione Harari, di rinunciare alla formazione di un unico testo costituzionale per diluire la creazione della Costituzione nel tempo è significativa del rapporto tra storia e diritto che in Israele emerge con forza a partire proprio dalle sue leggi fondamentali. Una delle motivazioni più forti di questa decisione è proprio di carattere storico; essa si basava sulla considerazione del fatto che Israele si apriva da quel momento – era il 1950 – al ritorno degli ebrei della diaspora e che quindi gli ebrei presenti sul territorio di Israele erano da considerarsi una minoranza; era da ritenersi non corretto stabilire norme che avrebbero vincolato una futura maggioranza. MILANI G., *Storia e diritto in Israele. Dalle leggi fondamentali alla definizione del popolo israeliano*, in *Ianus* n. 9-2013, p. 8

⁵⁵ Interessanti le riflessioni del Primo Ministro dell'epoca Ben Gurion relativamente alla possibile adozione di un documento costituzionale: YANAI N., *Politics and Constitution Making in Israel: Ben Gurion's Position in the Constitutional Debate Following the Foundation of the State*, in ELAZAR D. J. (a cura di), *Constitutionalism. The Israel and American Experiences*, cit. p. 101 ss. Ancora in RUBINSTEIN, *Israel's Partial Constitution: The Basic Laws*, in *Jewish Virtual Library*, 2009: «Our state is being recreated every day. Every day, additional Jews liberate themselves by immigrating to our country; every day, additional parts of our country are liberated from their status as wasteland. This dynamism cannot tolerate a rigid framework and artificial constraints. The laws of Israel must adapt themselves to this dynamic development». Vedi anche MANDEL, *Democracy and the New Constitutionalism in Israel*, in *Israel Law Review*, 1999, 264; RABELLO, *Costituzione e fonti del diritto*, in GROPPI - OTTOLENGHI - RABELLO (a cura di), *Il sistema costituzionale dello Stato di Israele*, cit., 22-23.

pertanto, la *libertà e la pace* venivano intesi secondo un filtro prettamente biblico - religioso, *l'uguaglianza dei diritti* risultava libera da qualsivoglia riferimento di natura storico - tradizionalista.

Come dunque si diceva poc'anzi, la *Knesset* con una risoluzione divenuta presto nota ai più con il nome di "*risoluzione Harari*"⁵⁶ il 13 giugno 1950 dichiarò la definitiva volontà di accantonare, momentaneamente, l'idea di una Costituzione costruita sull'idea continentale lasciando il posto, invece, ad un processo graduale di stratificazione normativa "superiore". In tale modo, la *Knesset* si impegnava a produrre piano piano una serie di "Leggi fondamentali" o *Basic Laws*⁵⁷ sul modello tedesco che, legiferando sui temi fondamentali dello Stato, avrebbero dato origine, una volta raccolti in un unico documento, ad una sorta di "*Costituzione a tappe*"⁵⁸.

2.1 segue: B) Le leggi Fondamentali. - Ciò detto, si deve comunque ricordare come fosse estremamente difficile partire dal generale assunto per cui, in realtà, pur non esistendo una Costituzione vera e propria, le cosiddette "Leggi fondamentali" potessero costituirne delle macro sezioni di una ideale "*Costituzione a strati*"⁵⁹, tenendo anche conto di come fosse assolutamente non chiaro, come già si accennava, se nel generico gruppo di poteri che venivano a

Basic Laws

⁵⁶ Sulle possibili fonti ispiratrici della risoluzione in oggetto cfr. GARIGLIO A., *Corte suprema e Judicial Review in Israele*: "Nella Repubblica Federale Tedesca, nel 1949, venne promulgata una legge con il nome di "*Grundgesetz*", Legge Fondamentale, perché si ritenne che sarebbe stato più opportuno adottare una Costituzione quando la Germania si fosse riunificata. Il discorso però è più formale che sostanziale in quanto la Legge Fondamentale del 1949 presentava in sé tutte le caratteristiche tipiche di una Costituzione. Il parallelismo con Israele è tutt'altro che apparente, il ragionamento fatto nella Germania Ovest è sicuramente affine all'idea di cui in Israele si era fatto portavoce Ben Gurion, cioè quella riguardante la necessità di non vincolare le generazioni future. Per la Francia ci si rifà invece alla Terza Repubblica (1875), per cui non si percepisce come necessario il fatto che una costituzione venga redatta in un unico documento e nel medesimo momento".

⁵⁷ «La Prima *Knesset* affida alla Commissione Costituzionale, Legislativa e Giudiziaria il compito di preparare un progetto di Costituzione per lo Stato. La Costituzione dovrà essere composta da capitoli individuali, in maniera che ognuno di questi costituisca una Legge Fondamentale di per sé. I capitoli individuali dovranno essere portati davanti alla *Knesset* quando la Commissione avrà completato il suo lavoro e i capitoli insieme formeranno la Costituzione dello Stato». Risoluzione Harari (1950).

⁵⁸ TONIATTI R., *Israele: una Costituzione a tappe*, cit. p. 510

⁵⁹ Al riguardo va ricordato che la prima *Knesset* non solo non ha approvato la Costituzione, ma non ha adottato neanche una Legge Fondamentale che potesse considerarsi, secondo la risoluzione

essere trasmessi dalla *Knesset* originaria alle successive *Knessiot* ci fossero anche quelli di natura costituzionale.

Si comprende subito quanto importante sia dare una chiara risposta a questo quesito, considerato il peso legislativo che si troverebbero ad avere le norme in tal modo prodotte.

Oltretutto, il secondo quesito fondamentale cui dare risposta era quello secondo il quale ci si domandava se, e in che termini, la *Knesset* avrebbe potuto limitare se stessa, tenuto conto del brocardo inglese *Parliament cannot bind itself*.

Nonostante tali fondanti interrogativi e il parere di ampia dottrina sull'argomento che, per lungo tempo, fu favorevole a sostenere, sulla base soprattutto di questo parallelismo con il diritto inglese, l'assoluta valenza non-costituzionale delle Leggi fondamentali con relativa superiorità della *Knesset*, si giunse presto ad un primo accenno di una consapevole superiorità costituzionale di tali leggi sulla produzione normativa ordinaria (con relativa impossibile applicazione del principio *lex posterior derogat priori*) grazie ad un intervento risolutivo della Corte Suprema Israeliana relativamente al caso *Bergman v. Ministro delle Finanze*⁶⁰.

Da quel momento in poi, la *Knesset* ha emanato *dieci Leggi Fondamentali* tra 1958-1992, che, in generale, non hanno ricevuto particolare attenzione, non essendo considerati documenti "costituzionalmente" significativi. Queste leggi fondamentali non affrontavano questioni "sostanziali" come i diritti umani,

Harari, un Capitolo della Costituzione dello Stato. Essa, come già si diceva, ha trasferito alla seconda *Knesset* i suoi poteri, con una legge di transizione del 1951, in cui viene stabilito che anche i poteri della prima *Knesset* come assemblea costituente vengono trasferiti alla seconda *Knesset* e da questa alla *Knesset* successiva, e così via, per ogni *Knesset* futura (Così nell'articolo 10 della legge di transizione alla seconda *Knesset*, 5711 - 1951). MORDECHAI A., *Costituzioni e fonti del diritto*, in *Il sistema costituzionale dello Stato di Israele*, p. 37

⁶⁰ "Chiamata a controllare la legge sul finanziamento delle elezioni, la Corte ha sostenuto che violava l'art. 4 della Legge fondamentale sulla *Knesset* (secondo la quale " la *Knesset* sarà eletta tramite elezioni generali, nazionali, dirette, uguali, segrete e proporzionali, secondo la legge elettorale; questo articolo può essere modificato solo dalla maggioranza assoluta dei membri della *Knesset*") perchè non trattava equamente i nuovi partiti non rappresentati nella *Knesset* appena disciolta, ponendosi quindi in contrasto con il principio di eguaglianza elettorale posto dall'articolo 4. A seguito della sentenza, il Ministro delle Finanze si astenne dal dare applicazione alla legge, mostrando in tal modo di rispettare la decisione della Corte, fino al momento in cui la *Knesset* la modificò nel senso richiesto dalla Corte Suprema". MORDECHAI A., *Costituzioni e fonti del diritto*, in *Il sistema costituzionale dello Stato di Israele*, p. 39

trattando principalmente questioni di natura meramente procedurale, come la struttura dei poteri di governo⁶¹.

Nel 1992, tuttavia, sono state emanate due "nuove" leggi fondamentali, che, per la prima volta⁶², si occupavano di questioni "sostanziali", elencando una lista di diritti fondamentali. L'emanazione di queste due "nuove" leggi fondamentali, e in particolare la *Basic Law: Human Dignity and Liberty*, ha segnato il punto di partenza della *rivoluzione costituzionale* che prese ampia concretezza a seguito della decisione storica *United Mizrahi Bank v. Migdal Cooperative Village*⁶³ del 9 novembre 1995 che ha ufficialmente elevato le *Basic Laws* ad un livello quasi - costituzionale definendo il concetto stesso di Costituzione e il ruolo di sindacato della Corte.

La rivoluzione costituzionale

La dottrina maggioritaria sul caso sostiene la "funzione costituente" della *Knesset* nel momento dell'approvazione delle *Basic Laws*, considerazione basata sull'idea del trasferimento del potere costituente di cui sopra a cui ampio riferimento si fa sia nella *Dichiarazione d'Indipendenza* che nella risoluzione Harari. Poiché è il popolo ad assegnare alla *Knesset* tale potere, il riconoscimento della Corte di tale effetto attesta l'esistenza di un consenso diffuso e di una volontà determinata.

⁶¹ Legge fondamentale sulla *Knesset* (1958), la Legge fondamentale sulle terre demaniali (1960), la Legge fondamentale sul Presidente dello Stato (1964), la Legge fondamentale sul governo (1968 - 1992 - 2001), la Legge fondamentale sul bilancio (1975), la Legge fondamentale sull'esercito di difesa di Israele (1975), la Legge fondamentale su Gerusalemme, capitale d'Israele (1980), la Legge fondamentale sul potere giudiziario (1984), la Legge fondamentale sul controllore dello Stato (1986), la Legge fondamentale sulla libertà di occupazione (1992 - 1994), la Legge fondamentale sulla dignità e libertà della persona (1992). Per approfondire maggiormente questo tema cfr. www.knesset.gov.il.

⁶² "The only exception was a limited recognition that Article 4 of Basic Law: The Legislature, 1958, S.H. 69, which deals with the principle of equal elections and requires a special majority vote for infringement of this principle, enables striking down statutes that did not withstand that demand". *HCJ 98/69 Bergman v. Minister of Finance [1969]*, *IsrSC 23(1) 693*, and *ZAMIR I., Judicial Review of Statutes*, 1(2) *MISHPAT UMIMSHAL* 395, 396 (1993).

⁶³ "Il caso: la *District Court* di Tel Aviv - con una pronuncia di per se profondamente innovativa - aveva dichiarato contraria all'articolo 3 della Legge Fondamentale sulla dignità e libertà della persona, che garantisce il diritto di proprietà, la legge che, intervenendo a sostegno del settore agricolo, e soprattutto delle cooperative dette *moshavim*, aveva previsto la cancellazione di parte dei debiti da queste contratte nei confronti dei creditori. La Corte Suprema, adita quale giurisdizione di appello, in composizione di nove giudici, annulla la sentenza di primo grado, ritenendo infondata la questione di costituzionalità della legge alla luce della *limitation clause* contenuta nell'articolo 8 della stessa *Basic Law*. La Corte ritiene infatti che la legge censurata abbia limitato il diritto di proprietà in nome dei valori dello Stato di Israele, trattandosi di un intervento volto ad evitare il collasso di un importante settore dell'economia israeliana e che l'intervento sia rispettoso del principio di proporzionalità" *MORDECHAI A., Costituzioni e fonti del diritto, in Il sistema costituzionale dello Stato di Israele*, p. 40

Le Leggi fondamentali sui diritti costituiscono una vera e propria rivoluzione costituzionale poichè con esse viene assicurato uno *status* costituzionale a diritti che in precedenza trovavano unicamente un riconoscimento giudiziario. La loro costituzionalizzazione, come valori fondamentali dello Stato, comporta l'incostituzionalità delle leggi che li violano e la relativa possibilità di sottoporle a *judicial review of legislation*: ecco dunque il ritrovato ruolo della Corte Suprema come superiore guardiano della Costituzione, attraverso il bilanciamento dei valori e delle garanzie così predisposte⁶⁴.

In tal senso, dobbiamo quindi essere chiari: ciò che conta in questo caso, perchè una legge possa definirsi "fondamentale" e quindi sottoposta a quella tutela gerarchica che è propria delle leggi "costituzionali", non sono formule rafforzative o procedimenti speciali. Ciò che, in fin dei conti, rileva è la mera denominazione data loro dall'Assemblea che, in quel momento, agisce *con potere costituente* e non meramente legislativo.

cosa è
"costituzionale"

Questa teoria maggioritaria non risulta però scevra da attacchi diretti in termini di dottrina e giurisprudenza che suscitano continuamente problematiche giuridiche non di poco conto⁶⁵. Alla luce di quanto rilevato fino ad ora, risulta evidente l'apertura già evidenziata nei paragrafi precedenti all'idea legislativa strutturale sempre più vicina ai sistemi continentali occidentali.

3. Il Codice Penale: Premessa. - Nel 1936 il Mandato Britannico promulgò la *Criminal Code Ordinance* (CCO). Questo Codice conteneva una Parte Generale e una Parte Speciale.

**Il Codice Penale:
premesse storiche**

⁶⁴ MORDECHAI A., *Costituzioni e fonti del diritto*, in *Il sistema costituzionale dello Stato di Israele*, p. 41

⁶⁵ Tra gli altri si ricordi che sostiene come in realtà la *knesset* non possa elaborare una Costituzione vera e propria: essa avrebbe solo il potere di adottare leggi protette da clausole rinforzate che assumono solo per questo una posizione di supremazia rispetto alle altre leggi ordinarie. A questa opinione è collegata quella che fa discendere la rivoluzione costituzionale più dalla sentenza della Corte Suprema che da una volontà in tal senso del legislatore: si nega che in Israele esista, anche dopo l'approvazione delle due leggi del 1992, una Costituzione intesa in senso moderno, come luogo di valori condivisi, frutto del potere costituente del popolo. Cfr. GAVISON, *A Constitutional Revolution*, cit. p. 521 e ancora MORDECHAI A., *Costituzioni e fonti del diritto*, in *Il sistema costituzionale dello Stato di Israele*, p. 42

Quando lo Stato di Israele dichiarò la propria indipendenza nel 1948, si stabilì, come per buona parte della legislazione fino ad allora in vigore, che anche il Codice Penale rimanesse in vigore.

Nonostante il CCO venne chiaramente tradotto in Ebraico, la versione inglese restò comunque la versione ufficiale vincolante. Nel 1977 le sezioni del CCO ancora in vigore vennero ufficialmente tradotte in Ebraico: da quel momento fu la versione ebraica a divenire *binding text*. Numerose leggi emanate dalla *Knesset* dal 1948 vennero aggiunte alle norme penali fino a quel momento in vigore. Il risultato di questa aggiunta fu la consolidata versione del nuovo codice penale, *the Penal Law* del 1977.

La gran parte di Parte Generale e una grande porzione di quella Speciale contenevano sezioni che erano state originariamente emanate nel 1936 (chiaramente con tutte le varie e specifiche emende specialmente relative ai reati di parte speciale). Nel 1990 si decise di promulgare una nuova *General Part*.

Nel 1994 la *Knesset* emanò l'emendamento n. 39 al *Penal Law, 1977*. Questo emendamento sostituiva tutte le precedenti sezioni di Parte Generale (eccezion fatta per quella riguardante le pene) con nuove sezioni:

Sections 1 - 17 costituirono la *Preliminary Part* e le *sections 18 - 90B* la *General Part*.

Anche se l'emendamento entrò in vigore dal 1995, ancora oggi l'intera legge penale è chiamata *Penal Law, 1977*. Pertanto, l'intera legislazione penale codicistica attualmente in vigore risulta costituita da quanto modificato dall'emendamento del 1995 eccezion fatta per la sezione sulle pene.

Si tenga presente che le basi dell'emendamento in questione furono fortemente influenzate e ispirate non solo dalla tradizione legislativa Anglo - Americana ma anche dal diritto Continentale,

Codice sintesi di due sistemi

specialmente alcune sezioni precipue rendendo, come risultato finale, *un Codice strutturato come corretta sintesi dei due sistemi*.

Si specifichi anche che se *Amendment n. 39* ha completamente rivoluzionato il diritto penale *Parte Generale*, la *Parte Speciale* è rimasta invece invariata come prima del 1995 evidentemente con tutte quelle modifiche legislative che di volta in volta si sono susseguite sulle varie materie e sezioni della parte suddetta.

Il nuovo *Penal Code* reca dunque in se non soltanto la normativa presente nel Penal Code 1977 ma anche tutta una serie di norme prima eccentriche al codice ed ora qui riunite.

3.1 The Criminal Code Ordinance, 1936. - Comprendere quindi

la complessa situazione che, in un certo qual modo, caratterizza

**The Criminal Code
Ordinance, 1936**

l'attuale stato di cose in Israele per quanto concerne il diritto

penale, comporta una breve analisi della prima forma completa, pur con tutti i limiti che vedremo, di "legge penale" territoriale.

Le Origini della Criminal Code Ordinance, 1936, (CCO), in realtà, non sono mai state completamente comprese. La Corte Suprema Israeliana è solita ricordare come molte delle espressioni legislative ivi indicate derivino, come abbiamo già avuto modo di dire, dalla legge Ottomana⁶⁶ o dagli *statutes* britannici⁶⁷ o da un generale coacervo di tradizioni a *common law* sempre di anglosassone memoria⁶⁸.

A parte questi generici riferimenti circa le fonti dell'Ordinanza, non ci sono espressioni che ci consentano di descrivere con precisione l'argomento in questione in termini di evoluzione storica, trattato sempre con estrema genericità:

1) The local legislator drew most of the offences included in the Criminal Code Ordinance from the well of English law⁶⁹.

2) Everybody admits that the provisions of the Palestine Criminal Code Ordinance relating to manslaughter and murder were not derived from one source, but include different ideas and pieces of ideas that were taken, a little here and a little there, from different legal systems-English, French, Ottoman, or French in Ottoman clothing, as it existed until 1936. Before us is a mosaic of

⁶⁶ Cfr. Section 214(c), *Jacobovitz v. Attorney General* (1952) 6 P.D. 514, 554.

⁶⁷ Cfr. section 161(b), *Gamal v. Attorney General* (1959) 13 P.D. 692.

⁶⁸ Cfr. section 14, *Mandelbrot v. Attorney General* (1956) 10 P.D. 281 (also 2 S.J. 116).

⁶⁹ *Abu Ravia v. Attorney General* (1963) 17 P.D. 2913, 2926

different colours composed into a single picture. As to this there is no disagreement... What is not so clear and certain is the identity of the concrete source of each of the bricks of the building that comprise the 'collective' legislation⁷⁰.

3) This law is based on colonial laws constructed in the image of the criminal law of England. After ... the experiment succeeded in Cyprus, it proceeded to Palestine, and our criminal code was constructed in accordance with it⁷¹.

Risulta quindi necessario fare un pò di chiarezza sull'argomento a maggior giovamento di questo lavoro di analisi, perchè sia chiaro come, nel 2016, alcuni istituti siano arrivati o meno a noi e, soprattutto, perchè il diritto penale abbia assunto la veste che noi tutti oggi possiamo percepire.

3.1.1 segue: Le Fonti del CCO. - Attraverso lo studio dei non pochi documenti storici disponibili possiamo risalire con una certa difficoltà alle **Storia del CCO** fonti generali del CCO. Si deve partire, in primo luogo, dai documenti in possesso dell'Ufficio del Segretario coloniale in Palestina durante il periodo della stesura del Codice⁷².

I lavori per la preparazione di "un nuovo codice penale per la Palestina" iniziarono nei primi mesi del 1929. Nel febbraio dello stesso anno ci fu uno scambio di corrispondenza tra il Chief Justice McDonnell della Corte Suprema di Palestina e l'Ufficio del Segretario coloniale a Cipro in cui il Chief Justice ha indicato il suo interesse ad esplorare la possibilità di adattare "*il nuovo codice penale di Cipro*" alla legislazione penale Palestinese⁷³ indicando una serie di

⁷⁰ *Jacobovitz v. Attorney General* (1952) 6 P.D. 514 (per Silberg J.).

⁷¹ MALCHI, *History of the Law of Palestine* (1953), p.132.

⁷² Palestine Penal Code (Govt. of Palestine, C.S.O.) Vols. I-III, File No. J/64/31, Government Archives. Cfr. anche *Criticisms and Suggestions Re the Criminal Code Bill*, File No. J/284/33. E' interessante anche soffermarsi sulle riflessioni in H. F. MORRIS, *How Nigeria Got Its Criminal Code*, (1970) J.A.L. 135.

⁷³ File No. J/64/31, Vol. I, p. 1-2.

riflessioni finalizzate alla possibilità concreta di tale ricezione. A seguito di una serie di riflessioni di tal genere l'*High Commissioner* di comune accordo con *the Colonial Secretary in London* raggiunse questa decisione: "I have decided on the advice of the Chief Justice and the Attorney General to adopt the Cyprus Criminal Code as the model⁷⁴".

Chiaramente, il modello proposto subì una serie di rilevanti modifiche atte all'eventuale applicazione sul territorio di Palestina: verso la fine del 1931 o all'inizio del 1932, iniziarono ad essere approntate le prime bozze di *Code* che, tuttavia, trovarono una prima formale pubblicazione solo nel mese di giugno 1933⁷⁵. La definitiva promulgazione e relativa pubblicazione avvenne però solo il 14 dicembre 1936⁷⁶.

Pur non essendo purtroppo disponibile la versione del Codice del 1931-1932, è possibile consultare la "Explanatory Note on the Criminal Code Ordinance" datata novembre 1931⁷⁷ attraverso la quale è possibile risalire alle molteplici origini di questo progetto preliminare del codice. Si inizia con la seguente dichiarazione: "Il Codice generalmente segue le disposizioni del codice penale di Cipro. Ogni variazione di sostanza fatta rispetto al modello sarà corredata da spiegazione⁷⁸"

Sempre nella medesima notula, è possibile, attraverso le parole dell'Avvocato Generale, risalire a *quattro importanti ulteriori fonti* che si aggiungono al codice ciprota: *il codice penale ottomano allora in vigore in Palestina, il codice penale nigeriano, il codice penale iracheno e i codici penali dell'Africa orientale*:

Fonti del CCO

- a) sedici sezioni o parti di sezioni nel progetto sono attribuiti al Codice ottomano;
- b) otto al Codice della Nigeria;
- c) due al Codice iracheno;
- d) uno al Codice dell'Africa orientale.

⁷⁴ File No. J/64/31, Vol. I, p. 20

⁷⁵ Palestine Gaz. Extraord. No. 367, June 6, 1933.

⁷⁶ Palestine Gaz. Extraord. No. 652, Dec. 14, 1936.

⁷⁷ File No. J/64/31, Vol. I p. 166a.

⁷⁸ La traduzione è di Jacopo Sipari di Pescasseroli. Testo originale: "The Code follows generally the provisions of the Cyprus Criminal Code. Where any variation of substance has been made from the model, an explanation is given". cfr. File No. J/64/31, Vol. I p. 166a.

In questo progetto originario, il codice conteneva almeno 407 sezioni. In base alla dichiarazione introduttiva alla nota, possiamo supporre che le sezioni non attribuite specificamente a nessuno delle quattro fonti precitate siano di derivazione ciprota: da ciò, se ne deduce che oltre il novanta per cento delle disposizioni, in fin dei conti, derivavano da Cipro.

Pur essendo sopravvenute una serie di variazioni a questa prima bozza, dal confronto con il codice penale di Cipro del 1928⁷⁹ ravvisiamo una sostanziale continuità con la *Ordinance Palestinese* senza peculiari cambiamenti⁸⁰. I due codici sono sorprendentemente simili; in molti casi, sezione dopo sezione, pare quasi che la CCO sia una copia letterale delle disposizioni del codice di Cipro. Ci sono, naturalmente, alcune importanti differenze. A *public mischief provision*, sezione 105, nel CCO, non si trova nel codice di Cipro. Le disposizioni in materia di intossicazione sono molto diverse⁸¹. Allo stesso modo, il Codice Ciprota non reca in se alcuna disposizione relativa a *false imprisonment*⁸² o *intimidation in*

⁷⁹ Cyprus Gaz. Extraord. No. 1947, October 17, 1928.

⁸⁰ Cfr. N. ABRAMS, *Interpreting the Criminal Code Ordinance, 1936 - The Untapped Well*, (1971) 7 Is. L.R. 25 p. 27: "The major exception involves the homicide provisions, the history of which present an interesting sidelight on the development of the Code. In 1929, the Attorney General and the Chief Justice of the Palestine Supreme Court engaged in a spirited exchange of memoranda regarding the desirability of enacting provisions reflecting the English law of homicide. The Attorney General wrote, "[I]t would, in my opinion, do unnecessary violence to public opinion to introduce the English conception which treats wilful homicide as a capital offence in every case unless the accused person can establish it was manslaughter". File No. J/64/31, Vol. I, p. 32. In March, 1930 the Colonial Secretary's Office resolved the dispute by deciding that the new code should incorporate the provisions of English law as set out in the Cyprus Code, but avoid the use of the phrase "malice aforethought". Ibid., p. 45. Somewhat mysteriously, however, in May, 1934, the proposed murder provisions were changed back so as to reflect as much as possible the then-existing law in Palestine. The portents of the change were very few. The Howard League for Penal Reform had written a letter criticizing the Cyprus provisions as had one Arab lawyer. There was also an indication that Sir Herbert Samuel was going to raise a question about the murder provisions in Parliament. On May 21, 1934, the High Commissioner received a letter from the Secretary of State indicating that the question was going to be asked on May 30th, and on May 22nd the Commissioner wrote a reply indicating that the definition of murder had been amended. Although miffed because he had not been consulted about the change, the Chief Justice subsequently conceded that five additional years involvement in the administration of criminal justice in Palestine had changed his mind about the expediency of introducing the English law of murder. File No. J/284/33, Vol. I, pp. 28, 31A, 36A, 57a, 62, 68, 80".

⁸¹ Leggendo "The Explanatory Note" comprendiamo come si preferì, a tal riguardo, l'Article 14 of the East Africa Code.

⁸² Section 262, CCO.

*industrial disputes*⁸³ o *forgery of bank notes*⁸⁴. Stesso discorso per quanto concerne il reato di omicidio.

Se queste fino ad ora indicate costituiscono le fonti "immediate" del CCO, dobbiamo necessariamente indagare anche quelle che possiamo definire "fonti secondarie" per completare adeguatamente lo schema fin qui delineato.

A tal proposito risulta certamente interessante quanto indicato in dottrina:

"The Queensland Code was the basis for the Criminal Code which was introduced into Northern Nigeria in 1904... It remains in force in Southern Nigeria... to this day. A second sort of Penal Code, closely allied to the Nigerian is that of East Africa and The Gambia. East Africa was originally subject to the Indian Penal Code. This was replaced in the 1930's by Codes drafted by the Colonial Office, all alike save for very small textual differences. The Colonial Office Code was patterned almost verbatim upon the Cyprus Code of 1928. *The Cyprus Code drew most heavily upon the Nigerian Code and the Queensland Code*; in fact many of the critical provisions of the East African Codes are *in haec verba* with the Nigerian and Queensland Codes. The Colonial Office Code is now in force in Gambia, Tanganyika, Zanzibar, Kenya, Uganda, Zambia and Malawi, as well as Cyprus, The Fiji Islands, the Seychelles, and elsewhere...⁸⁵".

Da questa descrizione, possiamo concludere che il *Codice nigeriano* è basato sul *Codice del Queensland* e il *Codice di Cipro* si basava su entrambi. Sembrerebbe, quindi che, quando il legislatore del CCO navigava in una piccola misura nelle acque del codice nigeriano, oltre a utilizzare il codice di Cipro come suo modello principale, stava prendendo da ciò che può essere

**Codice del
Queensland e
Codice di Cipro:
raffronti**

⁸³ Chapter XXI, CCO.

⁸⁴ Chapter XL, CCO.

⁸⁵ SEIDMAN, *A Sourcebook of the Criminal Law of Africa* (1966) 325. Cfr. anche MALCHI, *History of the Law of Palestine*, p. 132: "One of the latest of these [laws] was the criminal law of the Sudan of 1924. On the foundation of this law is built the Criminal Code of ... Cyprus". Cfr. anche HEDGES, *Introduction to the Criminal Law of Nigeria* (1962), OKONKWO - NAISH, *Criminal Law in Nigeria*(1964), BRETT - MCLEAN, *Criminal Law and Procedure of Lagos, Eastern Nigeria and Western Nigeria* (1963) p. 433; WILLIAMS, *Criminal Law* (1961) p. 583.

figurativamente descritto come un nipote (Cipro) e una madre (Nigeria), e indirettamente in prestito, forse senza saperlo, da una nonna (Queensland), tutti nella stessa linea di discendenza⁸⁶. Per questo, il *Palestine Criminal Code Ordinance* del 1936 in tal modo può ragionevolmente essere descritto come un *discendente diretto del codice penale del Queensland del 1899 e un cugino strettamente legato a numerosi codici penali promulgate dagli inglesi nelle colonie dell'Africa orientale e altrove*. I codici relativi a CCO di Israele sono stati adottate in tempi diversi in almeno sedici altre giurisdizioni. Il confronto tra le disposizioni della CCO con il Codice del Queensland del 1899 tende a confermare questa conclusione. Non sorprende che ci siano maggiori differenze tra il CCO e il Codice del Queensland che quelle tra il CCO e il Codice di Cipro.

Tuttavia, le somiglianze tra il codice del Queensland e il CCO sono impressionanti. Su 390 sezioni del CCO, oltre 150 contengono un linguaggio che è praticamente identico o ha solo poche parole cambiate o comporta un impiego di parti sostanziali della stessa formulazione, rispetto a quelle del Codice del Queensland. La maggior parte delle regole generali sulla responsabilità penale che si trovano nel capitolo IV della CCO, molte delle disposizioni di cui al capitolo XI circa le assemblee illegali e le rivolte, molte sezioni del capitolo XVII descrittivi reati contro la morale, tutto il capitolo XXIV circa la definizione di alcune funzioni, molte disposizioni in materia di furto e reati contro il patrimonio di cui ai capitoli XXIX fino al XXXVII e numerose disposizioni varie della CCO sono chiaramente derivati dal Codice del Queensland, con l'utilizzo di un linguaggio identico o sorprendentemente simile. D'altra parte, però, le principali differenze tra i due codici si trovano in zone importanti: *insanity*, *necessity* e *duress* sono abbastanza diverse così come la *complicity*, mentre l'omicidio è completamente trattato in modo diverso.

Continuando in questo "albero genealogico" finalizzato ad individuare le origini del codice penale israeliano, ci sembra d'obbligo ricordare che neanche il fin qui descritto codice del Queensland possa vantare una propria originalità: pare infatti che anche questo attingesse in buona parte da

**L'influenza inglese:
*Digest of the
Criminal Law* di
Stephan**

⁸⁶ Cfr. N. ABRAMS, *Interpreting the Criminal Code Ordinance, 1936 - The Untapped Well*, (1971) 7 Is. L.R. 29;

una bozza di Codice Inglese del 1879, il famoso *Codice Stephen*, a sua volta frutto di un lavoro precedente dello stesso autore, il *Digest of the Criminal Law*, del 1877.

Proprio su questo lavoro di Stephen⁸⁷ dobbiamo ricordare che la prima versione del testo viene data alle stampe nel 1877 e si componeva di una lunga introduzione dello stesso Stephen, una tabella delle decisioni giudiziali e delle leggi citate, il corpo normativo composto di 398 articoli divisi in 6 parti e 49 capitoli e una appendice di 18 note al testo normativo. I singoli articoli, poi, erano ricchi di ulteriori annotazioni che rimandano tanto a *statutes* quanto a casi giudiziari, a riprova del fatto che il progetto di Stephen intendeva armonizzare il sistema di common law con quello delle leggi scritte, fissando la tradizione giuridica inglese in un testo avente il carattere della sistematicità ma non della onnicomprensività. .

⁸⁷ Cfr. sull'argomento GUYON G., *Les partisans de la codification en Angleterre au XIXe siècle. La question du droit pénal entre modernisation du common law, utilitarisme et modèle juridique français*, Université de Rennes 1, 2012; HOSTETTLER J., *Politics and law in the life of Sir James Fitzjames Stephen*, Chichester 1992; HOSTETTLER J., *The politics of criminal law: reform in the nineteenth century*, Chichester 1992; HUCH R. K., HENRY, *Lord Brougham the Later Years 1830-1868. The "Great Actor"*, Volume 8 in *Studies in British History*, USA 1993; KADISH S.H. (a cura di), *Encyclopedia of Crime and Justice*, New York 1983; KITSON C., *The Life and Work of Sir Robert Peel*, Cambridge 1950; LAINGUI A., *Il Diritto Penale della Rivoluzione e dell'Impero in Diritto Penale dell'Ottocento: i Codici Preunitari e il Codice Zanardelli*, Padova 1993; LEWIS E.D., *A Draft Code of Criminal Law and Procedure*, London 1879; LEWIS E.D., *A Paper on the Codification of the Criminal Law of England*, London 1878; LIEBERMAN D., *The Challenge of codification in English legal history, presentation for the Research Institute of Economy, Trade, Industry* (Rieti), 2009; LOBBAN M., *Legal Theory and Judge Made Law in England, 1850-1920* in *Quaderni Fiorentini* n. 40, 2011; MILL J. & WILSON H.H., *The History of British India*, London 1858; MORGAN K., *The Great Reform Act of 1832*, London 2001; MUELLER G.O.W. & BUERGENTHAL T. (tradotto da), *The American Series of Foreign Penal Codes. The German Penal Code*, New York 1961; O MORGAN K., *The Great Reform Act of 1832*, London 2001; PHILLIPSON C., *Three Criminal Law Reformers. Beccaria, Bentham, Romilly*, London 1923; POLAND H. B., *Changes in criminal law and procedure since 1800*, in *A century of law reform*, London 1901; RADZINOWICZ L., *Sir James Fitzjames Stephen and his contribution to development of criminal law*, London 1957; RADZINOWICZ L. & HOOD R., *The Emergency of Penal Policy in Victorian and Edwardian England*, Oxford 1990; SANFORD H.S., *The Different Systems of Penal Code in Europe: also, a Report on the Administrative Changes in France, since the Revolution of 1848*, Washington 1854; SCARLATTI P., *L'idea di codice nel pensiero di Jeremy Bentham*, in *Teoria del Diritto e dello stato. Rivista Europea di Cultura e Scienza Giuridica*, n. 2, 2005; SMITH K.J.M. & WHITE S., *An Episode in Criminal Law Reform through Private Initiative in The Kife of The Law, Proceedings of the Tenth British Legal history Conference*, Oxford 1991; SMITH K.J.M., *Lawyers, Legislators and Theorists. Development in English Criminal Jurisprudence 1800-1957*, Oxford 1998; SMITH K.J.M., *James Fitzjames Stephen, portrait of a Victorian rationalist*, Cambridge 1988; STEPHEN J. F., *A Digest of the Criminal Law (Crimes and Punishments)*, London 1877; STEPHEN J. F., *A General View of the Criminal Law of England*, London and Cambridge 1863; STEPHEN J. F., *A History of the Criminal Law of England*, London 1883; STEPHEN J.F., *A Penal Code in Fortnightly Review January-June 1877*.

Il *'Digest of the Criminal Law'* venne infatti presentato da Stephen come una tappa del processo che, passando per gli normativi ai quali aveva prestato la propria opera e che per varie vicissitudini parlamentari non erano mai stati approvati - tra i quali, appunto, *The Homicide Bill* (1874) e *The Lord Coleridge's Evidence Bill* (1873)- avrebbe dovuto condurre a una codificazione completa del diritto penale inglese. Da un punto di vista contenutistico, l'intenzione era quella di fotografare quella che potremmo definire la *working criminal law* pur nella piena consapevolezza delle difficoltà opposte dalla complessità del diritto penale inglese. In tal senso, numerosi *statutes* contenevano disposizioni aventi rilevanza penale le quali, se estrapolate dall'intero testo della legge, sarebbero risultate pressoché incomprensibili. L'intento di Stephen in linea di massima era quello di limitarsi a offrire una codificazione delle *indictable offences*, ma egli stesso ammise di avere concesso spazio a numerose eccezioni, sempre al fine di offrire una panoramica del diritto vigente più ampia possibile e tale da potere essere considerata un utile strumento pratico per gli operatori del diritto, che si sostituisse alle corpose raccolte giurisprudenziali allora in circolazione.

Concisione e chiarezza espositiva sarebbero stati ottenuti attraverso il doppio processo di estrazione dei principi contenuti nelle decisioni giudiziali e di concentrazione delle leggi scritte. Ben più complessa appare agli occhi dell'autore la stesura dei capitoli in cui si rendeva necessario sintetizzare la tradizione di *Common law* integrandola nel sistema dei *Consolidation Acts*. Le obiezioni mosse da Stephen alla consolidazione ivi operata attengono al fatto che tali atti presumevano comunque l'esistenza di un vasto corpo di leggi non scritte e pertanto in molti casi non si era tenuto conto della giurisprudenza intervenuta sui testi degli *statutes* più risalenti nel tempo.

La prima parte del *Digest* contiene quella che potremmo definire una sorta di "parte generale" che viene definita come "preliminare". Si tratta di cinquanta articoli volti a fornire definizioni e classificazioni in uno stile conciso ed essenziale, sulla scorta del modello francese. Le pene sono quelle già previste nell'ordinamento inglese dell'epoca e anche la classificazione dei reati rimane legata alla tradizione, che prevede un sistema tripartito in *treason*, *felony* e *misdemeanour*. Nonostante questo è interessante notare come Stephen mantenne

un atteggiamento piuttosto ambiguo riguardo l'ipotesi che il suo *Digest* potesse costituire immediatamente un modello di codificazione per il diritto penale.

Riteneva, però, che una tale opera potesse fungere da piattaforma per un progetto che, a seguito di una lunga gestazione, avrebbe dovuto ricevere non solo l'approvazione parlamentare, ma anche quella della scienza giuridica, dell'opinione pubblica e della giurisprudenza⁸⁸.

Il confronto di quella fonte con le disposizioni della CCO e del Codice del Queensland suggerisce due conclusioni:

a) anche se ci sono alcuni casi in cui si possono trovare formulazioni identiche o molto simili, per la maggior parte il linguaggio di Stephen è molto diverso. Anche se Chief Justice Griffith potrebbe aver cercato il lavoro di Stephen per trarne delle valide idee, l'approccio e l'ispirazione, così come la maggior parte del linguaggio del codice del Queensland è stato probabilmente esclusiva opera sua. *Come fonte indiretta, di conseguenza, l'opera di Stephen è probabilmente troppo remota per essere di grande aiuto al nostro lavoro;*

b) ci sono alcuni casi in cui l'ormai famoso *Digest* sembra invece essere stato apparentemente utilizzato come fonte diretta. Così, per esempio, il legislatore del codice Cipro (o forse il legislatore di un codice intermedio su cui è stato modellato quello di Cipro⁸⁹) sembra aver mutuato la sua sezione 17 relativa alla *necessity* quasi testualmente all'articolo 32 del *Digest* di Stephen. Allo stesso modo il linguaggio della sezione 217 del CCO relativo alle omissioni illecite sembra essere stato derivato da una parte dell'articolo 222 del *Digest*. Né la *necessity* né la disposizione sulle omissioni illegali hanno una controparte simile nel Codice del Queensland.

⁸⁸ Cfr. RICCIONI A., *La codificazione del diritto penale inglese: James Fitzjames Stephen e il Criminal Draft Code*, in *Historia et ius - rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna*, 3/2013: "A dispetto della comprensibile, maggiore notorietà raggiunta da Jeremy Bentham e dalle sue idee sulla codificazione, James Fitzjames Stephen (1829-1894) va forse considerato il protagonista principale nella storia dei tentativi di codificazione penale nell'Inghilterra del XIX secolo.

Questi fu giurista nel senso più ampio del termine: avvocato, giudice, professore, membro di royal commissions e autore prolifico, specialmente nel campo della storia del diritto penale inglese".

⁸⁹ Cfr. N. ABRAMS, *op. cit.*, p. 30

Questa breve rassegna storica ci offre una prospettiva interessante sullo sfondo della Palestina ai tempi del CCO e costituisce un ampio spettro su cui affondare il desiderio di delineare, con una certa precisione, un passato legislativo-filosofico troppe volte sottovalutato.

Interessante è di certo l'utilizzo di materiali relativi ai codici di paesi dipendenti dagli inglesi o precedentemente dipendenti anche se il linguaggio di questi codici è da considerarsi, però, con particolare attenzione: il fatto che la data disposizione A in Israele sia identica a A nel Codice di Cipro o nel Queensland non è sufficiente, proprio perchè l'interpretazione corretta di A può essere influenzata dalla struttura e la formulazione di B e C che, magari, delineano situazioni molto differenti dalle relative omologhe nel paese di riferimento. Ancora più importante, l'interpretazione del linguaggio di un codice penale è inevitabilmente influenzato dalla storia, dalla cultura, dalle condizioni sociali, dalla fase di sviluppo e dalle tradizioni giudiziarie del paese in questione.

Una spiegazione parziale e piuttosto banale per il mancato riferimento alle origini del Codice di Cipro del CCO potrebbe avere una motivazione storica: dal momento che il codice di Cipro è stata redatto solo poco tempo prima del CCO, durante il primo periodo, c'erano probabilmente non troppi precedenti relativamente diretti al Codice originario su cui i tribunali avrebbero potuto probabilmente contare e quindi ci possono essere stati pochi incentivi a guardare a Cipro durante quei primi anni. Non dimentichiamo anche la forte differenza di tradizioni giuridiche e la bassa qualità dei pareri giudiziari ciprioti che di certo non contribuiva a trasformare questa fonte come la più "onorevole" o appetibile a cui fare pubblicamente e anche privatamente riferimento.

Possiamo anche speculare su ragioni più generali per cui il legislatore israeliano non abbia fatto riferimento a fonti coloniali: nella sezione 4 del CCO si richiede espressamente il riferimento al diritto inglese nell'interpretazione delle espressioni usate nel codice. Dal momento che il codice mutua in fin dei conti la volontà legislativa dell'occupatore britannico, perché si dovrebbe far riferimento ad altre fonti?

A ciò si aggiunga che in quel tempo tutti i giuristi della Palestina erano o di origini inglesi o avevano studiato in Inghilterra. Per questo motivo, considerata la

familiarità che essi manifestavano verso la tradizione giuridica inglese, che senso avrebbe avuto interpretare il Codice in un modo diverso dalle regole tipiche della tradizione inglese?

Si ricordi anche la ferma volontà della madrepatria di evitare un eccessivo contatto "ideologico" tra le colonie, preferendo dunque alla orizzontalità, la verticalità dei rapporti.

Questo orientamento verso l'Inghilterra del personale del sistema di giustizia penale palestinese è stato diluito dalla fondazione dello Stato nel 1948 e l'aggiunta di molti nuovi giudici e avvocati educati sul continente o in Israele ha fatto il resto⁹⁰.

3.1.2 segue: Il problema dell'Interpretazione con la legge inglese. Section 4

CCO. - Ci sono un certo numero di modi in cui i materiali da cui il CCO è stato in parte tratto possano essere utili per interpretare le disposizioni dello stesso. La fonte *statute* stesso, spesso, è un dato importante. L'omissione nel CCO di una frase, di una clausola, di una disposizione o anche della punteggiatura trovata in una legge di origine o, al contrario, l'inserimento di parole o di punteggiatura non trovate nella fonte può fornire convincenti, se non decisivi, argomenti per quanto riguarda l'interpretazione del CCO. Sicuramente però, l'elemento su cui maggiormente dobbiamo porre attenzione è il rapporto con il diritto penale inglese. Nel CCO, infatti, era chiaramente indicato come la tradizione britannica dovesse essere sempre tenuta in considerazione per permettere l'adeguata interpretazione delle norme ivi indicate.

La Section 4 e il problema dell'interpretazione

Ciò nonostante però, attraverso l'interpretazione della sezione 4, un tribunale Israeliano poteva essere liberato dall'obbligo di seguire precedenti inglesi per il fatto che:

a) there is no matter before the court as to which the section 4 mandate

⁹⁰ Dobbiamo ammettere che la Hebrew University Law Faculty's Library raccoglie davvero un innumerevole quantità di elementi utili per la comprensioni delle origini legislative del materiale penale israeliano.

- applies;
- b) there is no applicable English law;
- c) the applicable English law must be followed only in a limited way.

In ciascuno di questi casi, essendo quindi il tribunale libero dal vincolo della legge inglese, era possibile ammettere l'eventuale consultazione di altre autorità, in particolare, la giurisprudenza delle giurisdizioni di origine⁹¹. La sezione 4 esplicitamente affermava: "Expressions used in this Code shall be construed in accordance with the meaning attaching to them in English law".

Sfugge ai più come si possa pensare che tale affermazione non possa essere oggetto di molteplici interpretazioni, dato il carattere estremamente relativo di quanto indicato.

A) "Expressions used in this Code shall be construed in accordance with the meaning "

Il riferimento alla legge inglese

- La flessibilità possibile nell'applicazione del termine "espressione" come quello usato nella sezione 4 del CCO è estremamente evidente: cosa in realtà sia da intendersi con *expressions* non si è mai chiarito e, tantopiù, si è manifestato in dottrina la volontà di farlo;

B) "Attaching to them in English law"- La prima domanda che ci si poneva era relativa al momento temporale: legge inglese di quale periodo? Partiamo dal presupposto che una volta che la Corte Suprema aveva recepito come propria una legge derivante dal diritto inglese non sarebbe stato chiaramente più possibile far riferimento ad eventuali modifiche del diritto inglese in merito all'eventuale adattamento della legge israeliana⁹².

⁹¹ N. ABRAMS, *Interpreting the Criminal Code Ordinance, 1936 - The Untapped Well*, (1971) 7 Is. L.R. p. 52: "In addition to the leeways available through interpretation of the language of section 4, the section itself expressly provides two escape mechanisms. Expressions used in the Code are to be construed with the meaning attaching in English law: 1) "so far as is consistent with their context" and 2) "except as may be otherwise expressly provided". Though important (see e.g. n. 115 *infra*), these two clauses are not further discussed herein. They offer little or no basis for referring to source jurisdiction materials since presumably the context or a statutory definition will provide an answer. There still might be a basis for referring to source jurisdiction cases derived from a code having the same definition".

⁹² *Kochabi v. Baker* (1957) 11 P.D. 225

Allo stesso modo, qualora una dottrina di *common law* fosse stata incorporata nella legge statutaria israeliana, qualsiasi successivo caso inglese che fosse venuto a proporre un'interpretazione più limitata della dottrina non era assolutamente da considerarsi più vincolante ai sensi della *section 4*⁹³.

Entrambe queste situazioni manifestano solo un rifiuto parziale circa il recepimento della legge inglese: i tribunali, infatti, potevano sicuramente seguire norme contrarie all'evoluzione del diritto britannico ma solo a seguito delle due manifestazioni d'imperio prima descritte.

Inoltre, i precedenti inglesi prima della data del "congelamento" sarebbero ancora vincolanti e i precedenti meramente esplicativi dopo tale data, non in contrasto con l'approccio assunto formalmente da Israele, sarebbero ancora rilevanti.

Un'altra limitazione temporale all'applicazione del diritto penale inglese al sistema israeliano, spesso citata, farebbe riferimento a questa nota espressione:

"The Israeli legislator in drafting section 11 of the Law and Administration Ordinance of 1948 did not intend perpetual and continuing subordination to the statements of foreign tribunals⁹⁴".

Questa teoria vorrebbe reciso ogni legame tra il diritto britannico e quello israeliano a far data dalla fondazione dello Stato nel 1948. Da questo punto di vista, i tribunali israeliani non sarebbero vincolati dalla giurisprudenza inglese agli statuti resi dopo il 1948.

In realtà, se vi è una disposizione di rinvio specifico come sezione 4, la posizione sopra indicata, tagliando l'effetto vincolante dei precedenti inglesi dopo il 1948 è difficile da giustificare. Questo addirittura condurrebbe al paradosso secondo il quale un tribunale israeliano, di fronte ad un problema affrontato oggi per la prima volta, sarebbe tenuto a seguire un precedente inglese pre - 1948, non considerando magari eventuali cambiamenti dottrinali nella stessa Inghilterra.

⁹³ *Eshed v. Attorney General* (1954) 8 P.D. 785, 798.

⁹⁴ *Jacobovitz v. Attorney General* (1952) 6 P.D. 514, 517.

A ciò si aggiunga l'ingiustificata ipotesi per cui ci sarebbero alcune materie toccate dalla giurisprudenza prima del 1948 e quindi vincolanti in termini di precedente per Israele e quelle successive no, con evidente disparità di trattamento.

E' dunque molto difficile ricavare tali conclusioni dalla lettera della sezione 11 che ha assorbito la vecchia legge palestinese nella nuova legge di Israele secondo cui appunto "subject to changes arising out of the establishment of the State and its authorities".

E' evidente che voler dare questo significato superficiale a tale espressione vorrebbe dire solamente seguire la lettera della legge più che il proprio spirito⁹⁵.

Sarebbe allora più interessante citare l'interpretazione data a queste norme dalla "Teoria Witkon" che si limitava semplicemente a liberare i tribunali israeliani, indipendentemente dalla materia, dall'obbligo assoluto di seguire il precedente britannico se non nei casi di necessità pratica⁹⁶.

**Riferimento alla "legge"
o ai "principi" inglesi?**

Evidenti dunque i problemi che fin da subito il nuovo Stato ebbe in termini di rapporti con la Gran Bretagna.

⁹⁵ Consult Gorney, "The Binding Force of English Precedents in Israel (1955) 11 *HaPraklit*322.

⁹⁶ N. ABRAMS, *op. cit.*, p. 57 "Of course, under the Witkon view, all connection with the English legal system is not terminated. English cases-both pre-and post-state may still have *persuasive* authority, but they are no longer *binding*. For a sharp criticism of the Witkon view, see Rubinstein, *Constitutional Law* (1968) 38: "English precedents thought to be a cornerstone of our legal system would be exposed to renewed criticism and rejection **by** Israeli courts... It is easy to envisage what damage will be caused to the soundness of the legal order..."

Contra cfr. sempre N. ABRAMS, p. 57: " Another line of argument developed in some opinions is that section 33 of the Courts Law, 1957 which provides that the Supreme Court is not bound by its own precedents also has the effect of freeing the court from the requirement of following English law. See *State of Israel v. Giter* (1963) 17 *P.D.* 2073, 2077 (per Berinson J.); *American Cyanamid Co. v. Lepetit S.p. A.* (1962) 16 *P.D.* 788, 799 (per Cohn, J.). The view is criticized in Rubinstein, *Constitutional Law* (1968) 38, n. 62. Consult generally Witkon, "Some Reflections on Judicial Law-making" (1967) 2 *Is.L.R.* 479.

Putting together the section 4 requirement to follow English law with the fact that the Supreme Court is not bound by its own precedents leads to some interesting results. Suppose an issue of interpretation of an expression in the CCO arises, and the Supreme Court relies on a prior English case. Later the same issue comes up again. May the Supreme Court reject its own precedent? If it does, is it required once again to refer to English law? Is it, in effect, bound to follow English law only once? What is the bearing of the rule that once Israeli courts have passed on an issue in reliance on English precedent, they are not bound to follow later changes in the English doctrine? The fact remains that it is very doubtful that this Courts Law provision was drafted with the thought of repealing section 4. To so construe it is very much like reading such a far-reaching result into section 11 of the Law and Administration Ordinance.

Un secondo aspetto interessante da affrontare, sempre nell'ottica di questo legame *english law - israel law* è determinato dal fatto che numerosa dottrina si sia interrogata sulla effettiva obbligatorietà della legge inglese o semplicemente dei propri "principi".

In tal senso la dottrina:

"We have to look at English precedent through our own looking glass that reflects the Israeli background and not be bound to the meaning given to the test in England in each specific case The objective standard is not a fixed and unchanging thing in all places and all times. It changes with the changing of ideas, outlook and reactions of men in different places and in different times in the same place⁹⁷".

"The court must use the definition of law only to extract from it the *principle* involved; but once it has done so, it should apply the principle to the concrete instance before it in view of the special conditions in this country and in accordance with the ideas and outlook of Israeli society⁹⁸"

La Sezione 4 del CCO richiederebbe dunque solamente l'estrazione dei *principles* del diritto Inglese ed è dato praticamente per assunto come tale situazione si giustifichi alla luce delle diverse strutture culturali alla base dei due paesi.

Ciò premesso, sarebbe interessante capire cosa effettivamente sia "legge inglese": ci sono una varietà di significati che un qualsiasi tribunale, liberamente interpretando la frase, potrebbe collegare ad esso. Comprende sicuramente gli *statutes* inglese e le decisioni della Camera dei Lords⁹⁹. Sembra anche includere le decisioni delle Corti inferiori inglesi, in particolare, la Corte d'appello, dove la Camera dei Lord non ha legiferato sulla materia. Poi ci sarebbero le decisioni dei tribunali del Commonwealth, della stessa Israele, del Privy Council e delle ex colonie legate da rapporti comunitari a livello legislativo.

⁹⁷ *Attorney General v. Segal* (1955) 9 P.D. 393, 432-433.

⁹⁸ *Stern v. Shamit* (1958) 12 P.D. 421, 427.

⁹⁹ *Attorney General v. Zlotolov* (1955) 3 P.M. 204; GORNEY, *The Binding Force of English Precedents in Israel*, (1955) 11 *HaPraklit* 322, 339.

Il problema rimase aperto fino alla costruzione delle prime bozze del nuovo codice che, in linea di principio, avrebbe finalmente dovuto garantire una maggiore trasparenza e, soprattutto, autonomia al nuovo Stato.

3.2 Esigenze di riforma e modifiche sostanziali tra gli anni 1950 - 1970. -

Come abbiamo avuto già modo di sottolineare, dalla costituzione nazionale dello Stato di Israele in poi, si sviluppò subito un forte sentire o, direi propriamente, desiderio di riforma della struttura generale del sistema penale sia per motivi derivanti da orgoglio nazionale sia per concrete difficoltà strutturali che abbiamo già in parte sottolineato e che verranno ampiamente descritte nel paragrafo successivo. Proprio per questo, fin da subito il legislatore tentò di compiere graduali ma significative modifiche d'impianto che è interessante in questa fase, seppur non in modo completo considerato le innumerevoli addende, ricordare. Si tenga sempre conto che presso la legge penale israeliana, almeno fino ad oggi, non sussiste l'idea di una ben chiara partizione tra la procedura penale e il diritto penale sostanziale. Prova ne è, come sottolinea anche Roxin, che nel codice attuale non mancano riferimento alle *rules of evidence* nel testo del codice penale. Chiaro dunque che le modifiche a cui facciamo riferimento riguarderanno sia l'aspetto sostanziale che quello rituale. A tal proposito, mi limiterò ad alcune delle innovazioni principali, in particolare, quelle che potrebbero essere di interesse nel contesto del presente lavoro, raggruppandole in due macro categorie:

**Esigenze di Riforma
tra gli anni
1950 - 1970.**

- a) le modifiche riguardanti le modalità di trattamento e punizione dei colpevoli;
- b) cambiamenti sostanziali nel diritto penale.

A) modifiche relative a *Treatment and Punishment of Offenders*.

1) La pena di morte per omicidio è stata abolita nel 1954¹⁰⁰ con sostituzione della stessa con la pena detentiva a vita. La pena di morte

***Treatment and
Punishment of
Offenders.***

¹⁰⁰ Penal Law Revision (Abolition of the Death Penalty for Murder) Law, 1954 (8 L.S.I. 63).

rimase in vigore per "treason in war-time" e per alcuni reati gravi relativi alla *the Punishment of Nazis and their Collaborators Law del 1950*¹⁰¹, *the Crime of Genocide (Prevention and Punishment) Law*¹⁰² del 1950 e *the Defence (Emergency) Regulations*¹⁰³, frutto dell'eredità del dominio britannico. L'unica eccezione a queste statuizioni fu l'esecuzione della sentenza del criminale di guerra Adolf Eichmann, sentenza emessa da un Tribunale Israeliano.

2) Con la *Punishment of Whipping (Abolition) Law, 1950*, è stata abolita la possibilità di inflizione di pene corporali "the punishment of flogging" o "corporal punishment", anche questa di derivazione britannica, riservata a prigionieri adulti e, anche, di età giovanile.

3) Salvo il caso di ergastolo (omicidio), la legge stabilisce che nessuna pena detentiva possa essere superiore a 20 anni.

4) E' stata inserita la possibilità di commutare una sanzione economica in una sanzione detentiva nei termini di un anno.

5) Con disposizione legislativa del 1954 è stato introdotto l'istituto della sospensione della pena detentiva riservata ai reati di minore gravità e ai soggetti non recidivi.

6) Nel 1963 l'ultima legge citata è stata modificata¹⁰⁴, e ha permesso alla Corte di stabilire un *probation order*, oltre ad imporre alla stessa persona per lo stesso reato *a suspended prison sentence*. Questa innovazione è stata, in un primo momento, ampiamente discussa e criticata. Si è sostenuto, infatti, che l'idea alla base di un *probation order* è che la Corte ha voluto astenersi dal punire l'autore del reato, nella speranza che potesse forse così redimersi e comprendere il

¹⁰¹ 4 L.S.I. 154.

¹⁰² 4 L.S.I. 101.

¹⁰³ (1945) P.G. suppl. II, Vol. 2, p. 1055.

¹⁰⁴ Penal Law Amendment (Modes of Punishment) (Amendment No. 5) Law, 1963, sec. 18 (17 L.S.I. 96).

proprio errore; la combinazione di tale prova, con una pena detentiva sospesa, che è in fondo una punizione vera e propria, sembrava una contraddizione in termini. In realtà, da un punto di vista pragmatico, l'innovazione sembra aver prodotto risultati favorevoli. Tale combinazione di "orders" potrebbe essere di beneficio, soprattutto in quei casi in cui il reato è di natura tale che una pena detentiva, anche se breve, potrebbe in realtà causare più danni di quanto non possa farne il mero *probation order*.

7) Un'altra importante modifica apportata dalla Knesset con la legge del 1963 determinò la possibilità per il giudice di decidere per una ulteriore sospensione condizionale della pena anche in caso di compimento di un secondo reato da parte del soggetto già colpevole per un precedente reato più grave e già premiato con la sospensione della pena precedente. Questo, si dice, solo per motivi di carattere sociologico, quando il secondo reato, in realtà, non sia legato con il primo e non abbia quella forza negativa a livello sociale tale che giustifichi un'incidenza tale sul colpevole.

8) Il ruolo della "libertà vigilata" nel sistema penale è stato fortemente potenziato: la medesima legge prevedeva, infatti, che nessuna persona di età inferiore ai 21 potesse essere condannata a pena detentiva soprattutto in considerazione di una valutazione previa relativa alla sua storia passata, alle sue condizioni economiche, allo stato di salute.

9) Potenziato fortemente il trattamento dei tossicodipendenti finalizzato al recupero e alla cura oltre che al reinserimento sociale.

10) Molte nuove regole sono state introdotte per quanto riguarda il trattamento dei condannati a pena detentiva lunga. Una innovazione consiste nel potere delle autorità carcerarie di concedere prigionieri permessi premio fino a 96 ore alla volta. Tale soluzione legislativa era finalizzata al garantire ai condannati la possibilità di non perdere i loro legami con il mondo esterno e, soprattutto, con le loro famiglie. Il fatto che questi permessi venissero concessi a

condizione di "buona condotta" avrebbe rafforzato, nella mente del legislatore, l'interesse dei condannati a comportarsi adeguatamente e in modo disciplinato nel carcere stesso.

11) Con la *Penal Law Amendment (Remuneration for Committing Offence) Law, 1970*¹⁰⁵, si introdusse un sistema di confisca del prezzo del reato in via indiretta. In Israele, infatti, per vari motivi, non veniva riconosciuto al Tribunale la possibilità di ordinare la confisca del denaro che i condannati avevano ricevuto per compiere il delitto in questione. Con questa legge, l'ostacolo venne aggirato. Alla Corte veniva infatti riconosciuto il potere di imporre al condannato in via definitiva una multa pari a tre volte il valore del compenso ricevuto per la realizzazione del reato.

B) cambiamenti sostanziali nel diritto penale.

**Primi
cambiamenti
sostanziali**

1) Le prime grandi modifiche - inserimento in termini di diritto penale sostanziale rispetto al vecchio CCO in Israele approvate dalla Knesset sono state *the Punishment of Nazis and their Collaborators Law* del 1950 e *the Punishment of Genocide Law* sempre dello stesso anno, già prima citate.

La differenza tra le due nuove leggi, fondamentalmente, stava nel fatto che la prima affrontava il problema dei crimini nazisti (principalmente crimini contro il popolo ebraico ma anche i crimini contro l'umanità e i crimini di guerra) commessi in Europa prima della entrata in vigore della medesima, mentre la seconda puniva gli atti di genocidio commessi dopo l'approvazione della legge, in conformità con i principi stabiliti dalle Nazioni Unite. La prima legge è stata criticata, in un primo momento, per violazione delle regole contro la legislazione penale retroattiva ed extra-territoriale, come del resto la sentenza della Corte nel processo Eichmann ha dimostrato. Sul punto ci sarebbe moltissimo da dire, anche se, ovviamente, la cosa non costituisce oggetto del presente lavoro: diciamo solo che la giustificazione

**La giustificazione
al "processo a
Eichmann"**

¹⁰⁵ (24 L.S.I. 15).

principale data dal legislatore israeliano faceva leva sul principio per cui i principi tutelati di cui sopra non sono norme di diritto ordinarie ma "regole della giustizia sociale", e giustizia vuole che i crimini commessi dai nazisti non possano restare impuniti. Sempre secondo il legislatore israeliano, la legge non avrebbe inventato nuovi reati: l'omicidio in massa di uomini, donne e bambini innocenti è sempre e universalmente stato considerato "illegale" presso qualsiasi stato. L'istituzione della legge doveva servire solo a stabilire le modalità di giudizio e la forma di eventuale esecuzione. Questo stesso principio, continua la Knesset, non è altro che l'applicazione di quanto già ritenuto legale dalla Carta di Norimberga.

Per quanto riguarda la questione della territorialità, si partiva dal presupposto che non sarebbe il luogo in cui è stato commesso il reato a determinare la giurisdizione ma la comunità o lo stato contro il quale il reato è stato diretto, motivo per il quale sarebbe legittimo che il giudizio sui criminali nazisti che hanno tentato di annientare il popolo ebraico avrebbe dovuto aver luogo dinanzi al Tribunale dello Stato che rappresenta la sovranità ebraica e che è stato in parte creato come un rifugio per i sopravvissuti all'olocausto. Sulla questione non ci sembra il caso di esprimerci, data l'enorme quantità di problematiche giuridiche che effettivamente potrebbe porre.

2) La suddetta tendenza contro la rigorosa applicazione della "territoriality-rule" può essere meglio illustrato con *the Air Navigation Law*¹⁰⁶ approvata dal Knesset nel 1971. In base a tale legge il tribunale israeliano sarebbe competente a giudicare un soggetto che ha, dentro o fuori dal territorio di Israele, commesso un reato a bordo di un aereo israeliano o nei confronti di una persona a bordo di un aereo israeliano e, allo stesso modo, sarebbe competente nei confronti di soggetti che, ha al di fuori del territorio israeliano, a bordo di un velivolo non israeliano, abbiano commesso un reato contro un cittadino o un residente nello Stato di Israele a bordo o un atto contro la sicurezza dello Stato di Israele.

¹⁰⁶ 25 L.S.I. 55.

3) La legge israeliana ha abolito la distinzione, che esisteva prima, tra le varie comunità religiose circa l'illegittimità della poligamia¹⁰⁷. Dal 1959 ogni uomo o donna, sia lui o lei cristiano, musulmano o ebreo, che si sposa una seconda volta mentre già è sposato, risulterà aver compiuto un comportamento contrario al diritto. Tale situazione, originariamente non ammessa, è stata giustificata nel tentativo di creare una unicità ed un'eguaglianza di trattamento tra tutti i residenti nel neo Stato.

Stesso discorso dicasi per le forme d'omicidio d'onore o quelli derivati da faide tra famiglie, proprie di usanze ancestrali ancora presenti in alcuni gruppi sociali: tutti ricondotti sotto il medesimo cappello dell'omicidio e, come tali, trattati.

4) Nello stesso anno viene introdotto il reato di corruzione, con l'estensione della sanzione non solo in caso di materiale ricezione di denaro ma anche di favori di ogni genere.

5) *The Penal Law Amendment (Deceit, Blackmail and Extortion) Law*¹⁰⁸ approvata nel 1963, riorganizzò invece tutti i reati in materia di frode, con l'introduzione di una serie di fattispecie prima sconosciute al diritto israeliano.

6) La Knesset, con la *Penal Law Amendment (Use of Vehicles without Permission) Law*, 1964 (18 L.S.I. 66), ha introdotto il reato di "furto d'uso", un reato assolutamente nuovo per la sistematica di parte speciale israeliana ma nato in un periodo in cui era diventata quasi tradizione, soprattutto tra i giovani, "rubare" momentaneamente le auto di terzi per poi riportarle.

7) Con la *Penal Law Amendment (Prostitution Offences) Law*, 1962 (16 L.S.I. 67) Israele delibera sulla prostituzione. Com in Italia, ciò che viene perseguito è lo sfruttamento della prostituzione in ogni sua forma.

¹⁰⁷ Penal Law Amendment (Bigamy) Law, 1959 (13 L.S.I. 152).

¹⁰⁸ 17 L.S.I. 153.

8) La Knesset con la *Penal Law Revision (State Security)*, 1957 (11 L.S.I. 186) a sua volta emendata nel 1966 (21 L.S.I. 39) promulgava una legge che codificava reati esistenti in materia di tradimento, di spionaggio e di generale diffusione del segreto d'ufficio. La legge è, chiaramente, frutto di una ampia modifica e rivisitazione del *British Mandatory Official Secrets Ordinance*.

La cosa molto particolare di questa legge fu l'introduzione della sezione 24 che sanzionava il mero "contatto" con un "agente straniero" (vale a dire un agente inviato in Israele per uno scopo presumibilmente dannoso per la sicurezza dello Stato): la legge prevedeva il "crimine di relazione" in capo al soggetto nel caso in cui avesse avuto conoscenza del lavoro dell'agente straniero, senza però dir nulla sulla tipologia di eventuali conversazioni tra i due.

In poche parole, la legge si poneva ad un livello di prevenzione massima tale da non consentire neanche il mero contatto con persone che avrebbero ipoteticamente potuto ledere la sicurezza dello Stato.

L'unico modo per il soggetto di salvarsi da questa pesante incriminazione sarebbe quello di dare "una spiegazione ragionevole" sul perchè della propria relazione. *Absit iniuria verbis*.

9) *The Prohibition of Defamation Law* è stata approvata nel 1965¹⁰⁹ con alcune importanti modifiche nel 1967¹¹⁰. Si introduce l'idea della diffamazione di defunto e della diffamazione di "assemblea o gruppo di soggetti". Un'azione penale di questo tipo, tuttavia, può essere presentata solamente "da o con il consenso del" procuratore generale. In aggiunta a qualsiasi pena o altro provvedimento, la Corte può decidere il divieto di distribuzione o la confisca di copie della pubblicazione che contiene la materia diffamatoria. Si può anche ordinare la pubblicazione di una rettifica in un luogo o materiale e della dimensione scelta dalla Corte.

10) Con il *Dangerous Drugs Ordinance (Amendment No. 3) Law, 1971* iniziò a legiferarsi in modo più preciso e dettagliato sulle sostanze stupefacenti.

¹⁰⁹ 19 L.S.I. 254.

¹¹⁰ 21 L.S.I. 132.

3.3 Analisi, problematiche e confronto strutturale. - La grande riforma del codice di diritto penale israeliano¹¹¹ che ha caratterizzato la legislazione del Paese mediterraneo negli anni dal 1980 alla metà degli anni 1990 è stata dettata dalla necessità di rispondere ad esigenze di carattere strutturale irrinunciabili. Come giustamente è stato anticipato in dottrina, il diritto penale israeliano "soffre di vecchiaia".

Come abbiamo detto, la sua fonte diretta è il Codice penale di Cipro del 1928 il quale, a sua volta, non è altro che una copia con alcune modifiche del Codice del Queensland del 1899, che per la maggior parte riflette le decisioni giudiziarie della *common law* inglese, soprattutto tratte dalle raccolte più antiche e tradizionali, quindi ormai assolutamente obsolete.

Non vi è più una base scientifica per alcune fondamentali disposizioni:

"there is no longer a scientific basis for the provision whereby a person should not be regarded as having caused the death of another if the latter died after a year and a day from the date the death was caused (see section 310 of the Penal Law). Likewise, there is no scientific basis for the provision whereby a person should not be regarded as having caused the death of another if the direct cause of death of a person injured by a non-fatal blow was his failure to resort to proper medical or surgical treatment (see section 309(b) of that Law)¹¹²".

Troppe numerose le esigenze di modifica sentite dalla comunità: la funzione della legge penale non è più concepita esclusivamente come "protection of vital social interests" ma anche e soprattutto come "protection of morality *per se*".

**Problematiche
strutturali per il CCO:
esigenze di profonda
riforma**

¹¹¹ N. ABRAMS, *Interpreting the Criminal Code Ordinance, 1936 - The Untapped Well*, (1971) 7 Is. L.R. 25; Y. SHACHAR, *The Sources of the Criminal Code Ordinance, 1936*, (1979) 7 *Iyunei Mishpat* 75.

¹¹² FELLER S.Z., KREMNIETZER M., *Proposal for a general part of a new Penal Law - Introduction* in 30 *Isr. L. Rev.* 36 1996

Il principio *nullum crimen sine culpa* era ben lungi dall'essere riconosciuto o applicato con costanza e la considerazione primaria nell'imporre una pena era esclusivamente quella di determinare una conseguenza dannosa alla persona dell'accusato senza alcuna tendenza riabilitativa, come invece insito nella filosofia penale religiosa israeliana.

Esempi di quanto detto fin ora sono rappresentanti in primo luogo dal *reato di omicidio*, che originariamente non richiedeva l'accertamento di alcuno stato mentale circa il verificarsi dell'evento morte, per non parlare della dubbia e incerta applicabilità del delitto tentato.

Inoltre, il *principio di legalità* non è stato trattato seriamente, come si può vedere nel reato di "*public mischief*", il cui testo estremamente vago si atteggiava in questo modo: "a person who does an act likely to cause a public mischief is liable to . . ." (section 198 of the Penal Law).

Lo sfondo costituzionale del *Criminal Code Ordinance* era di certo assolutamente inappropriato per un codice penale di un paese democratico come Israele. Si ricordi che questa raccolta di leggi penali nasceva perchè fosse applicata in Palestina da un regime straniero la cui principale, se non esclusiva, preoccupazione era quella di mantenere la legge e l'ordine; i diritti dell'individuo non erano, di certo, tra le proprie principali preoccupazioni. Il *Criminal Code Ordinance* non era una creazione legislativa indipendente, né c'è stato alcun tentativo di adattamento alle necessità e alle particolari esigenze degli abitanti locali. Basti ricordare che la stessa legge penale venne applicata sia in Israele che nello Stato africano dell'Uganda e che la risposta del Ministero delle Colonie alle richieste di adeguare lo statuto alle condizioni locali è stata:

"I think that we should press for the introduction of English principles of law in this matter. After all, much of the same arguments might have been adduced against introducing it in Cyprus, but it has been done".

Allo stesso tempo, il *Criminal Code Ordinance* fu assolutamente lontano da una concezione monolitica.

Sullo sfondo assistevamo alla presenza di diverse regole del *common law*, che di per sé non "soffrono" generalmente di problemi di coerenza, anche se sostanzialmente il Codice era pieno di una serie di principi, norme e disposizioni di varia ispirazione, frutto dell'intervento di numerosi funzionari britannici che avevano l'obbligo di affrettarsi nella stesura di una legge penale che desse "sicurezza" in quelle terre: ecco, dunque, continui riferimenti, tra le fonti, al codice penale italiano del 1888, alla legge ottomana che ha prevalso in Palestina prima del mandato britannico, al codice Indiano (da cui è rimasto tutt'ora *the offence of causing death by negligence*) il codice Sudanese (da cui *the defence of necessity*).

Ci sono state alcune eliminazioni sorprendenti, come ad esempio il principio di *self - defence*, idea presa in prestito dalle leggi penali inglesi applicate in Africa orientale.

Dal momento della creazione dello Stato di Israele, sono state introdotte un certo numero di modifiche statutarie e parti del Code sono state sostituite da una legislazione israeliana originale. Tali modifiche e sostituzioni sono state a volte originate da problematiche concrete e quindi potevano avere una rilevanza *ad hoc* e quasi mai hanno contraddistinto i concetti fondamentali che avrebbero dovuto sorreggere la legislazione penale.

Inoltre, il risultato di questo metodo evolutivo "casistico" non era altro che una superficiale raccolta in giustapposizione di fattispecie di reati senza alcuna forma di progetto generale e coerente di base, un aggregato non armonizzato di vari strati, materiale interessante per i ricercatori in storia o "archeologia", ma difficilmente considerabile come un blocco monolitico, o un sistema che soddisfi le esigenze razionali di coerenza, omogeneità e armonia tra la Parte Generale e la Parte Speciale.

Si ricordi anche che, a parte le vicende storiche fin qui ricordate, la problematica più grande era determinata dall'effettiva inesperienza britannica con le codificazioni in generale, soprattutto in quel periodo storico, quando ancora la teoria degli *statutes* non aveva manifestato la sua ampia rilevanza.

Non c'è da stupirsi, quindi, che la qualità del prodotto mostri un così basso entusiasmo presso gli studiosi.

Volendo addentrarci nella parte sostanziale della questione in discussione, possiamo citare i seguenti esempi di evidenti sconessioni e difficoltà strutturali della materia trattata:

1) in primo luogo, ci risulta assolutamente difficile comprendere la base sostanziale del termine "voluntariness" o interpretare con la stessa precisione un concetto chiave come quello di *mens rea* di cui alla vecchia sezione 15 del Code.

2) in secondo luogo, l'errore di fatto (sezione 17 della legge penale) "makes recognition of mistake conditional not only on its actual existence but also on its reasonableness. Thus, mistake of fact can negate negligence but not *mens rea*¹¹³".

3) In terzo luogo, l'omissione dell'istituto della *self defence* ha indotto la giurisprudenza a cercare di combinare goffamente questa *defence* con quella di *necessity* (sezione 22). Tuttavia, i termini di necessità possono includere l'auto-difesa solo con difficoltà e disagi, senza voler approfondire il problema rappresentato dai casi di intervento salvifico in favore di terzi per i quali sarebbe ammesso solo in caso di presenza di *duty of act*.

Numerosi i problemi anche dal punto di vista dei reati di parte speciale: alcuni sono privi di qualsiasi connotazione oggettiva, altri non costituiscono un gruppo omogeneo e sembra si rivelino criminogeni, altri sono semplicemente anacronistici.

Per quanto riguarda le pene, ci sono casi di mancanza di proporzione tra la gravità del reato e quella della pena, mentre in effetti, la legislazione israeliana già dagli anni '50 ha sempre cercato di promuovere l'affermazione incondizionata del principio di legalità in questo campo, offrendo indicazioni certe per l'applicazione del diritto alla magistratura, con la costante volontà di promuovere il principio di uguaglianza di fronte alla legge.

¹¹³ FELLER S.Z., KREMNITZER M., *op. cit.*, p. 38

La giurisprudenza ha compiuto notevoli sforzi per riparare ai difetti nel codice: è stata indotta a ricorrere alla sezione 15, nel tentativo di trovare una base normativa per la *insanity of the will* (impulso irresistibile), uno stato mentale non direttamente trattato nella legge israeliana.

"The price paid for this exigency was a heavy one: the legislative basis in our law for the requirement of *mens rea* has been omitted; whereas the wording of section 15 - which is appropriate to the topic of the mental element but not to the requirement of voluntariness as well - provides that the requirement of voluntariness does not apply to offences of negligence or to negligent omissions, which is undoubtedly erroneous. If, for example, we focus momentarily on the topic of the mental element, the balance sheet is not particularly encouraging after more than forty years of judicial decisions. There is some obscurity as to the generality of the requirement of *mens rea*, in view of the ruling that the mental element for a prohibition where that element is not explicitly mentioned, may be anything from the most severe form, by way of negligence, to being non-existent; the relation between the requirement of *mens rea* and the condition of reasonableness in the provision concerning mistake of fact has not been clarified; nor is it clear how far the rule as to near-certain foreseeability (*dolus indirectus*) extends¹¹⁴".

Tutti questi elementi hanno indotto il legislatore Israeliano, da sempre particolarmente restio all'idea della produzione di una codificazione definitiva che, in un certo modo, desse sì stabilità ma creasse la superiorità di un Code rispetto alle esigenze effettive del realismo casistico, a produrre una operazione legislativa di riforma generale.

L'esistenza di una legge penale carente di certezza che, principalmente, non era neanche una creazione originale, e la conseguente mancanza di completa, coerente e stabile dottrina, hanno reso indispensabile preparare una

¹¹⁴ FELLER S.Z., KREMNITZER M., *op. cit.*, p. 39

lungimirante proposta che consentisse una riorganizzazione dell'apparato penale territoriale.

Le fonti utilizzate furono le seguenti: la legislazione esistente, le decisioni dei tribunali in Israele, le legislazione di altri paesi, gli scritti di studiosi nel campo del diritto penale. Queste fonti servivano a identificare le questioni principali e gli argomenti che dovevano essere risolti dopo essere stati esaminati criticamente utilizzati come fonti d'ispirazione. L'indagine comparativa che è stata effettuata non si limitava a fonti legali anglo-americano per diversi motivi: non avrebbe avuto alcun senso ignorare la ricca esperienza e la tradizione della codificazione penale Continentale Europea; l'esame comparativo è stato finalizzato, tra l'altro, ad individuare gli elementi comuni utili alla legislazione interna. Israele, a differenza da quanto si possa credere, non ha un particolare legame culturale con i paesi di lingua inglese; il sistema giudiziario differisce significativamente per il fatto, ad esempio, che esso si fonda interamente su giudici professionali; stesso discorso dicasi per la legge civile, ormai completamente monda da riferimenti britannici e del tutto imbevuta di tradizione continentale.

Fonti utilizzate come base per la modifica del Codice

Come già accennato, la proposta non si basa su alcuno specifico sistema legale. Le varie fonti estere d'ispirazione sono state sondate, assimilate e, insieme con le fonti locali, sono state elaborate in modo da formare un sistema autonomo, con una propria filosofia autonoma, ispirato ai bisogni umani del popolo e alle esigenze di tempo e di luogo.

Come leggiamo dalle parole dell'autore ebraico *Ahad Ha'am*, "this is a process of imitation by competition, not imitation by assimilation".

La tendenza del movimento di riforma è stata quella di regolare in modo globale nel modo più completo possibile il contenuto di tutta la parte generale. Pertanto, la proposta ha cercato di toccare temi prima di allora mai affrontati dalla legislazione penale come ad esempio l'incidenza della legislazione penale in materia di tempo e di luogo.

La Preliminary Part e la Parte Generale

Si sono affrontate tematiche assolutamente nuove per Israele come la prescrizione, l'immunità, il perdono, l'amnistia, la mancanza di una denuncia privata. Interessante anche la grande operazione di valorizzazioni di

aspetti di procedura, comprese le sanzioni principali, succedanee, le sanzioni complementari, le sanzioni concomitanti e le misure preventive. Infine, la proposta di riforma ha dedicato attenzione particolare e dettagliata alla riabilitazione. La riforma si compone di due parti principali: la parte "preliminare", dedicati alla norma penale e alla misura della sua incidenza in materia di tempo e di luogo; e la "parte generale", che copre le *criminal law norms of offence and liability*.

Era necessario separare queste due parti operando su due livelli diversi:

"The Preliminary Part serves as a basis for both the general and specific norms, whereas the General Part only complements the specific norms".

La commissione di riforma si è concentrata in primo luogo sul principio di legalità. Le considerazioni fatte partivano dal principio che fosse assolutamente ovvio che la *Preliminary Part* dovesse iniziare proprio con il principio di legalità la cui parte principale doveva essere rappresentata dall'espressione "there shall be no offence and no penalty except under a specific provision of the Law" (section 1).

Il Principio di Legalità

Queste parole si riferiscono a tutto il sistema delle condizioni per l'esistenza di un reato e la formazione di responsabilità, all'intero corpo di norme di diritto penale, sia specifiche che generali. Al fine di dare piena espressione al principio del *nullum crimen nulla poena sine lege praevia*, si chiarisce (sezione 3) che:

"a norm creating an offence must precede the commission thereof; and as a natural consequence, such norm must also precede the penalty laid down for such offence¹¹⁵".

Va sottolineato che tali disposizioni (sezioni 1 e 3 del Nuovo Codice) sono innovazioni vere e proprie nella legge statutaria israeliana, anche se la magistratura ha sempre agito come se fossero presenti, considerandoli come

¹¹⁵ FELLER S.Z., KREMNIETZER M., *op. cit.*, p. 42

espressione di un principio fondamentale di diritto penale di tutti i paesi civili. In questo contesto, va ricordato la proposizione della norma sull'interpretazione della legge penale: al fine di garantire l'applicazione del principio di legalità, in vista della sua funzione di dare "the public prior warning", la proposta di riforma adottava la regola dell'interpretazione ristretta a favore degli imputati quando una legge può essere interpretata in un certo numero di modi diversi, tutti egualmente *reasonable*.

3.4 segue: A) La natura dell'incidenza della Norma rispetto al Tempo e al Luogo. - La commissione di riforma espresse con forza la necessità di affrontare la tematica dell'incidenza della Norma penale dal punto di vista del rapporto tra tempo e il luogo della loro validità, da un lato, e il tempo e il luogo della commissione del reato, dall'altro. Partiamo dal presupposto che i membri della commissione di riforma fossero fortemente convinti della natura " sostanziale " e non " procedurale " di tali disposizioni, dal momento che stabiliscono la natura criminale essenziale di un atto e la responsabilità in merito, in conformità con il tempo e il luogo della sua commissione. In realtà, tale norma costituisce una parte inseparabile della definizione di un reato e risponde ad esigenze costitutive circa l'attribuzione della sua responsabilità .

**Legge penale
e "tempo"**

3.4.1 Applicazione della legge penale rispetto al tempo. - La concezione della proposta dell'incidenza della legge penale *ratione temporis*, (i.e., in base al momento in cui l'infrazione è stata commessa) si basa sempre sulla regola che dovrebbe sempre essere applicata la legge più clemente.

"Just as a severe law should not be applied retroactively, a severe law in force at the time an offence was committed should not be applied if it has meanwhile been replaced by a law more lenient with the offender. This combination of the retroactive effect of a later more lenient law with the incidence of a more lenient law in force at the time of the offence can be

described as the incidence of the law in force when the act was performed, subject to retroactive incidence of a more lenient law¹¹⁶".

Questa norma vale sia nel caso di *abolitio criminis* e nel caso di *lex melior* (sezioni 4 e 5 (a)).

Cancellation of offense after its commission

Section 4. If an offense was committed and its prohibition was canceled by an enactment – then the criminal liability for its commission shall be canceled; proceedings initiated shall be dropped; if judgment was pronounced, its implementation shall be halted; and there shall be no future results that derive from the conviction¹¹⁷.

Change of enactment after offense was committed

Section 5. (a) If an offense was committed and final judgment of it has not yet been pronounced, and if a change occurred in respect of its definition, of liability for it or of the penalty set therefor, then the less severe enactment shall apply to the matter; "liability therefor" – includes the applicability of restrictions on criminal liability for the act¹¹⁸.

Tuttavia, la norma è limitata a persone accusate non condannate da una sentenza definitiva. Una versione ristretta della stessa regola vale per l'applicazione della *lex Melior* favorendo il colpevole circa l'entrata in vigore dopo la condanna con sentenza definitiva (sezioni 4 e 5 (b)).

Section 5. (b) If a person was convicted by final judgment of an offense, and if thereafter an enactment set a penalty, which – in respect of its

¹¹⁶ FELLER S.Z., KREMNITZER M., *op. cit.*, p. 43

¹¹⁷ נעברה עבירה ובוטל בחיקוק האיסור עליה תבטל האחריות הפלילית לעשייתה; ההליכים שהוחל בהם יופסקו; ניתן גזר דין יופסק ביצועו; ולא יהיו בעתיד עוד תוצאות נובעות מן ההרשעה.

¹¹⁸ (א) נעברה עבירה ובטרם ניתן פסק דין חלוט לגביה, חל שינוי בנוגע להגדרתה או לאחריות לה, או בנוגע לעונש שנקבע לה, יחול על הענין החיקוק המקל עם העושה; "אחריות לה" לרבות תחולת סייגים לאחריות הפלילית למעשה.

degree or category – is lighter than the penalty imposed on him, then his penalty shall be the maximum penalty set by the enactment, as if it had been imposed originally¹¹⁹.

Questa regola è limitata per evitare la riapertura del procedimento con relativa negazione circa la sua applicabilità alle leggi temporanee (sezione 6).

Offenses caused by time

Section 6. The provisions of sections 4 and 5 shall not apply to an offense under an enactment, in which or in respect of which it has been prescribed that it shall be in effect for a certain period of time, or which by its very nature is subject to changes from time to time¹²⁰.

Va sottolineato che alla legge israeliana vigente si applica la regola del *tempus regit actum* (vale a dire, l'atto è disciplinato dalla legge che era in vigore al momento della commissione).

3.4.2 Applicazione della legge penale rispetto al luogo. - Il trattamento dell'incidenza delle leggi penali in base al luogo di commissione del reato, all'interno o all'esterno del territorio sovrano dello Stato, inizia con la definizione dei concetti di "reato nazionale", "foreign offense" e "territorio d'Israele". Un significato più esteso è attribuito al primo concetto (sezione 7), in modo che "Incidental territorial application" sia quanto più estesa possibile in modo da garantire la massima punibilità ai reati, fintantoché sussista un qualche legame tale da giustificare la punibilità nel territorio dello Stato (si veda , in particolare, , sezione 7 (a) (2)).

**Legge Penale
e "luogo"**

119 (ב) הורשע אדם בעבירה בפסק דין חלוט ולאחר מכן נקבע לאותה עבירה בחיקוק עונש, שלפי מידתו או סוגו הוא קל מזה שהוטל עליו יהיה עונשו העונש המרבי שנקבע בחיקוק, כאילו הוטל מלכתחילה

120 הוראות סעיפים 4 ו 5 לא יחולו על עבירה לפי חיקוק שנקבע בו או לגביו שיעמוד בתוקפו לתקופה מסוימת, או שנובע מטיבו שהוא נתון לשינויים מזמן לזמן.

Offenses by location

Section 7. "Domestic offense"

(1) an offense, all or part of which was committed within Israel territory;

(2) an act in preparation for the commission of an offense, an attempt, an attempt to induce another to commit an offense, or a conspiracy to commit an offense committed abroad, on condition that all or part of the offense was intended to be committed within Israel territory;

"foreign offense" – an offense that is not a domestic offense;

"Israel territory", for the purposes of this section – the area of Israel sovereignty, including the strip of its coastal waters, as well as every vessel and every aircraft registered in Israel¹²¹.

Un certo numero di disposizioni generali per quanto riguarda l'incidenza della legge penale israeliana *ratione loci* sono degni di particolare attenzione:

(1) La regola generale è quella di incidenza esclusiva di queste leggi (ignorando qualsiasi elemento di diritto estero), anche ai casi di reati stranieri. Ogni eccezione a questo principio generale richiede una disposizione esplicita in senso contrario (la sezione 9 (a));

Section 9. (a) The applicability of Israel penal laws – also in respect of foreign offenses – is not restricted by any foreign enactment or any act of a foreign Court of Law, unless otherwise is provide by Law¹²².

121

"עבירת פנים" (א)

(1) עבירה שנעברה כולה או מקצתה בתוך שטח ישראל;

(2) מעשה הכנה לעבור עבירה, נסיון, נסיון לשדל אחר, או קשירת קשר לעבור עבירה, שנעשו מחוץ לשטח ישראל, ובלבד שהעבירה, כולה או מקצתה, היתה אמורה להיעשות בתוך שטח ישראל.

(ב) "עבירת חוץ" עבירה שאיננה עבירת פנים.

(ג) "שטח ישראל", לענין סעיף זה שטח הריבונות של מדינת ישראל כולל רצועת מימי החופין שלה, וכן כלי השיט וכלי הטיס הרשומים בישראל.

(2) L'istituzione di un procedimento per un "foreign offense" è soggetto a *special supervision* (sezione 9 (b));

Section 9. (b) No person shall be put on trial for a foreign offense, except by the Attorney General or with his written consent, if he concluded that doing so is in the public interest¹²³.

(3) Il processo all'estero su richiesta dello Stato di Israele esclude qualsiasi nuovo processo in Israele sotto le sue leggi (sezione 9 (c));

Section 9. (c) Israel penal laws shall not be applicable to an offense, if the person was tried for it abroad at the request of the State of Israel, and – if he was convicted there – if he also bore his penalty therefor.

(4) Per un reato specifico, "a less restricted incidence prevails over one which is more restricted", (sezione 9 (d)); notice should also be taken of the approach underlying the provisions of section 10 whereby recognition can be given to a penalty imposed - but wholly or partially not carried out - by a foreign sentence, and have it carried out in Israel, instead of extraditing the offender or trying him in Israel, all this being on the basis of a judicial decision¹²⁴"; questo è una forma di *exequatur* in materia penale.

Section 9. (d) In any case, to which Israel penal laws can be applied by virtue of several ways of applicability, they shall be applicable by the least restricted applicability.

A differenza della legge israeliana precedente, che si distingueva per improvvisazione casistica, divisioni, contraddizioni e la mancanza di un sistema

122 (א) תחולת דיני העונשין של ישראל, לרבות לענין עבירת חוץ, אינה מסויגת על ידי דין זר או מעשה בית דין זר, אלא אם כן נקבע אחרת בחוק.

123 (ב) לא תהיה העמדה לדין על עבירת חוץ אלא בידי היועץ המשפטי לממשלה או בהסכמתו בכתב, אם ראה כי יש בכך ענין לציבור.

124 FELLER S.Z., KREMNITZER M., *op. cit.*, p. 44

unico, la riforma prevede una concezione unitaria, concisa e ben regolata relativamente all'incidenza del diritto penale, fondamentale in grado di fornire soluzioni pratiche e chiare. L'incidenza della legge penale *ratione loci* è trattata chiaramente in modo differente a seconda che il reato sia *domestic* oppure *foreign* (sezione 12, e sezioni 13- 17) secondo la definizione che di questi concetti è stata offerta in precedenza.

Inoltre:

"particular types of incidence of penal laws *ratione loci* have been graded in a hierarchy based upon the relative importance of the various links of the offence within the State, each type having its own special characteristics¹²⁵".

Va, inoltre, sottolineato che il regolamento circa l'incidenza della legge penale ai reati *foreign* non consente la creazione di un vuoto nella lotta contro il crimine internazionale:

"True, it might thereby be possible for a person to be punished twice for the same offence, but unlike on the domestic plane, on the plane of international criminal law the idea of *bis in idem* is not rejected, as long as the offender does not *suffer* punishment twice for the same offence. Thus a remedy exists even when the incidence of penal laws is of an *exclusive* nature; a sentence, or part thereof, carried out abroad in respect of an offence may be deduced from a sentence imposed in Israel. Of course, when the incidence is of a *residual nature* this question will arise relatively rarely.

This, as well as the effect of foreign *resjudicataon* the -incidence of national penal law Will be considered below in greater detail. As a result of the above-mentioned approach, the incidence of penal laws to domestic offences stands, as it were, at the head of the pyramid, and

¹²⁵ FELLER S.Z., KREMNITZER M., *op. cit.*, p. 44

owing the special weight of the link between the offence and the State - namely, the fact that it was committed within its sovereign territory - this incidence is totally unrestricted (section 12).

It is thus general *ratione materiae*, general *ratione personae*, exclusive from the point of view of choice of law and of ordinary supervision over prosecution (sections 9(a), 9(c) and 9(d), and 12)¹²⁶".

Per quanto riguarda, invece, la problematica dei *foreign offences* la classificazione si muove per moto contrario dall'alto verso il basso con una forma di incidenza definita "protettiva" (section 13).

Parliamo, chiaramente, di un'incidenza *ratione materiae* e concerne solamente reati che abbiano una natura estremamente contraria alla *foundation of the State*.

Si specifica che:

"Its implementation is also under special supervision like all other categories of incidence concerning foreign offences.

However, it is general *ratione personae* and from the point of view of choice of law it is principal ("exclusive") i.e., no foreign legal factor, be it a requirement of double criminality, a foreign *res judicata* or a more lenient foreign law, can impede its implementation¹²⁷".

Il terzo livello è il livello dell'incidenza "personal passive" (section 14), una incidenza "residuale", specificamente *ratione materiae*, ma generalmente legata al *personal scope*.

¹²⁶ FELLER S.Z., KREMNITZER M., *op. cit.*, p. 45

¹²⁷ *Ibidem*, p. 46

Offenses against Israel citizen or Israel resident

Section 14. (a) The penal laws of Israel shall apply to foreign offenses against the life, body, health or freedom of an Israel citizen or of an Israel resident, for which the maximum penalty is one year imprisonment or more.

(b) If an offense was committed on a territory that is subject to the jurisdiction of another state, then Israel penal laws shall apply to it only if all the following conditions are met:

(1) it is an offense also under the Laws of that state;

(2) no restriction on criminal liability applies to the offense under the Laws of that state;

(3) the person was not already found innocent of it in that state, or – if he was found guilty – he did not serve the penalty imposed on him for it.

(c) No penalty shall be imposed for the offense that is more severe than that, which could have been imposed under the Laws of the state in which the offense was committed¹²⁸.

L'incidenza "Personal Active" è trattata separatamente alla section 15 secondo gli stessi criteri: *ratione materiae e ratione personae*: la sua attuazione è anche sotto sorveglianza speciale come tutte le altre categorie di incidenza in materia di reati stranieri.

¹²⁸ (א) דיני העונשין של ישראל יחולו על עבירות חוץ נגד חיי אזרחי ישראל או תושבי ישראל, גופו, בריאותו או חירותו, שהעונש המרבי עליהן הוא מאסר שנה או יותר.

(ב) נעברה העבירה בשטח הנתון לשיפוטה של מדינה אחרת, יחולו עליה דיני העונשין של ישראל רק בהתקיים כל אלה:

(1) היא עבירה גם לפי דיני אותה מדינה;

(2) אין חל לגבי העבירה סייג לאחריות פלילית לפי דיני אותה מדינה;

(3) האדם לא זוכה כבר ממנה באותה מדינה או, אם הורשע בה, לא נשא את

העונש שהוטל עליו בגללה.

(ג) לא יוטל בשל העבירה עונש חמור מזה שניתן היה להטיל, לפי דיני המדינה בה נעברה העבירה.

Offense committed by Israel citizen or Israel resident

Section 15. (a) The penal laws of Israel shall apply to a foreign offense of the categories of felony or misdemeanor, which was committed by a person who – when the offense was committed or thereafter – was an Israel citizen or an Israel resident; if a person was extradited from Israel to another country because of that offense, and if he was tried for it there, then Israel penal laws shall no longer apply.

(b) The restrictions said in section 14(b) and (c) shall also apply to the applicability of Israel penal laws under this section; however, the restriction said in section 14(b)(1) shall not apply if the offense is one of these, committed by a person who – when he committed it – was an Israel citizen:

- (1) polygamy under section 176;
- (2) an offense under Article Ten of Chapter Eight, committed by a minor or in connection to a minor;
- (3) conveying beyond the borders of the State under section 370;
- (4) causing departure from the State for prostitution or enslavement under section 376B;
- (5) commerce in human beings under section 377A¹²⁹.

129 דיני העונשין של ישראל יחולו על עבירת חוץ מסוג פשע או עוון, שנעברה בידי אדם שהיה, בשעת (א) עשיית העבירה או לאחר מכן, אזרח ישראלי או תושב ישראל; הוסגר אדם מישראל למדינה אחרת בשל אותה עבירה ונתן שם את הדין עליה, לא יחולו עוד עליה דיני העונשין של ישראל.

(ב) הסייגים האמורים בסעיף 14(ב) ו (ג), יחולו לגבי תחולת דיני העונשין של ישראל גם לפי סעיף זה; ואולם, הסייג האמור בסעיף 14(ב) לא יחול אם העבירה היא אחת מאלה, והיא נעברה על ידי מי שהיה בזמן עשיית העבירה אזרח ישראלי:

- (1) ריבוי נישואין לפי סעיף 176;
- (2) עבירה לפי סימן י' לפרק ח' שנעברה בקטין או בקשר לקטין;
- (2א) מתן שוחד לעובד ציבור זר לפי סעיף 291א;
- (3) הוצאה אל מעבר לגבולות המדינה לפי סעיף 370;
- (4) גרימה לעזיבת המדינה לשם זנות או עבדות לפי סעיף 376ב;
- (5) סחר בבני אדם לפי סעיף 377א.

Come membri della comunità internazionale, ogni Stato civile deve fare la sua parte nella guerra ai reati contro lo *jus gentium*. La riforma esprime tipicamente la funzione d'incidenza "universale" delle leggi penali, secondo i criteri di cui alla sezione 16.

Offenses against international law

Section 16. (a) Israel penal laws shall apply to foreign offenses, which the State of Israel undertook – under multilateral international conventions that are open to accession – to punish, and that even if they were committed by a person who is not an Israel citizen or an Israel resident and no matter where they were committed.

(b) The restrictions said in section 14(b)(2) and (3) and (c) shall also apply to the applicability of Israel penal laws under this section.

Una menzione speciale deve essere fatta circa l'approccio della riforma in materia di scelta della legge nei casi di *universal incidence*. In linea di principio, non vi è alcun motivo per ciascuno stato di proclamare "the principal ("exclusive") incidence of penal laws to an offence based solely on the criteria underlying universal incidence".

Si dice in dottrina:

"There is justification in ensuring punishment only if an offender has not undergone sentence in any other state of the international community. However, nations have not yet reached that level of solidarity at which no state will act as a base for the commission of delicta juris gentium offences. Thus, in such cases, the approach to choice of law is that of "residual" incidence but without a requirement of double criminality (section 16(b))¹³⁰".

¹³⁰ FELLER S.Z., KREMNITZER M., *op. cit.*, p. 45

In poche parole, Israele, ispirandosi al concetto della mutua collaborazione penale dell'Unione Europea, vorrebbe attuare un processo simile per la tutela del diritto penale transnazionale attraverso una teoria dell'applicazione "vicaria" del diritto penale.

Vicarious applicability

Section 17. (a) The State of Israel may assume obligation, by international conventions, to apply its penal laws to foreign offenses or to apply the provisions of section 10 – at the request of a foreign state and on a reciprocal basis – also to cases different from those enumerated in sections 13 to 16, on condition that all the following conditions are met:

- (1) the penal laws of the requesting state apply to the offense;
- (2) the offense was committed by a person who is on Israel territory and who is an Israel resident, whether or not he is an Israel citizen;
- (3) in its request, the requesting state waived – subject to the full application of Israel Law against that person – the applicability of its law to the case at hand.

(b) In Israel no more severe penalty shall be imposed for the offense, than could have been imposed under the laws of the state that made the request.

(c) All other conditions shall be set in the convention¹³¹.

¹³¹ (א) מדינת ישראל רשאית להתחייב באמנה בינלאומית להחיל את דיני העונשין שלה על עבירת חוץ או להחיל את הוראות סעיף 10, לבקשת מדינה זרה ועל בסיס של הדדיות, גם במקרים אחרים מאלה האמורים בסעיפים 13 עד 16, ובלב שנתקיימו כל אלה:
(1) על העבירה חלים דיני העונשין של המדינה המבקשת;
(2) העבירה נעברה בידי אדם הנמצא בתוך שטח ישראל והוא תושב ישראל, בין אם הוא אזרח ישראלי ובין אם לאו;
(3) בכפוף למיצוי הדין בישראל כלפי האדם, תוותר המדינה המבקשת, בבקשתה, על תחולת דיניה היא בענין הנדון.
(ב) לא יוטל בישראל בשל העבירה עונש חמור מזה שניתן היה להטיל לפי דיני המדינה המבקשת.
(א) כל שאר התנאים ייקבעו באמנה.

3.5 segue: Ulteriori modifiche. - La legge penale precedente non conteneva alcuna precisa descrizione di quella che potesse essere la struttura costitutiva dell'elemento materiale del reato. La riforma inserisce finalmente una dettagliata e chiara definizione di quest'elemento, con particolare riferimento alle sue parti costitutive: condotta, circostanze e *consequence* (section 18 (a)). La definizione adotta esplicitamente come norma base il principio di "no responsibility for mere thoughts".

L'elemento "materiale"
del reato

L'ingrediente principale dell'elemento materiale per ciascuna tipologia di reato si sostanzia, in poche parole, nel principio del *nullum crimen sine actu*, principio che si unisce ad un altro principio - novità per l'ordinamento penale israeliano, ampiamente descritto nella section 42 e adottato con questa riforma: *no offence without voluntary behaviour*. Si definisce la condotta omissiva, *the passive behaviour*, problematica mai affrontata prima e ora prontamente illustrata alla section 18 (b). L'introduzione della perseguibilità del comportamento omissivo di reato chiaramente ha posto finalmente fine ad una serie di problematiche che erano solite sorgere numerose volte in prossimità di comportamenti lesivi ma omissivi, prima impossibili da perseguire o, comunque, forzatamente perseguibili attraverso letture forzate della vecchia legge che alludeva ad un generico *act*.

*nullum crimen
sine actu*

L'introduzione di questa nuova fattispecie ha fatto da grimaldello per la risoluzione di un altro annoso problema: quello del *the source of the duty* circa cosa possa effettivamente determinare e produrre una offesa criminale (section 18 (c)).

Structure of factual basis

18. (a) "Particular", for purposes of an offense – the act as defined, as well as any circumstance or consequence caused by the act, if they are part of the definition of that offense.

(b) "Act" includes an omission, if there is no different provision.

(c) "Omission" – abstention from doing anything, which is obligatory under any enactment or contract¹³².

3.5.1 segue: A) *Nullum crimen sine culpa - the mental element of an offence.* -

L'ordine in cui gli elementi generali di un reato sono trattati nella riforma sono anche di fondamentale importanza. La definitiva e chiara regolazione del *mental element* di un reato richiede la preventiva conoscenza della struttura del suo elemento materiale, tenuto conto della necessità ovvia di armonizzare le due parti del reato. Come risultato, il progetto di riforma illustra il trattamento dell'elemento mentale dopo quella dell'elemento materiale. Inutile dire quanto la legge penale israeliana precedente fosse assolutamente priva di una chiara descrizione e di una corretta regolazione del elemento psicologico del reato. La questione non è grave solamente dal punto di vista giuridico ma soprattutto dal punto di vista storico considerata la grande importanza di tale elemento nella tradizione ebraica (dove è conosciuto come "legge che regola le anime"), e nonostante il fatto che la necessità di tale elemento come presupposto di un crimine esprime uno dei principi fondamentali del diritto penale, vale a dire, il *nullum crimen sine culpa*.

**Riforme circa il
*mental element***

1) La riforma riflette l'idea che ogni forma di *mental element* di un crimine richieda una definizione normativa chiara e distinta. Inoltre, la stessa riforma dà finalmente voce all'*animus* proprio della tradizione storico - filosofica ebraica che dà assoluto peso a quello che i latini avrebbero definito *foro interno* come elemento base della relazione sociale tra i cittadini, unito al grande peso che questo assume nella definizione di un comportamento in primo luogo contrario all'amore di Dio verso il suo popolo quindi contrario al convivere comune nella socialità.

132 (א) "פרט", לענין עבירה המעשה בהתאם להגדרתה, וכן נסיבה או תוצאה שנגרמה על ידי המעשה, מקום שהן נמנות עם הגדרת אותה עבירה.
(ב) "מעשה" לרבות מחדל, אם לא נאמר אחרת.
(ג) "מחדל" הימנעות מעשייה שהיא חובה לפי כל דין או חוזה.

2) Per la prima volta la riforma ci offre la possibilità di individuare in modo chiaro ed esplicito l'elemento fondante su cui si fonda *the criminal offence*: la *mens rea* (section 19).

La prima ovvia conseguenza prevista dal legislatore della riforma fu quella di prevedere, per tutti quei reati che non recano alcuna definizione di un particolare *mental element*, la rilettura in chiave nuova, con la necessaria presenza della *mens rea*, salvo fatto per tutte le considerazione che faremo successivamente in apposita sede circa i casi di reati soggetti a responsabilità oggettiva. (sezione 19 (2)), pur ricordando come già nei progetti di modifica si specificasse che questa norma fosse da considerare transitoria, in vista di una definitiva eliminazione della suddetta tipologia di responsabilità.

"*Mere negligence*" può essere un elemento mentale sufficiente per un reato solo se così indicato esplicitamente nella definizione dello stesso (sezione 19 (1)). Per riassumere, la regola di base è che la *mens rea* è richiesta sempre e non deve essere indicata in modo esplicito nella definizione del reato; la *negligence* è considerata "stato mentale sufficiente" solo se espressamente menzionata nella definizione di un reato e i reati a responsabilità oggettiva costituiscono una categoria autonoma .

3) Dopo aver determinato *the basic status* di tutte le forme dell'elemento mentale, la riforma si preoccupa di definire con chiarezza ogni forma dell'elemento mentale, insieme alle eventuali suddivisioni o sostituzioni laddove necessarie:

(A) La prima forma che richiede tale definizione è la "*offender's actual awareness*", la consapevolezza del soggetto di tutti gli elementi costitutivi dell'elemento materiale del reato. Tale consapevolezza, che comporta un rapporto cognitivo della persona con la realtà oggettiva, richiede "*a variety of different mental attitudes to the said components in accordance with their nature and place within this reality*".

Pertanto, la riforma si riferisce alla consapevolezza da parte del trasgressore della "*nature of his behavior*" - un parallelo tra il comportamento immaginato

dall'autore del reato e il suo comportamento effettivo nella realtà e alla consapevolezza dell'*existence of circumstances* - unito alla consapevolezza della possibilità di realizzare le conseguenze di tale comportamento (laddove chiaramente si configurino situazioni del genere;

(B) Quando si fa riferimento a un reato "not conditional by its definition on certain consequences", vale a dire, per un "behavioral offence", in dottrina si diceva che:

"The mental element thereof is not liable to be combined with the nature of the behavior and the existing circumstances, except on the conscious level; and with awareness itself there are no sub-categories. The *mens rea* in such cases cannot be sub-divided. However, where consequential offences are those requiring *mens rea*, of course - the mental attitude of the offender may take varying forms, in respect of the consequential ingredient, as far as the will of the offender is concerned¹³³".

In tali casi, la *mens rea* è divisa in due tipologie specifiche: *intention e recklessness* (sezione 20 (a) (1), (2)).

Criminal intent

Section 20. (a) Criminal intent – awareness of the character of the act, of the circumstances and of possible consequences of the act, such as are of the particulars of the offense, and in respect of the consequences also one of the following:

(1) intent – in order to cause those results; (2) recklessness, which consists of one of the following:

(a) indifference – a casual attitude to the possibility that those consequences will result;

¹³³ FELLER S.Z., KREMNIETZER M., *op. cit.*, p. 49

(b) imprudence – in accepting an unreasonable risk that those consequences may result, while hoping to be successful in avoiding them.

(C) La riforma definisce anche "a mental attitude of "wilful disregard" da parte dell'autore del reato circa la natura del suo comportamento o l'esistenza di circostanze suscettibili di incriminare il suo comportamento, e dispone che quest'atteggiamento è equivalente alla consapevolezza "of the existence of his behavior or these circumstances" (sezione 20 (c), a partire).

Section 20 (c) For purposes of this section –

(1) if a person suspected the nature of his conduct or the possibility that the said circumstances would be caused, then he shall be deemed to have been aware of them, if he failed to clarify the matter;

(2) it is immaterial if the act was committed against a person or asset different from that against which it was intended to commit the act.

(D) Introduzione chiara del *dolus directus* ampiamente definito e integrato così come descritto dalla sezione 20 (b):

Section 20 (b) For purposes of the intent, the ability to foresee that a certain consequence is an almost certainly possible occurrence is equivalent to the intent to cause that occurrence.

(D) E, infine, la "*transferred mens rea*" è regolata in una specifica detta disposizione (sezione 20 (c), ultima parte) in modo da eliminare ogni dubbio per quanto riguarda l'argomento: "It should be made clear that transferred *mens rea* is not necessarily transferred intention. *Mens rea*, in all its three forms, might be transferred, as long as the intended object and the harmed object are of the same category¹³⁴".

¹³⁴ FELLER S.Z., KREMNITZER M., *op. cit.*, p. 50

(E) *Negligence*, i.e. "*unawareness*", ma con un "potential awareness", circa la "*nature of the behavior, of the existence of the circumstances and the consequences liable to result*".

Si dice a riguardo che: "If one is unaware of at least one component of the material element, *mens rea* is negated and replaced by negligence on condition that he could have been aware of it and the cognitive attitude to the rest is awareness (actual or potential)¹³⁵".

Anche in questo caso come nel diritto penale italiano, qualora si verificasse una situazione contraria, si rientrerebbe nel campo di applicazione del caso fortuito che, come in Italia, esclude la colpa specifica¹³⁶.

Terminata questa prima disamina dei punti principali riformati che daranno adito poi ad ampia e approfondita riflessione nei capitoli che seguiranno, risulta evidente una prima questione: come anche punto focale di questo lavoro di ricerca, risulta lineare la volontà chiara della legislazione israeliana di aprirsi a soluzioni pratiche di natura continentale che seppur traggono originale fonte dalla tradizione britannica se ne distaccano prepotentemente lasciando ampio campo a tutte quelle riflessioni di bilateralità propria dei sistemi misti *civil law - common law*.

3.5.2 segue: B) la *strict liability*. - Un capitolo a parte è dedicato alla *strict liability*:

a) la Riforma pone un radicale cambiamento circa questa categoria di reati. In primo luogo questi crimini possono essere determinati solo dalla legge

¹³⁵ FELLER S.Z., KREMNITZER M., *op. cit.*, p. 50

¹³⁶ FELLER S.Z., KREMNITZER M., *op. cit.*, p. 51: "A few further matters should be added:

(i) Should the consequences on which the offence depends be "a reasonable risk", then causing them would not amount to negligence (section 21(2)). This rule applies also to rashness (section 20(a)(3));

(ii) The test of negligence in the Proposal remains that of the intellectual potential of a person of reasonable understanding, in the circumstances of the case (section 21(a)); on this point there is also a personal alternative to this test, i.e., the intellectual potential of the offender himself (section 21 - second version);

(iii) Finally, and this is a quasi-constitutional provision in the criminal sphere, an offence of the most serious category, that of felony, may not be an offence of negligence (section 21(b))".

con specifica disposizione a riguardo. Non è più dunque ammissibile una interpretazione soggettiva del reato sulla base della volontà giudiziaria;

b) la principale rivoluzione della riforma è stata l'abolizione della *absolute nature of the presumption of culpability (section 22(a))*: "Should it be proved that the behavior in question was not accompanied by at least negligence and that the offender took all steps to prevent the offence, then the act would be totally deprived of its criminal nature".

c) Sono previste pene chiaramente più miti per tutti i casi di responsabilità oggettiva rispetto ai reati che prevedono l'integrazione di *mens rea*.

Section 22 (a) A person bears enhanced liability for an offense, if in an enactment it is prescribed that the offense does not require proof of criminal intent or of negligence; however, the provisions of this subsection shall not void liability for offenses legislated before this Law went into effect and it was lawfully determined that they do not require proof of criminal intent or of negligence; for purposes of this section, "lawfully" – includes by judicial precedent¹³⁷.

3.6 Codici a confronto. - In questo capitolo cercheremo di evidenziare, limitatamente alla parte generale, le grandi differenze tra il vecchio codice penale israeliano del 1977 e quello risultante dalle modifiche apportate negli anni '90.

Entrambi saranno posti a confronto con il CCO del 1936 al fine di **Codici a confronto** evidenziare l'evoluzione strutturale e sostanziale della materia.

Abbiamo pensato di indicare, nel caso del CCO, almeno per le *sections* ritenute per noi fondamentali allo sviluppo del presente lavoro, anche il testo. La stessa

¹³⁷ (א) אדם נושא באחריות קפידה בשל עבירה, אם נקבע בחיקוק שהעבירה אינה טעונה הוכחת מחשבה פלילית או רשלנות; ואולם, אין בהוראות סעיף קטן זה כדי לבטל את האחריות בשל עבירות שחוקקו טרם כניסתו לתוקף של חוק זה ונקבע בדין שאינן טעונות הוכחת מחשבה פלילית או רשלנות. לענין סעיף קטן זה, "בדין" – לרבות בהלכה פסוקה.

necessità non è sopraggiunta per le altre due codificazioni essendo queste oggetto di analisi durante tutto il lavoro

Si procederà per "*monadi Leibniziane*" al fine di preparare l'indagine approfondita che questa tesi porterà avanti nei capitoli successivi.

Per ragioni di comodità accademica, i testi dei codici sono riportati in lingua inglese e non in lingua originale per garantire rapida e immediata comprensione.

E' da premettere che nel caso dell'ultimo codice in termini di tempo, la traduzione ufficiale in lingua inglese non esiste in quanto non autorizzata. Quella che viene riportata è la traduzione comune non ufficiale.

CHAPTER ONE

CRIMINAL CODE ORDINANCE 1936	
PRELIMINARY	TESTO
1. Short title	"This Ordinance may be cited as the Criminal Code Ordinance, 1936, and hereinafter is referred to as "this Code".
2. Operation of Code in lieu of The Ottoman Penal Code	"From and after the commencement of this Code, the Ottoman Penal Code shall cease to be in force in Palestine. Any reference to any provision in the Ottoman Penal Code in any Ordinance in force at the time of such commencement shall, so far as is consistent with its context, be deemed to be a reference to the corresponding provision in this Code".
3. Saving of certain Matters	

PENAL CODE 1977	PENAL CODE 1977 (POST RIFORMA)
Interpretation (Section 1, 2)	Basic Provisions (Section 1-3)

<p>1. General Application of Part One</p> <p>2. Definitions</p>	<p>1. Punishment only under Law</p> <p>2. Punishment under subsidiary legislation</p> <p>3. No retroactive penalty</p>
---	--

CHAPTER TWO

CRIMINAL CODE ORDINANCE 1936	
INTERPRETATION	TESTO
<p>4. General rule of construction of Code.</p>	<p>"This Code shall be interpreted in accordance with the principles of legal interpretation obtaining in England, and expressions used in it shall be presumed, so far as is consistent with their context and except as may be otherwise expressly provided, to be used with the meaning attaching to them in English law and shall be construed in accordance therewith".</p>
<p>5. Definition of certain expressions and terms.</p>	<p>In this Code, unless the context otherwise indicates:—</p> <p>"Contravention" means (...)</p>

PENAL CODE 1977	PENAL CODE 1977 (POST RIFORMA)
<p>Territorial Application (Section 3-11)</p> <p>3. Extent of jurisdiction</p> <p>4. Offences against humanity</p>	<p>Applicability of penal laws according to the time of commission (Section 4-6)</p> <p>4. Cancellation of offense after its commission</p>

PENAL CODE 1977	PENAL CODE 1977 (POST RIFORMA)
<p>General Rules as to Criminal Responsibility (Section 12-24)</p> <p>12. Ignorance of law 13. Immature age 14. Bona fide claim of right 15. Intention 16. Motive 17. Mistake of fact 18. Presumption of sanity 19. Insanity 20. Intoxication 21. Constraint 22. Necessity 23. Protection of judicial authority 24. Justification</p>	<p>Applicability of penal laws according to the place where the offense was committed (Section 7-17)</p> <p>Article One: General Provisions</p> <p>7. Offenses by location 8. Location of omission 9. Conditions of applicability 10. Penalty imposed abroad 11. Deduction of penalty or arrest</p> <p>Article Two: Applicability to Domestic Offenses</p> <p>12. Domestic offenses</p> <p>Article Three: Applicability to Foreign Offenses</p> <p>13. Offenses against the State or against the Jewish people 14. Offenses against Israel citizen or Israel resident 15. Offense committed by Israel citizen or Israel resident 16. Offenses against international law 17. Vicarious applicability</p>

CHAPTER FOUR

CRIMINAL CODE ORDINANCE 1936	
GENERAL RULES AS TO CRIMINAL RESPONSIBILITY .	TESTO
8. Ignorance of law	"Ignorance of the law does not afford any excuse for any act or omission which would otherwise constitute an offence unless knowledge of the law by the offender is expressly declared to be an element of the offence".
9. Immature age	"A person under the age of nine years is not criminally responsible for any act or omission". (...)
10. <i>Bona Fide</i> claims of right	"A person is not criminally responsible in respect of an offence relating to property, if the act done or omitted to be done by him with respect to the property was done in the exercise of an honest claim of right and without intention to defraud or injure".
11. Intention: motive	"(1) Subject to the express provisions of this Code relating to negligent acts and omissions, a person is not criminally responsible for an act or omission which occurs independently of the exercise of his will , or for an event which occurs by accident. (2) Unless the intention to cause a particular result is expressly declared to be an element of the offence constituted, in whole or in part, by an act or omission, the result intended to be caused by an act or omission is

<p>12. Mistake of fact</p>	<p>immaterial.</p> <p>(3) Unless otherwise expressly declared, the motive by which a person is induced to do or omit to do an act, or to form an intention, is immaterial so far as regards criminal responsibility".</p> <p>"(1) A person who does or omits to do an act under an honest and reasonable, but mistaken, belief in the existence of any state of things is not criminally responsible for the act or omission to any greater extent than if the real state of things had been such as he believed to exist.</p> <p>(2) The operation of this rule may be excluded by the express or implied provisions of the law relating to the subject".</p>
<p>13. Praesumption of sanity</p>	<p>"Every person is presumed to be of sound mind, and to have been of sound mind at any time which comes i n question, until the contrary is proved".</p>
<p>14. Insanity</p>	<p>"omissis"</p>
<p>15. Intoxication</p>	<p>"omissis"</p>
<p>16. Protection of judicial officers</p>	<p>"omissis"</p>
<p>17. Constraint</p>	<p>"omissis"</p>
<p>18. Necessity</p>	<p>"An act or omission which would otherwise be an offence Necessity, may be excused if the person accused can show that it was done or omitted to be done only in order to avoid consequences which could not otherwise be avoided, and which if they had followed would have inflicted grievous harm or injury to his person or to his honour or his property or to</p>

<p>agent</p> <p>28. Offence committed in pursuit of common purpose</p> <p>29. Extent of responsibility of person counselling offence</p> <p>30. Countermanding commission of offence</p>	<p>Article Two: Psychological Basis of the Offense</p> <p>19. Criminal intent is required</p> <p>20. Criminal intent</p> <p>21. Negligence</p> <p>Article Three: Enhanced Liability</p> <p>22. Enhanced liability and its extent</p> <p>Article Four: Criminal Liability of Body Corporate</p> <p>23. Extent of Criminal Liability of a Body Corporate</p> <p>Article Five: Offenses by Their Severity</p> <p>24. Classification of offenses</p>
--	--

CHAPTER FIVE

CRIMINAL CODE ORDINANCE 1936	
PARTIES TO OFFENCES	TESTO
<p>22. Definition</p>	<p>" For the purpose of this chapter "offence" shall not include a contravention".</p> <p>(1) Whe n an offence is committed each of the following persons is deemed to have taken part in committing the offence, and to be guilty of</p>

<p>23. Principal Offenders</p>	<p>the offence, and may be charged with committing it ; that is to say :— (a) every person who actually does the act or any of the acts, or makes the omission or any of the omissions which constitute the offence; (b) every person who does or omits to do any act for the purpose of enabling or aiding another person to commit the offence; (c) every person who, whether or not he is present at the time the offence is committed, aids another person in committing the offence. A person is deemed to aid if he is present at the place where an offence is committed for the purpose of overawing opposition or of strengthening the resolution of the actual perpetrator or of ensuring the carrying out of an intended offence; (d) every person who, wdiether or not he is present at the time the offence is committed, counsels or procures any other person to commit the offence".</p>
<p>24. Offences committed in prosecution of common purpose.</p>	<p>"omissis"</p>
<p>25. Mode of execution immaterial</p>	<p>"omissis"</p>
<p>26. Accessories after fact</p>	<p>"omissis"</p>
<p>27. Accessory after the fact may be tried whether principal has been convicted or not.</p>	<p>"omissis"</p>

PENAL CODE 1977	PENAL CODE 1977 (POST RIFORMA)
<p style="text-align: center;">Arrempt and Incitement (Section 31-34)</p> <p>31. Definition</p> <p>32. Persons attempting to commit offence</p> <p>33. Attempt defined</p> <p>34. Attempt to procure commission of offence</p>	<p style="text-align: center;">Derivative offenses (Section 25 - 34D)</p> <p style="text-align: center;">Article One: Attempt</p> <p>25. What constitutes an attempt</p> <p>26. Commission of offense is impossible</p> <p>27. Special penalty for attempt</p> <p>28. Exemption because of remorse</p> <p style="text-align: center;">Article Two: Parties to the Offense</p> <p>29. Perpetrator</p> <p>30. Enticement</p> <p>31. Accessory</p> <p>32. Penalty of accessory</p> <p>33. Attempt to entice</p> <p>34. Exemption because of remorse</p> <p>34A. Other or additional offense</p> <p>34B. Personal and factual data</p> <p style="text-align: center;">Article Three: Common Provisions</p> <p>34C. Restrictions on attempt, accessories and incitement</p> <p>34D. Restrictions on attempt, accessories and incitement</p> <p>Chapter five "a": restrictions of criminal liability</p>

	<p style="text-align: center;">Article One:</p> <p style="text-align: center;">General Provisions</p> <p>34E. Burden of proof</p> <p style="text-align: center;">Article Two: Restrictions on Criminal Nature of Act</p> <p>34F. Minority</p> <p>34G. Lack of control</p> <p>34H. Mental incompetence</p> <p>34I. Intoxication</p> <p>34J. Self defense</p> <p>34J1. Defense of residential premise, business premise and fenced agricultural farms</p> <p>34K. Necessity</p> <p>34L. Duress</p> <p>34M. Justification</p> <p>34N. Entering a situation by wrongful conduct</p> <p>34O. Obligation to face danger or threat</p> <p>34P. Beyond reason</p> <p>34Q. Lack of importance</p> <p>34R. Misinterpretation of situation</p> <p>34S. Mistake on legal situation</p> <p>34T. Defense of judicial authority</p> <p>Chapter five "b": miscellaneous provisions</p> <p>34U. Interpretation</p>
--	--

	<p>34.V Doubt</p> <p>34W. Generality of Introductory Part and of General Part</p> <p>34 X. Definitions</p>
--	--

CHAPTER SIX

CRIMINAL CODE ORDINANCE 1936	
<p>ATTEMPTS , INCITEMENTS , CONSPIRACY .</p>	<p>TESTO</p>
<p>28. Definition</p>	<p>" For the purpose of this chapter "offence" shall not include a contravention".</p>
<p>29. Attempts</p>	<p>"Any person who attempts to commit an offence shall be Attempts, liable unless some other punishment is provided i n this Code :—</p> <p>(a) to imprisonment for life if the offence attempted would render the perpetrator thereof liable on conviction to death;</p> <p>(b) to imprisonment for a period not exceeding fourteen years if the offence attempted is manslaughter;</p> <p>(c) to imprisonment for a period not exceeding ten years if the offence attempted is any other offence which would render the perpetrator liable to imprisonment for life ;</p> <p>(d) in every other case, to a punishment not exceeding half of the greatest punishment to which the perpetrator of the offence is liable on conviction".</p> <p>"(1) A person is deemed to attempt to commit an offence when he begins to put his intention to commit the offence into execution by means</p>

<p>30. Attempt defined</p>	<p>adapted to its fulfilment, and manifests his intention by some overt act, but does not fulfil his intention to such an extent as to commit the offence.</p> <p>(2) It is immaterial, except so far as regards punishment, whether the offender does all that is necessary on his part for completing the commission of the offence, or whether the complete fulfilment of his intention is prevented by circumstances independent of his will , or whether he desists of his own motion from further prosecution of his intention.</p> <p>(3) It is immaterial that by reason of circumstances not known to the offender it is impossible in fact to commit the offence".</p>
<p>31. Attempts to procure, solicit or inclite to commission of offence.</p> <p>32. Preparation to commit crime with explosive</p> <p>33. Neglect to prevent certain offences</p>	<p>"omissis"</p> <p>"omissis"</p> <p>"omissis"</p> <p>"omissis"</p>
<p>34. Conspiracy to commit felony</p>	<p>"Any person who conspires with another to commit a felony or to do any act in any place which if done in Palestine would be such an offence, and which is an offence under the laws in force in the place where it is proposed to be done, is guilty of an offence, and is liable, if no other punishment is provided and the greatest punishment to which a person convicted of the offence in question is liable is imprisonment for seven years or more, to imprisonment</p>

<p>35. Conspiracy to commit a misdemeanour</p> <p>36. Other conspiracies</p>	<p>for seven years, or, if the greatest punishment to which a person convicted of the offence in question is liable is less than imprisonment for seven years, then to such lesser punishment".</p> <p>"omissis"</p> <p>"omissis"</p>
--	---

In entrambi i codici successivi torniamo alla trattazione delle medesime fattispecie con il capitolo dedicato ai Modes of Punishment (Section 35-90).

L'argomento è invece trattato dal CCO al Chapter VII.

3.7 Novità della riforma penale tra *common law* e *civil law*. -

La riforma dell'impianto penale del Codice Israeliano mira a raggiungere l'uniformità e l'ordine attraverso la definizione di un corretto rapporto tra la *Parte generale* e la *Parte Speciale*, secondo lo stesso principio della codicistica continentale secondo cui la Parte Generale dovrebbe raccogliere i principi fondanti su cui va a posarsi tutta la struttura dei reati di Parte Speciale.

Non sempre però i progetti originali sono riusciti a fare breccia nella costruzione preesistente. La volontà di parte della dottrina, in sede di rinnovamento della legge penale, era quella di far sì che la Parte Generale enumerasse in dettaglio le circostanze attenuanti e aggravanti di carattere generale. Questa enumerazione doveva essere integrata nella parte speciale da quelle circostanze rilevanti solo per un gruppo specifico di reati o per un particolare tipo di reato all'interno di tale gruppo. Così, ad esempio, una circostanza aggravante, come la commissione del reato insieme a un minore che è presente nella legge preesistente esclusivamente come circostanza particolare legata ad un solo reato specifico

(l'ex sezione 209 (b), The Penal Law, 1977), sarebbe diventata, secondo la riforma, un generale circostanza aggravante stando il generale principio per cui, un evento aggravante è tale non solo nei confronti di un reato ma nei confronti di tutti.

Questo metodo avrebbe semplificato la definizione di specifici reati, dal momento che elementi come le circostanze attenuanti e aggravanti appaiono nella Parte Generale, sostituendo varie disposizioni incomplete e non coordinate.

Da questo punto di vista, però, il nuovo codice penale resta assolutamente mal strutturato.

Nonostante questi elementi deficitari, la riforma si è sforzata a generare una innovativa e quanto mai necessaria precisione concettuale e terminologica, al fine di esprimere la vera natura dei fenomeni, come condizione per la progettazione di adeguati modelli normativi. Così, ad esempio, la definizione dell'elemento mentale come già accennato, si basa sulla distinzione tra i componenti dell'elemento materiale già esistente nel mondo reale (cioè, "the nature of the behavioral and the circumstantial ingredients, in respect of which there can be no teleological relationship") e l'elemento conseguente al quale è possibile ricordare quel determinato comportamento e il relativo evento naturalistico alla volontà umana.

Ampia descrizione è stata fatta del reato plurisoggettivo: l'idea del compimento di un medesimo reato ad opera di più persone che vengono sanzionate allo stesso modo rappresenta un'altra importante innovazione, pur tenendo sempre presente le varie distinzioni di responsabilità in partecipazione.

Restano numerose comunque le imprecisioni in termini di distinzioni tra *excuse* e *justification* o circa le varie applicazioni di queste alle fattispecie di reato.

4. Principi costituzionali e diritto penale. - L'emanazione della Legge fondamentale sulla dignità umana e la libertà segna l'inizio di una nuova era nella storia legislativa israeliana¹³⁸, soprattutto in tema di rapporti con il diritto penale. E' interessante, quindi, seppur brevemente, indagare il rapporto tra la Costituzione e la legge penale sostanziale e l'effetto dei principi costituzionale sul diritto penale. Inutile dire che anche se non letteralmente scritti, i principi costituzionali già permeavano la materia del diritto in Israele ma la ratificazione definitiva ha dato nuovo slancio al legislatore, slancio tale da incidere profondamente anche nell'interpretazione di alcune norme del codice penale nella parte generale. Elemento comune tanto al diritto costituzionale che al diritto penale è un'immagine condivisa circa l'essere umano. Si tratta di una concezione dell'essere umano come "moralmente" autonomo, con la facoltà di comprendere la realtà e distinguere il bene dal male, in grado di contribuire allo sviluppo di norme sociali e di comprendere e interiorizzarle, ampiamente in grado di decidere come di agire. Questa concezione detta i confini della legge penale e influenza i principi di responsabilità penale, sia qualitativamente che quantitativamente: una persona che non ha tale capacità di base (*lack of competence*), o che, in una data situazione, non può astenersi dall'agire (*lack of control*) non è soggetto al *criminal law*. Quando una persona manifesta una capacità molto limitata di agire o una capacità decisionale carente e la sua condotta non è il risultato di considerazioni razionali (situazioni di *provocation and diminished responsibility*), la sua *culpability* si riduce. La dottrina israeliana parte dal presupposto che l'individuo soggetto a diritto penale è un individuo "costituzionale" in un senso molto preciso: la comunità - sia come presupposto empirico sia normativo - presume l'interiorizzazione dei valori fondamentali del sistema e un impegno di base verso quei valori da parte di ogni persona competente. L'alienazione non è presa in considerazione. Comune al diritto costituzionale e a quello penale è la percezione - in base alla autonomia del sé e della dignità umana - dell'individuo come fondamento della società e del diritto, come qualcosa fine a se stesso, che non deve essere trattato

¹³⁸ A. BARAK, *The Legislative Revolution - Protected Human Rights (1993) 1 Law and Government in Israel* p. 9.

come un oggetto o strumento. Ciò conduce alla conclusione di base - che vedremo in seguito considerata in dettaglio - che la responsabilità penale mai possa essere imputata a coloro che non sono colpevoli, anche se servirebbe come elemento di deterrenza o per altri obiettivi utilitaristici, e che la stessa deterrenza non può essere perseguita imputando la responsabilità penale senza considerare l'effettivo grado di colpevolezza di una persona. Secondo la legge costituzionale, l'obiettivo del diritto penale è quello di garantire le condizioni di base per l'esistenza sociale. C'è una misura di ottimismo in questa visione dell'essere umano (come avere un impegno fondamentale per i valori della società, vale a dire essere "buono per natura"). La cosa particolarmente interessante di questo aspetto è che, proprio perchè la dogmatica israeliana parte dal presupposto che l'uomo sarebbe fundamentalmente buono e avrebbe pieno controllo dei suoi desideri, immenso rilievo è dato al ruolo della mente, dell'intelletto. Questo aspetto è davvero fondamentale perchè giustifica una serie di soluzioni penali a livello sostanziale che ad un continentale potrebbero apparire eccentriche, ma, calate in questa riflessione sociologica, si comprendono pienamente. Tutto ciò determina il posizionamento di un forte accento, quindi, sull'elemento mentale più che su quello volitivo. Questo approccio è espresso, se ci pensiamo, nella *foreseeability rule (dolus indirectus)* secondo la quale la prevedibilità con un alto grado di probabilità equivalente al desiderare (quando è assente), e nella *wilful-blindness rule*. Questa riflessione è un primo punto importante di partenza circa le evidenti differenze strutturali con il sistema continentale.

4.1 segue: A) Libertà. - L'istituzione di un divieto penale costituisce una limitazione alla libertà di agire dell'individuo. Pertanto, secondo **Principio di Libertà** quanto stabilito dalla sec. 5 della *Basic Law: Human Dignity and Freedom*, è chiaramente stabilito che "There shall be no deprivation or restriction of the liberty of a person by imprisonment, arrest, extradition or otherwise". Una eventuale limitazione della libertà personale potrà essere ammessa solo nei casi di cui alla sec. 8 della medesima legge: "There shall be no violation of rights

under this Basic Law except by a law befitting the values of the State of Israel, enacted for a proper purpose, and to an extent no greater than is required".

Pertanto, dal momento della emanazione di questa *Basic Law*, la legislazione penale deve essere compatibile con i valori dello Stato di Israele inteso come una democrazia liberale: si potrà far uso del diritto penale solo quando è necessario e vitale (*Erforderlichkeit*), quando può essere utile (*geeignet*), e quando si manifesta come essenziale per il raggiungimento del fine (*angemessen*)¹³⁹. Il punto di partenza è proprio quello di intendere il *criminal law* come elemento di residualità: Il diritto penale è un mezzo sociale di ultima istanza - è destinato a proteggere gli interessi sociali più vitali contro le violazioni particolarmente gravi, quando non ci sono altri mezzi per difendere i propri interessi. La richiesta esplicita di proporzionalità, sec. 8, esprime proprio questo elemento finale. L'esame di un *criminal prohibition* deve, quindi, procedere per gradi. Il primo è quello dello studio della effettiva compatibilità dei valori di Stato e dell'adeguatezza dello scopo: ci si domanderà, quindi, se effettivamente si persegue un vero e proprio interesse sociale. In altre parole, un ampio riconoscimento sociale è un prerequisito per l'ammissione. Una norma penale dovrebbe derivare da un consenso sociale, considerando che il dibattito sociale è una forte indicazione della non idoneità del diritto penale al soggetto.

In secondo luogo deve seguire un esame della necessità del valore sociale per l'esistenza e lo sviluppo della società. Ci sono molti, vari interessi sociali, ma solo pochi sono, per una serie di motivi anche ovvi, ritenuti tali da essere considerati vitali. La coscienza sociale universale e il metodo comparativo a livello giuridico svolgono un ruolo nello stabilire la necessità dei valori sociali. L'universalità di un divieto indica fortemente una necessità reale. D'altra parte, l'esistenza di sistemi legali democratici analoghi che mancano di un divieto analogo è un buon indicatore della possibilità di non-necessità.

La valutazione e il filtraggio costituzionale entrano anche in questo quadro visto che consenso sociale e necessità sono condizioni necessarie ma non sufficienti. Un interesse sociale proposto per la protezione deve superare la prova

¹³⁹ K. AMELUNG, *Zur Kritik des kriminalpolitischen Strafrechtssystems von Roxin*, in *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems* (Berlin, B. Schuenemann, 1984) p. 85.

rappresentata dalla costituzione e dei suoi valori fondamentali. Va notato che la stessa emanazione di un divieto penale costituisce una violazione non solo della libertà di agire ma dell'autonomia e della dignità della persona, in quanto la libertà nel raggiungere la decisione corretta attraverso l'esercizio della sua libertà di scelta sarebbe in realtà limitata¹⁴⁰. Ciò che può essere raggiunto attraverso le norme della morale sociale senza costrizione istituzionale, non dovrebbe essere raggiunto mediante la legge penale.

Infine, quando libertà e limitazione sono in equilibrio, o quando vi è un vero dubbio sulla necessità di una limitazione, tale limitazione dovrebbe essere evitata: *in dubio - pro libertate*.

In terzo luogo, il danno per l'interesse sociale deve essere particolarmente grave. Questa è un'espressione del carattere "frammentario" del diritto penale. Il diritto penale non è destinato a fornire una protezione completa per interessi sociali vitali ma solo per proteggerli contro i danni particolarmente gravi. In questa prospettiva, troviamo la base per la posizione strutturale sostanziale per cui, in generale, la responsabilità penale richiede *mens rea*, mentre la *negligence* ne costituisce l'eccezione.

Il divieto penale deve avere la qualità di realizzare efficacemente il suo scopo, tenendo conto dello sforzo previsto che sarà effettivamente richiesto per l'esecuzione.

Realizzazione di scopo, in questo contesto, non è da prendere nel senso di "let sinners cease out of the earth" ma in termini di effettiva influenza sul comportamento illecito in direzione della sua riduzione sostanziale.

4.2 segue: B) Il principio di legalità. - Dalla libertà deriviamo un ulteriore principio fondamentale - il principio di legalità. Senza di essa, libertà e "autonomia" non possono essere realizzati. E' impossibile agire con certezza e sicurezza di sé o pianificare il futuro senza chiarezza assoluta di quello che sia lecito e quello che non lo sia.

**Principio di
legalità**

¹⁴⁰ M. DAN-COHEN, *Responsibility and the Boundaries of the Self* (1992) 105 Harv. L.R. 959.

Section 1 del *Penal Law, 1977*, prevede che "*Nothing constitutes an offense and there is no penalty for it, unless it is so prescribed by Law or under it*". Questa *section* stabilisce il principio di legalità secondo il quale *offenses and penalties are to be set only in legislation. The offenses* (i reati) possono essere stabiliti di base solo *in primary legislation* (le leggi emanate dalla *Knesset*), anche se gli stessi possono essere stabiliti anche *in secondary legislation*, frutto cioè di intervento ministeriale¹⁴¹. *Section 2* prevede infatti che il potere regolamentare per l'attuazione di una legge comprende anche il potere di designare i reati e di fissare sanzioni per la loro commissione; tuttavia, la pena della reclusione prescritta da un regolamento non deve superare i sei mesi.

Courts non possono stabilire dei reati e in ogni caso in Israele non sussistono *common law offenses*. *Section 1* vieta categoricamente l'uso dell'analogia¹⁴².

Il principio di legalità è un importante ostacolo alla arbitraria azione mentale del governo. Il requisito del "forewarning" è intimamente legato al "the subject of the scope of the prohibition" in modi che inizialmente sembrano contraddittori, ma sono in realtà complementari.

Più il diritto penale riflette la coscienza meglio questo sarà.

La coscienza morale è quindi il cerchio esterno che non deve essere attraversato. Il principio di legalità gioca un doppio ruolo nel promuovere la certezza del diritto: un effetto diretto che abbiamo discusso in precedenza e un effetto indiretto espresso nel dirigere e guidare la magistratura. A questo proposito, è preferibile che la legge stabilisca *foreseeability rule* piuttosto che lasciare la questione aperta alla discrezionalità dei tribunali. Meglio stabilire normativamente che la negligenza e la responsabilità oggettiva richiedono disposizioni legislative esplicite, piuttosto che lasciare la questione aperta alla

¹⁴¹ **Punishment under subsidiary legislation**

2. (a) The power to make regulations for the implementation of a Law also includes the power to designate offenses and to set penalties for their commission; however, a penalty of imprisonment prescribed by a regulation shall not exceed six months, and if the penalty prescribed is a fine, then it shall not exceed the amount of fine that can be imposed for an offense, for which the penalty is a fine the amount of which was not set.

(b) Regulations in which offenses are designated and penalties set require approval by a Knesset committee.

¹⁴² The rule in section I that offenses and penalties can be determined "according to Law" is not meant to permit the imposition of criminal liability based on analogy.

speculazione in assenza di una dichiarazione di tale normativa. Dal punto di vista del principio di legalità, la parte generale del diritto penale israeliano non può ancora dirsi adeguata nel trattamento in modo soddisfacente di tutti i soggetti. Per quanto riguarda le omissioni, numerose sono le situazioni non chiare che andrebbero meglio definite: stesso discorso per *the responsibility for results* dove il sistema legale israeliano risulta carente di linee guida chiare al di là del nesso causale di fatto che non è di per sé sufficiente a giustificare la responsabilità per i risultati derivanti da comportamento di una persona (manca ad esempio, tutta una legislazione adeguata per tutti quei casi dove i risultati sono determinati a causa dell'intervento di un fattore imprevisto). Leggendo qualsiasi riferimento giurisprudenziale o dottrinale al tema della causalità, restiamo davvero delusi nel notare tale mancanza di approfondimento giuridico circa il tema di cui all'oggetto, con notevoli problematiche strutturali derivanti proprio da una grande confusione dinamica sul tema.

Questa carenza, però, non sembra essere l'unica per il sistema legale israeliano. Sembrerebbe essere imputabile allo sviluppo insufficiente di penale generale, problema a cui la dottrina dovrebbe porre rimedio.

Stesso discorso per quanto concerne le *defences*: indubbiamente la riforma ha comportato delle notevoli modifiche in meglio, lasciando tuttavia delle problematiche irrisolte, a cominciare dall'utilizzo indiscriminato del termine *excuse* e *justification* in modo assolutamente equivoco.

Il principio di legalità richiederebbe anche che ci fosse una più congrua ed adeguata descrizione ed interpretazione dei reati di negligenza, soprattutto in tutti quei casi in cui la violazione di un obbligo di diligenza non è oggetto di particolare attenzione legislativa. Stesso discorso per il fumoso elenco dei *duties of care*.

Il principio di legalità richiederebbe anche una precisa descrizione del "the element of purpose" che appare in numerosi reati, così come del "the element of intention or purpose that the offence be committed in characterizing the mental element of aiding a crime".

4.3 segue: C) Human Dignity. - "The basic human rights in Israel are based on the recognition of the value of the human being, the sanctity of his life, and his being a free person, and they shall be upheld in the spirit of the principles set forth in the Proclamation of the Establishment of the State of Israel". Con queste parole la Knesset ha aperto la *Basic Law: Human Dignity and Liberty*, il documento fondamentale su cui si regge l'impianto generale della tutela dei principi costituzionali in Israele.

La dignità umana è il fondamento costituzionale del principio di colpevolezza. Come in precedenza osservavo, la responsabilità penale in base alla colpevolezza è basata sul principio dalla considerazione dell'individuo come essere morale, capace di intendere e di volere. Assegnazione di responsabilità penale significa in effetti relazionarsi al colpevole con rispetto: lo si condanna per aver scelto di comportarsi come ha fatto, in un modo diverso rispetto a quello che l'ordinamento imponeva di fare. Se non fosse così, in assenza di "colpa" nella attribuzione della responsabilità penale, quest'ultima perderebbe la sua base morale: da sottolineare la relazione con il "diritto al rispetto", elemento costitutivo della filosofia israeliana. Vale la pena notare la tendenza della legislazione israeliana a intendere il rispetto della dignità umana - o, almeno, il suo nucleo - come un diritto assoluto. Questa valutazione comporta, dall'altro lato, la necessità di intendere anche il principio generale di colpevolezza come un valore assoluto.

5. L'interpretazione. - Inutile dire quanto il problema dell'interpretazione nel diritto in generale ma soprattutto in quello penale in Israele sia di fondamentale importanza, soprattutto considerato l'impianto strutturale giuridico a cui abbiamo fatto riferimento fino ad ora. *Interpretation*

E' chiaro che nella tradizione giuridica di *common law* l'interpretazione ricopra una posizione di certo molto importante, con tutte le debite differenze rispetto alla *civil law*, tenuto conto soprattutto della indiscussa signoria del *precedente giudiziario* e soprattutto della sua efficacia: l'attività di "interpretare" deve

dunque rivolgersi necessariamente a questa tipologia strutturale tipica della *common law* con tutte le immense problematiche del caso.

Tenendo conto della evoluzione giuridica penale israeliana con la relativa realizzazione di leggi scritte sullo stile degli *statute law* britannici finalizzate a porre fine al dominio incontrastato della tradizione di *common law* non possiamo che fare cenno anche al grande cambiamento in termini di interpretazione visto che l'oggetto giuridico di analisi è fondamentalmente e strutturalmente cambiato. Tenendo sempre conto di quanto il diritto penale abbia effettivamente tratto dalla tradizione britannica, dobbiamo in primo luogo ricordare i canoni fondanti di tradizione inglese che, in un certo qual modo, sono stati qui recepiti.

5.1 segue: A) Influenze di Common law. - Dobbiamo quindi procedere per gradi:

A) caso assolutamente nuovo. - Alludiamo ad una fattispecie per la quale non sia sopraggiunta nè una pronuncia giudiziale nè una espressione legislativa. In questo caso il giudice, come già abbiamo accennato prima, "crea" letteralmente la norma in cui di interpretazione c'è chiaramente ben poco riducendosi il tutto ad una autentica produzione legislativa.

Anche in questo caso ci si rifà al principio britannico del *completeness of the common law* e, cioè, principio base secondo cui è possibile colmare una eventuale lacuna di *common law* attraverso l'idea che in realtà la stessa *common law* sia già completa;

B) caso sul quale già ci sono dei precedenti. - In questo caso si devono applicare tutti i passaggi della *doctrine of precedent* per cui andrà individuata per prima la *ratio decidendi* (e non gli *obiter dicta*) di tutti i precedenti che si considerano presuntivamente legati con il caso analizzato. A questo punto si applicherà l'operazione del *distinguishing* attraverso la quale si compie una autentica interpretazione della fattispecie in esame attraverso una operazione restrittiva o meno dei campi di applicazione.

Chiaramente è questo il momento in cui si eserciterà *overruling*, l'operazione attraverso la quale il giudice può intervenire, dopo l'analisi del precedente, per abrogare lo stesso se ritenuto erroneo.

"Infatti, la conclusione a cui si perviene attraverso il *distinguishing*, che ad un caso non è riferibile una data *regula iuris*, presuppone la validità di quest'ultima. Invece, a fondamento dell'*overruling* sta il giudizio negativo circa la validità della *regula iuris* stabilita in un *precedent*, giudizio negativo che ne giustifica appunto l'annullamento¹⁴³".

C) leggi scritte - *statute law*. - Quando ci troviamo dinanzi a una legge scritta è chiaro che anche in Israele la dottrina fa riferimento, di massima, alle stesse strutture interpretative che abbiamo noi secondo la tradizione continentale, con sempre le debite differenze.

E' chiaro che l'interesse sovrano resta quello di cercare di interpretare al meglio la volontà del legislatore o attraverso la *literal approach* o con la *libera approach*, rispettivamente inquadrabili all'interno dell'idea di interpretazione letterale e sistematica.

Il vero problema però che alberga a proposito di interpretazione è proprio nel rapporto estremamente problematico tra *common law* e *statute law*. Si ricordi come gli *statutes*, in fin dei conti, sono nati per consolidare o sedimentare con precisione il *common law* relativamente a particolari materie.

Questa origine "di necessità" e assolutamente particolare ha indotto la gran parte della dottrina a sostenere un valore quasi suppletivo per gli *statutes* proprio perchè, alla fine, mero sedimento scritto di una più ampia e ricercata verità giuridica.

Questa generale opinione ha, pian piano, determinato il costruirsi del fondante principio interpretativo che nient'altro è che lo specchio di questo principio base: necessità di considerare la legge scritta solamente per il caso e il tempo per

¹⁴³ VINCIGUERRA, *op. cit.*, p. 151

cui nasce, senza alcuna possibilità estensiva. In tal caso risulterà essenziale l'interpretazione letterale.

Questo stato di cose giustifica la presenza della *interpretation section*, una lista di vocaboli o espressioni legali adoperate nella legge scritta da interpretare letteralmente secondo quanto viene ivi indicato.

Tutto ciò esclude chiaramente la possibilità di ricorrere ad analogia o interpretazione estensiva.

Se quindi abbiamo descritto un sistema che sembra davvero estremamente rigido, in realtà, si ricordi il riconoscimento imprescindibile della *regola aurea* per la quale è vero che dobbiamo limitarci a seguire in forma estremamente rigorosa l'interpretazione letteraria ma, sicuramente, fintantoche essa non conduca a risultati assurdi.

Motivo per cui, in tali casi, sarà possibile ricorrere ad una interpretazione di carattere finalistico.

Le *Courts* interpretano la legge. L'interpretazione adottata dalla Corte Suprema e tutte le sue decisioni vincolano le *lower courts*. Le decisioni delle *Courts* sono spesso influenzate dalla letteratura accademica.

Alle *Courts* è data licenza di creare delle *criminal defenses*¹⁴⁴ così come hanno l'ampia capacità di "*read into*" la mera lettera della legge individuando una possibile gamma di applicazioni¹⁴⁵.

Resta chiaro che, qualora siano possibili due o più interpretazioni, si applicherà quella più favorevole al reo¹⁴⁶.

¹⁴⁴ C.F.H. 1042/04 *Biton v. State of Israel* cfr.: "There are a variety of conditions that will tend to negate elements of a crime (particularly the *intent* element), known as **defenses**. The label may be apt in jurisdictions where the *accused* may be assigned some *burden* before a tribunal. However, in many jurisdictions, the entire burden to prove a crime is on the *government*, which also must prove the *absence* of these defenses, where implicated. In other words, in many jurisdictions the absence of these so-called defenses is treated as an element of the crime. So-called defenses may provide partial or total refuge from punishment".

¹⁴⁵ "The courts are also entitled to read into the definition of an offense a certain for conviction that does not appear in the language of the statute. This means that in certain cases that are covered by the wording of the offense a conviction will not be obtained because of considerations of justice and policy. The main context in which this method of interpretation is used is when the defendant's action is covered by the wording of a certain offense, but it does not harm or endanger the interest protected by the offense. But the court may exclude from the scope of an offense even certain types of cases in which the protected interest is harmed or endangered when this seems justified to the court on the basis of considerations of justice or policy. This would be the case, for example, when the court wishes to limit the scope of the infringement on freedom of speech produced by the existence of a given offense". A HANDBOOK (...), cit.

Ciò brevemente premesso, il discorso sull'interpretazione vola alle analisi dogmatiche che in Israele sono state fatte negli ultimi anni, soprattutto, quasi sorprendentemente aggiungerei, sulla base di alcune riflessioni mutuata in parte dalla tradizione continentale, la cui ispirazione sembra costituire un importante addentellato nelle teorie ultime nel territorio.

5.2 segue: B) Evoluzione. - Nonostante quindi questi tentativi (direi, quasi filosofici, di natura continentale), negli ultimi anni una nuova tendenza è apparsa nelle decisioni della Corte Suprema in merito all'interpretazione delle *criminal prohibitions*. Secondo questa tendenza - fortunatamente presto accantonata - una legge penale dev'essere interpretata allo stesso modo di qualsiasi altro *statute*, non sussistendo, in fin dei conti, nessuna disposizione d'interpretazione restrittiva particolare al diritto penale. L'interprete dovrà scegliere l'opzione interpretativa che meglio realizza l'obiettivo della normativa anche quando questa opzione è basata sul significato secondario dei termini effettivamente usati. L'obiettivo legislativo è spesso identificato dalla Corte con quello della più ampia forma di difesa sociale. Prima di abbozzare la sagoma di questa nuova teoria dell'interpretazione nel diritto penale israeliano, partiamo dal presupposto che parte della dottrina semita risulta essere assolutamente convinta che l'interpretazione sia più un'arte che una scienza, più una pratica che una teoria¹⁴⁷. Partendo dalle riflessioni di Savigny, si ricorda come l'interpretazione andrebbe divisa sulla base di una certa diversità di linee:

a) *linguistico - letteraria* basata sul significato letterario dello *statute*;

b) *storico - soggettiva* che al contrario ricerca l'interpretazione autentica del legislatore;

**Interpretazione e
giurisprudenza**

¹⁴⁶ Interpretation - 34U. If an enactment can be reasonably interpreted in several ways in respect of its purpose, then the matter shall be decided according to the interpretation that is most favorable for whoever is about to bear criminal liability under that enactment.

¹⁴⁷ FRANKFURTER F., *Some Reflections on the Reading of Statutes in Landmarks of Law*, D. Henson, ed., (Boston, 1960) p. 210;

c) *meramente oggettiva* (nota anche come *teleologica* o *sociologica*), con la quale lo *statute* è interpretato secondo il suo scopo obiettivo;

d) *sistemica*, che cerca di comprendere il testo all'interno del contesto normativo in cui questo insiste¹⁴⁸.

Nel criticare l'importanza e la forza di una dottrina interpretativa, la dottrina israeliana tende a mettere in guardia contro due tendenze: una concezione interpretativa unidimensionale incentrata interamente su uno dei metodi d'interpretazione, come se fosse onnicomprensivo¹⁴⁹ e l'idea che sia possibile determinare un ordine di preferenza inequivocabile e generale tra i diversi metodi (come sappiamo è questo ciò che in un certo qual modo è affermato da Scheuerle, Isay, Kelsen, Kriele, Esser and von Savigny).

Indubitabilmente, l'essenza dell'interpretazione è proprio quella di essere una sintesi tra i diversi metodi¹⁵⁰, in cui l'interprete è "teoricamente" libero di spaziare con gli strumenti a sua disposizione considerando tutti i fattori

¹⁴⁸ LARENZ K., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (Berlin, 1983) 195-215; RAHLF J., *Die Rangfolge der klassischen juristischen Interpretationsmittel in der strafrechtswissenschaftlichen Auslegungslehre in Juristische Dogmatik und Wissenschaftstheorie*, E. von Savigny, ed., (München, 1976) 14, 16; SCHRÖTH U., *Probleme und Resultat der Hermeneutik Diskussion in Einföhrung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, A. Kaufmann, W. Hassener, eds., (Heidelberg, 1977) 188, 193.

¹⁴⁹ E' questa una certa tendenza in Israele. Cfr. LEVY Y. - LEDERMAN E., *Principles of Criminal Responsibility* (Tel-Aviv, 1981, in ebraico) pp. 75-90.

¹⁵⁰ KREMNITZER, *Interpretation in Criminal Law*, in *Is. Law Rev.*, 1986, vol. 21, n. 3 - 4: "S.Agranat, "The Contribution of the Judiciary to the Legislative Endeavour" (1984) 10 *Iyunei Mishpat* 233, at 246-249. Thus, for example, if such a wide approach were adopted, as in regard to the interpretation of sec. 305(1) of the Penal Law, 1977 (L.S.I. Special Volume), there would be room to take into consideration the margin heading at the side of the section instead of assuming that the wording of the provision is clear - even though there is no indication in the provision as to the required mental element, and the wording does not clarify what is the completed offence from which the attempt to cause death - the subject of the section - is derived. Were the Court to do so, and hold that the reference is to attempted murder, it would also hold (as it did in regard to sec. 306) that the mental element required for attempted premeditated murder is premeditation - and spontaneous intention is not enough. This outcome is preferable to that arrived at by the Court, whereby ordinary intention is sufficient according to sec. 305(1) (*Der'iv. State of Israel*(1960) 14 *P.D.*234). The Court's conclusion is rather strange; it means that while normally (in offences requiring *mens rea*) a greater mental element is required for attempt (aim to complete the offence) than for the completed offence, a lesser mental element is required in attempted premeditated murder than in the completed offence - even though attempt is a partial criminal form and deficient in terms of the factual element. Furthermore, in view of the interpretation of the case-law it follows that the Penal Law contains two offences (secs. 305(1) and 32(2)) identical in terms of their elements but carrying different penalties (twenty years and fourteen years) and that when the legislature established in sec. 32 the provision "unless some other punishment is provided" it mislead regarding sec. 32(2). For a lengthy criticism of the *Der'icase* see M. Kremnitzer, "Attempted Murder in Our Law"1978 (8) *Mishpatim* 487".

pertinenti e le possibilità: "wisdom, which for us is no different from justice, when the intention is to true justice, conscious of the facts and of the consequences; that is to say, taking into consideration all of the factual elements, all of the interests having a bearing on the question under discussion, all of the consequences that are likely to result from a decision with regard to the parties and to the public¹⁵¹". Nelle parole di H. Cohn nel caso *Bakal* - "there is no wisdom and there is no counsel and there is no prudence before the legislator¹⁵²"

Partendo dunque dal presupposto che tutti i metodi d'interpretazione sono, alla fine, legittimi e necessari, la questione di concedere la precedenza a un modo particolare, secondo la dottrina israeliana, potrebbe apparire solo un esercizio di letteratura. Bisognerebbe invece, si dice, valutare sempre caso per caso. Così, ad esempio, per quanto riguarda il peso da attribuire all'interpretazione storica, sarebbe necessario distinguere tra la legislazione vecchia e la nuova legislazione: l'importanza dell'interpretazione storica risulterà ridotta quando l'intero sistema - tra cui la struttura di governo, i principi costituzionali e concetti giuridici di base - manifesti radicali cambiamenti, come è avvenuto appunto in Israele con il passaggio dal mandato britannico allo stato democratico¹⁵³. Allo stesso modo, l'importanza dell'interpretazione sistematica è dipendente dal contesto. Di tanto in tanto il contesto è altamente significante e mette in luce il contenuto del significato di un termine utilizzato nello *statute* con maggiore chiarezza, come, ad esempio, quello di "*indecent act or behaviour*" che, nel codice del 1977, appariva sia nel chapter dedicato alla *nuisance* che in quello dell' *offences against morality*.

¹⁵¹ TEDESCHI G., *Insufficiency of the Legal Norm and Loyalty of the Interpreter*, in *The Israel Academy of Sciences and Humanities, Proceedings* (Jerusalem, 1964, in ebraico) vol. 1, no. 4, p. 1.

¹⁵² *Bakal v. State of Israel* (1980) 34 (iv) P.D. 548,

¹⁵³ KREMNITZER, *Interpretation in Criminal Law*, in *Is. Law Rev.*, 1986, vol. 21, n. 3 - 4, p. 361: "If historical interpretation were to be adopted in Israel, there would be room to hold that for the offence of manslaughter no *mens rea* is required. This, in view of the authentic meaning of the phrase "intention" as *mens rea*. There would be substance to the claim that the phrase "circumstances" in sec. 33(c) of the Penal Law relates to irrelevant circumstances, such as the existence of the object at the place of the carrying out of the crime, and not to relevant circumstances which are included in the definition of the offence. On the other hand, it would be possible to attribute to the expressions "rash" and "careless" in the offence of causing death by negligence (sec. 304 of the Penal Law) significance in the behavioural objective plane, and not in the mental plane".

E' dunque comune nel pensiero israeliano affidarsi prima all'interpretazione sistematica che a quella storica¹⁵⁴.

Tornando ora alla fase interpretativa pratica, dobbiamo ricordare come in Israele in passato venne utilizzato l'approccio finalizzato alla scoperta del "*The Natural and Regular Meaning of the Words*". Dopo l'enucleazione del principio nel caso *McBoyle*¹⁵⁵, esso venne adottato dalla Corte Suprema nella decision *Ohana*¹⁵⁶.

Questo approccio, che tanto era in voga nei primi anni '50 è stato duramente criticato da Barak che ha specificato come:

"The legislative norm must be interpreted in a manner that will realize the objective latent within it, tied to it and enveloping it. From amongst the linguistic options, the judge must choose that option which fulfils the legislative purpose. In this matter, *it is of no importance whether this linguistic option is based up on the natural, normal, primary meaning of the words, or upon an unusual, exceptional and secondary meaning of the words*¹⁵⁷".

Nel caso *Mizrachi*, Barak specificò come la legge criminale deve essere interpretata come ogni altra legge "... by giving a logical and natural meaning to

¹⁵⁴ KREMNITZER, *op. cit.*, p. 362: "An example of the superiority of systematic interpretation over his- torical interpretation is found in sec. 305(1) of the Penal Law. If the Mandatory legislator were to have been asked what is the *mens rea* required in sec. 305(1), it can be assumed that he would have answered, at least spontaneously: ordinary intent to kill, in accordance with interpretation of the Supreme Court, and in line with the English law. However, a study of the offence of murder in Israel, which is materially different from murder in the English law in its requirement of premeditation (not a part of "English murder"), shows that while the *mens rea* of an "intent" to kill in attempted murder in English law fits English murder - as it implies that a stronger mental element is required for attempt than for the completed offence - it does not fit Israeli murder at all - since this will result in a conclusion that a lesser mental element suffices for attempt in compari- son with the completed offence. Systematic interpretation thus requires that for attempted premeditated murder, as for premeditated murder, premeditation is required. However, it does not follow from this example that in every case systematic interpretation is preferable to the historical method".

¹⁵⁵ *McBoyle v. U.S.* 283 U.S. 25,75 L.Ed. 816,51 S.Ct. 340(1931).

¹⁵⁶ "The provisions of this Act shall be interpreted and applied according to the ordinary meaning of the words used read in the context of the Act, except insofar as a definition or explanation of any word or phrase for the purposes of the Act or any provision of it requires a different meaning". The Law Commission, *Law Commission No. 143 - Codification of the Criminal Law* (London, 1985) 172.

¹⁵⁷ BARAK A., *Interpretation and Adjudication: Elements of an Israeli Theory of Statutory Interpretation* (1984) 10 *Jyunei Mishpat* 467, p. 483.

the wording of the statute in order to realize the legislative purpose¹⁵⁸". Ancora, si specifica che:

"The basic rule is that a criminal norm, as every other norm, should be interpreted neither restrictively nor expansively, but rather in a manner that maintains the legislator's intent and fulfils the legislative purpose¹⁵⁹."

Così, mentre in *Mizrachi* il significato logico e naturale del testo dello *statute* è stato posto a fianco dello scopo legislativo, nella seconda citazione lo scopo legislativo è menzionato da solo, scomparendo completamente l'elemento della "letteralità" del testo.

Questa tendenza ha, in realtà, fatto divampare un enorme vespaio di controversie circa l'interpretazione delle *prohibitive norms*, in un popolo che da estrema importanza, in fin dei conti, proprio alla lettera della legge. Si ricordi gli innumerevoli divieti linguistici di carattere religioso circa la possibilità o meno di scrivere alcune parole: ecco qui manifestato il problema contrario. Come è possibile dimenticare il valore intrinseco che termini utilizzati nella lingua di Israele possono, alla fine, non portare con sé?

La lingua scritta deve necessariamente avere il primo peso nella questione, in primo luogo per i motivi storico religiosi prima citati ma soprattutto perchè, si dice, l'accesso alla legge deve essere facile, ergo, non si può richiedere al cittadino comune la capacità interpretativa propria di uno studioso.

Se lo scopo principale del diritto penale, si dice dunque in dottrina, è quello di mettere in guardia i soggetti dal commettere atti vietati e l'avviso non è solo un requisito formale ma piuttosto un avvertimento sostanziale; se il nostro scopo è quello di fare giustizia; se la libertà di azione del singolo è un valore importante e irrinunciabile, allora siamo obbligati ad attribuire importanza, anche una notevole importanza, anche al semplice significato delle parole della norma.

¹⁵⁸ *Mizrachi v. State of Israel* (1981) 35(iv) P.D. 421.

¹⁵⁹ *Electric Company v. Farscht* (1985) 39 (iii) P.D.1, p. 6.

Il cittadino si basa soprattutto e in primo luogo, a volte esclusivamente, sul semplice significato delle parole di tutti i giorni e non vi è alcuna giustificazione per chiedere nulla di più da lui. E' di fondamentale importanza che il cittadino sia in grado di contare sul semplice significato del divieto, perché altrimenti la sua capacità di realizzare con calma e con fiducia la sua libertà d'azione è danneggiata. Al di là dei confini del divieto si trova il regno della libertà. Se il cittadino comune non può fare affidamento sulla sua capacità di identificare i confini da una semplice lettura del testo, la sua libertà di azione è sostanzialmente e gravemente limitata.

Si dice ancora che non è possibile pretendere di incidere sulla libertà personale dell'individuo approfittando della difficoltà testuale o di eventuali sub interpretazioni normative: si ricordi, come diremo spesso in questo lavoro, che elemento costitutivo della filosofia sociale israeliana è il principio di libertà negativa, per cui non è possibile chiedere al singolo di più di quello che effettivamente sia per lui sufficiente in termini di libertà.

Ciò premesso, siano concesse due riflessioni:

A) la prima riguarda il possibile discostarsi tra quanto scritto e il sub significato della norma nei casi di *delicta mala in sé* e *delicta mala prohibita*: mentre nella prima categoria l'autore del reato è consapevole della natura antisociale del suo comportamento e può non essere a conoscenza solo della sua illegalità formale - nella seconda categoria (*mala prohibita*) la natura antisociale dell'atto deriva dalla sua illegalità tale che l'atto in sé non è riprovevole in assenza di norma specifica proibitiva. Ecco quindi che la riflessione interpretativa - morale della dogmatica israeliana indurrebbe a riflettere sull'ingiustizia di una imposizione di responsabilità penale in quest'ultimo caso in modo palese ma anche nel primo dal momento che la dipendenza dalla coscienza sociale-morale non è sufficiente per la qualificazione socio morale di questi reati. Il diritto penale non è uno specchio di questa coscienza: non tutto ciò che è moralmente difettoso è vietato dalla legge penale. Alcune forme di furto, interruzione di gravidanza, le intercettazioni possono essere considerati vergognosi da un punto di vista morale ma non sempre e ovunque necessariamente sono considerati dei reati.

Inoltre, lo Stato non punisce l'individuo per la sua condotta immorale ma perché non obbedisce alle statuizioni statali. Oltretutto, in un paese come Israele non è possibile immaginare un'idea unica e generale di morale condivisa da tutti né tantomeno è possibile individuare dei comuni limiti etici nelle relazioni con il prossimo.

Affidare quindi la valutazione di ciò che è giusto - legale da ciò che è sbagliato - illegale ad una valutazione morale assolutamente non si concilia con un'idea vera di libertà, per quanto solamente negativa voglia essere e pone la persona in una posizione di notevole incertezza. La libertà di azione perde in tal modo gran parte del suo valore .

B) La seconda riflessione ci descrive due ulteriori casi: quello per cui un'interpretazione che si discosta dall'uso regolare delle parole della *prohibition* porta all'imposizione di una responsabilità penale, quando una fedele interpretazione secondo il significato ordinario del testo porterebbe alla mancanza di responsabilità penale, e quello per cui un'interpretazione sempre discostata dalla normale linguistica comporterebbe l'inserimento dell'atto in un alveo di *another, less severe, criminal prohibition*.

E' chiaro che la prima forma di "scostamento" rispetto alla lettera è da considerarsi più grave "because only in this case can it be said that the perpetrator was not warned at all, whereas in the second instance the perpetrator was warned against performing the act¹⁶⁰".

Anche nel secondo caso, però, se ne individua una certa gravità:

"The argument is that the function of a fair warning is to clarify to the public not only what is prohibited, but also the implications of violation - i.e., the sanctions it can expect. Thus, for example, society has an interest in directing a person who is resolved to commit an offence to do so in the manner which is least severe and damaging socially. From the point of view of the individual, the expected sanction is one of the considerations

¹⁶⁰ KREMNIETZER, *op. cit.*, p. 368.

which he is entitled to take into account when considering if and how to act. It is therefore unfair to surprise him in this respect (even if the surprise is potential or hypothetical), and a state which so acts - acts deceitfully. Furthermore, classifying the perpetrator's behaviour in the framework of a less serious offence, in such a case, is less offensive to the social consciousness than declaring it unpunishable (the result in the first instance)¹⁶¹".

Si aggiunge, quindi, che sostenere che sia sufficiente che l'interpretazione scelta si trovi all'interno della gamma dei possibili significati di un'espressione (anche quelli che sono lontani e remoti) al fine di conformarsi al principio di legalità è estremamente formalistica e poco convincente:

"If the principle of legality is understood in the context of the directing function of the criminal law, and the warning effect of the prohibitive norm is taken seriously, what significance is to be attributed to the fact that the wider interpretation of the prohibition is founded upon an unusual meaning of the expression, one that no one would have thought of?¹⁶²".

Ecco quindi che sulla base delle riflessioni condotte fino ad ora la dottrina si è saldamente ancorata al principio di interpretazione restrittiva circa l'ambito qui analizzato. Secondo questa regola, quando ci sono due ragionevoli interpretazioni

¹⁶¹ *Ibidem*

¹⁶² *Ibidem*. E ancora lo stesso autore: "If, for instance, the distribution of contaminated meat is forbidden, does an interpretation not contradict the principle of legality by including also the distribution of contaminated bread or icecream based on some possible linguistic justification (in old English, the word "meat" also meant "food")? Does the interpretation of the term "intent" as including other states of mind (criminal indifference and recklessness) characterized by a mental attitude different than desiring a particular result, meet the principle of legality because some linguistic basis can be found for this? Can a foetus be included in the meaning of the word "person" in relation to offences of killing a person when the performance of an abortion is not prohibited? Can the undefined expression "anything capable of being stolen", in relation to offences of theft, be interpreted so as to include ideas? Further examples can be added".

che incidono sull'estensione della *prohibition*, è sempre da preferire il principio di libertà secondo il brocardo *in dubio pro libertate*.

Poichè dunque la libertà è la regola e la restrizione l'eccezione, Israele ha accolto il brocardo *singularia non sunt extendenda*.

Concludendo questa breve riflessione sull'argomento, riassumiamo quanto detto:

1) La natura speciale del diritto penale e dei suoi principi fondamentali richiedono un approccio speciale per l'interpretazione dei divieti penali.

2) Il peso deve essere dato al significato naturale e regolare delle parole della norma. Come regola, considerazioni legate allo scopo del divieto non possono giustificare deviazione dal significato normale verso un ampliamento della norma.

3) È possibile limitare *the prohibition* ai sensi ordinari delle parole utilizzate secondo le proprie finalità, in modo da escludere ipotesi che rientrano nell'intervallo linguistica ma si discostano dallo scopo della norma.

4) L'interprete dovrebbe sempre cercare strenuamente di perseguire lo scopo della norma, purché questo sia chiaro e concreto. Il metodo comparativo e la classificazione del reato da parte del legislatore possono essere di aiuto. Lo scopo del divieto deve essere distinto dai mezzi per la sua realizzazione.

5) Nell'interpretazione delle *prohibitions*, si applica la regola restrittiva in modo tale che, quando esistono due interpretazioni ragionevoli, è sempre preferibile quella che comporta una riduzione della *prohibition*.

Dall'analisi fino ad ora condotta che, per l'oggetto del presente lavoro non voleva avere la presunzione di essere completa, abbiamo compreso quanto, in realtà, il tema in oggetto sia percepito ancora con una certa imprecisione dettato dai numerosi e pressanti influssi dogmatici che la dottrina sta subendo in questi ultimi anni.

La scelta comune, in ogni caso, di cercare in primo luogo la tutela del singolo indipendentemente dalla tipologia d'interpretazione che viene poi individuata manifesta il continuo tentativo dell'ordinamento di tendere verso una precisa salvaguardia della libertà dei cittadini in ogni ambito.

6. La Corte Suprema e la tutela dei diritti costituzionali. - La Corte

La Corte Suprema:
breve cenni

Suprema israeliana funge da tribunale costituzionale come High Court of Justice (HCJ). Dal momento della creazione dello Stato di Israele nel 1948, la HCJ è stata sempre responsabile della risoluzione di questioni costituzionali, anche se formalmente non era né considerata come vera e propria "Corte Costituzionale", né era prevista un'autentica competenza esclusiva in materia costituzionale.

Nonostante ciò, si è sviluppata una sorta di "common law" di protezione dei diritti umani nel corso degli anni, cosa estremamente notevole considerando la mancanza di una costituzione scritta e *the state of security* di Israele fin dal giorno della sua istituzione.

Un effetto collaterale della Rivoluzione Costituzionale è stato una diminuzione della legittimità della Corte, dal momento che ha praticamente creato una costituzione giuridicamente fatta. Questo ha scosso l'equilibrio dei poteri tra legislativo e giudiziario con l'introduzione di un controllo giurisdizionale per il sistema legale israeliano attraverso "*the judiciary's own initiative*"¹⁶³.

Queste tensioni continue hanno indotto gran parte delle forze politiche a premere per l'istituzione di un'autentica Corte Costituzionale pur in effettiva assenza di una vera Costituzione scritta formale.

Numerosi furono i tentativi finalizzati alla sua creazione anche se con altrettante numerose testimonianze contrarie: tra gli altri, Chief Justice Barak ha anche personalmente sostenuto l'assoluta mancanza di necessità di istituire una Corte costituzionale indipendente, sia in pubblico sia in forma scritta¹⁶⁴, unitamente a

¹⁶³ CARMİ G., *A Constitutional court in the absence of a formal Constitution? On the ramifications of appointing the Israeli supreme court as the only tribunal for judicial review*, in *Connecticut journal of int'l law*, vol. 21: 67 p. 68: "Legislative attempts to bestow the Supreme Court with the authority to serve as a Constitutional Court and to strike down Knesset legislation were undermined in the late 1970s and early 1990s. See *infra* text accompanying notes 66-72. The Supreme Court took for itself powers that the legislative branch was still reluctant to give it".

¹⁶⁴ Cfr. BARAK A., *The Supreme Court as a Constitutional Court*, 6 MISHPAT UMIMSHAL 315, 315 (2003). Cfr. anche CARMİ G., *op. cit.*, p. 69: "It seems that, at first, Chief Justice Barak's view was in favor of sustaining the status quo, as in, for example, leaving all courts with the ability to strike down laws. Barak views this as the preferable alternative and the option of judicial review solely by the Supreme Court as less favorable. As illustrated below, political reasons will result in Barak endorsing what he viewed as a less favorable alternative". Cfr. anche AHARON BARAK, *The Foundations of Judicial Review on Knesset Legislation*, in BAREKET BOOK 277 (1977).

molti altri studiosi a cui sembra che la Corte Suprema possa effettivamente svolgere ogni tipo di funzione di tal genere.

La questione resta oggi particolarmente discussa.

La Corte Suprema israeliana si trova al vertice del sistema giudiziario dello stato ed è l'autorità giudiziaria più elevata. Consiste di solito in tre giudici, a seconda del problema in corso di revisione. La Corte Suprema funge da corte d'appello per le sentenze dei tribunali distrettuali nelle cause penali, civili e amministrative. Normalmente, l'accesso alla Corte Suprema non richiede un *writ of certiorari* a meno che la *District Court* ha svolto il ruolo di corte d'appello nel caso in questione. Inoltre, la Corte Suprema può affrontare varie altre decisioni legali e quasi-legali, compresi gli appelli provenienti da altri tribunali (come i tribunali del lavoro, i tribunali militari e tribunali religiosi)¹⁶⁵.

In rare occasioni e in determinate circostanze la Corte Suprema può anche rivedere le proprie decisioni con un *broad panel of justices*¹⁶⁶. La Corte Suprema può riunirsi anche in seduta speciale come Alta Corte di Giustizia, che fino ad oggi ha servito come un tribunale costituzionale, di fatto, a causa della natura residuale della sua giurisdizione. Come *High Court of Justice*, la Corte Suprema può trattare questioni che coinvolgono questioni di giustizia che non rientrano sotto la giurisdizione di un altro tribunale¹⁶⁷.

All'Alta Corte di giustizia vengono riconosciute queste competenze:

(1) l'ordine di rilasciare le persone che sono state illegalmente detenute o imprigionate (ad esempio, *habeas corpus*);

¹⁶⁵ Article 15(d)(3) of Basic Law: The Judiciary, 1984, S.H. 78

¹⁶⁶ Article 30 of the Courts Act, 1984, S.H. 198. Il processo è analogo al "en banc" del sistema americano.

¹⁶⁷ Cfr. Article 15(c) of Basic Law: The Judiciary ("The Supreme Court shall hear matters in which it deems it necessary to grant relief for the sake of justice and which are not within the jurisdiction of another court or tribunal."). Cfr. anche CARMÍ G., *op. cit.*, p. 72: "This article is reminiscent of the equity system, and replaced a similar provision of British Mandate legislation. This article is the source of the Supreme Court's jurisdiction to handle, *inter alia*, constitutional matters. There is an understanding that the Supreme Court's jurisdiction to handle constitutional issues was not specifically granted by law, and looking from a positivistic point of view, the Supreme Court was never specifically authorized to strike down Knesset legislation".

(2) "orders to avoid acting for state authorities, local authorities, their officials and other bodies that fulfill public functions, where persons have been appointed or elected contrary to the law;

(3) orders to perform an act or refrain from performing an act, while performing their tasks in accordance with the law;

(4) orders to courts and to bodies and persons with legal or quasi-legal powers under the law (per esempio "the Knesset, when it lifts the immunity of a Knesset member")¹⁶⁸.

E' possibile ricorrere all'intervento della *High Court of Justice* attraverso una *petition*. Nella prima fase della sua deliberazione, un giudice della *High Court of Justice* decide se vi siano "*prima facie* basis for the petition". Se la decisione del giudice è positiva, viene emesso un *order nisi*. Dopo una deliberazione "sostanziale" in merito alla petizione, di solito in un collegio di tre giudici, la *High Court of Justice* decide se il *order nisi* deve essere reso permanente o se la petizione deve essere respinta. Trasformando l'*order nisi* in un *absolute order* significa che l'autorità contro la quale l'ordinanza è stata emessa avrà l'obbligo assoluto di rispettare quanto stabilito. Se la decisione del giudice è negativa, la petizione *is turned down*¹⁶⁹. L'Alta Corte di giustizia, infatti, ricorda quanto era stabilito presso il mandato britannico che ha preceduto lo Stato di Israele, e il suo statuto è servito come base per il neo stato¹⁷⁰.

La Corte Suprema ha svolto importanti funzioni di carattere amministrativo, come Supremo Tribunale Amministrativo, affrontando tutte le questioni governative, comprese le questioni costituzionali, secondo il sentore che potremmo definire "conservativo" per cui solamente una corte poteva essere deputata a funzioni così delicate come appunto quelle "to give writs or rulings directed at the executive"¹⁷¹.

¹⁶⁸ CARMÍ G., *op. cit.*, p. 72.

¹⁶⁹ Per maggiore approfondimento sul tema cfr. The High Court of Justice, http://www.knesset.gov.il/lexicon/eng/bagatz_eng.htm.

¹⁷⁰ Cfr. The Regulation of Governance and Law Ordinance, Article 11 (1948).

¹⁷¹ SEIDMAN GUY I., *The Origins of Accountability: Everything I Know About Sovereign's Immunity, I Learned from King Henry III*, 49 ST. LOUIS U. L.J. 393 (2005): "This conservative perception of sovereign immunity principles limited the scope of judicial intervention in governmental affairs

Queste importanti competenze sono appartenute alla giurisdizione esclusiva della Corte Suprema fino al 2000, quando i tribunali amministrativi sono stati istituiti come camere separate dei tribunali distrettuali. Tuttavia, il trasferimento di competenza è stato fatto gradualmente e la Corte Suprema detiene ancora la giurisdizione esclusiva per tutte le petizioni amministrative che non sono ancora state specificamente riassegnate ai nuovi tribunali¹⁷².

La Corte Suprema ha servito come istituzione leader nella società israeliana per la promozione dei diritti umani, dei valori democratici e dello Stato di diritto, fin dai primi giorni della giovane democrazia fino ad oggi¹⁷³.

In realtà, come abbiamo già avuto modo di ricordare, le sue sentenze circa la tutela dei diritti fondamentali sono divenute di assoluto prestigio considerata l'effettiva mancanza di una Costituzione scritta¹⁷⁴.

Attraverso lo sviluppo della giurisprudenza dei diritti umani secondo lo stile di *common law*, la Corte Suprema ha formulato una "*Unwritten Bill of Rights*" una raccolta di *Court-protected fundamental rights*, come la libertà di espressione, utilizzando gli standard rigorosi spesso presi in prestito dalla giurisprudenza americana¹⁷⁵.

Un buon esempio di "the Supreme Court's jurisprudence on human rights protection" è illustrato dal suo approccio alla legislazione draconiana preesistente. *The Israeli book of statutes* contiene ancora le restrizioni derivanti dal mandato britannico, che prevedeva numerose e non democratiche richieste di concessione di licenze circa l'esercizio della libertà di stampa, la censura politica, la chiusura indiscriminata dei giornali, ecc.¹⁷⁶. Sebbene la maggior parte di questa legislazione non è stata annullata dalla Knesset, la Corte Suprema ha sempre

used to characterize basic legal perceptions in most western legal systems and affected issues such as executive immunity from tort claims".

¹⁷² Cfr. Administrative Courts Act, 2000, S.H. 190.

¹⁷³ Cfr. *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944).

¹⁷⁴ ROBERT M. O'NEIL, *Freedom of Expression and Public Affairs in Australia and the United States: Does a Written Bill of Rights Really Matter?*, 22 FED. L. REV. 1, 6 (1994) (Austl.): "Democracies that do not have a formal Constitution, like Great Britain or Israel, provide robust protection of human rights as compared to other states with a Constitution. Indeed, even though the former Soviet Union had a quite enlightened Constitution on paper, in reality, it did not have a substantial effect on human rights protection".

¹⁷⁵ HJC 73/53 Kol Ha'Am Ltd v. Minister of the Interior [1953] IsrSC 7 851.

¹⁷⁶ *he Press Ordinance (1924) and the Defense Regulations (Emergency)(1945)*.

interpretato in modo molto stretto questi limiti, tenendo sempre ben presente il principale principio di espressione democratica¹⁷⁷.

Come notato in precedenza, nel corso del 1990 la scena israeliana è cambiata radicalmente a causa di un processo noto come "*Constitutional Revolution*".

Questo termine si riferisce generalmente ad un processo che è iniziato con l'emanazione di due Leggi Fondamentali nel 1992. "*Basic Law: Human Dignity and Liberty* and "*Basic Law: Freedom of Occupation*" sono stati le prime leggi di base che si occupavano di diritti sostanziali. Questa parziale "Bill of Rights" enumera solo una manciata di diritti fondamentali e non necessariamente i più importanti (non veniva annoverata la libertà di religione). Le due leggi fondamentali non introducevano in fin dei conti dei "nuovi diritti" che non esistevano in precedenza; in realtà non ci fu eccessivo clamore per queste due leggi, poichè non tutti ne capirono la grandezza strutturale in termini costituzionali. Non a caso, solo tre anni dopo la loro entrata in vigore le due leggi sono state "proclamate" dalla Corte come punto di partenza della rivoluzione costituzionale, riferendosi a loro come una Costituzione, o almeno come una "Crippled Constitution"¹⁷⁸.

La famosa proclamazione avvenne prendendo come punto di riferimento il caso *Mizrahi*, caso dove la Corte specificava quanto queste leggi fossero importanti come base di una serie di documenti a valore prettamente costituzionale, intesi secondo la tradizione continentale.

Concludendo questa breve panoramica, in merito alla struttura della Corte si ricordi che i membri della "Suprema" sono nominati attraverso un metodo non di natura politica.

Il "*Judicial Appointment Committee*" è l'istituto preposto alle nomine giudiziarie.

Il Comitato è composto da nove membri : tre giudici della Corte Suprema (il Chief Justice e altri due giudici), due ministri (il ministro della Giustizia e un altro ministro), due membri della Knesset (uno dalla coalizione e uno dell'opposizione) e due membri della *Israel Bar Association*. Questo sistema per quanto sia ormai ampiamente collaudato non è rimasto esente da pesanti critiche negli ultimi anni.

¹⁷⁷ HJC 680/88 Schnitzer v. The Chief Military Censor [1989] IsrSC 42(2) 617.

¹⁷⁸ JUDITH KARP, *Basic Law: Human Dignity and Liberty – A Biography of Power Struggles*, 1(2) MISHPAT UMIMSHAL 323, 325 (1993). Cfr. anche CA 1908/94 Mizrahi Bank v. Migdal [1995] IsrPD 49(4) 221.

Il vero problema sembra dettato dal fatto che per un sistema di maggioranze e di pressioni generali i giudici vengano scelti costantemente a seguito dell'accordo tra il Chef Justice e il Ministro della Giustizia lasciando praticamente nelle loro mani le nomine dei giudici più importanti.

CAPITOLO II
IL REATO

CAPITOLO II

SOMMARIO: 1. Il Reato: A) Premessa - 1.1 *segue:* B) Tipologie di Reato. - 1.2 *segue:* C) Reati e Codice 1.3 *segue:* D) *Actus Reus*. - 2. Liability requirements: elemento oggettivo - *actus reus* - physical element. - 3. L'Omissione: A) Premessa. - 3.1 *segue:* B) Fattispecie omissive: il "duty to act" - 3.2 - *segue:* C) "The simple crime omission". - 3.3 *segue:* D) *The Good Samaritan offense*. - 4. Il Nesso di causalità.

1. Il Reato: A) Premessa. - Come già ampiamente specificato fin ora, lo Stato di Israele prese in prestito principalmente dalla tradizione criminale britannica tutti gli istituti principali sui quali costruire il proprio sistema penale, tenuto sempre conto la problematica religiosa - filosofica di cui, comunque, veniva a rimanere permeata la discussione sul senso della pena.

Ciò nonostante, già nelle classificazioni strutturali sostanziali, Israele viene a delineare momenti di importante "lessicale" diversificazione con la propria "madrepatria" giuridica. Se, infatti, nel diritto inglese il "reato" viene normalmente denominato *criminal offence* o, molto più frequentemente, *crime*¹ o *offence*, il legislatore israeliano pensò bene di ricorrere esclusivamente al termine *offence* probabilmente sulla scorta della vecchia distinzione in uso già in Inghilterra che tendeva ad incasellare sotto la denominazione *crime* tutti quei reati previsti dalla *common law*, riservando invece alla categoria *offences* tutti quei reati che avessero una propria origine nella legge scritta.

Scorrendo il *Penal Code* Israeliano manca una chiara definizione di cosa sia "reato" e questo ancora una volta può ampiamente considerarsi frutto

**Reato:
problematiche**

¹ Cfr. KLEIN E., *Klein's Comprehensive Etymological Dictionary of the English Language*: "The word

di quella eredità giuridica di pensiero inglese che era fortemente restio a "definire"² cosa fosse "reato" per via della difficoltà nel determinare una costitutiva distinzione con l'illecito civile o *tort - civil wrong* ogni qual volta:

- a) accanto all'azione penale si riconosca la possibilità di esercizio di azione civile;
- b) in tutti i casi in cui era previsto il pagamento di *exemplary damages*.

Senza ora volerci troppo addentrare su possibili parallelismi con il diritto inglese in questione, dobbiamo comunque ricordare come, seppur non formalmente individuate nel testo legislativo, la dottrina ha cercato sempre di trovare delle generiche definizioni cui fare riferimento soprattutto nei grandi classici britannici.

Dal punto di vista strettamente formale, ricordiamo le teorie che inquadrano il reato come "una violazione di legge che ... può condurre ad infliggere una sanzione penale"³ o, ancora, "un'azione od omissione contraria alla legge che costituisce un crimine verso il pubblico e rende la persona colpevole dell'atto in questione passibile di una sanzione penale"⁴.

Dal punto di vista invece prettamente sostanziale è reato quella "violazione dei diritti e doveri pubblici che il soggetto è tenuto a rispettare nei confronti della comunità intera considerata come consorzio sociale"⁵ o, ancora, si ricordi la nota definizione per cui reato è "qualsiasi azione od omissione risultante dalla condotta umana, considerata dannosa in sé o nel suo risultato, che lo Stato desidera prevenire e che rende la persona, la quale ne è responsabile, passibile di una sanzione derivante da un procedimento, generalmente iniziato ad istanza

² "Definire non è descrivere" cfr. CROSS R. - JONES A. - CARD R., *Introduction to criminal law*, XI ed., 1998

³ WILLIAMS G., *Textbook of criminal law*, II ed., 1983, p. 27

⁴ CURZON L. B., *Criminal law*, II ed., 1977, p. 8

⁵ BLACKSTONE W., *Commentaries on the laws on England*, vol. IV, 1769 (rist. The University Chicago Press, 1979), p. 5. e ancora "This law of nature, being coeval with mankind and dictated by God himself, is of course superior in obligation to any other. It is binding over all the globe, in all countries, and at all times: no human laws are of any validity, if contrary to this; and such of them as are valid derive all their force, and all their authority, mediately or immediately, from this original."

dello Stato ed inteso ad accertare la natura, l'estensione e le conseguenze della responsabilità di quella persona⁶."

Da notare anche le definizioni generali date da alcune espressioni legislative britanniche. In tal senso *the Prevention of Crimes Act 1871*:

"The expression "crime" means, in England and Ireland, any felony or the offence of uttering false or counterfeit coin, or of possessing counterfeit gold or silver coin, or the offence of obtaining goods or money by false pretences, or the offence of conspiracy to defraud, or any misdemeanour under the fifty-eighth section of the Larceny Act, 1861⁷".

Interessante anche la definizione comune nel diritto scozzese per cui

"a crime means an offence punishable on indictment, or an offence punishable on summary conviction, and for the commission of which the offender is liable under the statute making the offence punishable to be imprisoned either absolutely or at the discretion of the court as an alternative for some other punishment⁸".

Avendo, grossomodo, chiarito gli aspetti "statici" della figura del reato, è necessario capire come l'ordinamento israeliano si rapporti all'eventuale classificazione o inquadramento sistematico della categoria *offense*.

In tal senso, Israele accoglie la dottrina della distinzione dei reati sulla base della tipologia di pene per essi previste, così come anche in Italia (art. 39 c.p.), con tutte le debite differenze del caso.

⁶ CURZON L. B., *Criminal law*, cit., p. 9

⁷ *The Prevention of Crime Act 1908*, section 10(6) and Schedule.

⁸ *The Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act 1992*, section 243(2)

1.2 segue: B) Tipologie di Reato. - Partiamo dal dato legislativo:

Section 24 divide gli *offenses* in tre categorie⁹:

Tipologie di reato

a) la *Felony*¹⁰ è un reato di cui il massimo della pena è più alto di tre anni di prigione (includerebbe dunque i reati più gravi);

"פשע" עבירה שנקבע לה עונש חמור ממאסר לתקופה של שלוש שנים;

b) la *misdemeanor*¹¹/*misdemeanours* è un reato che prevede, come massimo della pena, l'imprigionamento per un periodo superiore a tre mesi ma non deve superare i tre anni;

"עוון" עבירה שנקבע לה עונש מאסר לתקופה העולה על שלושה חודשים ושיאנה עולה על שלוש שנים; ואם העונש הוא קנס בלבד קנס העולה על שיעור הקנס שניתן להטיל בשל עבירה שעונשה הוא קנס שלא נקבע לו סכום;

⁹ Classification of offenses

24. The following are the categories of offense, by their severity: (1) "felony" – an offense, for which a penalty more severe than three years imprisonment; has been set; (2) "misdemeanor" – an offense, for which a penalty of imprisonment for more than three months, but not more than three years was set; and if the penalty only consists of a fine – if the fine exceeds the amount of fine that can be imposed for an offense, for which the penalty is a fine the amount of which has not been set; (3) "transgression" – an offense, for which a penalty of imprisonment for not more than three months was set; if the penalty only consists of a fine – if the fine does not exceed the amount of fine that can be imposed for an offense, for which the penalty is a fine the amount of which has not been set.

¹⁰ Cfr. BLACKSTONE, W., *Commentaries on the Laws of England (Book IV chapter 7)*, 1765, Oxford: Clarendon Press "*felony* comprises every species of crime, which occasioned at common law the forfeiture of lands or goods." Secondo l'autore la parola *felony* era di origine feudale "...the consideration for which a man gives up his fief." e ancora "the idea of felony is indeed so generally connected with that of capital punishment, that we find it hard to separate them; and to this usage the interpretations of the law do now conform."

In ogni caso, nonostante l'opposizione di Blackstone, il *felony* era notoriamente riservato a quei reati che prevedevano una pena di morte. Durante il XIX secolo la *criminal law reform* ridusse drasticamente la pena di morte a 5 *felonies* e *forfeiture for felony* fu abolita con *the Forfeiture Act 1870*. Conseguentemente la distinzione tra le due tipologie di reati divenne assolutamente arbitraria. Le differenze che sopravvivevano erano limitate solamente alla *rules of evidence and procedure*, e *the Law Commission* ne raccomandò più volte l'abolizione. Ciò avvenne appunto con il *Criminal Law Act 1967*, che trasformò tutti i *felonies* (con l'eccezione dei *treason*) in *misdemeanours*, e inserì un nuovo sistema di classificazione dei crimini in "*arrestable*" e "*non-arrestable*" offenses, distinzione anche essa venuta meno nel 2006.

Attualmente nelle nazioni del Commonwealth come Australia, Canada, New Zealand, e Regno Unito, *the crimes* sono divisi in *summary offences* e *indictable offences*.

¹¹ Così in *American English*: <http://dictionary.cambridge.org/dictionary/british/misdemeanour>,

c) la *contravention/transgression*¹² è un reato di cui il massimo della pena non deve superare i tre mesi di prigione.

"חטא" עבירה שנקבע לה עונש מאסר לתקופה שאינה עולה על שלושה חודשים, ואם העונש הוא קנס בלבד קנס שאינו עולה על שיעור הקנס שניתן להטיל בשל עבירה שעונשה הוא קנס שלא נקבע לו סכום.

Si tenga conto del fatto che l'origine strutturale è anch'essa di derivazione inglese, dove sussisteva una distinzione molto simile tra *treason* (reati di alto tradimento), *felonies* e *misdemeanours*. Tale organizzazione distintiva dei reati per tutto il XIX e XX secolo è stata importata dagli Inglesi in buona parte dei loro domini e o in stati in qualche modo collegati, primo fra tutti l'Irlanda¹³.

Discorso diverso sembra doversi invece fare per il regime giuridico penale scozzese dove l'unica distinzione giuridicamente fondata sembra essere quella tra *common law crimes* e *statutory crimes*¹⁴.

Ciò premesso, si tenga comunque conto che tale distinzione che rimane spina dorsale del sistema israeliano è ormai abbandonata dal diritto britannico che, a seguito del *Criminal Law Act* del 1967, ha rivoluzionato la propria struttura eliminando proprio le caratteristiche *felonies* e *misdemeanours*.

Per quanto, invece, riguarda la disposizione all'interno del codice, è da notare come anche in Israele si sia ereditata la tradizione già in uso presso gli *statutes* britannici nonché presso la codicistica continentale del raggruppamento dei reati sulla base dell'oggetto giuridico specifico di categoria. Proprio per questo tutta la *Part Two* rubricata "*Offenses*" raccoglie nei vari *chapters* successivi gruppi di *crimes* raccolti sulla base di varie tipologie.

¹² E' interessante notare come l'utilizzo del termine *transgression* in luogo del più comune *contravention* sia determinato da motivi di ordine storico. Il termine, nella tradizione biblica, è infatti utilizzato per indicare la violazione del precetto divino incartolato nei 10 Comandamenti.

¹³ BALESTRIERI D., GIRALDI C., *Introduzione allo studio del diritto penale irlandese. I principi*, 2000, p. 46. Si ricordi tuttavia che tale distinzione è stata ormai abolita anche qui dalla *section 3 of the Criminal Law Act, 1997*. Sull'argomento si specifica appunto che: "The distinction has been eroded over many years and in today's conditions has no real relevance. Today, for example, serious offences such as fraudulent conversion and obtaining property by false pretences are classified as misdemeanours whereas a relatively trivial offence such as stealing a bar of chocolate is a felony".

¹⁴ Cfr. CADOPPI A., MCCALL SMITH A., *Introduzione allo studio del diritto penale scozzese*, 1995.

Come anche nella tradizione inglese, vige in Israele la distinzione tra *conduct crimes* (reati di mera condotta) e *result-crimes* (reati ad evento naturalistico) anche se non abbiamo riscontrato un profondo approfondimento giuridico sulla nozione di evento tale da dettare una netta linea di demarcazione tra evento in senso giuridico ed evento in senso naturalistico.

1.3 segue: C) Reati e Codice. - Ecco, di seguito, le varie fattispecie di reato così come nel codice Penale riformato dello Stato di Israele. Subito dopo, vengono indicate le varie formulazioni nel CCO del 1936 e nel codice penale ante riforma. E' assolutamente interessante notare come le necessità storiche e sociali del Paese abbiano fortemente influenzato la struttura generale delle tipologie di reato indicate. Innegabile, comunque, una profonda "secolarizzazione" delle fattispecie criminali.

Da notare il cambiamento intrinseco della struttura della parte speciale nelle tre fasi storico-giuridico indicate. Grande rilievo resta sempre quello garantito alla tutela dello Stato, dell'ordine pubblico, della sicurezza generale e sociale. Quindi la tutela delle persone e della proprietà.

Mantenendo le stesse sezioni, si è indicata nella prima tabella la partizione secondo il codice riformato, quindi, nelle due tabelle antistanti, le strutture di parte speciale secondo i vecchi codici.

Tutti gli articoli sono riportati in lingua inglese.

PART TWO: OFFENSES

CHAPTER SEVEN:

NATIONAL SECURITY, FOREIGN RELATIONS AND OFFICIAL SECRETS

PENAL CODE 1977 (REFORMED)	
Article One: General Provisions	(Art. 91 - 96)
Article Two: Treason	(Art. 97 - 103)
Article Three: Causing Harm to the Armed Forces	(Art. 104 - 110)
Article Four: Espionage	(Art. 111 - 116)
Article Five: Official Secrets	(Art. 117 - 120)
Article Six: Damage to Foreign Relations	(Art. 121 - 122)
Article Seven: Law Procedure	(Art. 123 - 129)
Article Eight: Miscellaneous	(Art. 130 - 132)

CRIMINAL CODE ORDINANCE 1936	PENAL CODE OF ISRAEL 1977 PRIMA DELLA RIFORMA
DIVISION I OFFENCES AGAINST PUBLIC ORDER	CHAPTER SEVEN: STATE SECURITY, FOREIGN RELATIONS AND OFFICIAL SECRETS
<p>Chapter VIII: Treason and other offences against the authority of the government - Artt. 49 - 68</p> <p>Chapter IX: Offences against the Constitution and existing social order - Artt. 69 - 76</p> <p>Chapter X: Offences affecting relations with foreign states and external tranquillity - Artt. 77 - 78</p> <p>Chapter XI: Unlawful assemblies, riots and other offences against public tranquillity - Artt. 79 - 105</p>	<p>Article one: general provisions Artt. 91 - 96</p> <p>Article two: treason Artt. 97 - 103</p> <p>Article three: act prejudicial to the armed forces Artt. 104 - 110</p> <p>Article four: espionage Artt. 111 - 116</p> <p>Article five: official secrets Artt. 117 - 120</p> <p>Article six: impairment of foreign relations Artt. 121 - 122</p> <p>Article seven: procedure Artt., 123 - 129</p>

	Article eight: miscellaneous Artt. 130 - 132
--	---

**CHAPTER EIGHT: OFFENSES AGAINST THE
POLITICAL AND SOCIAL ORDER**

PENAL CODE 1977 (REFORMED)	
Article One: Sedition	(Art. 133 - 144)
Article One "A": Racism	(Art. 144 A - 144 E)
Article One "B": Hate Offenses	(Art. 144F)
Article Two: Associations and Assemblies	(Art. 145 - 158)
Article Three: Disturbances of the Public Peace	(Art. 159 - 162)
Article Four: Labor Disputes	(Art. 163 - 164)
Article Five: Offenses against a Foreign State	(Art. 165 - 168)
Article Six: Piracy	(Art. 169)
Article Seven: Offenses against Religious Sentiment and Tradition	(Art. 170 - 174B)
Article Eight: Polygamy	(Art. 175 - 183)
Article Nine: Disorderly Conduct and Public Mischief	(Art. 184 - 198)
Article Ten: Prostitution and Obscenity	(Art. 199 - 214B)
Article Eleven: Nuisances	(Art. 215 - 223)
Article Twelve: Prohibited Games, Lotteries and Betting	(Art. 224 - 235)

CRIMINAL CODE ORDINANCE 1936	PENAL CODE OF ISRAEL 1977 PRIMA DELLA RIFORMA
DIVISION II	

OFFENCES AGAINST THE ADMINISTRATION OF LAWFUL AUTHORITY.	CHAPTER EIGHT: OFFENCES AGAINST THE POLITICAL AND SOCIAL ORDER
<p>Chapter XII: Corruption and the abuse of office - Artt. 106 - 115</p> <p>Chapter XIII: Offences relating to the administration of justice - Artt. 116 - 131</p> <p>Chapter XIV: Rescues, escapes and obstructing officers of court of law - Artt. 132 - 139</p> <p>Chapter XV: Miscellaneous offences against public authority - Artt. 140 - 145</p>	<p>Article One: Sedition Artt. 133 - 144</p> <p>Article Two: Unlawful Associations and Assemblies Artt. 145 - 158</p> <p>Article Three: Disturbances of the public Peace Artt. 159 - 162</p> <p>Article Four: Labour Disputes Artt. 163 - 164</p> <p>Article Five: Offences against a foreign State Artt. 165 - 168</p> <p>Article Six: Piracy Art. 169</p> <p>Article Seven: Offences against sentiments of religion and tradition Artt. 170 - 174</p> <p>Article Eight: Bigamy Artt. 175 - 183</p> <p>Article Nine: Hooliganism and Public Mischief Artt. 184 - 198</p> <p>Article Ten: Prostitution and Obscenity 199 - 214</p> <p>Article Eleven: Nuisances Artt. 215 - 223</p> <p>Article Twelve: Prohibited Games, Lotteries and Betting Artt. 224 - 235</p>

**CHAPTER NINE: OFFENSES RELATING TO PUBLIC
ORDER AND JUSTICE**

PENAL CODE 1977 (REFORMED)	
Article One: Obstruction of Justice	(Art. 236 - 265)
Article Two: Concealment of Offense	(Art. 268 - 272)
Article Three: Assault on Police	(Art. 273 - 276)
Article Four: Offenses in or Against the Public Service	(Art. 277 - 289)
Article Five: Bribery Offenses	(Art. 290 - 297)

CRIMINAL CODE ORDINANCE 1936	PENAL CODE OF ISRAEL 1977 PRIMA DELLA RIFORMA
DIVISION III OFFENCES INJURIOUS TO THE PUBLIC IN GENERAL.	CHAPTER NINE: OFFENCES RELATING TO PUBLIC AUTHORITY AND THE ADMINISTRATION OF JUSTICE
<p>Chapter XVI: Offences relating to religion and public monuments - Artt. 146 - 150</p> <p>Chapter XVII: Offences against morality - Artt. 151 - 179</p> <p>Chapter XVIII: Offences relating to marriage and domestic obligations - Artt. 180 - 188</p> <p>Chapter XIX: Nuisances - Artt. 189 - 200</p>	<p>Article One: Obstruction of Justice Artt. 236 - 267</p> <p>Article Two: Concealment of Offense Artt. 268 - 272</p> <p>Article Three: Assault on Police Artt. 273 - 276</p> <p>Article Four: Offenses in or Against the Public Service Artt. 277 - 289</p> <p>Article Five: Bribery Offenses Artt. 290 - 297</p>

Chapter XX: Defamation - Artt. 201 - 209	
Chapter XXI: Intimidation in industrial disputes - Artt. 210 - 211	

CHAPTER TEN: BODILY HARM

PENAL CODE 1977 (REFORMED)	
Article One: Causing Death	(Art. 298 - 311)
Article Two: Interruption of Pregnancy	(Art. 312 - 221)
Article Three: Responsibility for a Person's Welfare	(Art. 322 - 326)
Article Four: Endangering Life and Health	(Art. 327 - 344)
Article Five: Sex Offenses	(Art. 345 - 360)
Article Six: Offenses against Minors and Invalids	(Art. 361 - 368)
Article Six "A": Injury to Minors and Helpless Persons	(Art. 368A - 368E)
Article Six "B": Attacking Elderly Persons	(Art. 368F)
Article Seven: Offenses against Liberty	(Art. 369 - 377)
Article Eight: Assault	(Art. 378 - 382)

CRIMINAL CODE ORDINANCE 1936	PENAL CODE OF ISRAEL 1977 PRIMA DELLA RIFORMA
Division IV Offences against the Person.	CHAPTER TEN: OFFENCES AGAINST THE PERSON
Chapter XXII: Murder and	Article One: Causing Death

manslaughter - Artt. 212 - 221	Artt. 298 - 311
Chapter XXIII: Offences connected with murder and suicide - Artt. 222 - 227	Article Two: Interruption of Pregnancy Artt. 312 - 321
Chapter XXIV: Duties relating to the preservation of life and health - Artt. 228 - 232	Article Three: Responsibility for a Person's Welfare Artt. 322 - 326
Chapter XXV: Offences endangering life or health - Artt. 233 - 242	Article Four: Endangering Life and Health Artt. 327 - 344
Chapter XXVI: Criminal Recklessness and negligence - Artt. 243 - 247	Article Five: Offences against Morality Artt. 345 - 360
Chapter XXVII: Assaults - Artt. 248 - 251	Article Six: Offenses with Regards to Minors and Invalids Artt. 361 - 368
Chapter XXVIII: Offences against liberty - Artt. 252 - 262	Article Seven: Offenses against Liberty Artt. 369 - 377
	Article Eight: Assault Artt. 378 - 382

CHAPTER ELEVEN: OFFENSES AGAINST PROPERTY

PENAL CODE 1977 (REFORMED)	
Article One: Theft	(Art. 383 - 393)
Article Two: Offenses Associated with Theft	(Art. 394 - 401)
Article Three: Robbery	(Art. 402 - 404)
Article Four: Breaking and Housebreaking	(Art. 405 - 410)

Article Five: Stolen Property	(Art. 411 - 413)
Article Five "A": Vehicular Offenses	(Art. 413A - 413M)
Article Six: Deceit, Blackmail and Extortion	(Art. 414 - 438)
Article Seven: Fraud	(Art. 439 - 446)
Article Eight: Trespass	(Art. 447)
Article Nine: Damage	(Art. 448 - 460)

CRIMINAL CODE ORDINANCE 1936	PENAL CODE OF ISRAEL 1977 PRIMA DELLA RIFORMA
Division V	CHAPTER ELEVEN: OFFENCES
Offences relating to Property	RELATING TO PROPERTY
Chapter XXIX: Stealing. - Artt. 263 - 278	Article One: Theft Artt. 383 - 393
Chapter XXX: Offences allied to stealing - Artt. 279 - 285	Article Two: Offenses Associated with Theft Artt. 394 - 401
Chapter XXXI: Criminal trespass - Artt. 286	Article Three: Robbery Artt. 402 - 404
Chapter XXXII: Robbery and extortion - Artt. 287 - 293	Article Four: Breaking and Housebreaking Artt. 405 - 410
Chapter XXXIII: Burglary, housebreaking and similar offences - Artt. 294 - 299	Article Five: Stolen Property Artt. 411 - 413
Chapter XXXIV: False pretences - Artt. 300 - 308	Article Six: Deceit, Blackmail and Extortion Artt. 414 - 438
Chapter XXXV: Receivers - Artt. 309 - 311	Article Seven: Fraud Artt. 439 - 446
Chapter XXXVI: Frauds by trustees and persons in a position of trust, and false accounting - Artt. 312 - 316	Article Eight: Trespass Artt. 447
	Article Nine: Injury to Property Artt. 448 - 460

DIVISION VI MALICIOUS INJURIES TO PROPERTY Chapter XXXVII: Offences causing injury to property - Artt. 317 - 331	
---	--

CHAPTER TWELVE: FORGERY OF MONEY AND STAMPS

PENAL CODE 1977 (REFORMED)	
Article One: Banknotes	(Art. 461 - 469)
Article Two: Coins	(Art. 470 - 484)
Article Three: Stamps	(Art. 485 - 488)

CRIMINAL CODE ORDINANCE 1936	PENAL CODE OF ISRAEL 1977 PRIMA DELLA RIFORMA
Division VII Forgery, Coining, Counterfeiting and similar Offences.	CHAPTER TWELVE FORGERY OF MONEY AND STAMPS
Chapter XXXVIII - Artt. 332 - 335 Chapter XXXIX - Punishment for forgery - Artt. 336 - 347 Chapter XL - Forgery of bank notes - Artt. 348 - 354 Chapter XLI: offences relating to coin - artt. 355 - 370 Chapter XLII: counterfeit stamps - artt. 371 - 373	Article One: Banknotes Artt. 461 - 469 Article Two: Coins Art. 470 - 484 Article Three: Stamps 485 - 488

CHAPTER THIRTEEN: MINOR OFFENSES

(Art. 489 - 496)

CHAPTER FOURTEEN: OFFENSES OF PREPARATION AND CONSPIRACY

(Art. 497 - 500)

CHAPTER FIFTEEN: MISCELLANEOUS PROVISIONS

(Art. 501 - 505)

1.3 segue: D) Actus Reus. - La legislazione penale accoglie anche la figura del reato proprio anche se non con tutte le derivazioni e differenziazioni proprie della tradizione continentale (reato di mano propria, reato esclusivo, non esclusivo ecc.).

Quanto agli elementi costitutivi del *crime* siamo ben lontani dalla lucidità e dall'approfondimento continentale. L'ordinamento penale israeliano si adagia completamente sulla tradizione britannica e quindi sul brocardo latino: *actus non fecit reum, nisi mens sit rea*.

"Actus Reus": storia ed evoluzione concettuale

E' fondamentale a tal proposito fermarci per compiere una riflessione di genere: questo brocardo, estremamente famoso sia nella tradizione canonistica che in quella prettamente anglosassone, è considerato generalmente la *summa* sintesi dei principi su cui si gioca la disciplina penalistica di *common law* poichè racchiude in sé i due pilastri costituiti di *actus reus* e *mens rea* o, in altri termini, dell'elemento materiale del reato e dell'elemento psichico¹⁵.

¹⁵ ROBINSON P., *Mens Rea*, in *M. L. R.*, 1999: "Common law doctrine traditionally paired mens rea with actus reus. Liability required both a guilty mind and a bad act. It is unclear, however, whether this most basic organizing distinction is coherent and useful to our understanding of offense requirements. The "actus reus" of an offense typically is described as including the conduct constituting the offense, as well as any required circumstances or results of the conduct. The conduct must include a voluntary act. Where a result is an offense element, proof of the actus

Questo binomio, però, non deve condurre la nostra analisi verso un'errata valutazione di specie: nonostante, infatti, apparentemente, possa sembrare all'incauto lettore che tale "diodo" possa rimandare la memoria all'italiana

reus requires proof that the person's conduct and the result stand in a certain relation, as defined by the doctrine of causation: the conduct must have caused the result. Not every offense is defined in terms of conduct, however. In the absence of an act, liability may be based upon an omission to perform a legal duty of which the person is physically capable, or upon a person's knowing possession of contraband for a period of time sufficient to terminate the possession; these elements are part of the actus reus of the offenses. Thus, the actus reus of an offense commonly is said to include the doctrines of causation, voluntary act, omission, possession, and the conduct, circumstance, and result elements of the offense definition.

Undoubtedly, the actus reus-mens rea distinction is an extension of the obvious difference between a person's conduct, which we can directly observe, and the person's intention, which we cannot. In the simple case -- the person shoots another person intending to injure him -- both the person's conduct and intention are prerequisites to liability. The concepts of actus reus and mens rea adequately capture these two facts and note the empirical difference between them. It is natural to broaden the mens rea requirement beyond an intention to injure, to include recklessness or negligence as to injuring another person (as when a person target shoots in the woods without paying adequate attention to the possibility of campers in the overshoot zone). Similarly, it is natural to expand the actus reus requirement beyond an affirmative act of shooting another to include cases of injuring another by failing to perform a legal duty (as in failing to feed one's child) and cases of possession of contraband (such as illegal drugs), even though these may occur without an affirmative act.

While such an evolution is understandable, even logical, it does not follow that the resulting distinction is one around which criminal law is properly conceptualized, for the resulting concepts of actus reus and mens rea have limited usefulness.

First, there is no unifying internal characteristic among either the actus reus doctrines or the mens rea doctrines. Aspects of the actus reus requirements are not all "acts" or even all objective in nature. For example, a circumstance element of an offense may be entirely abstract, such as "being married" in bigamy or "without license" in trespass. Indeed, actus reus elements may include purely subjective states of mind, such as the requirement of causing "fear" in robbery or the necessary absence of "consent" in rape. Nor are the mens rea doctrines all state of "mind" requirements, or even subjective in nature. The mens rea element of negligence, for example, is neither subjective nor a state of mind, but rather a failure to meet an objective standard of attentiveness. Mens rea elements seem no more common in form than actus reus elements.

Further, the mens rea requirements and actus reus requirements do not serve functions distinct from one another. Most mens rea elements go to assess whether a violation is blameworthy, but so do many aspects of the actus reus, such as the voluntariness portion of the voluntary act requirement in commission offenses, the physical capacity requirement in omission offenses, and the possession offense requirement that the person have possession for a period sufficient to terminate possession. Similarly, while many aspects of the actus reus define the conduct that is criminal -- specifically, the conduct and circumstance elements of the offense definition -- some aspects of mens rea, such as the culpability requirements in inchoate offenses, serve the same function of defining the conduct that is prohibited. (That is, the conduct that will constitute an inchoate offense cannot be defined without reference to the offense's mens rea requirement -- an intention to commit the completed offense. Conduct that constitutes an attempt is not a violation of the rules of conduct in the absence of the defendant's intention to commit an offense.)

In large part because of these difficulties, modern usage tends to avoid the mens rea-actus reus distinction. The closest substitute is the more modest distinction between "culpability" requirements and "objective" requirements of an offense definition. The former include those elements that require the defendant have a particular state of mind or negligence; the latter refer to all other offense requirements, commonly grouped into conduct, circumstances, and results".

dicotomia tra "elemento oggettivo ed elemento soggettivo", ciò in verità sarebbe assolutamente impreciso e superficiale.

I due grandi temi, infatti, si mostrano come comprensivi di una serie di altri elementi che a volte arricchiscono, a volte solamente differenziano, il binomio *actus - mens* dalla dicotomia italiana.

Senza voler ora approfondire questo discorso che verrà poi, successivamente, affrontato con maggiore precisione, sia, pur tuttavia, preliminarmente chiaro come anche quando si parli di *actus reus* (e tutto ciò indipendentemente dalla valutazione della *mens*) è necessario, perchè se ne voglia riconoscere un rilievo penale, valutare la sussistenza anche della cosiddetta *volontarietà conscia* dello stesso. Si parla, infatti, di *actus voluntary and conscious*.

L'*actus* cioè per essere *reus* è necessario che sia *conscious* e ciò indipendentemente dalla presenza o meno della *mens*: tale *status* darà luogo ad una sovrapposizione tra questo ulteriore

**Possibili ponti con la
"coscienza e volontà"**

requisito e la *mens* nei reati in cui quest'ultima venga ad essere richiesta, mentre dovrà essere indipendentemente provato nei reati di *strict liability* o *responsabilità oggettiva* dove, la mancanza di *probatio*, darà origine ad una mancanza di responsabilità per la commissione dell'*actus* che, per i motivi detti, risulterà *non reus* (in tal senso parleremo di *automatism*¹⁶).

Parte della dottrina riconosce un certo parallelismo tra quanto fino ad ora affermato e il concetto di *coscienza e volontà* di cui all'articolo 42, comma 1 del nostro Codice Penale¹⁷.

Proseguendo dunque nella sistematica del reato nel Codice Penale Israeliano e prendendo spunto proprio dal concetto ora espresso seppur solamente come mero accenno del *automatism* sia ben chiaro come anche la tradizione giuridica israeliana abbia, chiaramente, ereditato il concetto delle *general defences*: un

¹⁶ Cfr. HERBERT LIONEL A., *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1968; MACKAY, Ronald D. *Mental Condition Defences in the Criminal Law*. Oxford: Clarendon Press, 1995; SCHOPP, R., *Automatism, Insanity and the Psychology of Criminal Responsibility*. New York: Cambridge University Press, 1991; WALKER, N., *Crime and Insanity in England Volume one: The Historical Perspective*. Edinburgh: Edinburgh University Press., 1968

¹⁷ VINCIGUERRA S., *Diritto Penale Inglese Comparato*, 2 ed., CEDAM, 2002, p. 202

immenso scatolone dove il legislatore inserisce tutta una serie di elementi cui avremo successivamente modo di riferirci.

Per completezza, ricordiamo semplicemente che sotto il nome *general defences* si raccolgono:

- a) cause di esclusione del reato, in particolare di derivazione *common law*;
- b) cause di esclusione dell'imputabilità;
- c) scriminanti
- d) elementi meramente derubricanti o attenuanti come la *provocation*,
- e) l'errore sul fatto¹⁸.

L'imputato che eccepisce una *defence* diversa dall'*insanity* deve fornire prove sufficienti a far supporre che ne esistono effettivamente gli estremi costitutivi, secondo la regola basata sulla preponderanza delle probabilità (*on the balance of the probabilities*) ed allora l'accusa dovrà provare al di là di ogni ragionevole dubbio (*beyond any reasonable doubt*) che nel caso non ne sussistono gli estremi. Fa eccezione l'*insanity*, la prova dei cui elementi costitutivi incombe interamente all'imputato ma solo nei limiti della preponderanza delle probabilità¹⁹.

Discorso di un certo interesse è quello concernente le scriminanti che soprattutto alla luce dell'emendamento 39 e della dottrina sviluppatasi successivamente sulla base degli influssi dei cambiamenti nella dogmatica inglese hanno costituito terreno di lavoro e analisi di particolare rilievo in termini di approfondimento giuridico penale.

C'è chi, infatti, ha iniziato ad introdurre ipotetiche distinzioni tra *justification* e *excuses*. La prima viene qualificata come "una *defence* secondo la quale l'atto, lo

¹⁸ Sull'argomento cfr. VINCIGUERRA S., *op cit.*, p. 203: "Nel corso degli anni novanta dello stesso secolo sotto l'influenza della dottrina continentale, si sono registrati alcuni raffinamenti nella sistematica di questa parte del reato. I fattori corrispondenti alle nostre cause di esclusione dell'imputabilità sono stati annoverati tra le condizioni di incapacità o - poichè nella dogmatica inglese si risolvono in cause di esclusione della *mens rea* - fra gli elementi negativi della colpevolezza (*negative fault requirements*). Anche l'errore è uscito dalla grigia categoria delle *defences* per essere collocato nella trattazione della *mens rea*, come elemento negativo di essa o fra gli elementi negativi della colpevolezza".

¹⁹ VINCIGUERRA S., *op cit.*, p. 202 - 203.

stato delle cose, le conseguenze risultano socialmente approvate in un giudizio di bilanciamento o sono materie in cui la società è neutrale", la seconda "implica una negazione dello *state of mind* vietato o di una *negligence* od afferma che l'agente non era pienamente libero e responsabile (*fully free and responsible*) ... per esempio che era al di sotto dell'età richiesta o sottoposto a violenza o, in un'accusa di omicidio volontario, gravemente provocato²⁰.

In poche parole con *justification* (scriminanti propriamente dette) facciamo riferimento a tutti quegli elementi che escludono la *wrongfulness* o anti giuridicità ed operano indipendentemente dalla conoscenza del soggetto; si parla di *excuses*²¹ quando i suddetti elementi scusano il soggetto per la presenza di elementi che escludono la capacità di formare la *mens rea* come età o malattia mentale pur lasciando comunque anti giuridica la condotta. Secondo parte della dottrina vi rientrerebbe anche l'errore sul fatto²².

A livello processuale le prime poi si comunicherebbero ai concorrenti mentre le seconde no²³.

2. Liability requirements: elemento oggettivo - actus reus - physical element²⁴. - Edward Cock, uno dei più importanti giuristi britannici del XVI secolo, in una delle sue opere di maggior rilievo, espresse come il noto brocardo latino secondo cui *actus non facit reum nisi mens sit rea* potesse costituire, come

²⁰ WILLIAMS G., *The theory of excuses*, CLR, 1982, pp. 732 - 735

²¹ "Se vogliamo confrontarla con le omologhe categorie della dottrina tedesca che l'hanno ispirata, la categoria delle *excuses* più che alle scusanti in senso stretto (*Entschuldigungsgrunde*) (stato di necessità scusante, eccesso di legittima difesa) corrisponde alle cause di esclusione della colpevolezza (*Schuldausschliessungsgrunde*), in cui rientrano l'errore sul divieto e le cause di esclusione dell'imputabilità o, forse, più esattamente, corrisponde alla somma delle due" VINCIGUERRA S., *op. cit.*, p. 204.

²² Cfr. VINCIGUERRA S., *op. cit.*, p. 204

²³ Cfr. ALLEN M. J., *Textbook on criminal law*, IV ed. 1997, p. 151

²⁴ Article One: Factual Basis of the Offense

Structure of factual basis

18. (a) "Particular", for purposes of an offense – the act as defined, as well as any circumstance or consequence caused by the act, if they are part of the definition of that offense.

(b) "Act" includes an omission, if there is no different provision..

(c) "Omission" – abstention from doing anything, which is obligatory under any enactment or contract.

già abbiamo anticipato, il condensato degli elementi costitutivi del fatto di reato secondo la dottrina di *common law*: da una parte l'*actus reus*, dall'altra *mens rea*. Volendo ora, dunque, soffermarci sul primo dei due elementi, è necessario tenere conto del fatto che, a differenza di quanto si possa superficialmente supporre, sotto questa locuzione andrà inserito non solo la mera *criminal act* o, per meglio dire, l'azione vera e propria, la condotta tipica rilevante per l'ordinamento penale ma, al contrario, tutto ciò che, in realtà, costituirebbe quella che potremmo definire la *fattispecie oggettiva* anche se, con le debite differenze rispetto al sistema italiano e a quello continentale in generale, comprensiva di una serie di elementi a volte anche apparentemente eccentrici. Parlando di *actus reus*²⁵, dunque, dobbiamo riferirci ad una macro categoria che racchiuderebbe accanto alla condotta (sia essa attiva o omissiva), anche l'evento inteso chiaramente in senso naturalistico (anche se la dottrina israeliana sull'argomento non è molto chiara e non gode di quell'approfondimento sistematico tipico della tradizione giuridica continentale) e "tutte quelle circostanze rilevante per il diritto penale"²⁶.

***Actus Reus:*
dalla *common law*
ad Israele**

Section 18 illustra chiaramente quali siano gli elementi *physical* del reato: *the conduct, the circumstances* e tutto ciò che è richiesto per la definizione di quel reato.

Il problema della condotta nella concezione tradizionale israeliana è piuttosto importante perchè affonda le proprie radici nella storia filosofica e religiosa del popolo di Israele. Senza voler approfondire ora quanto verrà successivamente

²⁵ Cfr. BAKER D. J., *Glanville Williams Textbook of Criminal Law*, Sweet & Maxwell: London, 2012, p. 167: "Although lawyers find the expression *actus reus* convenient, it is misleading in one respect. It means not just the criminal act but all the external elements of an offence. Ordinarily, there is a criminal act, which is what makes the term *actus reus* generally acceptable. But there are crimes without an act, and therefore without an *actus reus* in the obvious meaning of that term. The expression "conduct" is more satisfactory, because wider; it covers not only an act but an omission, and (by a stretch) a bodily position. The conduct must sometimes take place in legally relevant circumstances. The relevant circumstances might include consent in the case of rape. The act of sexual intercourse becomes a wrongful act only if it is committed in circumstances where one person does not consent. Other crimes require the act to produce a legally forbidden consequence. Such crimes are called result crimes. ... All that can truly be said, without exception, is that a crime requires some external state of affairs that can be categorized as criminal. What goes on inside a person's head is never enough in itself to constitute a crime, even though it might be proved by a confession that is fully believed to be genuine".

²⁶ CROSS R., JONES A. CARD R., *Introduction to criminal law*, XI ed., 1988, p. 57; CROSS R., JONES A. CARD R., *Criminal law*, XIV ed., 1998, p. 33

indicato, si voglia però porre mente al problema del concetto di "pluralità di azioni".

Così come anche avvenuto in parte in Inghilterra anche in Israele campeggia sovrana la cosiddetta *duplicity rule* per cui indipendentemente dalla contestualità delle azioni, si tende a tenere conto di singoli giudizi separati per ciascun'azione non considerando, appunto, l'eventuale unicità di luogo o del breve spazio di tempo trascorso tra i vari momenti attuativi o omissivi della condotta.

Il motivo giuridico a sostegno di tale tesi resta paradossalmente il generale criterio di economia processuale per cui "meno fatti bisogna provare più rapido è il processo". In realtà, la problematica è molto più di carattere dogmatico che altro tenendo conto che, fin dall'epoca antica, ciascuno avrebbe dovuto rispondere individualmente "per ognuno dei propri peccati" separatamente.

Tornando ora all'analisi del concetto di *actus reus* particolare attenzione merita la riflessione sul concetto di *omissione*²⁷, considerata la strutturale e sostanziale differenza con la tradizione di *civil law*.

Si parta da questa nota affermazione secondo la quale:

"A number of people who stand round a shallow pool in which a child is drowning, and let it drown without taking the trouble to ascertain the depth of the water, are no doubt shameful cowards, but they can hardly be said to have killed the child."²⁸

E' noto come sia estremamente forte in tutta l'area di tradizione anglosassone lo spirito della cosiddetta *negative liberty*²⁹ o libertà negativa ossia la libertà di non compiere determinati atti³⁰.

²⁷ MEAD, G. *Contracting into Crime: A Theory of Criminal Omissions*. in *Oxford Journal of Legal Studies* (Oxford University Press) 1991

SMITH, J., *Liability for omissions in the criminal law*, in *Legal Studies* (Blackwell Publishing) 1984,

ORMEROD, D., *Smith and Hogan Criminal Law*. Oxford University Press. 2005

ASHWORTH, A., *The scope of criminal liability for omissions* in *Law Quarterly Review* (Sweet & Maxwell) 1989

²⁸STEPHEN J. F., *History of Criminal Law*, 1883, Vol. 111, p. 10

²⁹ Cfr. Thomas Hobbes che usava dire: "a free man is he that in those things which by his strength and with he is able to do is not hindered to do what he hath the will to do" (*Leviathan*, Part 2, Ch. XXI; thus alluding to liberty in its negative sense).

Secondo, infatti, la tradizione di *common law* non è di certo un problema "giuridico", tanto più di carattere penale, quello rappresentato da un'eventuale responsabilità per omissione (salva fatta chiaramente tutta quella parte relativa a casi di estrema gravità).

Si tratterebbe piuttosto di un problema di carattere morale o *religioso* che comunque non toccherebbe la generalità dei consociati ma solamente le coscienze degli individui nella loro singolarità³¹.

Se dunque tale è l'approccio originario e la filosofia di base da cui il diritto penale israeliano ha tratto avvio, è necessario capire invece quanto tale sistema abbia effettivamente influenzato l'attuale impostazione penalistica in oggetto.

3. L'Omissione: A) Premessa. - *Section 18* tratta anche del tema dell'*omissione*. Sull'argomento si specifica come nei reati ad evento naturalistico come l'omicidio:

**Il problema
dell'omissione**

"it is possible to convict not only in cases of a positive action but also in cases where the result was caused by an omission of the defendant, provided (in cases of omission) that the defendant was under a duty to act³²".

³⁰ "The negative concept of freedom ... is most commonly assumed in liberal defences of the constitutional liberties typical of liberal-democratic societies, such as freedom of movement, freedom of religion, and freedom of speech, and in arguments against paternalist or moralist state intervention. It is also often invoked in defences of the right to private property, although some have contested the claim that private property necessarily enhances negative liberty." COHEN, G. A., *Capitalism, Freedom and the Proletariat*, 1991

³¹ "This *freedom* from absolute, arbitrary power, is so necessary to, and closely joined with a man's preservation, that he cannot part with it, but by what forfeits his preservation and life together: for a man, not having the power of his own life, cannot, by compact, or his own consent, enslave himself to any one, nor put himself under the absolute, arbitrary power of another, to take away his life, when he pleases. No body can give more power than he has himself; and he that cannot take away his own life, cannot give another power over it. Indeed, having by his fault forfeited his own life, by some act that deserves death; he, to whom he has forfeited it, may (when he has him in his power) delay to take it, and make use of him to his own service, and he does him no injury by it: for, whenever he finds the hardship of his slavery outweigh the value of his life, it is in his power, by resisting the will of his master, to draw on himself the death he desires." LOCKE J., *Second Treatise of Civil Government, Chapter 4*

³² MILLER J., *Handbook of Criminal Law*, p. 355

E' chiaro, dunque, che a differenza della fonte britannica originale, Israele codicizza in forma chiara il ruolo dell'omissione come atteggiamento rilevante per il diritto penale e su questo punto chiaro è il ponte con il sistema più prettamente legato al *civil law*.

Section 18(c) stabilisce come la fonte del *duty to act* possa essere *any law or a contract*. La parola *any law* chiarisce con pienezza che la fonte legale all'origine del *duty to act* possa essere ricercata non necessariamente nel diritto penale ma anche in altre branche dell'ordinamento, come le leggi civili o quelle amministrative.

**Duty to act:
fonti e tipologie**

E' interessante notare come parte della dottrina ritenga che l'espressione *contract* sia ridondante tenendo conto che, in realtà, già l'espressione *any laws* raccoglierebbe in sé tutte le forme contrattuali tramite il rinvio alle leggi civili.

In tal senso rinveniamo già delle prime differenze con il diritto inglese di origine: secondo quanto pian piano elaborato dalla giurisprudenza nel tentativo di armonizzare ed adeguare la *common law* alle esigenze strutturali sociali attuali, le ipotesi di responsabilità per omissione dipendono da contratto (*duty of contract*), da relazione (*duty of relationship*), dalla spontanea assunzione di interessamento nei confronti dell'offeso (*duty of care*). Si discute sulla questione concernente la *duty from creation of a dangerous situation*.

A queste quattro fonti se ne aggiunge una quinta, il *legal duty*, frutto del processo di espansione dello *statute law*, che prevede appunto la responsabilità da omissione scaturente da qualche dovere insito nella legge scritta³³.

Circa le tipologie di reati omissivi presenti nel diritto penale israeliano ci pare di poter raggrupparli tutti in tre grandi categorie:

- 1) Reati la cui condotta è descritta materialmente in termini omissivi;
- 2) Reati a "struttura mista" in cui la condotta attiva segue una condotta omissiva da parte dello stesso soggetto (vado a caccia senza aver conseguito la licenza);

³³ Tra gli altri, il "dovere di assistenza e cura dei genitori" di cui all'art. 1 del *Children and Young Persons Act 1993* e il "dovere di conducente del veicolo di fermarsi in caso di incidente stradale" di cui all'art. 25 del *Road Traffic Act 1972*)

3) Reati la cui condotta è descritta in termini attivi ma che, accorta giurisprudenza, tende sempre più ad allargare perchè contemplino anche manifestazioni omissive.

Ciò considerato, *duties to act* potrebbero essere rinvenuti in primo luogo nelle *sections 322 - 326* rubricate "*Responsibilities for a Person's Welfare*". Queste *sections* descrivono un certo numero di situazioni in cui alcuni individui sono soggetti ad un *duty to act* e, pertanto, sono considerati responsabili circa le conseguenze incorse ad altri soggetti nei cui confronti sono legalmente tenuti dal suddetto *duty to act* sia in termini di vita che di salute. Queste *sections* non sono degli *independent offenses*: essi non prevedono una pena. Più precisamente il solo scopo di queste sezioni è di "create and supply duties to act for the purpose of obtaining a conviction (in cases of omissions) as regards offenses that appear in other sections"³⁴.

Per essere precisi "*sections 322 - 326 supply duties to act only for the purpose of convicting of an offense against the person, like the offense of causing the death of another person or causing bodily harm to another person*"³⁵.

3.1 segue: B) Fattispecie omissive: il "duty to act" - Due sono gli esempi fondamentali che possiamo citare:

*Duty to act e
legislazione israeliana*

Responsibility for helpless persons

322. If a person bears responsibility for another person, who because of age, sickness, mental defect, arrest or any other reason is unable to withdraw from that responsibility and who is unable to provide the necessities of life for himself – whether the responsibility derives from a contract or from an enactment or arises out of a lawful or unlawfully act of the responsible person – then he is obligated to provide that person with the necessities of life, to care for his health and to prevent his abuse

³⁴ *Ibidem*

³⁵ *Ibidem*

or bodily harm, *and he shall be held to have caused any consequences to the life or health of the other person which result from his failure to meet the said obligation.*

Responsibility for minor who is a member of the household

323. A parent or the person responsible for a minor member of his household is under obligation to provide the necessities of life for him, to care for his health, and to prevent his abuse, bodily harm or other injury to his welfare and health; *and he shall be held to have caused any consequences to the life or health of the other person which result from his failure to meet the said obligation.*

Dalla lettura di queste due *sections* risulta chiara la tecnica legislativa utilizzata, così distante dalla tradizione britannica da una lato e da quella continentale dall'altra.

In entrambi i casi, la struttura resta la stessa: rubrica denominata "*responsability*", enunciazione della fattispecie, indicazione dell'obbligo cui il soggetto è tenuto nei confronti del *minor* o del *helpless person*.

Siamo quindi ben lontani dalla filosofia inglese della *negative liberty* precedentemente citata ma questo in particolare a causa non tanto di una presunta influenza continentale quanto piuttosto per un forte influsso di matrice morale-religiosa non soltanto di origine ebraica quanto anche di matrice ottomana.

Parimenti interessanti sono le altre due *sections* che recitano:

Obligation of the person in charge of a dangerous act

325. If a person undertakes to administer medical or surgical treatment or to perform any other lawful act which is or may be dangerous to human life or health when that is not immediately necessary, *then he must have reasonable skill therefore and he must act with reasonable*

caution; and he shall be held to have caused any consequences to the life or health of the other person which result from his failure to meet the said obligation.

Obligation of the person in charge of dangerous object

326. If a person is in charge of or controls anything – living or inanimate, movable or stationary – which by its nature or under certain conditions can endanger the life, safety or health of any person if it is not used or handled with care or caution, *then he must use a reasonable degree of caution and care in order to avoid the danger*, and he shall be held to have caused any consequences to the life or health of the other person which result from his failure to meet the said obligation.

I due articoli inseriti che completano il quadro delle *omissions* a differenza dei primi due sono rubricati *obligation* e recano nel testo la frase *he must use a reasonable degree of caution and care in order to avoid the danger* che viene di solito considerata una esplicazione di ulteriore grado di attenzione richiesta, una sorta di "responsabilità rafforzata" dalla tipologia della fattispecie indicata in oggetto.

Ciò detto, tenendo conto di quanto affermato nella *section 18(c)* il *duty of act* potrebbe anche essere individuato al di fuori delle *sections 322 - 326*. Lo stesso *duty* potrebbe tranquillamente essere rintracciato nel cosiddetto "*simple crime of omission*" come per quanto descritto nella *section 362* rubricato "*Neglect of children and other persons under care*".

Quest'ultima prevede che se una persona genitore di un bambino sotto i 14 anni di età o responsabile di una persona non in grado di provvedere ai propri bisogni, o ancora responsabile perchè obbligato da *enactment or by agreement* di prevedere ai bisogni della persona in cura presso di sé non provvede a lui con cibo, vestiti, biancheria da letto e altri elementi essenziali nella misura necessaria

per il mantenimento del suo benessere e della sua salute, è punito con tre anni di reclusione³⁶.

3.2 - segue: C) "The simple crime omission". - La tipologia di questo reato, la "*simple crime omission*", costituisce un reato omissivo in se per se già confezionato, dove, come afferma la dottrina, non è necessario trovare altrove il *duty of act* perchè l'eventuale omissione venga punita. Si noti anche che la responsabilità per questa *offense* si configura anche con l'assenza di un *bodily harm* (danno fisico). Ma se all'omissione segue la morte del soggetto "he or she may be convicted of the offense of manslaughter (subject to a maximum punishment of twenty years'imprisonment), based on the *duty to act* found in section 362³⁷".

Simple crime omission

Lo stesso *duty* può essere individuato anche in *a non criminal enactment*. L'esempio che la dottrina di solito riporta è il seguente: se il soggetto non esegue una determinata prestazione cui era tenuto per un precedente accordo di diritto civile (*civil enactment*) e tale mancanza genera evidentemente un'obbligazione di *pay compensation* si comprende come ci fosse alla base dunque un *duty to act*. Ciò premesso, la dottrina sostiene come la *civil enactment* potrebbe essere utilizzata come fonte del *duty to act* con lo scopo di condannare il soggetto del *result crime* relativo.

Tutto ciò ovviamente sarà possibile solo per tutte quelle omissioni che stabiliscono una *breach of contract or a tort*.

È ora necessario affrontare l'annosa discussione in atto presso la letteratura criminale israeliana in merito proprio al *duty to act*.

³⁶ **Neglect of children and other persons under care**

362. If a parent of a child under age 14 or of a person unable to provide for his own needs (in this and the next section: "person under care"), or if a person obligated by enactment or by agreement to provide for the needs of the person under care in his charge did not supply him with food, clothing, bedding and other essentials to the extent necessary for the maintenance of his well-being and health, then he is liable to three years imprisonment, unless he proves that he took steps, which under the circumstances were reasonable, to secure the means of supplying those essentials, but was unable to supply them.

³⁷ MILLER J., *Handbook of Criminal Law*, p. 356

La prima questione concerne il fatto che sia necessario che il *duty to act* richiesto per una *conviction of a result crime* debba o meno apparire nel *enactment*. Ci si chiede se sarebbe cioè possibile lasciare al giudice la possibilità di creare/individuare un *duty* direttamente assecondando lo scopo per il quale quel determinato *result crime* è stato posto in essere, senza che sia effettivamente individuato alcun *enactment* individuante. Secondo una parte della dottrina, questa competenza sarebbe assolutamente lontana dalle funzioni dei giudici in quanto in evidente contrasto con il principio di legalità³⁸.

Secondo invece un'altra parte della dottrina, ai giudici dovrebbe essere consentita la possibilità di creare *duties to act* nonostante l'innegabile conflitto con il principio di legalità. La giustificazione portata sarebbe quella secondo la quale la legge, di qualsiasi genere essa sia, deve essere al servizio della tutela dei cittadini: essendo le norme penali la forma più alta di tutela dei valori riconosciuti dall'ordinamento come fondamentali (si tenga sempre conto il problema della concezione di Costituzione in Israele) sarebbe dunque da ammettere un intervento della magistratura in tal senso. Sull'argomento la dottrina specifica che:

"The legislature cannot provide alongside each result crime (of the kind discussed here) a closed list of all the situations in which a duty to act applies. In any case, thus far the legislature has not provided the courts with such closed lists³⁹".

La dottrina, in poche parole, riconosce immenso valore di tutela del cittadino attraverso proprio il *duty to act* e proprio per questo non può ammettere eventuali limitazioni giustificate solo sulla base di una mera presenza o meno nel *enactment*. I giudici, si dice, dovrebbero quindi valutare in modo appropriato le varie situazioni e creare, laddove necessario, i *duties*.

³⁸ Cfr. FELLER S. Z., *Elements of Criminal Law*, vol. I, (Jerusalem: Sacher Institute, 1984), pp. 400 - 402 (in Hebrew); e FELLER S. Z., *Elements of Criminal Law*, vol. III, (Jerusalem: Sacher Institute, 1992), pp. 156 (in Hebrew);

³⁹ MILLER J., *Handbook of Criminal Law*, p. 356

Sulla scorta di queste forti pressioni socio giuridiche, la Corte Suprema sembra aver riconosciuto questo potere creativo in mano alle Courts seppur limitatamente al *the purpose of the result crime with which they are dealing*⁴⁰.

Sull'argomento, tuttavia, è particolarmente interessante la riflessione di chi sosteneva fosse comunque necessario, una volta riconosciuto questo potere creativo dei giudici, che non ci si allontanasse dal principio del *fair warning* fondamentale per l'intero ordinamento giuridico. *Praecipue*, si diceva che nei casi in cui la creazione del *duty to act* non fosse *reasonably foreseeable* (ragionevolmente prevedibile), la Corte avrebbe dovuto dichiarare che il nuovo *duty* creato ex novo avrebbe dovuto avere una validità limitata a tutte le omissioni successive al momento della creazione (un generico e quanto mai ovvio principio di irretroattività) senza quindi che andasse a detrimento del soggetto in quel momento giudicato:

"this means, inter alia, that when the Court decides to create the new duty to act, the decision reached in this respect will not influence the court's judgment whether to convict the specific defendant concerned⁴¹".

Ci sembra comunque interessante citare un'importante riflessione circa la mancanza, nella letteratura criminale israeliana, della dottrina presente in Italia e in molti altri paesi dell'Europa continentale, della "creazione della situazione pericolosa" o della *creating a dangerous situation*.

La suddetta teoria ammette che chiunque generi una situazione pericolosa attraverso la propria condotta, sempre che quest'ultima non sia accompagnata da *mens rea*, una volta divenuto chiaro il pericolo generato dal proprio

⁴⁰ C. A. 119/93 *Lawrence v. State of Israel* 48(4) PD 1, 30 - 32 e ancora C.A.P. 3626/01 *Veitzman v. State of Israel* 56 (3) PD 187

⁴¹ Cfr. MILLER J., *Handbook of Criminal Law*. In questo caso specifico, la dottrina aggiungeva anche una soluzione alternativa: "In appropriate cases where a court decides to create a new duty to act, the court determine whether the specific defendant concerned, who thought at the time of his omission that the duty did not exist, committed a mistake that could not have been reasonably avoided, and, if so, acquit him in virtue of the defense of mistake of law according to section 34 S: **Mistake on legal situation**

34S. For the purposes of criminal liability it is immaterial whether a person imagined that his act was not prohibited, because of a mistake on the existence of a criminal prohibition or on his understanding of the prohibition, unless the mistake is reasonably inevitable".

comportamento, nel momento in cui questo non venga rimosso, determinerà una inevitabile responsabilità per colui che se ne è reso autore.

Poichè tale dottrina non appare in nessun *enactment* israeliano, i giudici non possono certo farvi ricorso. Nonostante ciò, dottrina maggioritaria vorrebbe far sì che si possa ricorrere a questa teoria attraverso l'utilizzo del *tort of negligence* (invece previsto) che diventerebbe una sorta di grimaldello, di "valvola generale d'immissione" del suddetto *duty to act* nell'ordinamento israeliano.

Questa lineare teoria, tuttavia, non trova appoggio universale in tutta la dottrina incontrando ostacoli di particolare rilievo⁴².

3.3 segue: D) *The Good Samaritan offense.* - La seconda questione che è oggetto di frequente dibattito nella dottrina penale israeliana concerne il problema relativo al fatto che ci si chiede se il mero statuire all'interno di un certo *enactment* che preveda un *duty to act* (sia che si tratti di un *simple crime of omission* o nell'ambito del diritto civile) imponga automaticamente che questo *duty* essere utilizzato anche *for the purpose of convicting a defendant of the result crime concerned*.

Secondo un primo approccio, la logica del requisito di un *dovere di agire* è, comunque, quello di astenersi dal limitare eccessivamente la libertà del cittadino. Ma quando un semplice reato di omissione si applica in un certo contesto, il legislatore ha già stabilito che, in questo contesto il cittadino è tenuto ad agire in quanto il valore della libertà è superato, in questo stesso contesto, da altri valori probabilmente ritenuti di maggiore rilievo.

Se questo è il caso, allora il desiderio di non limitare eccessivamente la libertà del cittadino viene meno; di conseguenza, il convenuto *should be convicted of the result crime concerned*. Allo stesso modo, quando vi è una *civil enactment* che

⁴² "I think that this approach is not consistent because it forbids judges to create duties to act directly for the purpose of criminal law and at the same time allows them to create duties for the purposes of tort law and then to import them into the criminal law. Furthermore, Feller's solution (la dottrina esposta nel testo) does not help in contexts in which the torts of negligence does not apply, such as the context of a person who causes suffering to an animal that is not his or another's property or that of offenses against state security". KUGLER, *Criminal Omissions*, pp. 270 - 273

impone ad una persona l'obbligo di risarcimento a seguito di una propria omissione da parte sua, questa disposizione già di per se reca un'implicita idea che *this person was obliged to act*. Se questo è il caso, allora il desiderio di non limitare eccessivamente la libertà del cittadino non è più pertinente in questo contesto⁴³.

Secondo invece un secondo approccio al problema, *enactments* non possono assolutamente essere adottati indiscriminatamente come fonte di *duty to act*. Questo perché si sostiene che non tutti i *simple crime of omission* servirebbero come fonte di *duty to act for the purpose of result crime*. Di certo un *simple crime of omission* può costituire fonte del *duty to act* solamente se esso stesso si basa su una connessione tra *the defendant and the victim* oppure tra *the defendant and the source of the danger*.

*Good Samaritan
offence*

La dottrina latrice di questa teoria usa far riferimento al noto *Good Samaritan offense* che esiste anche in Israele, denominata *The Thou Shalt Not Stand against the Blood of Thy Neighbour Law, 1998*. In questa legge, sempre parlando in termini generali, il legislatore prevede un obbligo di aiuto in capo ad un soggetto che si trovi in pericolo di vita o che viva un rischio per la propria fisica integrità a causa di un immediato pericolo.

La legge specifica come l'aiuto possa materialmente concretarsi anche con l'avvertimento del pericolo alle autorità o a tutti quei soggetti materialmente in grado di portare un serio supporto al soggetto in pericolo.

Ora, da una lettura superficiale della legge in oggetto potrebbe dedursi una certa somiglianza con i principi di solidarietà sociale presenti nel nostro ordinamento. In realtà, la situazione è molto più "britannica" di quanto si possa pensare: se infatti il *defendant* non dovesse intervenire portando aiuto alla persona in pericolo (sia attraverso un intervento diretto, sia attraverso la chiamata all'autorità), nel caso in cui questa persona dovesse morire proprio a seguito della suddetta omissione, il *defendant* non sarebbe accusato solo di *Good*

⁴³ Nonostante quanto fin ora affermato costituisca la *main idea* della dottrina dominante si tenga conto anche quanto affermato da Kugler: "However, in exceptional contexts the fact that there is an obligation to pay compensation does not imply that there was an obligation to act. In such contexts the civil enactment should not serve as a source of a duty to act for the purpose of result crimes".

Samaritan offense e non di *manslaughter* perchè il *duty to act* che è imposto dalla *Good Samaritan law* non è basata su una speciale connessione con la vittima o con la fonte del pericolo⁴⁴.

Un'altra teoria a supporto dell'impossibilità di utilizzare *the Good Samaritan offense* come fonte del *duty to act for the purpose of convicting a defendant of manslaughter* è la sanzione prevista dal legislatore in questo caso: con grande sorpresa infatti, notiamo che il testo prevede esclusivamente una semplice multa in luogo dei normali 20 anni previsti in Israele per *manslaughter*.

Argomento molto simile è stato riservato alla questione del *civil law enactments*. Posto che nel *civil law context* il legislatore abbia previsto una generica *obligation to pay compensation* in caso di mancato adempimento contrattuale, per esempio, ciò non vuol dire che necessariamente questa *omission* dovrebbe generare una *criminal conviction*. Come giustamente sostenuto da ampia dottrina, è possibile anche che:

"the said omission is not sufficiently serious to justify the stigma attached to a criminal conviction and the imposition of the penalties that exist in criminal law".

Tutto ciò considerato, sembra assolutamente necessario considerare la riflessione di Kugler che ricorda come:

"judges should be granted discretion to decide whether to use a given criminal or noncriminal enactment that imposes an obligation to act as a source for the duty to act required to convict a person of the result crime concerned".

La Corte Suprema continua ancora a manifestare a volte interesse per un approccio a volte per l'altro⁴⁵.

⁴⁴ Cfr. MORDECHAI KREMNITZER, "Amendment no. 39 to the Penal Law" in *Direction in Criminal Liability*, Tel Aviv, 2001, pp. 55, 66 - 67 (in Hebrew)

Mentre dunque in Inghilterra campeggia l'idea della *conventional view* per cui sarebbe inammissibile pensare che lo Stato obblighi il cittadino ad intervenire in modo che la sua *negative liberty* venga in realtà temperata, Israele mostra un approccio di certo più continentale, rompendo quindi con quella tradizione di *common law* basata sull'idea del puro individualismo aprendo ad un'idea *civil law*. In realtà sarebbe ingiusto fare una considerazione del genere senza tenere conto del forte rinnovamento che da qualche anno è in corso nello stesso blocco tradizionale di *common law* in merito alla materia in questione e che nello Stato di Israele, per i motivi anzi detti, già campeggia fortemente.

Vediamo, infatti, come, ormai con certezza, si sta assistendo ad un lieve passaggio, non senza forti critiche da parte dei tradizionalisti, ad un sistema che comporterebbe una vera e propria traslazione di *view* da quella *conventional* ad una *view* molto più *social*, senza che tutto ciò comporti dei sacrifici o delle lesioni del generale principio di libertà tipicamente britannico.

E' interessante, infatti, notare come la visione sottostante il codice penale israeliano sia fondamentalmente imbevuta di una dottrina che non oserei dire *solidaristica* all'italiana ma, comunque, fortemente dedita all'apertura verso una visione della persona non solo nella propria individuale fredda unicità ma, in fin dei conti, come parte di una comunità a cui, appartenendo, indirettamente viene a rispondere contribuendo fattivamente.

Tutta questa nuova immagine, così rivoluzionaria per il mondo anglosassone, in realtà permea il diritto israeliano grazie agli influssi non solo di natura prettamente storico - religiosa ma anche di carattere islamico - ottomano.

Non dimentichiamo come elemento costitutivo dell'impostazione giuridica islamica sia l'elemento della *comunitas* o, per meglio dire, della *Umma*, come insieme in primo luogo di fedeli ma, soprattutto, di fratelli nella medesima fede.

Tutto questo, grazie alla dominazione storico - politica del territorio, ha lasciato ampia traccia anche nel temperamento della dottrina penale britannica in Israele.

⁴⁵ In *Veitzman* la Corte statui, in un *obiter dictum*, che il secondo approccio al problema è da considerarsi quello corretto e che quindi *the Good Samaritan offense* non può costituire fonte di *duty to act for the purpose of convicting a person of other crimes* (cfr. *Veitzman*, nota 11, pp. 215 - 216). Al contrario però, la Corte sembra correggersi nella successiva C. A. 70/04 *Poriadin v. State of Israel*.

L'idea del dovere generale di assistenza rafforzato dalla pena nel caso di inosservanza ha tratto probabilmente origine proprio da questa impostazione religioso - tradizionale che si è succeduto nel territorio israeliano fin dalle origini.

4. Il Nesso di causalità. - Il problema del nesso causale nella tradizione giuridico penale israeliana risente pesantemente, come del resto già detto per buona parte dei principi costitutivi della legge penale, dell'influsso anglosassone.

Si tenga ulteriormente conto di quanto il problema causale nel diritto israeliano venga ad affondare le proprie radici anche nella concezione più prettamente religiosa - teologica propria della fede ebraica ma anche di quell'ottomana i cui influssi, come abbiamo già avuto modo di rilevare, non sono per nulla peregrini.

Si consideri quindi come il principio britannico per cui la causalità "è essenzialmente una questione pratica, di fatto, cui è meglio rispondere con l'ordinario senso comune, piuttosto che con un'astratta teoria metafisica⁴⁶" viene in ampia parte temperato, in parte invece supportato da quanto già insito nella cultura extra penale ebraica del *causa causae est causa causati*.

Si proceda per gradi.

Quanto alla problematica della causalità nei reati di azione la base da cui partire anche qua, soprattutto per quanto già detto, è, in definitiva, nulla di più della nostra *condicio sine qua non* o, per dirla in termini più britannici, *but for causation*.

Se quindi tale è il punto da cui partire, stando a tutte le riflessioni dogmatiche tenute in merito al rapporto tra condotta effettiva e soggettività, resta facile individuare la necessità che fin da subito la giurisprudenza di *common law* ha avvertito per temperare un concetto che altrimenti avrebbe determinato un'irrazionale estensione di responsabilità penale priva di alcuna forma di circoscrizione.

⁴⁶ Alphacell Ltd v. Woodward (1972) A. C. 824

Numerosi i tentativi di limitazione, i cosiddetti correttivi che di volta in volta hanno preso la cartolare manifestazione di approfondimenti dogmatici di dubbia o, talvolta, limitata utilità.

Si è parlato via via di teoria della causa diretta o *direct cause*, di causa effettiva o *effective cause*, di causa prossima o *proximate cause*.

Ad una superficiale considerazione di una causalità basata su condotta *necessaria* si è fatto piano piano spazio ad una condotta che fosse sì *necessaria* ma anche *substantial* con la ovvia esclusione delle condotte con contributo minimo.

Qualunque sia la teoria supportata dalle varie dottrine e che, considerata il soggetto di questa analisi, risulta ridondante affermare, convergiamo nell'unico principio considerato fondamentale da ogni teoria, principio su cui si costruisce il centro del problema causale: il principio del *reasonable foreseeability* secondo cui l'evento deve essere ragionevolmente prevedibile dall'autore della condotta come conseguenza di questa.

In conformità a questo criterio, prevedibilità dell'evento conseguenza della condotta da parte dell'uomo ragionevole, vengono a risolversi le dinamiche dubbie circa la rilevanza da attribuire alle concause (soprattutto laddove siano di origine diversa da quella umana) nonché al problema di ampio respiro relativo alla eventuale interruzione del ciclo causale attribuibile proprio a questa concausa.

*Nesso causale e ponte
con art. 41.2 c.p.*

Su quest'ultimo tema, la dottrina è unanime nel riconoscere, come anche evidente nella nostra tradizione penalistica sulla scorta del 41,2 c.p., l'assoluta irrilevanza dell'eventuale interruzione causale da parte di concause antecedenti e concomitanti.

I giudici, sulla base del noto brocardo per cui il reo *must take his victim as he finds him*, escludono dunque la possibilità di una eventuale interferenza di fattori eccezionali antecedenti o concomitanti circa il normale fluire causale.

Da notare invece come venga dato ampio valore interruttivo alla concausa sopravvenuta sempre se il suo verificarsi era improbabile e ragionevolmente imprevedibile da parte del soggetto ed abbia avuto una efficacia determinante nei confronti dell'evento, tale quindi ed evidentemente da ridurre notevolmente l'incidenza della condotta considerata.

In realtà, dalla lettura delle espressioni giurisprudenziali sull'argomento, tale principio, estremamente avvalorato presso di noi, sembra non trovare ovvia e immediata ricezione presso l'ordinamento penale in oggetto.

Limitato sembrerebbe, comunque, l'uso in relazione ad alcuni temi.

Uno per tutti, il caso dei delitti legati all'inquinamento. I giudici hanno in tal senso operato un'analisi di diverso tipo ritenendo che, considerata la peculiarità della materia trattata, l'imprevedibilità della condotta vandalica di terze persone non bastava nel caso a sollevare l'impresa dalla responsabilità per l'inquinamento di un fiume a causa della fuoriuscita di petrolio dell'impianto, sebbene ampiamente manomesso con atto vandalico⁴⁷.

In merito al problema causale nei reati omissivi, si rimanda a quanto già affermato in tema di omissione tenendo sempre a mente la generale limitazione dovuta dal concetto di *duty to act* e dall'assenza di dovere generale di soccorso.

Se una folla assiste all'annegamento di un bimbo senza agire nessuno sarà penalmente responsabile dell'accaduto salvo che non ci siano dei precedenti legami di *duty*. La volontà di soccorrere un estraneo resta come sappiamo un *Good Samaritan Act* e non può contemplare problematiche di diritto penale.

⁴⁷ *National River Authority v. Wright Engineering Ltd (1994)* CLR 453. Cfr. VINCIGUERRA p. 254

CAPITOLO III
LA COLPEVOLEZZA

CAPITOLO III

SOMMARIO: La Colpevolezza: A) Premessa. - 1.1 *segue:* Mens Rea: Historical Evolution. - 1.2 *segue:* Mens Rea e Strict Liability. - 2. States of Mind: A) Premessa. - 2.1 States of Mind: B) Intention. - 2.1.1 *segue:* Evoluzione normativa. - 2.1.2 *segue:* Criticità. - 2.2 States of Mind: C) Recklessness. - 2.2.1 *segue:* Recklessness tra soggettività e oggettività. - 2.2.2 *segue:* Recklessness e codificazione. - 2.3 States of Mind: D) Negligence: premessa. - 2.3.1 *segue:* Negligence: il concetto. - 2.3.2 *segue:* Negligence: il modello generale. - 2.3.3 *segue:* Negligence: Legal standards. - 2.4 States of Mind: E) Strict Liability. - 3. Criminal Intent: Analisi. - 3.1 *segue:* "Foreseeability", "Probability". - 3.2 *segue:* "wilful blindness" e "knowledge rule". - 3.3 *segue:* Mental element. -

1. La Colpevolezza¹: A) Premessa. - Come già detto, punto di partenza dell'analisi del "reato" resta il noto brocardo latino *actus non facit reum nisi mens non sit rea*.

¹ Sul tema cfr. interessanti riflessioni in BERMAN M. N., *Introduction: Punishment and Culpability in Ohio state journal of criminal law*, vol. 9, 2012, p. 441 - 442: "Culpability in the criminal law has two principal meanings. In a broad sense, it is more or less synonymous with moral blameworthiness. In a narrow sense, it refers to MPC-style mental states (or, in the case of negligence, pseudo- or quasimental states) that apply to elements in the actus reus. Culpability in the narrow sense contributes to or partially determines culpability in the broad sense. Presumptively, an actor who has narrow culpability with regard to each material element of an offense is broadly culpable—i.e., blameworthy—and an actor who lacks narrow culpability with regard to each material element is not broadly culpable—i.e., not blameworthy. But as Douglas Husak reminds us in "Broad" Culpability and the Retributivist Dream, this biconditional is only presumptive. An actor who is narrowly culpable with regard to each material element might not be blameworthy because, say, he did not commit a voluntary act or has a valid defense of justification or excuse. An actor who lacks narrow culpability with regard to one or more material elements might be blameworthy because, say, the elements with respect to which he lacks narrow culpability are not necessary for separating wrongful and blameworthy conduct from neighboring conduct that would not be blameworthy. Because narrow culpability is neither necessary nor sufficient for blameworthiness, a full theory of the latter must address much besides the former. Yet, Husak observes, while "[r]espectable progress has been made about narrow culpability, . . . the remaining part of a theory of blame is radically undertheorized". His task, however, is not quite to supply all that remains to be done on that score given the overwhelming complexity and difficulty of the project. Instead, the ambition of his important present paper is to make progress

Avendo fino ad ora affrontato tutte le problematiche connesse con la tematica dell'elemento che potremmo definire "oggettivo" in senso, però, prettamente anglosassone, dobbiamo ora affrontare quanto invece di più complesso l'eredità britannica ha lasciato nel codice penale israeliano: il problema della *mens rea*, con particolare attenzione al suo "contenuto" o, per meglio dire, ai suoi limiti, ai suoi confini, ai suoi rapporti con la colpa da una parte e con la responsabilità oggettiva dall'altra. Ci si chiederà, quindi, se e in che modo il diritto israeliano abbia recepito e successivamente "temperato" quanto proprio del *common law* e quali e quanti siano invece le influenze proprie del *civil law* sul tema.

1.1 segue: Mens Rea: Historical Evolution². - Parlare di *mens rea* significa, in primo luogo, riflettere sui significati molteplici che tale termine propone. Il

"Reus"

toward the larger goal by focusing attention on one prominent desideratum that any adequate theory of broad culpability must satisfy—namely, that each component must make it possible “to conceptualize blame in shades of grey rather than simply in black or white. Husak develops this idea by applying it to five particular issues that fall within the rubric of broad culpability: the defenses of justification and excuse; the capacities for criminal responsibility; the voluntary act requirement; the relevance or irrelevance of an actor’s motives; and questions that arise when an actor lacks awareness that his conduct is morally wrongful or criminally proscribed. This last issue, Husak maintains, is the thorniest and the one of the five to which he devotes the greatest attention, especially on the “radically under-theorized” variant of ignorance of law (as distinct from the variant that we might label ignorance of morality).

In order to satisfy the desideratum that broad culpability be manifest in degrees, he proposes that

² Su alcuni elementi storici circa la nascita del concetto di *mens rea* cfr. CHESNEY E. J., *Concept of Mens Rea in the Criminal Law*, 29 *Am. Inst. Crim. L. & Criminology*, p. 627 (1938-1939): To comprehend the beginnings of the *mens rea* concept at the end of the twelfth century, two specific influences must be observed. One was the Roman law, recently revived and sweeping over the European continent with renewed vigor. It was again recalled that Cicero (*Pro Tullio*, 22,51) had set it down that it is an implied rule of mankind (*tacita lex est humanitatis*) to punish not the occurrence but the 'consilium,' and that 'sciens dolo malo' had been found in the laws of Numa. The Roman 'dolos' and 'culpa' were being grafted onto the English Law and along with them the notion of mental element in crime."

The second influence, more powerful than the first, was canon law and a consequent insistence upon moral guilt. A consideration of sin from the view point of canon law involves the mental element almost equally with the physical act. In the Sermon on the Mount, Christ seems to have laid the philosophy to support this proposition (*Matt. 5:27-28*). Here, as was pointed out, the desire, wish, and intent determine culpability. Although, as previously observed, *Leges Henrici Primi* (c. 5 §28) clearly set forth the early notion of absolute liability regardless of evil intent, nevertheless, in discussing perjury, the same work offers "*reum non facit nisi mens rea*" as the law applicable thereto. Levitt writes: "The mutual reactions of the teaching of St. Augustine and Theodore of Tarsus led to the definite acceptance of the doctrine of *mens rea* as a part of our criminal law." Amplifying this thought Levitt adds that St. Augustine taught that good works become compensation for an injury done to God. In other words they are the 'bot' of the Anglo-Saxon law as applied by the Church to spiritual things. It must be here observed that about this same time

primo punto d'indagine riguarderà proprio la problematica legata al termine *reus*: cosa è *rea*? Secondo l'interpretazione "primitiva" della giurisprudenza israeliana, legata alla Ordinanza penale degli anni '30, era da considerarsi tale quella *mens* propria di colui che veniva definito colpevole sulla base di un collegamento fattuale con l'*actus* così come fin ora definito, senza alcun tipo di analisi che si soffermasse sull'indagine psicologica. E' dunque *rea* perché propria del soggetto che, oggettivamente, ha posto in essere quel dato comportamento criminoso. Una siffatta prima interpretazione lascerebbe, dunque, fuori qualsiasi analisi soggettiva di sorta, lasciando la dottrina del reato imperniata sulla responsabilità oggettiva.

Quando, invece, a questa prima interpretazione (in termini di storicità) ne è seguita una certamente più matura, ci si è chiesto cosa o quali aspetti ulteriori potessero e dovessero paventarsi perché effettivamente ed efficacemente si potesse quindi muovere il rimprovero al soggetto in questione.

Il significato storico del concetto di *mens rea*

the court of chancery was gaining power and its chancellor, a high ecclesiastic, was softening the rigors of the law with the principles of equity. Also, about the middle of the thirteenth century Bracton wrote his work, *De Legibus et Consuetudinibus Angliae*, thereby strongly influencing the later shaping of the common law. It is worthy of note that Bracton's work was replete with ideas borrowed from canon law. Maitland' has asserted that Bracton in writing on homicide has literally taken over a dissertation from the canonist, Bernard of Pavia, and inserted it as part of the common law. Sayre writes: "Although the greater part of Bracton's book is a statement of the actual English practice, in some passages it is very evident that he is merely pouring into English common law molds, ideas gained from the canonists." He further comments that in *De Legibus* (101 b) Bracton writes: "We must consider with what mind (*animo*) or with what intent (*voluntate*) a thing is done, in fact or in judgment, in order that it may be determined accordingly what action should follow and what punishment. For to take away the will makes every act indifferent, because your state of mind gives meaning to your act, and a crime is not committed unless the intent to injure (*nocendi voluntas*) intervene, nor is a theft committed except with the intent to steal." Bracton's writings reveal, however, that he was conscious of the existing discrepancies of the Roman legal ideas and the actual English practice, in such matters, for example, as seeking the king's pardon after the felon has been declared guilty. He further states (*DeLegibus*, 134) that the king "must sometimes as a favor (*de gratia*) concede to a man life and limb, as where one has killed a man through misadventure or in self-defense." Bracton has also emphasized the mental element in felonies other than homicide, in his time, these being arson, rape, robbery, burglary, and larceny. The Roman Law inclination of this writer is shown when his writings regarding larceny are examined. The old appeal of larceny was the early procedure to recover stolen goods in the possession of another, and was the '*actio furti*' in the early English law. It could be successfully upheld without any proof of a mental element "... against one who is no thief, but an honest man." However, when Bracton lays down the definition of larceny, he makes part and parcel of the '*actio furti*,' the mental element of '*animus furandi*.' It is quite apparent that Roman law and canon law, as evidenced in the writings of Bracton emphasized to a high degree the mental requisites of criminality, and in this respect marked the beginning of a moral *mens rea* concept in criminal law".

L'evoluzione storica del concetto di *mens rea* parte proprio da questo binomio linguistico - interpretativo: *rea* perché appartiene all'autore materiale del fatto o *rea* perché presenta elementi tali da poterla definire così.

Tutta questa diatriba tematica sulla parola ha trovato un certo sviluppo grazie all'influenza *biblica* prima e *canonistica* dopo: ricordiamo quanto soprattutto, presso quest'ultimo, gli elementi attinenti "il foro interno" pesino anche di più di quanto invece legato alla materialità degli atti.

Fu proprio l'elemento filosofico - cristiano a temperare la durezza oggettiva medievale che imperversava nei primi contenuti di *common law* britannico dove i primi reati fondamentali, uno tra tutti l'omicidio, venivano trattati sulla base di una valutazione esclusivamente oggettiva.

Ciò nonostante, si tenga conto del fatto che, in realtà, la prima interpretazione data alla *mens rea* proprio a seguito del temperamento cristiano fu quella legata ad un forte significato etico - morale. Ai giudici del tempo era richiesta una valutazione del comportamento del reo sulla base proprio di quel comportamento etico che era richiesto da tutti i consociati e sulla base del quale si veniva giudicati³.

Questo determinò l'inevitabile introduzione di durissime forme di pene che solo una società che faceva della morale il principio cardine sulla base del quale valutare l'umano agire poteva inventare⁴. Anche questo, però, era bagnato di

³³ In tal senso ritengo fondamentale rammentare le basi giuridico - storiche del concetto di *dolus malus* nella disciplina romana: 1) *Cic. de officiis* - 60: "Stomachari Canius, sed quid faceret? Nondum enim C. Aquilius, collega et familiaris meus, protulerat de *dolo malo* formulas; in quibus ipsis, cum ex eo quaereretur, quid esset *dolus malus*, respondebat, cum esset aliud simulatum, aliud actum"; 2) *Ulpianus 11 ad ed. D. 4,3,1,2*: "*Dolum malum* Servius quidem ita definiit machinationem quandam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur et aliud agitur. Labeo autem posse et sine simulatione id agi, ut quis circumveniatur: posse et sine *dolo malo* aliud agi, aliud simulari, sicuti faciunt, qui per eiusmodi dissimulationem deserviant et tuentur vel sua vel aliena: itaque ipse sic definiit *dolum malum* esse omnem calliditatem fallaciam machinationem ad circumveniendum fallendum decipiendum alterum adhibitam. Labeonis definitio vera est"; 3) *Cic. de natura deorum 3,30,74*: ... "Inde illa actio ope consilioque tuo furtum aio factum esse; inde tot iudicia de fide mala, tutelae mandati, pro socio, fiduciae, reliqua, quae ex empto aut vendito aut conducto aut locato contra fidem fiunt, inde iudicium publicum rei privatae lege Plaetoria, inde everriculum malitiarum omnium, iudicium de *dolo malo*, quod C. Aquilius familiaris noster protulit; quem *dolum* idem Aquilius tum teneri putat, cum aliud sit simulatum, aliud actum".

⁴ Cfr. interessante trattazione in DEL POZZO M., *Il rapporto tra delitto e peccato nell'attualità del diritto canonico*, in *Ius Canonicum*, 53 (2013), pp. 203 - 205: "Nella Chiesa antica il peccato rappresentava non solo un male da estirpare ma un autentico attentato al bene comune. Il prevaricatore costituiva quindi una cellula cancerosa nel corpo di Cristo da allontanare e isolare

cristiano-giudaica memoria: la Bibbia, infatti, conosceva forme di crudele punizione per coloro che commettevano *peccato* proprio perché il metro di giudizio era esclusivamente di carattere morale e sociale tale da determinare l'espulsione con pubblico ludibrio del reo dalla stessa società di cui avrebbe potuto (e quindi dovuto) fare parte esercitando correttamente la propria *mens*, quindi la propria moralità⁵.

Quello che, dunque, è stato qualificato dalla dogmatica di quel tempo come *dolus malus* trae origine proprio da questa visione etica del diritto penale: colui che compiva un reato, in primo luogo, realizzava un fatto immorale, cioè contrario

**Mens Rea
tra
illegale e
immorale**

prima che cercare di curare. Sin dagli scritti apostolici la preoccupazione di evitare il contagio e lo scandalo pare prioritaria rispetto al recupero e alla riabilitazione del reo. La comunità peraltro era essenzialmente liturgica, le pene conseguentemente riguardavano fondamentalmente l'aspetto celebrativo. L'ordinamento primigenio dunque non aveva tanto la pretesa di accertare gli estremi del fatto criminoso e l'imputabilità del colpevole quanto di assicurare l'integrità e l'edificazione della santa assemblea. La preoccupazione prioritaria del governo ecclesiastico era insomma l'ortodossia del culto e della fede, anche se la condotta morale e i costumi erano ritenuti (a ragione) espressione tangibile della rettitudine e onestà del credente. La coesione dell'organismo salvifico rendeva difficile un'autonoma valutazione dei comportamenti e una composita strutturazione dell'ordine sociale. In definitiva non pare troppo azzardato sostenere che le carenze concettuali nella disciplina penale, allora come pure oggi, hanno conseguenze anche nell'ambito sacramentale. In origine mancava la previsione di un sistema penale, non certo l'esigenza e il concreto esercizio della potestà coattiva. La penitenza (pubblica) non a caso perseguiva gli scopi tipici della sanzione esterna: era al contempo vendicativa, esemplare e medicinale. La prevalenza dell'esomologenesi (confessione) non escludeva tra l'altro interventi d'iniziativa dell'autorità. Come accennato, la più sentita mancanza concerneva probabilmente l'accesso alla misericordia divina e la pace della coscienza. I limiti della sovrapposizione penale-sacramentale si deducono chiaramente dalla radicata convinzione dall'irremissibilità di alcuni peccati, dalla non reiterabilità del perdono e dall'eccessiva onerosità della soddisfazione. La durezza della disciplina non a caso portò col tempo alla desuetudine della prassi penitenziale pubblica"; cfr. anche *Il catecumenato come istituto giuridico di incorporazione alla Chiesa nei secoli I-VII*, in GRUPPO ITALIANO DOCENTI DI DIRITTO CANONICO (a cura del), *Iniziazione cristiana: profili generali*, Milano 2008; A. GIACOBBI, *Storia della disciplina penitenziale antica*, Roma 1976, pp. 35-36; C. VENTRELLA MANCINI, *Tempo divino e identità religiosa. Culto rappresentanza simboli dalle origini all'VIII secolo*, Torino 2012, pp. 139-153; PIERGIOVANNI, *La punibilità degli innocenti nel diritto canonico dell'età classica*, I-II, Milano 1971-1974; . DE PAOLIS - D. CITO, *Le sanzioni nella Chiesa. Commento al Codice di diritto canonico, libro VI*, Città del Vaticano 2000.

⁵ Cfr. DEL POZZO M., *Il rapporto tra delitto e peccato nell'attualità del diritto canonico*, in *Ius Canonicum*, 53 (2013), p. 205: Il "doppio regime" sacramentale-penale è stato l'approdo dell'affinamento teorico, ma soprattutto pratico, dell'autocoscienza ecclesiale circa l'ampiezza della missione salvifica. Punto di snodo importante, anche se non ancora decisivo, in tale percorso fu la diffusione della penitenza privata. La prassi della penitenza tariffata e reiterabile mitigò la severità del perdono e diede nuovo fulgore al sacramento della confessione. Con la "privatizzazione" della penitenza il foro interno acquisiva una sua rilevanza e specificità. La *ratio peccati* (il tipo di peccato: pubblico o occulto) fungeva ancora da criterio discretivo della coesistenza di modalità assolutorie. Lo stato canonico inoltre continuava per lo più a condizionare l'intervento coattivo (il trattamento dei chierici era disgiunto anche formalmente da quello dei laici). L'adombrata disgiunzione tra pena e penitenza sacramentale comunque aprì la strada alla futura divaricazione tra delitto e peccato".

alla morale sociale condivisa, per la qual cosa non poteva che essere spinto da una volontà intrinsecamente malvagia, che discendeva automaticamente dalla mera fattualità del comportamento posto in essere.

Ecco, quindi, che seppur venivano riconosciuti i reati *mala quia prohibita* (delle violazioni non particolarmente gravi che pur la società avrebbe potuto tollerare a livello etico ma che comunque riteneva meritevoli di sanzione per vari tipi di esigenze) sussistevano, in gran numero, i reati *mala in se*, reati che per la stessa natura (*rectius* Dio) erano sanzionabili e dal quale compimento ne discendeva automaticamente una *mens* malvagia che doveva necessariamente prevedere durissime punizioni⁶.

Il problema, dunque, di questa confusione legislativa - penale tra *illegale* e *immorale* venne denunciata, per la prima volta, solo verso la fine dell'ottocento dove nota dottrina venne a sottolineare come fosse semplice indurre il lettore a credere che elemento costitutivo del reato fosse *la stessa immoralità*⁷.

Se, dunque, in prima istanza, le corti "civili" britanniche presero dall'influenza ecclesiale l'elemento della moralità come elemento di discriminazione tra tutto ciò che era legale e tutto ciò che non lo fosse, fu proprio grazie agli stessi studiosi di diritto canonico, che in fin dei conti erano dei preparati studiosi di diritto romano, che iniziarono a svilupparsi degli atteggiamenti nuovi verso il concetto di *mens* soprattutto con la riscoperta della tradizionale distinzione latina tra *culpa levis, culpa lata, culpa levissima*⁸.

⁶ SHARPE J.A., *Crime in early modern England 1550 - 1750* (1984); BEATTIE J.M., *Crime and the courts in England 1660-1800* (1986); HAY D., *War, dearth and theft in the eighteenth century: the record of the English courts*, in *Past and Present*, p. 95 (1982); EMSLEY C., *Crime and Society in England 1750 - 1900* (1987); GATRELL V.A.C., *The decline of theft and violence in Victorian and Edwardian England*, in V.A.C. Gatrell, Bruce Lenman and Geoffrey Parker (eds), *Crime and the law: the social history of crime in western Europe since 1500* (1980); EMSLEY C., *Policing and its context 1750 - 1870* (1983); KENT J.R., *The English village constable 1580 - 1642: a social and administrative study* (1986); WRIGHTSON K. and LEVINE D., *Poverty and piety in an English village: Terling, 1525 - 1700* (1979); WRIGHTSON K., *Two concepts of order justices; constables and jurymen in seventeenth-century England*, in J. Brewer and J. Styles (eds), *An ungovernable people: the English and their law in the seventeenth and eighteenth centuries* (1980); SHARPE J.A., *The people and the law* in B. Reay (ed), *Popular culture in seventeenth-century England* (1985); HAY D. et al (eds), *Albion's fatal tree: crime and society in eighteenth-century England* (1975); BEIER A.L., *Masterless men: the vagrancy problem in Britain 1500-1640* (1985).

⁷ Cfr. le considerazioni di Stephen in *R. v. Tolson* (1889)

⁸ Cfr. CHESNEY E. J., *Concept of Mens Rea in the Criminal Law*, 29 *Am. Inst. Crim. L. & Criminology*, p. 628 - 629 (1938-1939): "Most of the records agree that early criminal law developed from the blood feud and rested upon the desire for vengeance. It is worthy of note that the criminal law

concerned itself with those injuries which were highly provocative and the most injurious of these are the intentional ones. Justice Holmes wrote: "Vengeance imports a feeling of blame and an opinion, however distorted by passion, that a wrong has been done. It can hardly go very far beyond the case of a harm intentionally inflicted; even a dog distinguishes between being stumbled over and being kicked ... The early English appeals for personal violence seem to have been confined to intentional wrongs." It must be borne in mind that the cumbersome early forms of trial precluded the drawing of fine distinctions based upon factors not apparent to all. Deep-seated injuries are the essence of blood feuds; the nice considerations of the mental factors prompting the inquiry do not constitute the feuds. Sayre writes: "In trial by battle the issues must be framed in the large; if the defendant cannot readily satisfy the judges that he is above suspicion, he may be ordered to settle the dispute by his body, and there is an end of the matter." It must also be noted that in these early developments there was no distinction between tort and crime. It might be said that the early English law grew from a point bordering on absolute liability. It has been written: "Law in its earliest days tries to make men answer for all the ills of an obvious kind that their deeds bring upon their fellows." Wigmore states: "The doer of a deed was responsible whether he acted innocently or inadvertently, because he was the doer; the owner of an instrument which caused harm was responsible because he was the owner, though the instrument had been wielded by a thief; the owner of an animal, the master of a slave, was responsible because he was associated with it as owner, as master; the master was liable to his servant's relatives for the death, even accidental, of the servant, when his business had been the occasion of the evil; the *rachimburgius*, or popular judge, was responsible for a wrong judgment, without regard to his knowledge or his good faith; the oath-helper who swore in support of the party's oath was responsible, without regard to his belief or his good faith; one who merely attempted an evil was not liable because there was no evil result to attribute to him; a mere counsellor or instigator of a wrong was not liable, because the evil was sufficiently avenged by taking the prime actor, and where several cooperated equally, a lot was cast to select which one should be held amenable; while the one who harbored or assisted the wrongdoer, even unwittingly, was guilty, because he had associated himself with one tainted by the evil result." At this period the law was attempting to replace the blood feud by inducing the victim or his kin to accept money payments instead of force and revenge. This gave rise to the 'wer.' Concerning the 'wer,' "We must have regard to the rank of the injured person or his kin, because, if his or their rank is distinguished, a larger bribe is needed to keep them quiet."⁸ Granting the limitations of the early records, it is manifest that at least prior to the twelfth century, criminal intent was not *sine qua non* for criminality. Walter states, 'that the old Westgothic Law was "Whoever shall have killed a man, whether he committed the homicide intending to or not intending to . . . let him be handed over into the power of the parents or next of kin of the deceased." *Leges Henrici Primi* dating from about 1118 indicate that liability was most certainly imposed without much regard to intent of the offender. As an example, in these so-called laws is found: "Si quis in ludo sagittandi vel alicujus exercicii, jaculo vel hujusmodi casu aliquem occidat, reddat eum; legis enim est, qui inscianter peccat, scianter emendet." Sayre writes: "The clearest indication of criminal liability imposed by the early law without blameworthy intent is perhaps to be found in the cases of killing through misadventure and in self-defense. In early times, with the exception of killings under the king's warrant or in the pursuit of justice, which had always been justifiable, so far as we know the killer seems to have been held liable for every death which he caused, whether intentionally or accidentally." During the twelfth century the influence of canon law seems to have revised this notion. Mental intent was the real criterion of guilt and an unwitting killing or one in self-defense still merited conviction by the judge under the old laws, but could be pardoned by the sovereign.¹⁰ Such pardon did not prevent a forfeiture of the wrong-doer's goods. Sayre contends that up to the twelfth century the present conceptions of *mens rea* were non-existent. But he adds that the mental element was not completely disregarded. The very nature of many early offenses necessitated a criminal intent in their commission. Waylaying, robbery, rape, housebreaking and house-burning are examples. The same writer states: it is significant that from the earliest times of which we have any record the felony of arson depended upon proof of an intent to burn." It is worthy of note that the laws of Alfred provide for unintentional killing or injury "it is moreover decreed, if a man have a spear over his shoulder, and any man stake himself upon it, that he pay

Non poco frequentemente, dunque, si sviluppavano circoli di pensiero che iniziarono ad ammettere il superamento della concezione errata dell'insondabilità delle emozioni e degli stati mentali umani con la possibilità relativa di sondare vari livelli di "partecipazione" o per meglio dire direi di "coinvolgimento" della mente del reo all'azione compiuta.

Mens Rea
"Secolare"

Come sempre quando si tratta di evoluzione nella dottrina a regime di *common law*, il procedimento fu estremamente lento e denso di incomprensioni, ripensamenti, indecisioni e mancanza di chiarezza nelle definizioni.

Tra i primi istituti nei cui confronti la giurisprudenza espresse la possibilità di applicare le riflessioni fatte sino ad ora ricordiamo i casi di *insanity*⁹ e, soprattutto, di errore di fatto non dovuto a colpa, il cosiddetto *honest mistake*.

the wer without the wite. If he be accused of wilfulness in the deed, let him clear himself according to the wite; and with that let the wite abate." "Though it is necessary to draw very guarded conclusions from the fragmentary records regarding criminal intent in the early law, still it seems reasonable to assert that a criminal intent was not always essential for criminality and many evil doers were convicted on proof of causation and without proof of an evil intent to harm.

⁹ Sulle problematiche della *mens rea* circa la *insanity* cfr. CHESNEY E. J., *Concept of Mens Rea in the Criminal Law*, 29 *Am. Inst. Crim. L. & Criminology*, p. 639 - 640 (1938-1939): "*Insanity*: If we grant the premise that criminal responsibility rests upon the mental intent or moral blameworthiness, then it must follow that whatever prevents the exercise of one's intelligent choice between good and evil destroys criminal responsibility. Hence insanity is a fitting and proper legal defense. However, it was not always so. Coke reminds us that "the ancient law was, that if a mad man had killed or offered to kill the king, it was holden for treason; and so it appeareth by King Alfred's law before the conquest." In the evaluation of insanity as a defense, like self-defense, it did not directly excuse the crime, but became one of the reasons for the allowing of the king's pardon. Fitzherbert writes, that if "it was found by inquest that a lunatic man killed a man . . . whereupon the king granted him a charter of pardon." Sayre states that in early times the king's pardon did not relieve from forfeiture of goods, but gradually a royal pardon afforded this relief also. "Presentment was made that one being insane, stabbed himself with his own knife. Recovering his sanity, he received the rites of the Church, and then died by reason of his self-inflicted wound. There is no confiscation of his chattels." (Cf. Selden Society, *Eyre of Kent*, 6 & 7 Edw. II, 81.) Then, too, the evolution of this defense does not reveal it to be the highly developed excuse of the present day. Sayre (supra) points out that at first it relieved only when insanity was present in its 'grossest form.' Bracton wrote that one insane was not far removed from the brutes and Fitzherbert stated in 1534 that the crown might seize the goods of one non compos mentis, whom he said was a person "who cannot account or number twenty pence, nor can tell who was his father or mother, or how old he is."

Lord Hale, however, seems to have wrought confusion concerning this defense, some of which has lasted down to the present time. He apparently sought to merge the defenses of non compos mentis and infancy on a lack of mens rea basis. He wrote: "Such a person as labouring under melancholy distempers bath yet ordinarily as great understanding, as ordinarily a child of fourteen years hath, is such a person as may be guilty of treason or felony." Sayre believes that Hale here attempts to measure criminal irresponsibility of the idiot, with the same measure as criminal irresponsibility of the child, and cites Stephen, quoting: "The one is healthy immaturity, the other diseased maturity, and between these there is no sort of resemblance." The M'Naghten's Case (1843) brought the so-called 'right and wrong' test into the foreground and this seems to have succeeded the earlier 'good and evil' test. The majority of present day courts have generally

Piano piano, cioè, prese piede la concezione secondo la quale, in realtà, non tutto quello che il soggetto compiva poteva o, meglio, doveva essere supportato da una volontà precisa nel compierlo: si iniziò a sviluppare l'idea degli atti incontrollabili e incontrollati, ci si avvicinò allo studio di fattispecie determinate da momenti di insania o di epilessia per le quali si poteva muovere un rimprovero al soggetto agente (avendo il suo comportamento determinato un danno rilevante per l'ordinamento penale) pur essendo chiaro, in realtà, che l'atto era stato dettato da una concreta mancanza di consapevolezza. Da questo punto di vista furono di grande interesse le riflessioni di J.Bentham quando asseriva che l'inflizione di una sanzione doveva necessariamente prevedere la valutazione non solo di condotta e circostanze ma anche della volontà del soggetto e dei motivi che lo avevano spinto ad agire.

Nel quarto *report* della *Criminal Law Commission* del 1833 leggiamo:

"è essenziale per la criminalità dell'atto ... che il soggetto sia consapevole, ma se egli compie un atto, per quanto questo possa essere per sua natura pericoloso, senza alcuna coscienza o sospetto in ordine a ciò, vale a dire se egli non provoca il pericolo volontariamente, non si può sostenere che egli abbia *mens mala*".

Nonostante questi piccoli passi avanti, non era semplice, complice anche la difficoltà della dogmatica inglese di estrapolare una linea unitaria che comportasse una visione complessiva della problematica "soggettiva", individuare una definizione completa di cosa fosse o cosa non fosse

rejected the test laid down by Lord Hale wherein he measures insanity and infancy by the same stick. A leading Ohio case has this to say: "In proving the defense of insanity in a murder case, questions to be decided by the jury are whether the accused was a free agent in forming the purpose to kill, whether he was capable of judging the right and wrong of the act, and whether he knew at the time it was an offense against the law of God and man, and, if found in the negative, the accused would not have the mental capacity to commit the crime, and if he lacked the mental capacity, either by reason of a diseased condition of the brain or native feebleness of mind and lack of intelligence, it would constitute a defense." This fairly represents the present state of modern courts on the question of insanity as a defense. It can be seen that the test for mens rea on the part of one mentally ill, is today vastly different from the mental intent necessary to convict an infant under fourteen years".

effettivamente *mens rea*¹⁰ o, ancora meglio, quanto fosse quest'ultima rilevante nell'individuazione della effettiva rimproverabilità del comportamento prestato dal soggetto incriminato.

A riguardo, di particolare importanza restano le considerazioni di J. Stephen nello storico caso *R v. Tolson* a fine '800 che specificava quanto segue:

¹⁰ Sul rapporto tra *mens rea* in Israele e diritto continentale cfr. ROXIN C., *The dogmatic structure of criminal liability in the general part of the draft israeli penal code - a comparison with german law* in *Is. L. R.*, Vol. 30, n. 1 - 2, 1996, p. 67: "The Anglo-American concept of *mens rea*, exemplified in section 20 of the draft, can have a variety of meanings. Here, however, it can simply be interpreted along the lines of the German concept of intent. The Israeli provision distinguishes between "intention", "indifference" and "rashness". "Intention" encompasses what in German terminology is called intent (*Absicht*) and *dolus directus*. Section 20(b) makes clear that for the purposes of *dolus directus*, it suffices if the actor considered the consequences as almost certain to occur. In addition, after intention, the draft lists indifference to the possibility of bringing about the consequences. Up to this point the scope of *mens rea* corresponds directly to the conception developed by Engisch in his well-known "*Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*" (1930). Likewise, according to the overwhelmingly dominant opinion in Germany today, "indifference" leads to punishment for intent; indifference is seen as a manifestation of *dolus eventualis*. However, in addition to "intention" and "indifference", the Israeli draft also includes "rashness" in intent. A person has acted rashly if he or she has assumed an unreasonable risk as to the possibility of bringing about the consequences, hoping that it will be possible to prevent them. This corresponds to the expansion of the scope of intent, fundamentally recognized by German jurisprudence in the "*Lederriemen*" (Leather- strap) case and widely accepted in the scholarly literature, according to which someone who takes seriously the possibility of bringing about the consequences, counts on their occurrence, or is resigned to them, despite the hope that they will not occur, acts within the scope of *dolus eventualis*. One might think that the *Lederriemen* case served as a paradigm for the Israeli definition of rashness, because it illustrates exactly this situation: the offenders, both of whom choked the victim with a leather strap, were aware of the unreasonable risk to the life of the victim, yet still hoped that the victim's death could be avoided. The Israeli draft may extend the scope of *mens rea* further still. German case law, as well as the majority of the scholarly opinion, recognizes a volitional as well as an intellectual element of intent. Accordingly, anyone who recognizes the risk of the consequences but carelessly relies on this non-occurrence acts not intentionally but with conscious negligence. This means that a distinction is made between *Hoffen* (hope) and *Vertrauen* (reliance): whereas a mere hope, by definition accompanied by uncertainty, that consequences recognized as possible will not occur does not eliminate intent, reliance on the possibility of avoiding the consequences, even if the reliance is irrational, does eliminate intent. I do not find this subtle differentiation in the Israeli draft in the borderline area between intent and negligence. Accordingly, negligence is defined in section 21 as "unawareness", and the so-called conscious negligence alternative is not mentioned anywhere. As I see it, this is an indication that the Israeli draft does not recognize a volitional element of intent. Rather, it considers intentional all cases in which the offender is aware of possible consequences, thereby taking a position which is attracting more and more followers in Germany as well. It is, in any event, a tenable decision, well within the spectrum of international opinion, with the additional advantage that it avoids the great practical difficulties in differentiating between *dolus eventualis* and conscious negligence. Nevertheless, I will allow myself to ask-whether it is indeed proper to punish simple carelessness according to the rules governing intentional acts. Let us take the example of a driver who prepares to execute a risky passing maneuver, is warned by his passenger of the danger, and answers carelessly, "Nothing will happen!". If an accident occurs, has this driver acted with *mens rea*, as would be the case under the Israeli draft, or is the driver merely negligent, as would be the case in Germany according to the prevailing opinion?"

"*Non est reus nisi mens sit rea*". Sebbene questa frase sia di uso comune, io la ritengo molto infelice e non solo suscettibile di dare adito ad equivoci, ma effettivamente fuorviante, in base alle considerazioni che seguono. Essa suggerisce, ovviamente, che, a parte tutte le definizioni particolari di reato, esista una cosa nota come "mens rea" che è sempre implicitamente o esplicitamente sottintesa in tutte le definizioni di reato. Ovviamente le cose non stanno così poiché gli elementi mentali dei vari reati sono molto differenti gli uni dagli altri. *Mens Rea* significa in caso di omicidio¹¹

¹¹ Sulle problematiche dell'evoluzione del concetto di *mens rea* nell'omicidio cfr. CHESNEY E. J., *Concept of Mens Rea in the Criminal Law*, 29 *Am. Inst. Crim. L. & Criminology*, p. 634 - 636 (1938-1939): Homicide. As far back as the beginning of the thirteenth century *Leges Henrici Primi* (c. 90 §11) indicated that to all homicide was attached responsibility, save in execution of a warrant. However, in fairness, it must be stated that the 'king's pardon' was usually available in self-defense or misadventure cases. The point to be remembered is that there was no dividing into murder and manslaughter. The mental element was of negligible importance. The succeeding two centuries, however, saw the rise and prevalence of the 'mental element' in homicide and the relieving from criminal responsibility of those who killed without criminal intent. The greatest homicide was murder. At the end of the twelfth century this consisted of 'homicide which is committed in secret, no one seeing or knowing it' (Glanville, 14, c. 3). At that time the mental element had no important place in murder. The original "murdrum" Bracton writes was introduced into England by King Cnute to prevent the Danes from being secretly slain by the English, and consisted of a heavy amercement for which the "hundred" was liable. By the middle of the fourteenth century the 'presentment of Englishry' was abolished by statute. However, in the popular mind, the term lived on as the worst form of homicide. Sayre says that the only remaining legal classification of homicide was: 1) justifiable homicide (i. e., done in pursuit of justice and therefore acquittable); 2) homicide by misadventure or in self-defense (and this involved imprisonment before trial, expense of obtaining a pardon, forfeiture of goods and a continuing liability to an appeal); 3) any other kind of homicide which involved liability to a felon's punishment. The Statute of Gloucester regulated pardons and if a jury found the killing by misadventure or in self-defense, "the king shall pardon him if it pleases him." This meant that killing either by misadventure or in self-defense was necessary for a pardon. It is interesting to note that in 1389 a decree restricted the king's pardoning power and stated that "no charter of pardon shall henceforth be allowed before any justice for murder, the death of a man killed by making assault or malice prepense." Stephen cites this as one of the earliest statutory recognitions of "malice aforethought." From this time on through the middle of the sixteenth century, statutes were enacted dividing the felony of homicide, and most of the legislation passed contained such phrases as 'wilful prepensed murders;' 'murders upon malice prepensed;' 'wilful murder of malice prepensed,' etc. The final result was two main divisions of homicide, viz., with and without malice aforethought. The former (no benefit of clergy permitted) carried the death penalty; the latter, was punishable by a year's imprisonment and a branding on the thumb. The presence or absence of 'malice aforethought' was, therefore, made the test. Sayre stated that in the beginning "malice was construed in its popular sense and was purely a physical element. The early evidence all points to its being general malevolence and cold-blooded desire to injure." However, the term was soon embracing things far afield from its original meaning. Coke, defines murder as unlawful killing "with malice aforethought, whether expressed by the party or implied by law." This latter phrase 'implied by law' was far-reaching in its implications and paved the way for a later 'implied malice.' Sayre has stated³⁰ that, "a term used at the beginning to designate a purely physical

"premeditazione"; in un caso di furto "intenzione di rubare"; in un caso di violenza carnale, intenzione di avere un rapporto sessuale forzato con una donna senza il suo consenso; ed in un caso di ricettazione, la consapevolezza che la merce in questione è stata rubata. In alcuni casi denota anche la semplice disattenzione. Per esempio, nel caso di *manslaughter by negligence* può indicare anche lo stato mentale di chi non abbia prestato attenzione ad un segnale stradale. Sembra fuorviante chiamare nello stesso modo stati mentali tanto diversi. Sembra davvero contraddittorio descrivere la semplice "assenza di pensiero" come *mens rea* o come stato mentale colpevole".

Purtroppo è necessario riconoscere la non particolare semplicità con la quale si possa, in fin dei conti, ricostruire un percorso che prima che giuridico, mostra di essere ampiamente filosofico - morale circa la comprensione di cosa fosse realmente *mens rea*, o, per meglio dire, di cosa si dovesse concretamente inserire sotto questo assolutamente vago binomio di latina memoria.

In primo luogo, si tenga conto di come il primo problema venne offerto dalla necessità di inserire *la colpa*, o la particolare situazione psicologica che con questo termine si è soliti indicare, nell'ottica di un sistema penale che attribuiva somma importanza al carattere della *intention*.

**Il problema
"colpa"**

element was thus given a tortured and artificial meaning in order to enable courts to visit with a severe penalty killers, who in the public opinion of the day, ought not to be let off with the comparatively slight punishment attaching to clergyable offenses."

It would certainly seem, from the data available, that the public state of mind had a great deal to do with the meaning which the term 'malice' was assuming. Rising from Coke's 'implied malice' the term has assumed such proportions that Stephen³⁷ defines it: "Malice aforethought means any one or more of the following states of mind preceding or co-existing with the act or omission by which death is caused, and it may exist where that act is unpremeditated:

a) An intention to cause the death of, or grievous bodily harm to, any person, whether such person is the person actually killed or not;

b) Knowledge that the act which causes death will probably cause the death of, or grievous bodily harm to such person, whether such person is the person actually killed or not, although such knowledge is accompanied by indifference whether death or grievous bodily harm is caused or not, or by a wish that it may not be caused;

c) An intent to commit any felony whatever; d) An intent to oppose by force any officer of justice on his way to, in, or returning from the execution of the duty of arresting, keeping in custody, or in prison, or the duty of keeping the peace or dispersing an unlawful assembly, provided that the offender has notice that the person killed is such an officer so employed."

It can be observed without difficulty, that, at this period, malice aforethought had practically no connection with the thirteenth century conception of *mens rea* derived from the canonists".

Si ponga attenzione al fatto che il sistema penale di *common law* ha sempre difficilmente digerito il concetto di "colpa" in rapporto all'intero alveo della consapevolezza criminosa dove *intention* costituiva il perno focale.

Non a caso, in tutta la legislazione britannica solamente il *manslaughter by negligence* (l'omicidio colposo senza *intention* o *recklessness*) ha assunto una qualche importanza dottrinale.

Si arrivò, quindi, in breve tempo, al solidificarsi per tradizione dell'espunzione, dapprima solamente letterale, quindi sempre più pratica, della colpa dall'universo della *mens rea* di cui non divenne assolutamente parte.

Parlare, storicamente, di *mens rea* voleva, dunque, dire indagare il principio psicologico di base che ruotava attorno all'*intention* senza il minimo possibile accenno alla colpa - *negligence*.

Si arrivò, addirittura, a sostenere come "sembri davvero contraddittorio descrivere la semplice *assenza di pensiero* come *mens rea* o come stato mentale colposo¹²".

Sulla spinta, tuttavia, di parte della dottrina che sosteneva come anche la mera mancanza di conoscenza o di previsione inquadrabile nel comportamento di chi agisca colposamente in realtà avrebbe potuto sicuramente essere considerato una forma di *mental element* e quindi annoverabile nella *mens rea*, si giunse all'indicativa costituzione di una categoria ulteriore denominata "*legal fault* - colpevolezza legale" all'interno della quale inserire *mens rea* da una parte e *negligence* dall'altra. "Legal fault"

Questa situazione, che potrebbe apparire rilevante solo a coloro che fanno della sistematica un punto fondamentale da cui partire ogni volta che si parla di diritto, in realtà, ha un fondante rilievo soprattutto in termini di procedura penale vera e propria.

Stessa problematica si pone in linea con il rapporto tra *mens* e responsabilità oggettiva.

¹² Cfr. le considerazioni di Stephen in *R. v. Tolson* (1889)

1.2 segue: Mens Rea e Strict Liability¹³. - Il tema in oggetto è, indubbiamente, ancora più complesso di quello relativo alla *mens rea* in generale.

La tradizione di *common law* ci pone innanzi due diverse forme di responsabilità oggettiva: da un lato la più nota *strict liability* che possiamo letteralmente tradurre come "stretta responsabilità" ovvero responsabilità determinata indipendentemente da alcun coinvolgimento mentale; quindi la *vicarious liability*¹⁴, esprimibile come quella responsabilità:

"to a person for harm or damages caused by another person in either a negligence lawsuit or criminal prosecution. Thus, an employer of an employee who injures someone through negligence while in the scope of employment (doing work for the employer) is vicariously liable for damages to the injured person. In most states a participant in a crime

¹³ ROXIN C., *The dogmatic structure of criminal liability in the general part of the draft israeli penal code - a comparison with german law* in *Is. L. R.*, Vol. 30, n. 1 - 2, 1996, p. 61 - 62: The provision of strict liability (section 22), something totally unknown in German law, as well as in other European criminal law systems, also amounts to a rule of evidence. According to German law, punishing someone for crimes for which neither intent nor negligence has been proven would be a violation of the principle of culpability which presupposes that a perpetrator can only be punished if he could have avoided the consequence. Since the principle of culpability is safeguarded in the German constitution,' a strict liability rule would be declared null and void in our country. The details of the Israeli draft, however, show that the legislature is aware of this problem and has mitigated the consequences of punishment for such offences. If it is proven that there was no culpability, there can be no strict liability (section 22b). Furthermore, if there is no proof of culpability, a person may not be sentenced to imprisonment (section 22c). What remains is the possibility of non-custodial punishment based on suspicion. That, however, still implies a violation of justice, because the law allows the conviction - albeit in a limited fashion - of someone who could possibly be innocent. Perhaps the Israeli legislature should consider avoiding strict liability where individuals are concerned (punishment for corporations falls in a different category), because, except for Anglo-American legal systems, no other country accepts this principle. Even in the United States its constitutionality is at issue; legal writers criticize it, and the Model Penal Code of 1962 disapproves of it".

¹⁴Cfr. Collins Dictionary of Law, W.J. Stewart, 2006:

"The rule is often justified by reference to two Latin maxims: *respondeat superior* ('let the master answer') and *qui facit per alium facit per se* ('he who acts through another acts himself). It is now accepted as a matter of policy, shifting the burden of the cost of accidents upon someone more likely to be able to pay. The most widely used example is the employer's liability for his employee. There is, however, generally no liability for an independent contractor like a taxi driver or removal firm. For there to be vicarious liability in respect of an employee, the traditional rule is that the acts must be 'in the course of his employment', which does not rule out negligent or even deliberate wrongs by the employee but excludes cases where the employee has gone off on a frolic of his own. However, recently the House of Lords has accepted that there may be liability where there is a 'close connection' with the employer's work, even where the conduct of the employee is wrong and unforeseen, as in one case where a bouncer went home to get a weapon to attack a patron and in another of child abuse in a children's hostel by one of the staff".

(like a hold-up) may be vicariously liable for murder if another member of the gang shoots and kills a shopkeeper or policeman¹⁵".

Trattiamo, cioè, della responsabilità dell'ente o persona fisica per fatto altrui. Questi reati sono indicati anche con la locuzione *regulatory crimes* e sarebbero tutti legati ad aree in cui non sarebbe richiesta una particolare valutazione in termini morali ma lo Stato interviene prediligendo l'intervento a tutela della causazione di danni in forma preventiva.

La giurisprudenza, proprio su questo argomento, ricordava come:

"ogni reato debba includere una *mens rea*; ma non credo che il principio abbia una applicazione ampia come talvolta si crede. Un tempo, poiché era applicabile alla *common law* od alle leggi più antiche, può essere stato di portata generale. Ma è sorta una differenza dovuta alla maggior precisione delle leggi moderne. E' impossibile ora, come dimostrano i casi *R. v. Prince* e *R. v. Bishop*, applicare il principio in modo generale a tutte le leggi e la sostanza di tutti i casi riportati è che occorre guardare allo scopo di ogni legge per vedere se e come la conoscenza sia essenziale per il reato da essa regolato. Qui, come ho già sottolineato, lo scopo di questa parte della legge è impedire la vendita di liquori tossici a persone ubriache ed è perfettamente naturale giungere a tale risultato imponendo al gestore la responsabilità di stabilire se la persona servita appartenesse a tale categoria¹⁶".

Quando facciamo riferimento a questa tipologia di responsabilità, la tradizione di *common law* prevede che l'*actus*, nonostante si parli di "oggettiva" responsabilità, deve essere *voluntary* e *conscious*, cosa che può apparire, evidentemente, quasi ossimorica. E' necessario, a questo punto, fare delle specifiche: bisogna distinguere i reati in cui la *legal fault* è esclusa in modo preciso per alcuni

¹⁵ West's Encyclopedia of American Law, edition 2, 2016

¹⁶ Cfr. *Cundy v, Le Coccaq*, 1884, 13 Q. B. D. 207 (riflessioni del giudice Stephen).

elementi del reato (parliamo in tale caso di *offences of strict liability*) da quelli per cui, invece, la stessa *legal fault* non è minimamente computata per l'intero *actus*¹⁷.

Offences of absolute prohibition

In quest'ultima ipotesi ci troviamo dinanzi ai cosiddetti *offences of absolute prohibition*.

In entrambi i casi, si badi bene a non confondere le suddette fattispecie con i reati caratterizzati dall'elemento dell'*automatism* di cui parleremo in seguito.

Partendo da quanto fino ad ora brevemente premesso, risulta ora necessario affrontare il ruolo della responsabilità oggettiva nella tradizione giuridica penale di *common law*, una tematica, paradossalmente, non di certo propria della tradizione dogmatica di natura britannica se non le fasi prettamente iniziali dello sviluppo giuridico.

Per le riflessioni fatte in precedenza, in particolare, a causa della forte influenza del diritto canonico, era assolutamente inconcepibile una situazione penale che facesse discendere una responsabilità oggettiva sconnessa da un coinvolgimento morale e, quindi, prettamente "soggettivo".

Giurisprudenza e Legislazione

Il passaggio o, per meglio dire, l'ammissione di questo tipo d'idea nel diritto penale di *common law* sopraggiunse solo all'indomani dello sviluppo della tradizione criminale legale scritta, gli *statutes*, dove, in realtà, la mancanza di chiara specifica in merito alla *mens rea* in numerose fattispecie penali indusse la dottrina a sviluppare l'idea di una presunta responsabilità di altro genere "strettamente" connessa al mero verificarsi dell'evento (da cui *strict liability*).

Tenuto conto che gli *statutes* si caricano negli ordinamenti a *common law* di valore *speciale* e, quindi, prevalente nel caso concreto, la suddetta particolare *liability* fece sempre più violento ingresso nel sistema penale bagnato da questa matrice.

Statutes e responsabilità penale

A tal proposito, soprattutto la giurisprudenza non poté fare a meno di esprimere delle proprie considerazioni sulla questione in particolare affermando che:

¹⁷ Cfr. ALLEN M. J., *Textbook on criminal law*, IV ed. 1997, p. 92

"in diritto penale il principio generale è *actus non facit reum nisi mens rea* ... è della massima importanza per la protezione della libertà individuale che la corte ricordi sempre come non potrà riconoscere un soggetto colpevole di violazione della legge penale se egli non ha volontà colpevole, a meno che una legge scritta non escluda espressamente o per necessaria implicazione la *mens rea* come elemento essenziale del reato¹⁸".

Accanto, dunque, ad una identificazione letterale indicativa attraverso gli *statutes*, sempre la giurisprudenza si sofferma su quei reati che, invece, si vedrebbero caratterizzati da *strict liability* in forza di una individuazione *ratione materiae* per cui:

"esiste una presunzione che la *mens rea*, la volontà colpevole o la consapevolezza della ingiustizia del fatto, sia un elemento essenziale di ogni reato, ma questa presunzione può essere superata o in forza delle parole dello *statute* (è il caso di cui sopra) che prevede il reato o *della materia che esso concerne* ... le principali categorie di eccezione possono essere ricondotte a tre. La prima è la categoria degli atti che non sono criminali in senso sostanziale, ma sono vietati sotto minaccia di sanzione penale nel pubblico interesse ... L'altra categoria comprende alcuni e forse tutti i reati di *public nuisance* ... Infine, vi possono essere casi in cui, sebbene vi sia un procedimento penale, esso costituisce soltanto uno strumento per rafforzare un diritto civile ... ¹⁹".

Se poniamo attenzione alle categorie elaborate dalla giurisprudenza e ora indicate, non facciamo difficoltà a rinvenirne fondamentalmente

Indictable offences

¹⁸ Cfr. Quanto riportato circa il caso *Harding v. Price* (1948) in TURNER J. W. C. A. LL. ARMITAGE (a cura di), *Cases on criminal law*, III ed., 1964.

¹⁹ Cfr. *Sherras v. De Rutzen* (1895) 1 Q.B. 918 come riportata da VINCIGUERRA S., *op. cit.* p. 270

tutti *non indictable offenses*, una serie di reati, cioè, di minore gravità. In realtà, il passaggio da questa tipologia di reati a quella più interessante e, sicuramente, più grave degli *indictable* è breve.

Si iniziò, quindi, ad introdurre silenziosamente la *strict liability* in tematiche sociali molto importanti: art. 55 *Offences against the person Act* 1861 (sulla sottrazione di minori), su alcune problematiche circa le sostanze stupefacenti, sulla vendita di prodotti farmaceutici con l'art. 58 comma 2, lett. a) del *Medicine Act* 1968 ecc.

Emblematica l'affermazione di lord Scarman nella importante pronuncia sul caso *Gammon Ltd v. Attorney - General of Hong Kong*:

"per ritenere una persona responsabile di un reato c'è la presunzione che occorra la *mens rea*; essa è particolarmente forte nei reati a carattere sostanzialmente criminale (*truly criminal*); vale per i reati previsti dalla legge scritta e può essere disattesa solo se ciò risulta dalla legge in modo chiaro o per necessaria implicazione; la presunzione può essere disattesa nel solo caso in cui la legge scritta ha scopi sociali; quando la legge scritta ha scopi sociali la presunzione di *mens rea* rimane, salvo possa essere dimostrato che la creazione di una *strict liability* è efficace per promuovere gli scopi della legge incoraggiando una maggiore vigilanza nel prevenire che siano commesse condotte vietate²⁰".

Pian piano, da riferimenti giurisprudenziali si giunse a definizioni di carattere propriamente legislativo, come quanto affermato nel *Contempt of Court Act* 1981, che apre proprio con un tentativo disciplinare della materia²¹.

²⁰ Cfr. così citata da VINCIGUERRA S., *op. cit.*, p. 275

²¹ **Strict liability**

1 The strict liability rule.

In this Act "the strict liability rule" means the rule of law whereby conduct may be treated as a contempt of court as tending to interfere with the course of justice in particular legal proceedings regardless of intent to do so.

2 Limitation of scope of strict liability.

(1)The strict liability rule applies only in relation to publications, and for this purpose "publication" includes any speech, writing, or other communication in whatever form, which is addressed to the public at large or any section of the public.

Considerate le numerose affermazioni avverso la tematica della responsabilità oggettiva sul piano europeo, anche la tradizione anglosassone dovette cercare di limitare l'affermarsi sempre più invasivo di questo tipo di responsabilità che sembrava trovare albergo in modo sempre più semplificato in ogni tematica penalistica.

Si svilupparono, quindi, parallelamente delle teorie atte a ridurre o, quantomeno, a limitarne i drastici effetti in termini di punibilità attraverso l'introduzione di alcune forme di *defences* che non sempre risultavano, però, sufficienti (si ricordi, uno per tutti, l'articolo 28 comma 2 del *Misuse of Drug Act 1971*)²².

Cercando di fare, dunque, chiarezza su quanto fino ad ora affermato, diciamo che la tendenza generale presso gli ordinamenti britannici con derivazione *common law* all'indomani delle riflessioni di cui sopra fu la seguente:

- 1) necessità assoluta della colpevolezza per i reati gravi;

(2)The strict liability rule applies only to a publication which creates a substantial risk that the course of justice in the proceedings in question will be seriously impeded or prejudiced.

(3)The strict liability rule applies to a publication only if the proceedings in question are active within the meaning of this section at the time of the publication.

(4)Schedule 1 applies for determining the times at which proceedings are to be treated as active within the meaning of this section.

²² **28Proof of lack of knowledge etc. to be a defence in proceedings for certain offences.**

(1)This section applies to offences under any of the following provisions of this Act, that is to say section 4(2) and (3), section 5(2) and (3), section 6(2) and section 9.

(2)Subject to subsection (3) below, in any proceedings for an offence to which this section applies it shall be a defence for the accused to prove that he neither knew of nor suspected nor had reason to suspect the existence of some fact alleged by the prosecution which it is necessary for the prosecution to prove if he is to be convicted of the offence charged.

(3)Where in any proceedings for an offence to which this section applies it is necessary, if the accused is to be convicted of the offence charged, for the prosecution to prove that some substance or product involved in the alleged offence was the controlled drug which the prosecution alleges it to have been, and it is proved that the substance or product in question was that controlled drug, the accused—

(a)shall not be acquitted of the offence charged by reason only of proving that he neither knew nor suspected nor had reason to suspect that the substance or product in question was the particular controlled drug alleged; but

(b)shall be acquitted thereof—

(i)if he proves that he neither believed nor suspected nor had reason to suspect that the substance or product in question was a controlled drug; or

(ii)if he proves that he believed the substance or product in question to be a controlled drug, or a controlled drug of a description, such that, if it had in fact been that controlled drug or a controlled drug of that description, he would not at the material time have been committing any offence to which this section applies.

(4)Nothing in this section shall prejudice any defence which it is open to a person charged with an offence to which this section applies to raise apart from this section.

- 2) temperamento del criterio della *strict liability* in merito ai *regulatory crimes* attraverso l'inversione dell'onere della prova o l'ampliamento dei casi di *negligence*
- 3) tentativo di introduzione della cosiddetta clausola di salvaguardia codificata nelle forme "salvo che non sia diversamente previsto" o simili.

2. States of Mind: A) Premessa. - Avendo fino ad ora dettato gli estremi per una panoramica sostanziale di alcuni elementi portanti per comprendere profondamente la struttura della fattispecie di reato presso gli ordinamenti a *common law* e preparare quindi l'analisi del sistema israeliano, risulta, a questo punto, necessario, con altrettanto precisa attenzione, approfondire tutto ciò che concerne pienamente i cosiddetti *states of mind* o, per meglio dire, gli atteggiamenti psichici fondamentali che la *classical theory* vorrebbe come essenziali per comprendere il complesso rapporto tra *l'actus reus* e tutto ciò che ad esso si relaziona.

*States of Mind
e Mens Rea*

Come sappiamo, commetteremmo un'imprudenza nel confondere i suddetti *states of mind* con la *mens rea* tenuto conto di quanto fino ad ora affermato: la dottrina classica, infatti, riconosce la *mens rea* non onnicomprensiva di tutti gli *states of mind* ma solo di una parte di essi.

Volendo procedere per gradi, ricordiamo come la dottrina principale racchiuda, essenzialmente, tutti gli atteggiamenti psicologici fondamentali in relazione all'*actus reus*, riconducibili a quattro grandi categorie: *intention, recklessness, negligence, blameless inadvertence*.

Partendo dal presupposto che le prime due categorie appartengono, con certezza, alla *mens rea*, la discussione si può, invece, infiammare quanto alle altre due.

In merito alla *blameless inadvertence*, si ricordi come si ponga necessariamente fuori dalla *mens rea*, illustrando questa tipologia il caso in cui non si possa, comunque, pretendere da un determinato soggetto la percezione di un determinato rischio con relativa impossibilità nella promozione di un dato rimprovero.

Quanto all'esternalizzazione della *negligence* dal pacchetto *mens rea* abbiamo già parlato.

Alla luce di tutte queste riflessioni, dobbiamo fare riferimento al dato legislativo fattuale dove, chiaramente, si specifica che un'offesa si realizza pienamente solamente quando il soggetto agente agisce con un *subjective mental state* anche definito *criminal thought*²³.

**Section 19
Penal Law
"Criminal Intent"**

²³ Cfr. ALEXANDER L., *Insufficient Concern: a Unified Conception of Criminal Culpability*, in 88 *California Law Review*, 2000, pp. 931; ASHWORTH A., *Belief, Intent and Criminal Liability*, in Eekelaar J. and Bell J. (eds) *Oxford Essays in Jurisprudence*, 3 Series, Oxford Univ. Press, 1987; ASHWORTH A., *Criminal Justice and Deserved Sentences in Criminal Law Review*, 1989, 340; ASHWORTH A., *Reforming the Law of Murder*, in *Criminal Law Review*, 1990, 75; ASHWORTH A., *Principles of Criminal Law*, (2. ed.) Oxford Univ. Press., 1995a; ASHWORTH A., *Sentencing and Criminal Justice*, (2 ed.), London, 1995b; ASHWORTH A., *Principles of Criminal Law*, (3. ed.) Oxford Univ. Press., 1999; ASHWORTH A., *Sentencing and Criminal Justice*, (3 ed.), London, 2000; AUDI R., *Intending*, in 70 *Journal of Philosophy*, 1973, 387; BEIN D., *Knowledge which Reached a High Degree of Probability*, in 2 *Israel Law Review*, 1967, 18; BENNET J., *Morality and Consequences* in S. M. McMurrin (ed.) *The Tanner Lectures of Human Values*, vol. 2, Salt Lake City, 1981, 45; BENNET J., *The Act Itself*, Oxford, 1995; BRANDT R.B., *A Motivational Theory of Excuses in the Criminal Law*, in 27 *Nomos*, 1985, 165; BUZZARD L.H., *Intent*, in *Criminal Law Review*, 1978; CARD R., CROSS R., JONES P.A., *Criminal Law*, (14 ed.), London, 1998; CAVANAUGH T.A., *Double Effect and the End - Not - Means Principle: A Response to Bennett*, in 16 *Journal of Applied Philosophy*, 1999, 181; CROSS R., *The Mental Element in Crime*, in 83 *Law Quarterly Review*, 1967, 215; CROSS R., JONES P.A., *Introduction to Criminal Law*, (10 ed.) London, 1984; DENNIS I. H., *The Mental Element for Accessories* in P. SMITH (ed.) *Criminal Law: Essays in Honour of J. C. Smith*, London, 1987, 40; DENNIS I., *Intention and Complicity a Reply*, in *Criminal Law Review*, 1988, 649; DUFF R.A., *Intentionally Killing the Innocent*, in 34 *Analysis*, 1973, 16; DUFF R.A., *Absolute Principles and Double Effect*, in 36 *Analysis*, 1976, 68; DUFF R.A., *Intention, Mens Rea and the Law Commission Report*, in *Criminal Law Review*, 1980a, 147; DUFF R.A., *Intention, Recklessness and Probable Consequences*, in *Criminal Law Review*, 1980b, 404; DUFF R.A., *Intentions Legal and Philosophical*, in 9 *Oxford Journal of Legal Studies*, 1989, 76; DUFF R.A., *Intention, Agency and Criminal Liability*, Oxford, 1990; DUFF, R.A., *Criminal Attempts*, Oxford, 1996; ENKER, A.N., *Mens Rea and Criminal Attempt*, in *American Bar Foundation Research Journal*, 1977, 845; FELLER S.Z., *The Knowledge Rule*, in 5 *Israel Law Review*, 1970, 352; FINNIS J., *Moral Absolutes*, Washington, 1991; FINNIS J., *Intention and Side - Effects*, in FREY R.G. and MORRIS C.W. (eds) *Liability and Responsibility*, Cambridge, 1991, 32; FLETCHER G.P., *Rethinking Criminal Law*, Boston, 1978; FREY R.G., *Rights, Killing and Suffering*, Oxford, 1983; FRIED C., *Rights and Wrong - Preliminary Considerations*, in 5 *Journal of Legal Studies*, 1976, 165; FRIED C., *Rights and Wrong*, Cambridge, 1978; GILLIES P., *Criminal law*, Sidney, 1997; GLOVER J., *Causing Death and Saving Lives*, New York, 1977; GOFF R., *The Mental Element in the Crime of Murder*, in 104 *Law Quarterly Review*, 1988, 30; GORDON G.H., *Subjective and Objective Mens Rea*, in 17 *Criminal Law Quarterly*, 1975, 355; GORDON G.H., *The Criminal Law of Scotland*, (2 ed.), Edimburgh, 1978; GORDON G.H., *The Criminal Law of Scotland*, (3 ed.), Edimburgh, 2000; GORR M., *Should the Law Distinguish between Intention and (Mere) Foresight?*, in 2 *Legal Theory*, 1996, 359; GRISEZ G.G. *Toward a Consistent Natural - Law Ethics of Killing*, in 15 *The American Journal of Jurisprudence*, 1970, 64; GROSS H., *A Theory of Criminal Justice*, New York, 1979; HADDEN T., *Offences of Violence: the Law and the facts*, in *Criminal Law Review*, 1968, 521; HALL J., *Generale Principles of Criminal Law*, (2 ed.), Indianapolis, 1960; HART H.L.A., *Law, Liberty and Morality*, Stanford, 1963; HART H.L.A. *Punishment and Responsibility*, Oxford, 1968; HORNER J., *Criminal Culpability: The Possibility of a General Theory*, in 12 *Law and Philosophy*, 1993, 193; HORNER J., *Intention in the Criminal Law - A Rejoinder*, in 58 *Modern Law Review*, 1995, 678; HUIGENS K., *Virtue and Inculcation*, in 108 *Harvard Law Review*, 1995, 1423; KADISH S.H., *Blame and Punishment*, New York, 1987; KAGAN S., *The limit of Morality*, Oxford,

Section 19 del Penal Code Israeliano specifica che:

Article Two: Psychological Basis of the Offense

Criminal intent is required

Section 19. A person commits an offense only if he committed it with criminal intent, unless -

(1) in the definition of the offense, negligence is stated to be the necessary psychological basis for its commission; or

(2) the offense is of the category of offenses with enhanced liability.

אדם מבצע עבירה רק אם עשאה במחשבה פלילית, זולת אם

(1) נקבע בהגדרת העבירה כי רשלנות היא היסוד הנפשי הדרוש לשם התהוותה; או

(2) העבירה היא מסוג העבירות של אחריות קפידה.

1989; KATZ L., *Form and Substance in Law and Morality*, in 66 *University of Chicago Law Review*, 1999, 566; KENNY A., *Intention and Purpose in Law*, in R.S. Summers (ed.) *Essays in Legal Philosophy*, Oxford, 1968, 146; KREMNIETZ M., *The Punishability of Impossible Attempts*, in 19 *Israel Law Review*, 1984, 340; KRETZMER D., *Intent in Criminal Libel: Statutory Interpretation or Judicial Imagination?* in 21 *Israel Law Review*, 1986, 591; KUGLER I., *Foresight of a High Degree of Probability in the Criminal Law*, Jerusalem, (in Hebrew), 1993; KUGLER I., *On the Possibility of a Criminal Law Defence for Conscientious Objection*, in 10 *The Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 1997, 387; LA FAVE W.R. - SCOTT A.W., *Criminal Law*, (2. ed), 1986; MACKIE J.L. *Ethics: Inventing Right and Wrong*, Pelican Books, 1977a; MEEHAN E. - CURRIE J.H., *The Law of Criminal Attempt*, (2 ed.) Toronto, 2000; MICHAELS A.C., *Acceptance: The Missing Mental State*, in 71 *Southern California Law Review*, 1998, 953; MITCHELL B., *Culpability Indifferent Murder*, in 25 *Anglo-American Law Review*, 1996, 64; OBERDIEK H., *Intention and Foresight in Criminal Law*, in 81 *Mind*, 1972, 389; OHANA D., *Sentencing Reform in Israel: The Goldberg Committee Report*, in 32 *Israel Law Review*, 1998, 591; QUINN W., *Morality and Action*, Cambridge, 1993; RAZ J., *The Morality of Freedom*, Oxford, 1986; ROBINSON P.H., *Criminal Law Defenses*, St. Paul, 1984; ROBINSON P.H., *Hybrid Principles for the Distribution of Criminal Sanctions*, in 82 *Northwestern University Law Review*, 1987, 19; ROBINSON P.H., *Structure and Function in Criminal Law*, Oxford, 1997; ROXIN D., *The Dogmatic Structure of Criminal Liability in the General Part of the Draft Israeli Penal Code - A Comparison with German Law*, in 30 *Israel Law Review*, 1996, 60; SILVING H., *Constituent Elements of Crime*, Springfield, 1967; SMITH J.C., *The Element of Chance in Criminal Liability*, in *Criminal Law Review*, 1971, 63; SMITH J.C., *Intent: A Reply*, in *Criminal Law Review*, 1978, 14; SMITH J.C. - HOGAN B., *Criminal Law*, (9. ed), London, 1999; STEPHEN J.F., *A History of the Criminal Law of England*, London, 1883; STUART D., *Mens Rea, Negligence and Attempts*, in *Criminal Law Review*, 1968, 647; WILLIAMS G., *Criminal law: The Generale Part* (2 ed.), London, 1961; WILLIAMS G., *The Mental Element in Crime*, Jerusalem, 1965; WILLIAMS G., *The Sanctity of Life and the Criminal Law*, New York, 1974; WILLIAMS G., *The Mental Element in Crime, The Law Commission's Report No. 89: The Meaning of Terms*, in *Criminal Law Review*, 1978, 588; WILLIAMS G., *Textbook of Criminal Law*, (2 ed.), London, 1983; WILLIAMS G., *The Problem of Reckless Attempt*, in *Criminal Law Review*, 1983, 365; WILLIAMS G., *Oblique Intention*, in 46 *Cambridge Law Journal*, 1987, 417.

Quindi, il legislatore ricorda come un soggetto commetterebbe un'offesa solo quando il suo agire è supportato da *criminal thought*, salvo fatto i casi di *negligence*.

Come avviene anche presso il sistema italiano, la gran parte dei reati devono essere puniti se compiuti con un particolare "pensiero criminale", salvo i casi di *negligence - colpa* che potrà sviluppare il proprio agire solo nei casi previsti dalla legge²⁴.

2.1 States of Mind: B) Intention. - Quanto a questo primo fondamentale status psicologico, dobbiamo necessariamente, quanto alla propria descrizione, fare riferimento alla dottrina classica per la quale *intention* esprime:

"Intention"

- a) secondo la *visione finalistica* "il desiderio che la conseguenza derivi da un movimento fisico o la consapevolezza che la conseguenza è praticamente certa",
- b) secondo la *visione sostanzialistica* "un movimento consapevole accompagnato dalla conoscenza delle circostanze²⁵".

Parlare d'*intention* però non è sufficiente: è, infatti, necessario che questo sostantivo venga adeguatamente qualificato.

Si usa in tal senso parlare di *direct intention* e di *oblique intention*.

Parliamo di *direct intention* quando "le conseguenze non sono semplicemente un risultato previsto ma qualcosa che egli (il soggetto agente) stabilisce di perseguire come mezzo o come fine e che, come minimo, hanno costituito

**Direct
Intention
e Oblique
Intention**

²⁴ GALLO M., *Appunti di diritto Penale*, Vol. II., 2. ed., p. 134: "A proposito della colpa, occorre fare una distinzione: nei delitti ha carattere complementare nel senso che in tanto essa trova posto in quanto vi sia una disposizione che la preveda espressamente come modalità di realizzazione di un fatto criminoso; nelle contravvenzioni, agli effetti dell'accollo del fatto oggettivo, essa è equiparata a dolo - salvo i casi nei quali la struttura del reato contravvenzionale è configurata come esclusivamente dolosa o colposa".

²⁵ WILLIAMS G., *Textbook of criminal law*, op. cit. p. 123

parte della ragione per cui ha agito in un determinato modo²⁶". In questo caso, parliamo, evidentemente, di uno stato volitivo, poiché il soggetto agente *vuole* fortemente il suo oggetto come mezzo per ottenere altro o semplicemente come mero fine a se stesso.

Ci riferiamo, invece, a *oblique intention* quando "una conseguenza è voluta anche se non desiderata, ossia, è prevista dall'agente come effetto collaterale di ciò che il soggetto si propone e che egli ritiene certo²⁷". In tal caso, ci troviamo innanzi ad un atteggiamento, invece, di carattere cognitivo, poiché il suo oggetto è ciò che l'agente semplicemente sa o conosce.

Per comprendere meglio questo secondo elemento, che è quello poi che nel diritto israeliano desta maggiore dibattito in dottrina per la profondità di indagine psicologica che, in fin dei conti, richiede, ci rifacciamo a quanto affermato in una diversa importante analisi dove si specificava che:

"una nozione come quella di *oblique intention* è essenziale sia per il diritto che per la morale, in quanto vi sono molte situazioni in cui l'agente il quale opera nella consapevolezza che talune conseguenze sono praticamente certe è tanto da biasimare quanto chi si è adoperato per produrre tali conseguenze ... se una persona ha scelto per qualche biasimevole motivo (ad esempio, ottenere il premio assicurativo stipulato su una nave) di affondarla in mare aperto e, per conseguenza, causa la morte dei passeggeri, non rileva in alcun modo se al momento di agire egli sperava che costoro fossero raccolti da una nave di passaggio. Egli è colpevole di *murder* come se avesse annegato nell'acqua con le proprie mani ciascuna di quelle persone"²⁸ o ancora "Se taluno vende deliberatamente ad un'altra persona una pistola che dovrà essere utilizzata per assassinare un terzo, egli potrà essere indifferente riguardo al fatto che quest'ultimo sopravviva o meno e può essere interessato

²⁶ KENNY A., *Free will and responsibility*, 1978, p. 51

²⁷ WILLIAMS G., *op. cit.*, p. 85

²⁸ CROSS R., JONES A., *An introduction to criminal law*, VI ed., 1968, p. 41.

soltanto al profitto che riceverà dalla vendita, ma ciò nonostante può essere condannato per correttezza²⁹.

Sulla base delle considerazioni tenute fino ad ora, possiamo senza dubbio considerare la *direct intention* alla stregua del nostro *dolo intenzionale*, costituendo il reato lo scopo stesso per cui il colpevole agisce mentre per *oblique intention* dovremmo intendere la fattispecie del *dolo diretto*³⁰.

Nonostante numerosa dottrina locale sembra ribadire la difficoltà di individuazione di una certa linea di demarcazione tra le due fattispecie (si tenga sempre conto della mancanza di forte approfondimento giuridico penale sulla questione) la suddetta divisione rappresenta elemento costitutivo del panorama giuridico penale israeliano.

Tutto ciò premesso, è necessario scendere nell'analisi fattiva della legislazione israeliana: abbiamo già detto come secondo la dottrina maggioritaria quando il soggetto agente agisce *in order to cause the result, intention* è ritenuta presente anche se egli abbia agito con la previsione che ci fosse solo una bassa probabilità della realizzazione del risultato e, oltretutto, "intention is established even if the actor only needs the result to occur as a means to another end"³¹.

2.1.1 segue: Evoluzione normativa. - Questa la norma:

Criminal intent

Section 20.

²⁹ *National Coal Board v. Gamble* (1958)

³⁰ Su questo punto vedi GALLO M., *Appunti di diritto Penale*, Vol. II., 2. ed., p. 122: "A seconda dell'intensità di tale rappresentazione, sia in rapporto all'efficacia causale sul processo volitivo, che al gradi di probabilità con cui il suo oggetto viene raffigurato, si delineano distinte forme di dolo e si realizza, altresì, un criterio alla cui stregua si gradua l'intensità di quest'ultimo. Intensità che sarà massima allorchè la rappresentazione del verificarsi di un fatto di reato (completo degli elementi che ne costituiscono il tipo oggettivo, nonchè l'offesa contenuto) è lo scopo in vista del quale il soggetto si determina alla condotta (in senso stretto). In tale ipotesi il dolo assume la forma di "dolo intenzionale". Distinta da questa, e seconda in ordine di intensità, è la figura del dolo semplice o diretto che si verifica quando l'agente ha compiuto volontariamente una certa azione, rappresentandosene con certezza lo sbocco in un fatto di reato, senza però che questa rappresentazione eserciti efficacia determinante sulla volizione della condotta".

³¹ C.A. 3338/99 *Pakovitz v. State of Israel* 54(5) PD 667, p. 694 - 695

(a) Criminal intent – awareness of the character of the act, of the circumstances and of possible consequences of the act, such as are of the particulars of the offense, and in respect of the consequences also one of the following:

(1) intent³² – in order to cause those results;

(2) recklessness, which consists of one of the following:

(a) indifference – a casual attitude to the possibility that those consequences will result;

(b) imprudence – in accepting an unreasonable risk that those consequences may result, while hoping to be successful in avoiding them.

(b) For purposes of the intent, the ability to foresee that a certain consequence is an almost certainly possible occurrence is equivalent to the intent to cause that occurrence.

(c) For purposes of this section –

(1) if a person suspected the nature of his conduct or the possibility that the said circumstances would be caused, then he shall be deemed to have been aware of them, if he failed to clarify the matter;

(2) it is immaterial if the act was committed against a person or asset different from that against which it was intended to commit the act.

(א) מחשבה פלילית מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות ולאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה, הנמנים עם פרטי העבירה, ולענין התוצאות גם אחת מאלה:

(1) כוונה במטרה לגרום לאותן תוצאות;

(2) פזיזות שבאחת מאלה:

³² ENDLICH G. A., *The doctrine of mens rea in 13 Crim. L. Mag. & Rep. p. 831 1891*: "Intent in Crime: It is a principle of natural justice and of our law, says Lord Kenyon, that the intent and the act must both concur to constitute the crime. So long as the act rests in bare intention, it is not punishable. Cogitaftonts poenam nemo patitur On the other- hand, an act may be done which the law declares punishable, and while. doing it the state of the actor's mind may have been such as to preclude the rference of an immoral or unlawful intent. In either case, there- is lacking one of the ordinarily essential ingredients of criminality. It is obvious, however, that there would be an end of social order and public peace and safety, if offenders against the law were permitted to, justify themselves by pleading each his special views, necessities and purposes, and, by purging themselves of a distinctively wicked intent, escape the penalties appointed for their offences. Neither the principle just referred to, nor its Latin formula, contemplates any such absurdity A few instances will indicate its operation, and illustrate its mean- ing and the limits of its legitimate application".

- (א) אדישות בשוויון נפש לאפשרות גרימת התוצאות האמורות;
- (ב) קלות דעת בנטילת סיכון בלתי סביר לאפשרות גרימת התוצאות האמורות, מתוך תקווה להצליח למנען.
- (ב) לענין כוונה, ראייה מראש את התרחשות התוצאות, כאפשרות קרובה לוודאי, כמוה כמטרה לגרמן.
- (ג) לענין סעיף זה
- (1) רואים אדם שחשד בדבר טיב ההתנהגות או בדבר אפשרות קיום הנסיבות כמי שהיה מודע להם, אם נמנע מלבררם;
- (2) אין נפקה מינה אם נעשה המעשה באדם אחר או בנכס אחר, מזה שלגביו אמור היה המעשה להיעשות.

Section 20(b) prevede che il soggetto che ha agito con la "quasi certezza" - *almost certain* che il risultato si verificherà verrà considerato come se avesse agito con l'intento di causare il risultato. La stessa *intention* verrà ritenuta presente anche in tutti quei casi in cui "there was no purpose to cause the result, provided that the actor foresaw that the result was almost certain to occur" nei casi di *oblique intention* prima esplicitati.

Questa "regola" già descritta nella section 20 (b) è chiamata dalla *"the foresight rule"* dottrina Israeliana *"the foresight rule"*. Il problema, ora, è comprendere se essa possa essere costitutivamente applicata a tutti gli *"intention crimes"* o se, al contrario, ci siano delle fattispecie per le quali la *oblique intention* non si dimostri, in realtà, sufficiente.

Prima dell'emendamento n. 39 il legislatore non aveva definito il concetto di *intention*, meno che meno quello di *oblique intention*, che, tuttavia, risultava saltuariamente dalle sentenze ad opera di pronunce singole da parte dei giudici.

Section 15
"vecchio"
codice del
1977

Così il **vecchio codice del 1977** su *intention*:

Section 15 (a) A person is not criminally responsible for an act or omission which *occurs independently of his will*, or for an event which occurs by accident, unless criminal negligence involved.

(b) The intention to cause a particular result by an offence immaterial unless such intention expressly declared to be an

Questa invece la norma dettata dal **CCO per il Mandato Britannico**:

**Section 11 del
CCO su *intention***

Section 11 (1) Subject to the express provisions of this Code relating to negligent acts and omissions, *a person is not criminally responsible for an act or omission which occurs independently of the exercise of his will, or for an event which occurs by accident.*

(2) Unless the intention to cause a particular result is expressly declared to be an element of the offence constituted, in whole or in part, by an act or omission, the result intended to be caused by an act or omission is immaterial.

(3) Unless otherwise expressly declared, the motive by which a person is induced to do or omit to do an act, or to form an intention, is immaterial so far as regards criminal responsibility.

Evidente il passaggio da una semplicistica affermazione "intenzionale" ad un qualcosa di più delineato già nel Codice del 1977. Su questo è innegabile rinvenirne le influenze di natura continentale, che manifestano una volontà del legislatore di approfondire la tematica in modo sistematico, realtà che si distacca, quindi, dall'originaria matrice a *common law* avvicinandosi molto di più al nostro sistema. Mancano, tuttavia, evidenti riferimenti a qualsiasi altro *status of mind* come già ricordato.

2.1.2 segue: Criticità. - In ogni caso, numerose sono state le espressioni giurisprudenziali, a volte a favore a volte contrarie, all'applicazione della *foresight rule* a tutti i casi d'*intentional crimes*: possiamo, di certo, definitivamente affermare che il flusso giurisprudenziale si assestò, grosso modo, sulla chiara volontà di escludere la concreta applicabilità della *rule* dinanzi a due precise fattispecie:

**Applicazione della
rule alle fattispecie
di reato**

a) murder with premeditation³³; in Israele questa forma di omicidio è stata grandemente studiata per una serie di motivi di chiara comprensione (soprattutto a livello religioso) e si richiede, come possiamo intendere, che "the actor intend to cause the death of the victim"³⁴.

La pena prevista in questo caso è la *mandatory life imprisonment*. Se il soggetto agente è solo *reckless* circa la morte della vittima, egli sarà colpevole di *manslaughter* e soggetto nel massimo della pena a venti anni di reclusione. La Supreme Court ha specificato che per l'omicidio con premeditazione è assolutamente necessario che il soggetto agente abbia voluto causare la morte della vittima. Qualora il suo agire non sia accompagnato da tale volontà, egli potrà essere condannato per *manslaughter*, anche se al momento dell'azione egli fosse assolutamente sicuro o quasi sicuro che la morte avrebbe raggiunto la vittima.

La Corte ha giustificato questa decisione specificando che:

1) solo chi vuole essere causa della morte della vittima (non quindi con mera *oblique intention*) può essere effettivamente considerato un assassino agli occhi di Dio;

2) la *mandatory sentence of life imprisonment* è una punizione adeguata solo per coloro che, realmente, hanno questa ferma intenzione³⁵ (in merito al concetto di pena si rimanda a quanto già ampiamente affermato in precedenza).

b) defamatory libel: si richiede, anche in questo caso, che il soggetto agente abbia agito con intento diffamatorio *with intent to injure the reputation of the victim*³⁶. Anche in questo caso, la Supreme Court tendeva ad escludere la *rule*.

³³ *Premeditation - Section 301.*

(a) For purposes of section 300, a person who killed a person shall be deemed to have killed him with premeditation, if he resolved to kill him and killed him in cold blood without any provocation immediately before the act, under circumstances in which he was able to think and to understand the result of his actions, and after he prepared himself to kill him or prepared the instrument with which he killed him.

(b) In respect of the decision and preparation to kill, it is immaterial whether he resolved to kill that person or any one – specified or unspecified – member of his family or race.

(c) In order to prove premeditation, it is not necessary to show that the defendant was in a certain state of mind for any period of time before the offense was committed or that the instrument with which the offense was committed was prepared at a certain time before the act.

³⁴ Cfr. section 300.

³⁵ C.A. 552/68 *Iluz v. State of Israel* 23(1) PD 377, p. 390

Come abbiamo già avuto modo di dire, la *foresight rule* appare oggi nella section 20(b) del Penal Code.

(b) For purposes of the intent, the ability to foresee that a certain consequence is an almost certainly possible occurrence is equivalent to the intent to cause that occurrence.

Con la definitiva affermazione legislativa della *rule* ci si è chiesto se le riflessioni della Supreme Court fossero in definitiva ancora applicabili o, in realtà, ci fosse un'unica dichiarazione di generale applicabilità della regola a tutti gli *intention crimes*.

Result crimes e ulterior intent

La giurisprudenza della Supreme Court si è assestata su questa riflessione secondo la quale sarebbe necessario compiere un'importante distinzione tra

"*result crimes of intention*" (parliamo cioè di *intention crimes* nei quali *the intended result* è parte dell'*actus reus*) e "*offenses of ulterior intent*" (ci si riferisce a reati per i quali è richiesta

Foresight rule solo per i result crimes of intention

intention per causare X ma X non è parte dell'*actus reus* del reato, motivo per cui la *conviction of the offense* non dipende dal verificarsi di X). I giudici hanno riflettuto sul linguaggio utilizzato dalla *section 20* in merito alla definizione di *intention* così come della *foresight rule* che apparirebbe, appunto, solamente in riferimento alla prima tipologia di reati. Motivo per cui non dovrebbe trovare applicazione negli *offenses of ulterior intent*. Ciò premesso, per quanto riguarda quest'ultima tipologia di reati, la regola rimane quella vigente prima dell'Emendamento n. 39 con libertà da parte della Corte nel determinare quando e come applicare la *rule*.

Offenses of ulterior intent soggetti alla libertà della Corte nell'applicazione della rule.

Per questo motivo, nel caso di *defamatory libel*, poiché si tratta di *offence of ulterior intent*, la Corte continua ad affermare il proprio primato nella decisione circa l'applicazione o meno della *rule* come prima della riforma.

³⁶ Prohibition of Defamation Law (1965), section 6

Un secondo problema, a questo punto, è rappresentato dal *murder with premeditation*: in questo caso infatti non possono valere le considerazioni tenute fino ad ora in quanto questo *non rientra* nella tipologia dei reati a *ulterior intent* quindi vi si dovrebbe applicare la *rule*. Anche in questo caso, però, la dottrina, facendo riferimento al fatto che nella norma si parla sì di *intention* ma non di *premeditation*, escluderebbe la stessa fattispecie dal bacino dei reati soggetti a *rule* e quindi tenderebbe a preservare la vecchia esclusione giurisprudenziale³⁷. Il problema resta, dunque, ancora aperto come, del resto, molti dei casi di dubbia interpretazione che, soprattutto a seguito della riforma, hanno manifestato la loro concreta fragilità dogmatica di base.

Il caso del *murder of premeditation*

Individuata questa prima importante distinzione fondante, si ricordi come anche al diritto israeliano non sia estranea la contrapposizione tra *dolo generico*, definito *basic intent*, e dolo specifico (*specific intent*) definito come quel "fine ulteriore esterno all'*actus reus* e prettamente mentale che non costituisce l'intero reato ma spinge il soggetto ad agire³⁸". Anche secondo quest'ordinamento, il dolo specifico deve necessariamente risultare all'esterno attraverso una individuazione legislativa precipua e non può essere lasciato alla generale interpretazione. Devono quindi esserci delle espressioni chiare che enuncino tale *specific intent*.

Dolo generico e dolo specifico

In realtà si ricordi come, anche in questo senso, non ci sia una certa unità in dottrina ma pare permanere un generico senso di incertezza nell'individuazione della fattispecie soprattutto quando, in alcuni reati, la dottrina sottolinea la

³⁷ C.A. 5446/99 *Elimelech v. State of Israel* 56(4) PD 49

³⁸ Cfr. GALLO M., *Appunti di diritto Penale*, Vol. II., 2. ed., p. 127: "Una distinzione alla quale, contrariamente a quanto abbiamo visto a proposito della precedente, va, invece, attribuita grande importanza è quella tra dolo generico e dolo specifico. Si ha il primo allorchè la norma incriminatrice esige soltanto che il dolo investa gli elementi del fatto tipico più l'offesa che esprime il disvalore giuridico di quest'ultimo. Si configura il secondo quando, alla stregua di una determinata norma incriminatrice, è necessario agire in vista di uno scopo fissato dalla legge la cui realizzazione non trova riscontro sul piano della fattispecie oggettiva. In tale ipotesi, il dolo appare caratterizzato da una particolare composizione strutturale la quale pone, altresì, un problema di oggetto con riferimento al risultato, in vista del quale si agisce, se da un lato, cioè, l'efficacia causale, rispetto alla volizione, svolta dalla rappresentazione di questo risultato, svuota di rilevanza ogni indagine circa l'intensità (certezza, probabilità o possibilità) di essa, dall'altro è indubbio che ciascuna delle regole dettate in tema di errore, quale situazione la cui presenza impedisce il sorgere del dolo, vale anche per l'oggetto della rappresentazione costitutiva del particolare elemento che integra il dolo specifico".

presenza di un'altra figura denominata *ulterior intent* che pare, a volte, configurarsi anch'essa come *dolo specifico*.

Tralasciando, momentaneamente, questa distinzione ulteriore si ricordi la seguente analisi:

"Nel considerare la questione della *mens rea* è necessario tracciare una distinzione tra intenzione riferita ad atti considerati in relazione al loro scopo e intenzione riferita ad atti indipendentemente dal loro scopo. Una intenzione generica riguardo alla commissione di un atto è, in alcuni casi, la sola intenzione richiesta per costituire il reato mentre, in altri casi, ci deve essere, in aggiunta a tale intenzione generale, un'intenzione specifica riguardante lo scopo per il quale l'atto fu commesso. In breve, nei casi in cui il reato sia a dolo specifico, l'accusa deve di solito provare che lo scopo per il quale l'atto fu commesso si estende sino all'intenzione espressa o implicita nella definizione del reato"³⁹.

E' necessario a questo punto affrontare un altro problema dottrinale importante: quello del cosiddetto *accertamento probabilistico*. Il diritto penale israeliano, rifacendosi al primo diritto penale britannico, ha ereditato anche una scomoda forma di qualificazione probabilistica nella valutazione della responsabilità penale dell'imputato.

**Accertamento
probabilistico**

Si parta da questa espressione giuridica inglese, secondo la quale "si deve presumere che un uomo voglia le conseguenze naturali e probabili delle proprie azioni". Stando ad una lettura superficiale, si presume che chi agisce è già di per sé conscio delle conseguenze normali della propria condotta.

Ora, *nulla questio* sulla genuinità formale di tale affermazione che, tuttavia, rivela la propria pericolosità nel momento in cui la giurisprudenza rafforzi il passaggio da una considerazione presuntiva meramente *iuris* ad una presunzione assoluta.

***Praesumptio iuris o
de iure?***

³⁹ D. P. P. v. *Majewski* (1972) 2 All E.R. 142

L'esplicazione pratica di questo brocardo comportava il rischio che, una volta provata l'effettività della condotta da parte dell'imputato, veniva proprio su quest'ultimo scaricata la responsabilità di provare che non aveva avuto presente pienamente le conseguenze naturali o probabili dei propri atti.

In poche parole, si arrivò, presto, alla soluzione paradossale per cui dalla probabilità del verificarsi della morte o del ferimento di un dato soggetto a seguito della condotta dell'agente, sempre secondo le valutazioni ordinarie fatte da un uomo ragionevole, se ne sarebbe dovuto desumere una precisa *intention* di ferire o uccidere senza indagare ulteriormente il vero e proprio *state of mind*.

La presunzione assoluta, determinata da una valutazione previa su quello che normalmente un soggetto nell'ordinario possesso delle proprie capacità mentali dovrebbe essere in grado di valutare, prendeva il posto di una più congrua valutazione cognitiva dello status mentale dell'agente aprendo le porte alla pericolosissima attribuzione di una responsabilità penale praticamente del tutto ipotetica.

In tal senso, da notare quanto affermato, per esempio, nell'alveo di questo tentativo di riforma, nell'articolo 8 del *Criminal Justice Act* del 1967 dove si diceva che "una corte nel decidere se un soggetto ha commesso un reato

a) non sarà tenuta per legge a dedurre che egli voleva o prevedeva un risultato delle sue azioni solo per la ragione che si tratta della conseguenza naturale o probabile di quelle azioni;

b) dovrà decidere se egli voleva o prevedeva quel risultato con riferimento a tutti i mezzi di prova, secondo quanto è appropriato nelle circostanze del caso".

Il vero problema fu che, nonostante si tentò con tale manifestazione legislativa di mitigare la durezza probabilistica, fino ad allora introdotta nell'ordinamento penale, attraverso il tenue tentativo di trasformare questa ingiustificata presunzione assoluta in presunzione di fatto, permaneva la concezione secondo la quale era necessario includere nel concetto di *intention* anche la rappresentazione della probabilità dell'offesa penalmente rilevante che si

aggiungeva alla rappresentazione della certezza dell'offesa (oggetto tradizionale dell'*intention*⁴⁰).

Questa situazione di forte incertezza permane, in parte, tutt'ora soprattutto in merito poi alla individuazione precipua della distinzione tra ciò che è *recklessness* e ciò che è *intention*.

La linea di demarcazione tra i due istituti, se è, praticamente, poco significativa nei casi frequenti in cui la legge scritta descrive la *mens rea* nei termini alternativi di *knowledge* o *recklessness* è, invece, molto importante quando per il reato è richiesta esclusivamente l'*intention*, come avviene per il *murder*, nel qual caso la *recklessness* non integra la *mens rea*.

In particolare, ci sentiamo di specificare che, per quanto abbiamo potuto approfondire la tematica in oggetto, manca nella dottrina israeliana un approfondimento tale sul tema che ci consenta di affermare o, meglio ancora, di precisare il diverso gioco delle volontà e della rappresentazione in merito alle varie componenti dell'oggetto dell'*intention*. Non si capisce con chiarezza, anzi, direi quasi che il tema non pare smuovere minimamente le menti dottrinali circa la necessità di individuare quali siano gli elementi nei cui confronti si configuri uno stato volitivo e quelli verso i quali possa descriversi uno stato prettamente rappresentativo lasciando numerose problematiche aperte in termine di chiara qualificazione. In tal senso da considerarsi la fondamentale analisi del Prof. Gallo riportata in nota⁴¹.

**Rappresentazione
o volizione?**

**Elemento intellettuale
o volitivo a sostegno
degli elementi oggetto
di intention?**

⁴⁰ Sull'argomento occorre comunque ricordare quanto specificato in dottrina da GALLO M., *Appunti di diritto Penale*, Vol. II., 2. ed.,p. 104: "Il soggetto deve essere consapevole di offendere con il proprio fatto quell'interesse alla cui tutela è predisposta la norma incriminatrice. Si noti, però, che affermare che l'agente deve essere conscio di ledere l'interesse obiettivamente protetto, non equivale assolutamente a pretendere che egli debba rappresentarsi anche la tutela che l'ordinamento accorda all'interesse leso. La rappresentazione relativa all'offesa è una rappresentazione che cade sui momenti di fatto e sul loro significato nei confronti delle situazioni di interessi garantiti dalla legge. Non è una rappresentazione che concerna il valore giuridico la qualifica discendente dalla norma incriminatrice".

⁴¹ Ancora GALLO M., *Appunti di diritto Penale*, Vol. II., 2. ed.,p. 63: "Il dolo, che il legislatore definisce in maniera unitaria, imperniandone la nozione sul concetto di volontà, si è venuto profilando, invece, come un elemento di natura complessa, nel quale si riscontrano un momento volitivo, nel preciso significato psicologico del termine, diretto al movimento o all'inerzia corporei, che costituiscono la condotta in senso stretto; più un momento intellettuale, che investe tutti gli altri elementi della fattispecie".

Discorso a parte, sempre in merito alle evidenti differenze strutturali tra tradizione di *common law* qui imperante e *civil law* continentale, andrebbe fatto sulla section 20 (c) circa l'uso, abbastanza frequente nel diritto penale israeliano, di porre nel codice sostanziale riferimenti di procedura penale, le "*rules of evidence*", cosa assolutamente lontana dalla tradizione continentale⁴².

2.2 States of Mind: C) Recklessness. - Con questo istituto ci addentriamo in uno degli aspetti più discussi della dogmatica penalistica di *common law*, considerati i multiformi aspetti che tale realtà ci pone innanzi.

Partiamo dal generale principio per cui siamo soliti riferirci a *recklessness*⁴³ quando:

"Conduct whereby the actor does not desire harmful consequence but ... foresees the possibility and consciously takes the risk," or alternatively as "a state of mind in which a person does not care about the consequences of his or her actions⁴⁴."

⁴² ROXIN C., *The dogmatic structure of criminal liability in the general part of the draft israeli penal code - a comparison with german law* in *Is. L. R.*, Vol. 30, n. 1 - 2, 1996, p. 61: "The draft code deviates most noticeably from the German Criminal Code in that the provisions relating to the substantive law are not treated separately from the rules of evidence. So, for example, section 20(c) provides that a person is deemed to be aware of the existence of certain circumstances "if he suspects the possibility of their existence and refrains from clarifying the matter". According to German law this would not be an issue for the general part, but rather a question to be decided by the judge, during the proceedings, in accordance with the principle of the free evaluation of evidence (such decisions are not subject to preset rules, § 261 StPO). Furthermore, according to German law one would not automatically infer a perpetrator's awareness from such evidence. Someone aware of a possibility may, due to mere thoughtlessness or carelessness, refrain from further inquiry. In such a case, there would be "unawareness" and consequently only negligence. In practice, this means that in German law the judge has more say in determining where the border between intent and negligence lies.

Accordingly, in certain circumstances grounds for the exculpation of the accused exist that are denied him by the Israeli evidentiary provision. The Israeli provision ensures more legal certainty; the German offers more elasticity and gives the judge greater discretionary scope. Which of the two systems is the better is a key question which can be debated, but the importance thereof should be kept in mind".

⁴³ FIELD, STEWART & LYNN, MERVYN, *The Capacity for Recklessness*, in *Legal Studies* (1992), p. 72; WILLIAMS, GLANVILLE, *Recklessness Redefined* (1981) CLJ 252

⁴⁴ Black's Law dictionary 1053 (Bryan A. Garner ed., 8th ed. abr. 2005).

Nella nota gerarchia degli *states of mind*, soffermandoci dunque sulle varie forme di *volontà colpevole* cui riferirsi circa il profilo di penale responsabilità dell'agente, la *recklessness* si pone in una via intermedia tra l'*intention* ora analizzata e la più tenue *criminal negligence* o *inadvertent negligence*, che, per antica dogmatica penale, non appartiene all'universo della *mens rea* collocandosene al di fuori.

**Recklessness e
State of Mind**

Si tenga conto che, in gran parte dei progetti di riforma della legge penale, la *recklessness* è sempre stata contemplata poiché, seppur con un crescente grado di affermazione nell'ottica penale, è questo un istituto che ha trovato man mano, via via che la dogmatica penalistica trovava modo di approfondire le proprie dinamiche, sempre più peso.

Possiamo sicuramente affermare che tanto più il pensiero giuridico penale si faceva sottile, tanto più tale *state of mind* si faceva largo nelle individuazioni di responsabilità penali: in particolare, seppur per un ristretto numero di reati, era, comunque, necessario un titolo di imputazione che facesse capo esclusivamente alla *intention*, per la stragrande maggioranza degli altri per i quali fosse contemplata la *mens rea* si richiedeva alternativamente un agire *intentionally* o *recklessly* alternativamente.

"*Recklessness* è una parola che esprime censura. Essa normalmente include la consapevole e irragionevole assunzione di un rischio, sia riguardo al fatto che una data circostanza indesiderabile esista sia riguardo al fatto che un danno possa verificarsi. La persona che è *reckless* rischia deliberatamente⁴⁵".

Tutto l'istituto si gioca sulla concezione precipua del termine *rischio*. Come si diceva, la qualificazione dogmatica dell'istituto non appare in dottrina come in giurisprudenza del tutto scevra da dibattiti circa la propria esatta individuazione: se, infatti, una corrente maggiormente *soggettivista* tende ad individuare nella *recklessness* una assunzione consapevole

**Il ruolo del "rischio"
nell'individuazione
dello status**

⁴⁵ WILLIAMS, *op. cit.*

di un rischio ingiustificato, una seconda corrente, che potremmo definire *oggettivista*, sostiene che sarebbe agente *reckless* colui che agisce con un rischio tale che qualunque soggetto munito di ordinaria razionalità ne sarebbe stato consapevole⁴⁶.

Per i primi, dunque, sarà *reckless* chi agisce assumendosi il rischio (quindi la probabilità o possibilità di un'offesa rilevante penalmente) consapevolmente, per i secondi risponderà chi, pur non assumendosene consapevolmente, avrebbe dovuto utilizzando l'ordinaria *cognitio* propria dell'uomo medio.

Questa differenza dottrinale soggettiva - oggettiva non è da considerarsi assolutamente peregrina poiché, al contrario, è stata fonte d'importanti riflessioni strutturali che hanno in parte condizionato l'evoluzione della stessa filosofia penalistica di *common law*.

2.2.1 segue: Recklessness tra soggettività e oggettività. - Circa il rapporto tra *recklessness* e tutte le conseguenze della condotta, si dice che il soggetto agisce con lo stato mentale determinato dalla *possibilità* del verificarsi della determinata offesa come conseguenza del proprio agire, offesa che però egli stesso non reputa né certa né tantomeno desiderata. Nonostante ciò, però, agisce egualmente.

Così, infatti, nella dottrina *Cunningham* dove si sottolinea come **La dottrina Cunningham** rilevi quando, nel caso concreto, il soggetto agente abbia previsto il rischio del verificarsi dell'evento dannoso conseguenza del proprio agire e nonostante ciò l'abbia comunque intrapreso⁴⁷.

Non siamo lontani dal vero affermando che, dall'analisi di questa concezione, se ne ravvisino alcuni evidenti parallelismi con la **Recklessness tra dolo eventuale e dolo diretto** dottrina del *dolo eventuale* circa la possibilità e del *dolo diretto* circa la probabilità del verificarsi della offesa⁴⁸.

⁴⁶ Cfr. sull'argomento LAW (THE)COMMISSION (N. 143), *Criminal Law, Codification of the Criminal Law. A report to the Law Commission*, 1985, 20.

⁴⁷ *Cunningham* 1957, 2 Q.B. 396

⁴⁸ Cfr. GALLO M., *Appunti di diritto Penale*, Vol. II., 2. ed., p. 122: "Si ha, infine, "dolo eventuale" o "indiretto" quando l'azione volontaria è accompagnata dalla rappresentazione della probabilità o della possibilità che il fatto criminoso si realizzi, semprechè - giustamente, si avverte - sia da escludersi una efficacia determinante, la cui presenza renderebbe il dolo intenzionale".

Soprattutto in merito a questo secondo aspetto, non si dimentichi quanto già affermato in sede di analisi d'*intention* dove i frequenti flussi d'infiltrazione probabilistica nell'individuazione del suddetto *status mentis* rendono non certamente semplice una chiara distinzione della prima dalla seconda.

L'estrema incertezza dettata da un'interpretazione così soggettiva del caso in oggetto spinse già la giurisprudenza a dettare dei canoni di maggiore oggettività che limassero, con maggiore decisione, questa evidente confusione di confine tra i vari istituti *mentis*.

**Reckless e
concetto di
rischio**

Già, infatti, attorno alla fine degli anni '70 si diceva che "una persona era *reckless* quando compie un atto volontario, conscia che, dal suo atto, possa derivare danno alla proprietà altrui; tuttavia, non ogni tipo di rischio può essere considerato *reckless*: il rischio deve essere tale da risultare all'agente, in tutte le circostanze, irragionevole a corrersi".

Inizia ad introdursi, su un piano che resta comunque estremamente soggettivo, un elemento di maggiore oggettività: uno *standard* di valutazione che prescinde dalla personale convinzione dell'agente⁴⁹.

Si parla, infatti, di *rischio ragionevole*. Ora, è necessario aprire una breve parentesi storico - giuridica sul tema: secondo la tradizione britannica, mutuata, quindi, in Israele, è *ragionevole* tutto ciò che è o può rivelarsi indubitabilmente *socialmente utile*.

**Il rischio
"ragionevole"**

Tanto più alto è il bene sociale che si crea con il proprio agire, tanto più alta sarà la soglia di tollerabilità circa il rischio rilevante in termini penali⁵⁰.

Seppur, dunque, rimaniamo evidentemente nell'alveo di una dimensione fondamentalmente soggettiva, l'introduzione di uno *standard* di valutazione di carattere *sociale* tende in un certo qual modo a collocare con maggiore precisione questa suddetta tollerabilità del rischio penalmente consentito all'interno del binomio probabilità - possibilità e quindi, indirettamente, *intention* - *recklessness*.

**Valutazione
"sociale" del
"rischio"**

⁴⁹ Cfr. VINCIGUERRA, *op. cit.*, p. 303

⁵⁰ Sempre VINCIGUERRA sottolinea un eventuale paragone con quanto rinvenibile nell'articolo 2236 c.c.

Sulla base di queste riflessioni dottrinali, si giunse, presto, al comune sentire di una maggiore certezza nell'individuazione della problematica in oggetto incartolata nella famosa pronuncia *Caldwell* del 1981⁵¹ secondo la quale, leggendo l'articolo 1 co. 2 (b)⁵² esisterebbero due possibili stati mentali circa la messa in pericolo della vita altrui e la riferibilità all'accusato di uno di questi stati mentali sarebbe sufficiente a costituire la *mens rea* necessaria per passare da una accusa per un reato minore previsto dal c. 1 ad una accusa per il più grave reato previsto dal secondo comma. Uno (stato mentale) è l'intenzione di provocare il verificarsi di un evento in seguito alla commissione dell'*actus reus*: ad esempio, mettere in pericolo la vita di una persona. L'altro stato mentale è la *recklessness* nei confronti del verificarsi o meno di un determinato evento.

Caso "*Caldwell*"

Quando i primi casi sull'articolo 1 co. 1. del nuovo *Act* nei quali l'accusa era basata sul fatto che l'imputato avesse agito con *recklessness* riguardo al fatto che la proprietà altrui fosse o meno distrutta o danneggiata" giunsero dinanzi alla Corte d'Appello, il problema riguardante il significato del termine *recklessness* nel contesto di quel comma sembrò poter essere risolto con semplicità rispondendo a quella che in seguito, sfortunatamente, divenne una domanda ossessiva tra i giuristi inglesi: il *test* di *recklessness* è soggettivo o oggettivo?

I primi due casi riportati, in cui le decisioni furono assunte in base all'improvvisazione furono *R.v. Briggs* e *R. v. Parker*.

Recklessness
"soggettiva"

Entrambi classificarono il *test* come *soggettivo*.

Tale classificazione portò la Corte nel caso *Briggs*, ad affermare che

⁵¹ *Caldwell* 1981 1 All. E. R. 961cfr. anche VINCIGUERRA, *op. cit.*, p. 305

⁵² Criminal Damage Act 1971

Destroying or damaging property.

(1) A person who without lawful excuse destroys or damages any property belonging to another intending to destroy or damage any such property or being reckless as to whether any such property would be destroyed or damaged shall be guilty of an offence.

(2) A person who without lawful excuse destroys or damages any property, whether belonging to himself or another—

(a) intending to destroy or damage any property or being reckless as to whether any property would be destroyed or damaged; and

(b) intending by the destruction or damage to endanger the life of another or being reckless as to whether the life of another would be thereby endangered; shall be guilty of an offence.

(3) An offence committed under this section by destroying or damaging property by fire shall be charged as arson.

"Un uomo è *recklessness* nel senso richiesto quando porta a compimento un atto volontario conoscendo l'esistenza di un qualche rischio di danno risultante dall'atto".

Ciò lascia aperta la questione se il rischio di danno possa non essere così lieve che persino il più prudente degli uomini si sarebbe sentito giustificato nel correrlo, ma esclude quel tipo di *recklessness* che consiste nell'agire senza riflettere minimamente sul fatto che ci sia o meno un rischio di conseguenze dannose delle proprie azioni anche quando il rischio sia grande e risulterebbe ovvio se l'autore riflettesse un attimo sulla faccenda.

Il caso *R.v.Parker* tuttavia, aprì uno spiraglio aggiungendo - in alternativa alla reale consapevolezza da parte dell'accusato circa l'esistenza di un qualche rischio di danno risultante dalla sua azione e alla sua intenzione di assumersi, nonostante tutto, tale rischio - anche uno stato mentale descritto come "chiudere la propria mente di fronte all'evidenza" che esiste un tale rischio.

Reckless, per come è utilizzato nella nuova definizione legale della *mens rea* di questi reati, è un comune termine inglese.

Dal 1971 ad oggi non è divenuto un termine tecnico, con un qualche significato esoterico diverso rispetto a quello che esso assume nel linguaggio comune, un significato che, di certo, include *non solo la decisione di ignorare il rischio di conseguenze dannose che possa risultare dall'azione di taluno e che sia da lui riconosciuto come esistente, ma anche il fatto di non preoccuparsi minimamente di considerare se tale rischio sia presente, in circostanze in cui, se si riflettesse sulla faccenda, la presenza del rischio risulterebbe ovvia.*

**Valutazioni
"oggettivamente
soggettive"**

Se è proprio indispensabile apporre etichette, lo stato mentale citato da ultimo non è né più né meno soggettivo del primo.

E' un'affermazione ovvia: la *mens rea* è, per definizione, uno stato mentale dello stesso soggetto agente nel momento in cui compì l'azione che costituiva *actus reus* del reato e, quindi, non può essere lo stato mentale di una persona ipotetica. Ciononostante, per decidere se una persona è stata o meno *reckless* riguardo al

fatto che conseguenze dannose di un particolare genere potessero seguirne la sua azione, posizione nettamente distinta da quella in cui egli effettivamente volesse che le conseguenze dannose si verificassero, sono necessarie alcune considerazioni preliminari riguardo a come avrebbe reagito ad una situazione simile la mente di una persona dotata di normale prudenza.

Se dalle circostanze non era possibile notare nulla che potesse attrarre l'attenzione di una persona dotata di ordinaria prudenza riguardo alla possibilità del verificarsi di una conseguenza di quel tipo, l'accusato non potrà essere considerato *reckless*, secondo il significato naturale del termine, per non aver focalizzato la sua attenzione su quella possibilità; e, se il rischio di conseguenze dannose era tanto lieve che la persona di ordinaria prudenza, dopo aver correttamente considerato il rischio, non avrebbe avuto esitazioni a definirlo trascurabile, neppure in questo caso l'accusato potrebbe essere descritto come *reckless* nel senso in cui il termine è normalmente utilizzato se, considerato il rischio, egli decise di ignorarlo.

Una persona alla quale venga imputato un reato in base al primo comma dell'articolo 1 dell'*Act* del 1971 può essere considerata "*reckless* riguardo al fatto che una proprietà altrui sia distrutta o danneggiata" se:

- 1) compia un atto che in effetti crei un ovvio pericolo di distruzione o danneggiamento per quella proprietà;
- 2) compiendo quell'atto, egli non abbia riflettuto sulla possibilità dell'esistenza di un rischio del genere oppure abbia riconosciuto l'esistenza di tale rischio ed abbia ciononostante compiuto l'azione ...

Il Presidente Lord Elwyn - Jones ritenne corretta per il diritto la previsione dell'articolo 2.08 dell'*American Model Penal Code*:

"Quando la *recklessness* costituisce un elemento del reato, se l'autore, a causa di una intossicazione autoindotta, non è al corrente dell'esistenza di un rischio di cui avrebbe dovuto essere a conoscenza se fosse stato sobrio, tale inconsapevolezza non ha alcuna importanza". Quindi, nel

nostro caso, il fatto che l'accusato non fosse consapevole di porre in pericolo la vita di coloro che risiedevano nell'hotel a causa dell'intossicazione autoindotta non sarebbe una giustificazione per lui, se il rischio fosse stato ovvio anche per lui qualora fosse stato sobrio".

Dall'analisi di quanto fino ad ora riportato, risulta evidente il passaggio da una concezione prettamente *interna* e *sogettiva* dell'istituto ad un impianto più prettamente oggettivo - normativo che sembra in alcuni casi far confondere i confini della *recklessness* con quelli della *gross negligence* o colpa incosciente⁵³.

**Recklessness
"oggettiva"**

Inutile ricordare come numerosi, a questo punto, siano stati i tentativi dottrinali di delimitare una chiara distinzione tra ciò che potremmo definire *recklessness* cosciente e la *gross negligence* vera e propria.

**Recklessness o
gross negligence?**

Oltretutto, si tenga conto che questo tentativo di *oggettivizzazione* della *recklessness*, in realtà, si scontrò con la problematica rappresentata dal cosiddetto *obvious risk* dal verificarsi del quale sarebbe dovuto derivarne una responsabilità penale per *recklessness*, direttamente proporzionale alla obiettività di tale rischio stesso.

Per concludere, possiamo in definitiva ricordare come nell'alveo di questo istituto la tradizione giuridico penale a *common law* tende a far ricadere tutta questa serie di situazioni:

**Cosa è in
definitiva
Recklessness**

- 1) dolo diretto (mi rappresento un'offesa in termini di probabilità);
- 2) dolo eventuale (mi rappresento l'offesa in termini di possibilità);
- 3) colpa incosciente grave (non mi rappresento un'offesa che sarebbe invece ovvia per una persona ragionevole) con eccezione e relativa esclusione della colpa incosciente lieve e della *gross negligence* (mi

⁵³ Sull'argomento interessante la riflessione di VICIGUERRA S., *op. cit.*, p. 307: "Ovviamente una tale nozione è ben nota anche fra noi. Fra i tanti termini di confronto citiamo per tutti le parole con le quali la Corte Costituzionale (sent. n. 42 del 1965) ha giustificato la legittimità dell'articolo 116 c.p., interpretandolo "nel senso che il reato diverso o più grave commesso dal concorrente *debba poter rappresentarsi alla psiche dell'agente, nell'ordinario svolgersi e concatenarsi dei fatti umani, come uno sviluppo logicamente prevedibile di quello voluto*, affermandosi in tal modo la necessaria presenza anche di un coefficiente di colpevolezza" e senza preoccuparsi di quale è stato l'effettivo atteggiamento psichico del soggetto considerato.

rappresento il possibile verificarsi dell'offesa ma ne escludo categoricamente con convinzione che si verificherà) almeno secondo la *general opinion* sull'argomento.

La non riconducibilità alla *recklessness* della colpa cosciente e della colpa incosciente lieve non esclude, tuttavia, la punibilità di queste ultime nell'ambito della *negligence* (laddove previsto) ma resta la considerazione che l'affermarsi della teoria oggettivistica di *recklessness* sovverte la storica linea di demarcazione con la medesima *negligence*, considerato il fatto che:

**Confusione con
Negligence?**

- 1) *Recklessness* si qualifica come assunzione consapevole di un rischio ingiustificato;
- 2) *Negligence* ne prevede l'assunzione incolpevole.

Senza indugiare oltre sui dibattiti in questione, si ricordi, in realtà, come, a tutt'oggi, sussista nella struttura penalistica a *common law* una viva e continua tradizione bivalente che vuole la possibilità applicativa di una *recklessness soggettiva* in alcuni reati, in particolare, tutti quelli contro la persona, mentre si parlerà di una *recklessness oggettiva* per tutti i reati ad offensività patrimoniale. Sulla questione si disse:

"Nel campo dei reati contro la persona prevale il punto di vista soggettivo. Nei reati contro il patrimonio è saldamente radicata la prassi oggettivistica. L'effetto è che la legge presta maggiore attenzione alla proprietà che all'integrità personale di un soggetto ... O lo stesso principio dovrebbe governare entrambi i gruppi di reati o la regola oggettiva dovrebbe applicarsi ai reati contro la persona e quella soggettiva ai reati contro la proprietà ... ⁵⁴".

La questione resta quindi controversa e densa d'interesse dogmatico.

⁵⁴ LAW (THE) COMMISSION (N.143), *Criminal Law, Codification of the Criminal Law, A report to the Law Commission*, 1985, 20.

2.2.2 segue: Recklessness e codificazione. - Dal punto di vista prettamente legislativo, la norma penale israeliana descrive l'istituto come segue:

Criminal intent

Section 20.

(a) Criminal intent – awareness of the character of the act, of the circumstances and of possible consequences of the act, such as are of the particulars of the offense, and in respect of the consequences also one of the following:

(1) intent – in order to cause those results;

(2) recklessness, which consists of one of the following:

(a) indifference – a casual attitude to the possibility that those consequences will result;

(b) imprudence – in accepting an unreasonable risk that those consequences may result, while hoping to be successful in avoiding them.

(b) For purposes of the intent, the ability to foresee that a certain consequence is an almost certainly possible occurrence is equivalent to the intent to cause that occurrence.

(c) For purposes of this section –

(1) if a person suspected the nature of his conduct or the possibility that the said circumstances would be caused, then he shall be deemed to have been aware of them, if he failed to clarify the matter;

(2) it is immaterial if the act was committed against a person or asset different from that against which it was intended to commit the act.

Partendo dal generale assunto dottrinale per il quale possiamo affermare che la *recklessness israeliana* ricalchi a pieno il concetto di *recklessness soggettiva britannica*, l'evidente divisione in due categorie ci aiuta a comprendere meglio quanto detto.

La legislazione israeliana: *recklessness soggettiva?*

La prima categoria è rubricata "*indifference*": essa si realizza ogni qual volta "*the actor does not care whether the result will ensue*".

***Recklessness come
indifference e come
kalut daat***

La seconda è definita in ebraico *kalut daat*, "imprudence": "*the actor hopes that the result will not occur*".

Il codice non specifica con assoluta chiarezza le eventuali differenze tra le due categorie limitandosi ad una indicazione formale. La dottrina ricorda, comunque, come allo stato attuale sembrerebbero non sussistere in Israele reati che richiederebbero "*indifference for conviction*". Per tutti i reati in cui si richiede la *recklessness* sembra sufficiente la *kalut daat*.

Sull'argomento sembra particolarmente interessante la riflessione di Kugler:

"However, it is possible that the legislature wanted to clear the path for enacting other offenses that require indifference. It may be argued that the distinction is important because when a judge considers which penalty to impose on an offender, he or she may take into account whether the case is one of indifference or one of *kalut daat*. However, this can be done anyway even if the distinction did not appear in the definitions of mental states in the Code. It should also be noted that according to one approach, there is a practical ramification of this distinction with respect to the issue of "legal causation". But the subject of legal causation is not dealt with at all in the code. A further point is that the requirement that the risk taken be unreasonable appears in the code only in the definition of *kalut daat*; it does not appear in the definition of indifference. If we interpret the code according to its wording, a person who performed a routine and common action that is considered to amount to a reasonable risk might be convicted if at the time of the action he or she did not care whether the result might occur, and the result in fact ensued. This outcome seems undesirable, and therefore it is reasonable to assume that if the courts were to be faced with such a case, they would rule that the taking of a reasonable risk precludes a conviction even in cases of indifference".

Indipendentemente dalle accorte riflessioni del Prof. Kugler, è da tenere in considerazione che questo inserimento della *recklessness* nel sistema penale degli *status* israeliani è, come dicevamo, frutto di un lavoro di eleganza giuridica sopraggiunta solo da 20 anni a questa parte.

Prima il vecchio Codice non recava minimamente alcuna di queste differenze strutturali affidando l'elemento soggettivo alla mera *section 15* già indicata dove nulla si diceva se non qualche riferimento su *intention* e *criminal negligence*.

Ancor meno troviamo indagando sulla *Section 11* del CCO del 1936 dove il legislatore si concentrò solo ed esclusivamente proprio sul ruolo di *intention* e di null'altro.

2.3 States of Mind: D) Negligence: premessa. -

"The core idea of negligence is that people should exercise reasonable care when they act by taking account of the potential harm that they might foreseeably cause to other people.⁵⁵" e ancora "Those who go personally or bring property where they know that they or it may come into collision with the persons or property of others have by law a duty cast upon them to use reasonable care and skill to avoid such a collision.⁵⁶"

Concludiamo questa analisi sulle problematiche legate alla colpevolezza legale - *legal fault* - delineando i tratti della *negligence*, quella parte, cioè, della colpevolezza che si contrappone a quanto espresso e significato dalla *mens rea* nelle sue forme ora descritte di *intention* e *recklessness*.

E' questo un istituto assolutamente recente della disciplina dogmatica penale a *common law*, originariamente non prevista (se non nei casi di *manslaughter*) ma resasi direi necessaria con lo sviluppo degli *statutes law* per rispondere ad una

⁵⁵ *Feinman, Jay (2010). Law 101. New York: Oxford University Press.*

⁵⁶ Lord Blackburn(1878) 3 App. Cas. 1155 at 1206.

esigenza disciplinare di tutti quei settori della vita sociale indispensabili per il nuovo concetto di società ma allo stesso tempo rischiosi, pericolosi e quindi necessariamente da disciplinare evidentemente sotto la minaccia di eventuali sanzioni penali a volte anche a base pecuniaria.

In brevi termini, ci riferiamo a *negligence* ogni qual volta poniamo mente al mancato adeguamento in termini di comportamento circa una condotta già prefigurata come standard dall'ordinamento al fine di evitare o comunque limitare il paventarsi dei suddetti pericoli sociali.

Rispetto alla *recklessness* oggettiva la *negligence* si carica degli istituti della *colpa cosciente* e della *colpa inscospicua* lieve così come già poc'anzi ricordato.

Negligence: colpa cosciente e colpa inscospicua lieve

Elemento costitutivo di questo importante elemento di colpevolezza resta il dato oggettivo cui rifarsi: il valore del *reasonable or prudent man*. La legge cioè s'interroga se, nel compimento di quella determinata azione, l'agente ha o meno posto in essere un tipo di comportamento *reasonable* senza soffermarsi quindi su implicazioni ulteriori di ordine mentale.

Homo iuridicus

La domanda primaria da porci è come valutare questo "*man*" di riferimento. Si parla, comunemente, dell'uomo esemplare, l'uomo della strada, l'uomo medio⁵⁷. Più precisamente si parla di *homo iuridicus*, l'uomo ideale, morale, coscienzioso, senza porre tale modello così in alto che la vita ordinaria divenga impossibile ma, non di meno, richiedendo che sia utilizzata la massima attenzione perché siano evitati danni e la legge sia osservata⁵⁸.

Si parla, quindi, di uno standard universale e oggettivo tenuto conto sempre della possibilità che lo standard stesso vada rivisto alla luce, e nell'ottica, delle eventuali speciali conoscenze possedute dal soggetto agente in quel momento.

La valutazione di eventuali gradazioni di *negligence* possono rilevare solamente in termini di eventuale discostarsi dal modello standard di riferimento. Per il resto, la *ratio* intrinseca comporterebbe la necessità di

Negligence nel diritto israeliano

⁵⁷ Contra GALLO M., *Appunti di diritto Penale*, Vol. II., 2. ed., p. 156: "Mentre è da scartare il riferimento al cosiddetto uomo medio, la cui nozione non costituisce un *primum* rispetto ai modelli di comportamento proposti dal diritto ma, al contrario, si ricava da questi ultimi".

⁵⁸ Cfr. WILLIAMS G., *Textbook of criminal law*, cit. p. 89

inquadrare il suddetto istituto in una completa assenza di pensiero, una nullità, e della nullità non possono esservi gradazioni⁵⁹.

The *Israel Penal Law, 1977*, che come abbiamo fin ora ampiamente detto si radica molto nella *common law inglese*, fino a poco tempo fa si mostrava estremamente povero di definizioni concettuali circa gli istituti di diritto penale.

Negligence era, proprio, uno di questi istituti manchevoli di alcun tipo di precisa trattazione.

La legge in generale solo poche volte ha fatto uso di questo termine in riferimento a fattispecie penali specifiche. Solo con la recente promulgazione della nuova parte generale del diritto penale, in linea con la propria volontà descrittiva dei principi generali di diritto penale alla base della legge in generale, si affronta con maggiore precisione questo istituto.

Con ciò, sarebbe, però, sbagliato affermare che la *negligence* fosse un concetto assolutamente assente dal vocabolario giuridico israeliano. I vari aspetti dell'istituto, infatti, sono stati in parte sviluppati fin dai primi anni '50, principalmente attraverso le riflessioni effettuate dalla Corte Suprema, chiaramente con riferimento quasi esclusivo all'omicidio colposo con tutti i limiti del caso che si possono immaginare.

Nonostante ciò, attraverso frequenti riflessioni giurisprudenziali si è arrivati ad una descrizione, abbastanza precisa, di cosa sia *negligence* nella sua posizione intermedia di cui abbiamo già fatto cenno.

Quantitativamente, sparuti casi di negligenza si sono trasformati in un gruppo significativo di reati: attraverso gli anni, i tribunali hanno classificato un notevole numero di possibili reati soggetti ad una valutazione di *negligence* con relativa ampia giurisprudenza di supporto.

Inoltre, sembra che nell'ultimo decennio, lo stato di negligenza, come livello medio nel *continuum* di gradi di responsabilità, abbia dimostrato di essere una soluzione conveniente per le corti che devono determinare, attraverso l'interpretazione, il grado di colpa richiesto dagli specifici reati per i quali il legislatore non abbia risolto la questione in modo esplicito.

⁵⁹ Cfr. SMITH J.C., HOGAN B., *op. cit.* p. 83.

2.3.1 segue: Negligence: il concetto. - Già durante i primi anni '50, la Corte Suprema si era soffermata sui tre aspetti principali della *negligence*: concettuale-qualitativo; fisico-comportamentale; e di mero illecito civile. Purtroppo, la preoccupazione frequente della magistratura per il terzo aspetto può aver dato l'impressione che questi tre aspetti siano la manifestazione di tre forme indipendenti di negligenza.

Ad esempio, nei casi d'*involuntary manslaughter*, la pratica dei giudici di concentrarsi, esclusivamente, sulle componenti di negligenza civile come base, hanno aumentato il senso di dissociazione tra i tre aspetti. Questa dissociazione ha anche trovato espressione in ampia letteratura. Tuttavia, è lecito chiedersi se una tale presentazione del problema è completamente accurata in vista della stretta serie di connessioni che lega i tre aspetti in caso di *offenses of criminal negligence*. Inutile dire invece quanto sia importante considerare tutti questi aspetti come diverse angolature di un medesimo problema centrale. In primo luogo, si ricordi come il significato strutturale di negligenza derivi dal suo aspetto *concettuale-qualitativo*.

Negligence: concetto e struttura generale

Questo è l'aspetto che molti studiosi sostengono fornisca l'unico punto importante su cui soffermarsi per una corretta comprensione del problema *criminal negligence*⁶⁰. Questa viene a classificarsi correttamente all'interno della gradazione di *culpability*.

Abbiamo già ricordato come aspetto centrale dell'istituto in oggetto sia la mancanza da parte dell'agente di consapevolezza della possibile esistenza di un *circumstantial element of the offense*, o il suo scostamento dalla lungimiranza di un "uomo ragionevole" circa la possibile realizzazione futura di un risultato che rilevi penalmente.

Quest'aspetto tradizionale è la base per la definizione di *negligence* nella nuova sezione 21 del codice. Tutto si gioca su questo rapporto tra l'elemento cognitivo ed emotivo dell'agente e il modello preposto dall'ordinamento⁶¹.

⁶⁰ Cfr. FELLER S.Z., *Elements of CriminalLaw*, Vol. 1 (Jerusalem, 1984) § 745 *et seq.*; FELLER, *The Correlation Between the Civil Tort of Negligence and the Concept of Negligence in Criminal Law?* in *HaPraklit Jubilee Book*, p. 53, (1993)

⁶¹ TURNER, *The Mental Element in Crimes at Common Law*, in *The Modern Approach to CriminalLaw* (London, ed. by Radzinowicz and Turner, 1945) 195, at 211. See also *Doitch v.*

Negligence

Section 21.

(a) **Negligence is the lack of awareness of the nature of an act, of its circumstances and of the possibility that the act may cause certain consequences** – those elements being among the particulars of the offense – when an ordinary person would, under the given circumstances, have been aware of that particular, on condition that –

(1) in respect of the remaining particulars there was at least negligence, as aforesaid;

(2) that the possibility of causing the consequences was not part of the reasonable risk.

(b) Negligence may be prescribed a sufficient psychological basis only for offenses that are not felonies.

- (א) רשלנות אי מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות או לאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה, הנמנים עם פרטי העבירה, כשאדם מן היישוב יכול היה, בנסיבות הענין, להיות מודע לאותו פרט, ובלבד
- (1) שלענין הפרטים הנותרים היתה לפחות רשלנות כאמור;
- (2) שאפשרות גרימת התוצאות לא היתה בגדר הסיכון הסביר.
- (ב) רשלנות יכול שתקבע כיסוד נפשי מספיק רק לעבירה שאיננה מסוג פשע.

L'aspetto *fisico-comportamentale* si concentra invece sulla

"faccia esterna" di *negligence*. Esamina il comportamento

I tre aspetti di *negligence*

manifesto dell'agente e definisce *negligence* come la deviazione nel suo agire od omettere dai modi ragionevoli di comportamento previsti nella situazione data.

Negligenza, in questo senso, è definita come il coinvolgimento in una condotta che una persona ragionevole non avrebbe mai dovuto porre in essere, nelle stesse circostanze, se non dopo aver preso le debite misure precauzionali. L'enfasi sull'espressione comportamentale esterna della deviazione in termini di fattispecie, concede a quest' aspetto della negligenza una dimensione quantitativa

A.G.(1954) 8P. D. 456 at 462-463; C.S.Kenny, *Outlines of Criminal Law* (London, 19th ed., ed. by Turner, 1965) p. 39.

che consente la misurazione del divario tra il comportamento del convenuto e quella del modello di comportamento normativo in termini di lieve, regolare o colpa grave⁶².

Il grado di deviazione è determinato da fattori quali la natura del rischio (ad esempio morte, lesioni, danni alla proprietà)⁶³ e la probabilità e le possibilità dei costi delle misure precauzionali che avrebbero potuto essere adottate per prevenire il pericolo⁶⁴. Il collegamento immediato tra i due aspetti menzionati è evidente. Anche se una deviazione dal comportamento accettabile potrebbe derivare, in linea di principio, da ogni possibile stato mentale (*intention, recklessness etc.*) è stata la *negligent* mancanza di lungimiranza da parte dell'agente, in quel momento, delle conseguenze di un certo atto o omissione (*The conceptual facet*) che ha provocato il comportamento fisico che costituiva la deviazione dalla norma (*The behavioral facet*).

Come detto in precedenza, il terzo aspetto di negligenza sviluppato dalla Magistratura si è evoluto dalla *law of torts*⁶⁵ e da allora è stato applicato, in primo luogo, per il reato di *involuntary manslaughter*. Nel diritto penale israeliano questo reato si occupa di morte con causa che non deriva da una *mens rea* e costituisce un caso residuale. Questo terzo aspetto è un caso particolare della combinazione del primo e del secondo aspetto.

⁶² *Doitch v. A.G.*, *ibid.*; SMITH and HOGAN, *supra* n. 1, at 95; SILVING H., *Constituent Elements of Crime* (Springfield, Illinois, 1967) 211, sec. 83(2)(a).

⁶³ Negligence offenses are typically limited to the most serious kinds of danger and protect the most important social values. This is due to the heavy burden that these offenses place on the potential perpetrator relative to the burden placed by *mens rea* offenses. See Kremnitzer, *supra* n. 2, at 73.

⁶⁴ HART H.L.A., *Punishment and Responsibility* (Oxford, 1968) p. 149; SILVING, *supra* n. 8, p. 211; HALL J., *General Principles of Criminal Law* (Indianapolis, 2nd ed., 1960) p.116; MEWETT A.W. and MANNING M., *On Criminal Law* (3rd ed., 1994) p. 195; GUR-ARYE, *The Offense of Negligent Homicide and its Relationship to the Tort of Negligence* (1982) 12 *Mishpatim* 257, p. 260; CALABRESI G., *The Cost of Accidents - A Legal and Economic Analysis* (New Haven and London, 1970) p. 26.

⁶⁵ Cfr. PORAT, *The Tort of Negligence in the Rulings of the Israeli Supreme Court - A Theoretic Perspective*, in *the Israeli Law Yearbook 1994-1995*; GILAD, *On the Elements of the Tort of Negligence in Israeli Tort Law* (1989) 14 *Iyunei Mishpat* 319; KREMNITZER, *supra* n. 2, at 74-76; GUR-ARYE, *supra* n. 10, at 262-263.

2.3.2 segue: Negligence: il modello generale⁶⁶. - E' possibile chiarire con precisione il concetto dell'istituto in questione solamente attraverso l'individuazione di un *model* determinato attraverso cui operare un confronto giacché è solo la deviazione da tale *model*, dovuto da *anawareness and lack of foresight* che costituisce *negligence*. I modelli per il confronto in diritto penale israeliano sono sempre stati quelli dell'"uomo ragionevole", o, per meglio dire, si è sempre parlato di "ragionevolezza" e

⁶⁶ Sui rapporti *common law - civil law* cfr. ROXIN C., *The dogmatic structure of criminal liability in the general part of the draft israeli penal code - a comparison with german law* in *Is. L. R.*, Vol. 30, n. 1 - 2, 1996, p. 69: "Section 21 of the draft deals with negligence. The definition is geared to predictability but rules out liability for negligence for the person engaged in a reasonable risk. From a legislative perspective, this is technically a very successful description of negligent behavior and is also easily reconcilable with the doctrine of objective accountability (*objektive Zurechnung*) which currently dominates German negligence doctrine. It is especially when consequences and circumstances can be anticipated and the actual behavior is not considered a reasonable risk, that the offender has created a prohibited danger whose actualization, as seen by the newer doctrine, embodies the essence of negligence. Of course special problems of accountability in negligence cases remain open - such as unusual causal chains and issues associated with the protective goal of the duty of care. However, such details can hardly be regulated by legislation and can always be left up to the case law.

The major issue of the Israeli regulation is whether to measure negligence objectively or subjectively. The draft presents two versions for discussion: the first finds negligence if a reasonable person under the circumstances, could have been aware of the possibility of the consequences of the act; the second version focuses on whether the offender himself "could have been aware of it". It appears to me that the solution lies in the middle. If a person suddenly finds himself in a situation in which, because of nearsightedness, senility, or other physical deficits, he cannot recognize certain circumstances that a "reasonable person" would have noticed, it would be unjust to hold him responsible for consequences that he personally could not avoid. Holding him responsible would violate the principle of culpability; therefore, the second version of section 21 is, in this respect, preferable. The situation is different, however, when the actor, despite awareness of his own defects, puts himself in a situation which can only be mastered by a person in an intact psycho-physical condition. Let us assume a situation in which someone knows that he suffers from severe nearsightedness or that his ability to react has been slowed by old-age and that he is, therefore, no longer capable of coping with the risks of modern traffic. If, despite his knowledge, he takes the wheel and, due to his physical deficiency, brings about an accident, unavoidable under the circumstances, he must be held responsible for a negligent act. In this case the bad driving itself is not negligent; rather, the act of taking the wheel is negligent. We can speak here of a culpability in assumption (*Ubernahmeverschulden*) that establishes the basis for negligence. For the Israeli draft, this means that the second version could be adopted and supplemented with a clause, according to which the offender is liable for negligence even if he could not avoid the consequences in the actual situation causing the accident when he negligently placed himself in danger of bringing about the consequences. Such a legislative regulation recommends itself that much more because it would perfectly correspond to the solution provided by the Israeli draft for "entry into a situation by improper behaviour" in case of absence of voluntariness (*Handlungsunfähigkeit*) and necessity (section 50). All in all, the regulation of intent and negligence in the Israeli draft is a very successful legislative accomplishment. Because of the controversial nature of the subject, the German Criminal Code contains neither mention of the different manifestations of intent nor of negligence. Instead, it leaves further clarification up to judicial opinion and scholarship. In contract, the Israeli draft regulates the essential questions in an understandable and substantively appropriate way, even though it is possible to argue over details and borderline questions".

"obiettiva lungimiranza". Tuttavia, l'interpretazione di questi termini da parte della Corte Suprema è cambiata significativamente. Esistono due fondamentali approcci di partenza, ognuno derivato da diversi punti di partenza.

L'approccio oggettivo vorrebbe partire dal generale presupposto per cui sarebbe necessario trasformare *ragionevolezza e lungimiranza obiettiva* in uno strumento che dovrebbe stabilire le modalità di comportamento desiderati. Si concentra, essenzialmente, sul bene generale, e come risultato, tende a delineare generali e uniformi determinazioni rigorose che a volte aumentano lo standard dei requisiti richiesti dalla norma.

**Approccio
oggettivo**

L'altro approccio, più *soggettivo*, si concentra più sulla persona del soggetto agente e si basa su maggiore flessibilità e in considerazione e adeguamento delle esigenze e delle capacità individuali. In origine, il termine *ragionevolezza* serviva ad individuare un preciso criterio oggettivo strettamente legato ad una persona comune media in termini di lungimiranza e di comportamento considerato un determinato insieme di circostanze.

**Approccio
soggettivo**

Così, in Inghilterra, più di mezzo secolo fa, la "persona ragionevole" è stata descritta come "l'uomo n(d)ella strada "o la" persona che utilizza i mezzi pubblici⁶⁷" per cui si specificava come nessuno poteva o avrebbe potuto aspettarsi che "la persona ragionevole" dovesse avere l'agilità di un acrobata, né la visione di un profeta ebraico⁶⁸.

Quando la Corte Suprema israeliana ha analizzato questo termine in relazione al delitto di *provocation in accusations of murder with malice aforethought*, l'idea che fu espressa era quella che la "persona ragionevole" fosse un regolare uomo israeliano, con tutte le sue virtù tipici, i vizi, le caratteristiche e le abitudini. I tribunali respinsero subito specificamente un modello basato su una persona ideale e, dunque, poco realistica, che gli studiosi avevano previsto e descritto nella loro idea generale⁶⁹. Molto è stato scritto sulle grandi difficoltà nel determinare gli elementi costitutivi ed individuativi di questa

**Evoluzione
giurisprudenziale**

⁶⁷ Cfr. *Hall v. Brooklands Auto Racing Club* (1933) 1 K.B. 205, p.224.

⁶⁸ Cfr. WINFIELD P.H. & JOLOWICZ J.A., *On Tort* (London, 14th ed., ed. by W.V.H. Rogers, 1975) pp. 50-51.

⁶⁹ *A.G. v. Segal* (1955)9P.D.393 - 432; *Shmulevitz v. The State of Israel* (1973) 27(ii) P.D.598 à 601; *Azuales v. The State of Israel* (1996).

ragionevolezza con tutte le relative problematiche legate all'individuazione del modello di riferimento⁷⁰.

In Israele, tuttavia, ulteriori ostacoli sono stati aggiunti a queste difficoltà ben note. I nuovi ostacoli sorti dal carattere di Israele come Stato recentemente istituito da immigrati provenienti da più di un centinaio di Stati e culture, portando con sé una vasta gamma di concetti, convinzioni e modi di osservazione e di condotta non semplificavano la questione.

Un'idea unitaria di cosa fosse *ragionevole* nello Stato diveniva, dunque, mero abbaglio, considerata l'enorme sostrato differenziale che caratterizzava il paese. Queste circostanze aggiungono un ulteriore livello di dubbio sulla possibilità di elaborare un modello o modelli attuali e realistici unici di "ragionevolezza"⁷¹.

A poco a poco, tuttavia, un andamento diverso, una linea di pensiero non totalmente dissociato dalla scuola attivista di pensiero nella Corte Suprema israeliana, ha iniziato a prendere slancio. I tribunali hanno cessato di fare riferimento alla persona ragionevole come un individuo comune e alla ragionevolezza, in generale, come una copia della realtà, e cominciarono ad analizzare il termine da un punto di vista prettamente giudiziario trasformandolo *into an instrument for the judicial determination of appropriate public policy*.

Reasonableness cessò di essere valutata sulla base delle qualità stimate e delle caratteristiche di una persona media. In molti casi, il problema è stato risolto sulla base della percezione generale dei giudici, la loro esperienza e il loro punto di vista sulle opportune richieste della società relativa ad una persona *careful* in un dato momento⁷². Inoltre, il termine "ragionevolezza" è diventato, in questo modo, uno strumento per esprimere il proprio punto di vista sulla corretta politica del diritto nei confronti di un certo grado di cautela sociale così come avvertita dai giudici in quel momento⁷³.

⁷⁰ Cfr. SHELEF L., *The Future of Tradition- Customary Law, Common Law and Legal Pluralism*

⁷¹ SHACHAR, *The Reasonable Person and Criminal Law* (1989) 39 *HaPraklit* 78; FLETCHER, *The Right and the Reasonable* (1984-5) 98 *Harv. L.R.* 949.

⁷² Cfr. *Tzur v. The State of Israel* (1979) 33(iii) P.D. 626; *McCrone v. Riding* (1938) 1 All E.R. 157, 158; WILLIAMS G., *Textbook of Criminal Law* (London, 2nd ed., 1983) p. 43.

⁷³ *Avnat v. The State of Israel* (1992) 46 (i) P.D. 1 - 6. *Endel v. The State of Israel* (1991) 45 (v) P. D. 276 - 288.

I giudici strutturavano, quindi, il loro pensiero, consapevoli che il livello di comportamento richiesto attraverso tale interpretazione di queste norme definite per l'occasione come ragionevoli, era decisamente superiore a quello generalmente e mediamente applicato dall'uomo medio⁷⁴.

Così, la Corte Suprema ha respinto, con fermezza, il tentativo di un imputato, che tentava di perorare la sua innocenza, relativo ad un certo criterio di ragionevolezza sulla base di testimonianze di cittadini medi che, come lui, non avrebbero potuto prevedere un certo risultato pericoloso. La Corte Suprema ha chiaramente dichiarato che:

"it often happens, especially within the range of workplace safety regulations, that all those occupied in a certain activity testify that everyone in the said field behaves in a certain manner. Nevertheless, the court requires higher norms. It is the duty and obligation of the court to determine reasonable norms of behavior⁷⁵".

Come quindi specificato, il giudice israeliano richiede norme più elevate ed è "dovere e obbligo del giudice determinare tali ragionevoli norme di comportamento⁷⁶".

Si tenga, comunque, conto che questo comportamento estremamente severo della Corte volto a garantire un più alto livello di sicurezza sociale nel Paese è sempre stato particolarmente cauto, fermo ma cauto. I giudici non hanno mai fissato standard estremamente elevati di attenzione, lontano dalle normali modalità esistenti di comportamento ben consapevoli che una decisione giudiziaria espressione di un pensiero troppo lontano dalla vita pratica avrebbe potuto trasformarsi in una lettera morta nei libri di diritto.

Così, la decisione politica della Corte Suprema per stabilire nuove norme di cautela è stata effettuata solo in casi in cui i giudici ritenevano che la trasformazione non era solo auspicabile, ma anche possibile, senza esercitare

⁷⁴ FITZGERALD, *Crime, Sin and Negligence* (1965) 79 L.Q.R. 351, at 363-364; Note (1936) 52 L.Q.R. The American Law Institute, *Restatement of the Law of Torts* (St. Paul, 1934) vol. 2, p. 769.

⁷⁵ *Tzur v. The State of Israel*, *supra* n. 22, p. 631.

⁷⁶ *Ibidem*

sforzo straordinario. Di solito, ogni decisione in tal senso era in funzione dell'importanza del principio sociale che i giudici in quel dato storico volevano proteggere e della probabilità della sua messa in pericolo. La terminologia innovativa nella sezione 21 della nuova Parte generale, vale a dire:

רשלנות אי מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות או לאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה,
הנמנים עם פרטי העבירה, כשאדם מן היישוב יכול היה, בנסיבות הענין, להיות מודע לאותו פרט,
ובלבד

in cui si cita chiaramente il termine "uomo della strada" o "ordinary man", indica che i suoi autori preferiscono utilizzare il criterio ordinario-medio come base per la determinazione della ragionevolezza, anche se, come abbiamo visto, questa non è un'interpretazione dogmatica. Su questo, inutile ricordare quanto, invece, proprio della tradizione *civil law* italiana in particolare ma continentale in generale.

2.3.3 segue: Negligence: Legal standards. - In molte aree, le disposizioni di legge stabiliscono esplicitamente standard di comportamento preciso e specificano, spesso con dovizia di particolari, le modalità di comportamento richiesti. Tra le numerose abbiamo precise indicazioni relativamente a norme di sicurezza sul posto di lavoro, la normativa stradale, norme di prevenzione di disturbo e legislazione sulla salute, i regolamenti circa le malattie degli animali.

Ognuno di questi standard rispecchia il bilanciamento prescelto di interessi politico sociali. A questo proposito, una domanda si pone per quanto riguarda il rapporto tra norme legislative esplicite circa gli *standard of care* e *criterio di ragionevolezza*, la deviazione dal quale costituisce negligenza.

*Standard of care e
criterio di
ragionevolezza*

Un altro tema centrale in tema di negligenza è la concreta capacità del soggetto agente di comprendere il livello dei requisiti specificati dal modello legislativo .

I Giudici hanno sempre avuto piena contezza della difficoltà che potrebbe sorgere dall'istituire degli uniformi criteri in tema di *reasonableness* e *foresight* ed è

proprio il riconoscimento di questa difficoltà che sta dietro l'idea che tali criteri devono formare un modello *multi-faceted* flessibile, che dà alle varie circostanze il loro peso adeguato. In altre parole, la legge penale viene costruita con l'idea di trattare con *reasonable persons* e non con un singolo preciso standard che serva come base per determinare ogni tipo di grado di negligenza.

Una serie di pronunce giurisprudenziali indicano che:

"consideration of a defendant's relevant and significant physical and mental limitations has often shaped a court's determination of whether the defendant acted reasonably⁷⁷".

In linea di principio, il grado *of negligence* di una persona non vedente in una situazione in cui la vista è assolutamente rilevante sarà determinato confrontandolo con il livello di cautela ragionevole richiesta da una persona disabile. Questo può comportare la relativa dichiarazione di non colpevolezza per il soggetto agente, anche se un comportamento identico svolto da una persona vedente potrebbe essere dichiarato *gross negligence*.

Allo stesso modo, un grave errore commesso in un'identica fattispecie medico - laboratoriale da parte di uno scienziato esperto e dal suo nuovo tirocinante, potrà determinare una responsabilità per *negligence* nel primo caso e nessuna responsabilità per il secondo. Questo perché il comportamento richiesto dallo scienziato esperto verrà soggetto a comparazione con lo standard del "ragionevole professionista" nel suo campo, mentre il nuovo tirocinante potrebbe beneficiare di essere valutato comportamentalmente allo standard di una persona ragionevole non esperto in detto campo⁷⁸.

A questo proposito⁷⁹, particolare attenzione deve essere data alla tendenza che suggerisce una maggiore considerazione delle qualità personali del soggetto

⁷⁷ HOLMES O.W., *The Common Law* (Boston, 1881) (Boston, Little Brown ed., 1946) p. 109; *R. v. Hudson* (1965) 1 All E.R. 721; HUSAK D.N., *Philosophy of Criminal Law* (1987) pp. 65-66.

⁷⁸ *Weingarten v. The State of Israel* (1978) 32 (ii) P.D. 29; SMITH and HOGAN, *supra* n. 1, p. 92-93. *Arutz and Lupo v. The State of Israel* (1980) 34(i) P.D. 679. KREMNITZER, *supra* n. 2, p. 91-92.

⁷⁹ Cfr. GALLO M., *Appunti di diritto Penale*, Vol. II., 2. ed., p. 157: "L'incontro tra le due distinte esigenze, quella di non soggettivizzare la colpa fino a renderla ineluttabile e quella di mantenere alle qualificazioni di negligenza, imprudenza, ecc... quel minimo di aderenza alla situazione

agente. Questa visione confonde il confine tra ciò che è oggettivo in termini di valutazione previa dell'evento e ciò che, invece, costituisce il personale e soggettivo esame dell'evento dalla prospettiva personale del colpevole. Si sposta l'enfasi dall'approccio oggettivo a favore di quella più personale⁸⁰.

L'espressione di questo può essere trovata nel diritto tedesco. Nella sua forma estrema, sarebbe definire la negligenza come

"the unfulfillment of imposed duties that the defendant was capable of carrying out, i.e., whether, under the circumstances, the particular defendant exhausted his potential capacity of understanding and performance⁸¹".

Quest'approccio ha il vantaggio di una migliore conformità al principio della *culpability*⁸². Ciò avviene perché

"it bases its justification for imposing responsibility on the defendant's failure to exert himself to his potential to maintain the standard. In this way, it colors the judgment with a personal, subjective tone. The approach also better serves deterrence: the objective model, which would place liability upon an individual who exhausted his subjective

concreta che permetta di considerarla criterio di imputazione soggettiva, si raggiunge abbinando la considerazione dell'agente con la necessità di astrarre da taluna delle note che ne hanno caratterizzato l'operare. Occorre tener conto pertanto delle conoscenze possedute dal soggetto, nonché di quelle conoscenze che era legittimo presumere in lui data la posizione sociale e l'attività svolta".

⁸⁰ HART, *supra* n. 10, p. 152; BRADY, *Punishment for Negligence: A Reply to Professor Hall* (1972) 22 Buffalo L.R. p.107-113-115. HUSAK, *supra* n. 32, pp. 132-136; FLETCHER, *The Theory of Criminal Negligence*, (1971) 119 U. Pa. L.R. 401-426; LEVY and LEDERMAN, *supra* n. 4, p. 517.

⁸¹ KREMNIETZER, *supra* n. 2, pp. 79-80; FLETCHER, *ibid*.

⁸² KREMNIETZER, *supra* n. 2, p. 88; *State v. Williams* 484 P. 2d. 1167 (Washington, 1971); *Edgmon v. State* 702 P. 2d. 643, 645 (Alaska, 1985): "The court here held that individual capabilities would have to be considered in assessing recklessness (necessary in Alaska for a manslaughter conviction) but that "[in contrast, peculiarities of a given individual - his or her intelligence, experience, and physical capabilities - are irrelevant in determining criminal negligence [necessary for the lesser negligent homicide offense] since the standard is one of a reasonably prudent person". KADISH S.H., *Blame and Punishment*(1987) 96-97.

physical and mental powers, so undermines criminal law's objective to direct the behavior of its subjects⁸³".

Tuttavia, "merging the standard of evaluation with the conduct to be evaluated⁸⁴" riduce la deterrenza di persone che soffrono di limitazioni. Sotto un regime che adotta questa visione, relativamente soggettiva di modello, queste persone potrebbero scegliere di porre in essere un'azione che non avrebbero compiuto altrimenti, perché non riescono a mantenere i requisiti di prudenza e ragionevolezza (ad esempio, una persona anziana con reazioni lente che avrebbe evitare di guidare).

Queste persone potrebbero prendere in considerazione il fatto che, se agissero sempre con quel regime di prudenza massimo per le loro possibilità, non saranno mai definiti negligenti, anche se oggettivamente il loro livello di cautela è al di sotto di quella ragionevole⁸⁵. Questa tendenza ad individualizzare il modello di ragionevolezza è stata costruita sulla base di accorte valutazioni opportune relative a criteri di ordine pubblico.

E' indubbio che numerose sarebbero, comunque, le diatribe in merito al delicato tema trattato: la lotta tra il desiderio di utilizzare elevati standard come strumenti di politica pubblica e la necessità di riconoscere individualizzazione, è un antico e generale problema di diritto in Israele che si è sempre mosso, in ambito penale, tra l'idea kantiana della *absolute liability and proper punishment*, e quella *of deterrence*.

In ultima analisi, come si dice sempre in dottrina in Israele, "la lunghezza della coperta rimane sempre quella e, cercando di coprire la nostra testa si può finire per esporre al freddo i nostri piedi, e viceversa⁸⁶". Si dovrebbe tenere a mente che plasmare una soluzione desiderata è di per sé una questione di ordine pubblico, e in molti casi compromesso e l'equilibrio saranno le parole chiave. In ogni caso, nel tentativo di raggiungere un adeguato punto di equilibrio, si dovrebbe

⁸³ WILLIAMS G., *Criminal Law: The General Part* (2nd ed., 1961) pp. 122-123.

⁸⁴ FLETCHER, *supra* n. 36, p. 426.

⁸⁵ KREMNITZER, *supra* n. 2, pp. 91-92: "The validity of this argument depends on the assumption that the engagement in the said activity by itself will not be considered negligence".

⁸⁶ *Ibidem*

considerare che la decisione a riguardo non è scollegata dal problema che riguarda l'estensione dei reati di negligenza nel diritto penale, con la quale abbiamo iniziato la discussione.

Chi cerca di spostare il punto di equilibrio circa le problematiche socio-penali della negligenza verso l'idea di standard desiderati come strumento per realizzare politiche pubbliche adeguate, deve essere consapevole che questa tendenza si adatta meglio alla necessità di limitare in qualche modo l'espansione della categoria dei reati di negligenza, in particolare, quando potrebbe essere a discapito dei reati a *mens rea*. Il diritto penale, credo, non possa permettersi un grave scostamento bidimensionale dall'idea elementare di colpa soggettiva personale, vale a dire, una deviazione troppo grave nella sua estensione quantitativa e allo stesso tempo troppo profonda e significativa nel suo contenuto qualitativo. D'altra parte, coloro che invece tendono a rispettare la tendenza di "individualizzazione di negligenza criminale" potrebbero essere più indulgenti ad espandere la portata della categoria che, soprattutto a spese di reati di *strict liability*, e talvolta anche di quelli a *mens rea*. La problematica vera, al di là di queste guerre dogmatiche, sta nel fatto che, in realtà, la negligence non comporta una deviazione esagerata dai principi di responsabilità personale soprattutto a seguito dello sviluppo della tendenza a privilegiare una visione più soggettiva dell'istituto.

Tuttavia, la sezione 21 e le note esplicative della nuova parte generale del diritto penale sembra riflettere una chiara preferenza per "*a factual rather than normative form of standardization of negligence, defining reasonableness as the ordinary person's standard*".

Questa stretta interpretazione della problematica ha condotto una forte limitazione nell'identificazione del concetto di *negligence* al punto che:

"The notion of deviation from subjective fault, embodied in this approach, consistently led the law-makers to strictly limit the category of negligence offenses. Hence, the authors proposed that this group consist solely of offenses in which negligence is explicitly required by the

legislature, thus not allowing the courts to interpret additional provisions as negligence offenses".

2.4 States of Mind: E) Strict Liability. - Volendo concludere un discorso già ampiamente affrontato nei paragrafi precedenti, specifichiamo solo quanto segue: il nuovo Penal Code tratta della *strict liability* alla section 22.

Enhanced liability and its extent

Section 22.

(a) A person bears enhanced liability for an offense, if in an enactment it is prescribed that the offense does not require proof of criminal intent or of negligence; however, the provisions of this subsection shall not void liability for offenses legislated before this Law went into effect and it was lawfully determined that they do not require proof of criminal intent or of negligence; for purposes of this section, "lawfully" – includes by judicial precedent.

(b) No person shall bear liability under this section if he acted without criminal intent and without negligence and did everything possible to prevent the offense; the person who so argues bears the burden of proof.

(c) For purposes of liability under this section, a person shall not be sentenced to imprisonment, unless criminal intent or negligence was proven.

(א) אדם נושא באחריות קפידה בשל עבירה, אם נקבע בחיקוק שהעבירה אינה טעונה הוכחת מחשבה פלילית או רשלנות; ואולם, אין בהוראות סעיף קטן זה כדי לבטל את האחריות בשל עבירות שחוקקו טרם כניסתו לתוקף של חוק זה ונקבע בדין שאינן טעונות הוכחת מחשבה פלילית או רשלנות. לענין סעיף קטן זה, "בדין" – לרבות בהלכה פסוקה.

(ב) לא יישא אדם באחריות לפי סעיף זה אם נהג ללא מחשבה פלילית וללא רשלנות ועשה כל שניתן למנוע את העבירה; הטוען טענה כאמור – עליו הראיה.

(ג) לענין אחריות לפי סעיף זה, לא יידון אדם למאסר, אלא אם כן הוכחה מחשבה פלילית או רשלנות.

Prima dell'Emendamento n. 39 esistevano in Israele dei reati a "absolute liability". Era cioè ammessa una mera responsabilità oggettiva totale tale che era sufficiente che il soggetto agente ponesse in essere il mero *actus reus* del reato. Non era, quindi, necessario alcun *mental state* o *criminal thought* o *negligence* rispetto all'*actus reus*.

Strict e Absolute Liability

Tale stato di cose, venne, fortemente, criticato dalla giurisprudenza e dalla dottrina contraddicendo i principi di colpevolezza riconosciuti dall'ordinamento. Questa situazione indusse l'emendamento n.39 ad abolire l'*absolute liability* e lo sviluppo del concetto di *strict liability*:

"In strict liability offenses the prosecution is not required to prove any mental element. Nonetheless, the defendant is entitled to an acquittal if he or she proves (on a balance of probabilities) that he or she acted without criminal thought or negligence and that he or she did everything possible to prevent the offence. It should be noted that to escape liability, it is not sufficient to prove the absence of criminal thought and negligence. In order to be acquitted, the actor is required to also prove that he or she did everything possible to prevent the offence⁸⁷".

Il Codice statuisce chiaramente che un certo reato potrà essere considerato soggetto a regime di *strict liability* solo se tale è stato ritenuto dal legislatore. Ciò vuole dire che, la semplice assenza di alcuna indicazione di *mental state*, non può automaticamente fare dedurre la presenza di *strict liability*.

In ogni caso questa regola vale esclusivamente per tutti i reati posti in essere successivamente l'emendamento n. 39. Per i reati precedentemente posti in essere, sarà la Court a determinare caso per caso se considerarli reati a *criminal intent* o a *absolute liability*.

Stando alla section 22 (a) tutti i reati precedentemente considerati *absolute liability* devono essere considerati *strict liability*.

⁸⁷ KUGLER, op. cit., p. 367

3. Criminal Intent: Analisi. - L'uso della parola "*intention*" (utilizzata indiscriminatamente insieme al termine *intent*) ha dato luogo a notevoli incertezze per quanto riguarda la concreta attuazione delle norme relative ai reati nel sistema di giustizia israeliano. Il termine è rimasto indefinito anche nella nuova versione del Codice penale Israele 1977 nonostante la necessità di dettare chiarezza sul tema considerata la frequenza con cui lo stesso codice ricorre a questo istituto e la giornaliera applicazione da parte dei giudici.

**Intention:
significati e relazioni**

Nella famosa pronuncia del 1952 caso *Jacobovitz v. Procuratore Generale*, l'*intention* era definita come "foresight of a result accompanied by a desire to bring it about"⁸⁸.

**Caso Jacobovitz v.
Procuratore Generale**

Questa definizione è stata sempre considerata la definizione, per così dire, "ufficiale" di *intention* nel diritto penale israeliano ed è stata, come tale, riaffermata costantemente in tutte le pronunce successive con una importante indicazione precipua nel caso *Vannunu v. Stato di Israele*⁸⁹. In tale pronuncia si ricorda come *intention* comprenda:

**Caso
Vannunu v. Stato di Israele**

- 1) la *knowledge* di tutte le circostanze relative al *actus reus*;
- 2) la *foresight of the result proscribed* nella definizione dell'offesa;
- 3) il *desire* di realizzare detto risultato.

Mentre l'intenzione è stata tradizionalmente percepita in termini di conoscenza, previsione, e volontà, questi tre termini sono rimasti indefiniti nel codice penale del 1977 e il loro preciso significato è stato elaborato sulla base della giurisprudenza e delle riflessioni fatte in capo al precedente codice secondo cui:

**Intention come desire,
purpose e foresight**

⁸⁸ *Jacobovitz v. Attorney General*, (1952) 6P.D.514 - 545.

⁸⁹ *Mordechai Vannunu v. The State of Israel*, (1990) 44 (iii) P.D. 265.

Azulai v. The State of Israel (1983) 37(ii) P.D.565 - 578. Cfr. LEVY Y, *Criminal Intent*, I. L. R., Vol. 30, p. 106: "Justice Barak's definition is substantially similar to the definition of 'intent' which subsequently appeared in Section 20 of the Bill, now Section 20 of 1994 Amendment No. 39, and a recitation of the definition proposed by the Agranat Commission for the reform of the Criminal Code which preceded the Bill".

"the Israeli system applied an evidentiary presumption that a person intended the natural and probable result of his actions and thus, that foresight, and hence intention, may be inferred. As held by Agranat in Jacobovitz, the court may infer from the said proposition that the defendant had in fact foreseen a result and desired it, though the defendant may adduce evidence refuting this inference and negating the presumption of intent⁹⁰".

Questo stesso principio è enunciato nella Section 8 del *the United Kingdom's Criminal Justice Act (1967)*, che consente alla giuria "to draw, such inferences from the evidence as appear proper in the circumstances which, inter alia, indicate that in the ordinary course of events, a certain act will lead to a certain consequence".

Il concetto, fino ad ora espresso, è sintetizzato, in modo abbastanza chiaro, in *Moloney*⁹¹ dove si specifica che "the presumption referring to *natural results* is akin to the idea of *foresight of virtual certainty*:"

I think that we should now no longer speak of presumptions in this context but rather of inferences. In the old presumption that a man intends the natural and probable consequences of his acts the important word is "natural". This word conveys the idea that in the ordinary course of events a certain act will lead to a certain consequence unless something unexpected supervenes to prevent it. *One might also say that, if a consequence is natural, it is really otiose to speak of it as also being probable*⁹²".

L'approccio classico della giurisprudenza israeliana all'"intenzione" come termine si basa quindi su

Intention per la dogmatica israeliana

⁹⁰ LEVY Y., *Criminal Intent*, in *Israel Law Review*, vol. 30, 1-2 1996, p. 107

⁹¹ *R.v. Moloney* [1985] 1 All E.R. 1025.

⁹² *Ibid.*, at 1039.

"existence of the defendant's purpose in causing a particular result; this purpose may be inferred, like any other fact, from the circumstance that that particular result derives in the ordinary course of events from an act such as the one committed by the defendant⁹³".

Un'analisi più approfondita del concetto indica, tuttavia, che un approccio così definito non copre la ricchezza di situazioni che richiedono la necessità di comprendere se ci sia stata concreta "intenzione" da parte del soggetto agente.

Non tutte le situazioni possono essere determinate in termini di "*desire*", "*foresight*", "*purpose*", né tutte le circostanze rilevanti possono essere rapportate e inglobate da un generico termine quale può essere la *knowledge*.

3.1 segue: "Foreseeability", "Probability". - È abbastanza chiaro che non ogni *intention* è accompagnata da un obiettivo o uno scopo, che non ogni "*intention situation*" è accompagnata dalla *foresight of consequences* e che non tutti i casi di previsione danno luogo ad effettiva *intention*, per non parlare poi di tutti i possibili scopi ulteriori che possono sorreggere l'*intention* di un soggetto nel realizzare quell'atto. **"Foreseeability"**

Quanto segue, servirà a illustrare queste distinzioni:

A) Una persona può agire per raggiungere uno scopo particolare in un modo che di certo egli non desidera - ad esempio, al fine di curare una carie ai denti, una persona va da un dentista e ne sopportare il dolore e il disagio relativo. La persona di certo non desidera il dolore, né è suo scopo subirlo ma, andando dal dentista, egli di certo avrà previsto la necessità del verificarsi di tale risultato.

B) Allo stesso modo, una persona che si vuole sottrarsi alla giustizia e che per farlo prende a caso il primo volo disponibile che lo porti fuori dal paese, verrà

⁹³ LEVY Y., *Criminal Intent*, in *Israel Law Review*, vol. 30, 1-2 1996, p. 108

comunque ritenuto di aver *intended* di raggiungere la destinazione di quel volo, nonostante il fatto che non era né suo desiderio né suo scopo raggiungere quella posizione particolare.

C) Una persona "may bring about a result purposefully without believing that it will occur as a result of his act. Firing a gun out of range towards a person with the purpose of killing him - but not foreseeing the possibility that the bullet might carry the distance and fatally injure the victim - would be deemed an intentional homicide⁹⁴".

D) Un giocatore di basket che nell'ultimo secondo utile di gioco piuttosto disperatamente lancia la palla da un lato del campo verso il canestro all'altro capo - non credendo minimamente che egli potrà fare canestro - sarà considerato comunque autore intenzionale di quel canestro se la palla miracolosamente farà centro.

Attraverso questi esempi, vediamo in tutti i casi situazioni di "*direct intent*", nonostante il fatto che i primi due esempi contengano l'elemento della "*foreseeability*" e mancano invece degli elementi di "*desire*" or "*purpose*" nel loro vero senso, mentre i secondi due esempi contengono questi elementi, ma non hanno la elemento di "*foreseeability due to the improbability of the result*⁹⁵".

Una complessità maggiore deriva poi da tutte quelle situazioni in cui una persona cerca un risultato che è in realtà una *precondition* per raggiungere il suo obiettivo principale. Tale caso si verifica quando una persona agisce per conseguire uno scopo particolare sapendo che ciò non può essere fatto senza causare un altro risultato.

Due esempi:

⁹⁴ LEVY Y., *Criminal Intent*, in *Israel Law Review*, vol. 30, 1-2 1996, p. 108

⁹⁵ Cfr. Archbold's *Pleading, Evidence and Practice in Criminal Cases* quoted by Lord Bridge in *Moloney*, *ibid.*, at 1036: "In law a man intends the consequence of his voluntary act, (a) when he desires it to happen, whether or not he foresees that it probably will happen, or (b) when he foresees that it will probably happen, whether he desires it or not."

1) D, al fine di ferire P, getta un mattone attraverso una finestra, dietro la quale egli sa P essere in piedi,

2) D fa esplodere un aereo in volo per recuperare il premio dell'assicurazione che copre il suo carico.

In entrambi i casi, il risultato è prevedibile - *foreseeable* - D sa che la finestra inevitabilmente si romperà e sa che l'equipaggio inevitabilmente verrà ucciso - ma anche se non è il proprio scopo o desiderio rompere la finestra o uccidere l'equipaggio, "*the law will perceive that they intended to do so*⁹⁶".

Se è vero che P potrebbe aprire la finestra mentre il mattone è in volo o l'equipaggio potrebbe salvarsi straordinariamente e che, dunque, lo scopo potrebbe essere conseguito senza provocare il risultato in questione, è pur vero che queste sono da considerarsi possibilità remote.

Nell'ordinario corso degli eventi, a meno che qualcosa non intervenga per prevenire il risultato "intermedio", esso inevitabilmente si verificherà e D sa con certezza virtuale che accadrà⁹⁷. La stessa cosa vale per i due primi esempi indicati circa la visita dal dentista e l'imbarco senza decisione volontaria di destinazione.

Tuttavia, chi agisce al fine di raggiungere uno scopo particolare e prevede un risultato indesiderato derivante dal suo atto "*will not be held to have intended the result which he has thus brought about, even should the undesired result have a higher probability of occurring than the desired result*⁹⁸".

Per esempio, un chirurgo che esegue un'operazione di emergenza che prevede una probabilità molto alta di non riuscita *he will not be held to have intended that his patient die*, se questo è davvero il risultato finale.

Allo stesso modo, un ufficiale militare che ordina alle sue truppe di impegnarsi in combattimento e che prevede con certezza che alcuni di loro perderanno la vita di certo non vuole quel risultato. Ovviamente, queste situazioni mancano d'intenzione diretta, nonostante il fatto che l'attore preveda una probabilità molto alta che il risultato indesiderato si verifichi effettivamente.

⁹⁶ LEVY Y., *Criminal Intent*, in *Israel Law Review*, vol. 30, 1-2 1996, p. 109

⁹⁷ Cfr. le riflessioni de The Law Commission (Law Comm. No. 177) 1989, par. 8.14 p. 192.

⁹⁸ LEVY Y., *Criminal Intent*, in *Israel Law Review*, vol. 30, 1-2 1996, p. 110

"The particular instance of a person who knows that the achievement of his purpose will necessarily cause the result in question, in the absence of some wholly improbable intervening event", è catalogato da giurisprudenza e dottrina in Israele come forma particolare di *intention* talvolta indicata come "oblique intention", "the knowledge rule", "the foreseeability principle", or "*dolus indirectus*". In effetti, come questi termini denotano, questa situazione dà luogo a quello che si può definire una "*intention of the second degree*" - non la classica "direct intention" basata sullo scopo, ma di un tipo secondario in cui lo scopo è sostituito dalla *knowledge of a virtual certainty* che potrebbe verificarsi il risultato in questione.

Una prima conclusione si può trarre a questo punto e cioè che la definizione classica *Jacobovitz* dell'intenzione "which prevailed in Israeli criminal law, framed in terms of purpose or desire, denoted only one aspect of this term (albeit the one relevant in most instances)".

Intention in Israele è solo parzialmente da considerarsi desire e purpose

E' evidente come concetti noti alla nostra tradizione continentale appaiano qui non ben definiti e a volte confusi con una certa ordinaria ricorrenza.

La dottrina israeliana, forte della precedente conquista rappresentata dal *oblique intention* aveva necessità di dare al termine "*intent*" una ulteriore elaborazione al fine di inquadrare situazioni come il lancio del mattone o l'esplosione dell'aereo, di cui agli esempi prima indicati. Allo stesso modo, la definizione resta comunque insufficiente per coprire situazioni in cui vengano coinvolti "*specific*" oppure "ulteriori" intenti. Questa particolare forma di intenzione si riferisce a situazioni in cui il reato attribuito al soggetto è definito in termini di un atto oggettivo "*performed intentionally but with a purpose of attaining an ulterior aim specified in the definition of the offense*".

Il raggiungimento del risultato ulteriore non costituisce parte della *actus reus* del reato, e il soggetto può essere ritenuto responsabile per il suo incarico indipendentemente dal fatto che il risultato ulteriore si sia in effetti verificato - a condizione che per commettere l'*actus reus* del reato, egli sia stato motivato dalla finalità di conseguire tale risultato ulteriore.

"The offense of breaking and entering with intent to commit a felony, the offense of divulging confidential state secrets with intent to jeopardize the security of the

State, the offense of failing to register for military service with intent to avoid such service" costituiscono esempi di "*ulterior intent*" situation⁹⁹.

In questi casi, se è vero che si deve *intenzionalmente* rompere ed entrare, *intenzionalmente* fornire segreti di Stato, o *intenzionalmente* non registrarsi per il servizio militare, il requisito di *mens rea* non si limita alla commissione intenzionale dell'atto vietato ma, piuttosto, richiede un'ulteriore prova dello scopo ulteriore della commissione del fatto, come definito nel reato¹⁰⁰. Se è vero che, di solito, tale scopo è concomitante con il desiderio o il motivo che ha indotto la commissione del fatto, si possono concepire situazioni in cui il soggetto agente sa che il risultato ulteriore (non facente parte del *actus reus*) era praticamente certo che si verificasse, *yet it was not his purpose nor motive to bring it about*.

E 'stato detto che la frantumazione del vetro della finestra da parte di D fosse intenzionale nonostante lo scopo fosse quello di colpire l'uomo in piedi dietro di esso.

Tuttavia, si valuti la situazione opposta per la quale lo scopo unico di D sia quello di rompere la finestra senza ferire la persona che sta in piedi dietro ferendola in ogni caso: qual è il rapporto tra la prevedibilità della virtuale certezza del verificarsi del risultato, e la "intenzione" di realizzarla?

Ci si chiede in dottrina:

"Is a person who foresees a virtually certain result held, as a matter of substance, to intend to bring it about, irrespective of his immediate or ultimate purpose in so doing? Is the circumstance of knowledge by the defendant of virtual certainty of a result mere evidence in proving his purpose to bring it about, and hence his intention, (an evidentiary rule much stronger than the analogous to the proposition that a person

⁹⁹ KUGLER, *op. cit.* p. 542

¹⁰⁰ KUGLER, *op. cit.*: "Section 90(A)(2) of the Criminal Code (Amendment No. 43) introduced on August 7, 1995, supra n. 2, defines for the first time "ulterior intention" or "specific intent" situations in terms of "intentionally", providing that where a statute provides for a person to act "intentionally", and where the term "intentionally" does not relate to a result of the *actus reus* in result offenses, the word should be construed as either the motive prompting the act, or the aim to achieve an end specified in the definition of the offense, as the context may dictate".

intends the natural and probable consequences of his act), or a fact which, in substance, denotes intention?¹⁰¹"

Le domande si moltiplicano quando ci rivolgiamo a situazioni che prevedono "ulteriori intenzioni".

Ci si chiede ancora:

"Is a person who foresees a virtually certain result held, as a matter of substance, to be motivated by a desire to achieve that result irrespective of whether he in fact was thus motivated and whether the result in fact occurred?"

Dal momento che in reati ad *ulterior intention*, il conseguimento del risultato desiderato non costituisce parte dell' *actus reus*, si potrebbero immaginare situazioni in cui le persone che prevedevano risultati altamente probabili, ma non li desiderano, potrebbero essere condannati per aver commesso un reato con l'intento di produrre tali risultati nei casi in cui l'elevata probabilità prevista dal soggetto agente non si è concretizzata.

Si arriverebbe al paradosso, secondo la dottrina, per cui ad un chirurgo che opera un paziente considerato ormai spacciato salvandone oltre ogni aspettativa la vita, gli si accollerebbe il fatto di aver agito con l'intento di provocarne la morte.

"Wilful blindness"

Conoscenza della certezza virtuale di un risultato - o in forma più complessa, la conoscenza del verificarsi di un obiettivo ulteriore - denota la cosiddetta *indirect intention*, la cosiddetta "conoscenza di secondo grado" o "wilful blindness"¹⁰².

"In such situations, a person who has no substantial doubt as to the probability of the existence of the circumstances, or merely suspects them, shall be deemed to have knowledge in regard to such facts even though (or because) he has failed to verify them. Indirect knowledge of

¹⁰¹ LEVY Y., *Criminal Intent*, in *Israel Law Review*, vol. 30, 1-2 1996, p. 111

¹⁰² *Roper v. Taylor's Central Garages*, (1951) 2 T.L.R. 284.

virtual certainty of the existence of facts or of a foreseen result may give rise to indirect intention¹⁰³".

3.2 segue: "Wilful blindness" e "Knowledge rule". - *Intention* può, quindi, risultare dalla combinazione di due costrutti legali: in primo luogo, "la cecità intenzionale - wilful blindness" (conoscenza di secondo grado - considerati equivalenti alla conoscenza effettiva) e in secondo luogo, "la regola di conoscenza - the knowledge rule" (intenzione di secondo grado - considerata equivalente a reale intenzione).

Intention come somma di wilful blindness e knowledge rule

I tribunali israeliani hanno affrontato la questione da un certo numero di punti di vista ma hanno dimostrato, a volte, una tendenza casistica, come del resto sempre ogni qual volta sorgano dei fondanti problemi di principio, per evitare che si stabilisca un unico principio inclusivo, tendenza questa che reca evidenti influssi di britannica memoria.

E' stato adottato un atteggiamento individuativo, basato principalmente sulla presunta volontà del legislatore relativa ai reati specifici discussi nei casi rilevanti, per determinare se il fatto che il soggetto agente avesse previsto le conseguenze "as a virtual certainty amounted to a purpose on his part to bring them about, where otherwise such a purpose was not established". Una panoramica di giurisprudenza dimostra questa tendenza:

Giurisprudenza

Nel caso del 1955 *Attorney General v. Greenwald*¹⁰⁴, si sviluppò l'idea per cui la *knowledge* del soggetto agente circa il fatto che le *consequences* vietate dalla legge fossero conseguenza altamente probabile della propria condotta, si trasformava, attraverso una *construction of law in intent* di perseguirle.

Non si richiede, dunque, che la *knowledge* sia completa e in relazione al risultato ma deve possedere solo una "*high probability*".

¹⁰³ KUGLER, *op. cit.*: This approach was taken by the Supreme Court in a single judge (Justice Cheshin) decision rendered on 12 May 1996 - after presentation of this paper - in Said Sulimani v. State of Israel (1996) 33 Dinim Elyon 252. The Court relied on the provisions of sec. 20 of the Law and imputed intention to defendant due to the fact that he had suspected the existence of circumstances, which if true, would lead to substantially certain consequences.

¹⁰⁴ *Attorney General v. Greenwald*, (1958)12P.D. 2017 - 2069.

"Despite the introduction of this legal construct, as well as the high probability factor and foresight in this case, Justice Agranat declined to establish intention of an accessory before the fact to the crime of murder. 12 His refusal to equate the defendant's "knowledge" to "intention" stemmed from the fact that the accomplice, in extending assistance, did so without a desire to assist and in the hope - however slight - that perhaps the result would not occur¹⁰⁵".

Si legge ancora in giurisprudenza che:

*Iluz and Alias v. The State of Israel*¹⁰⁶ also involved an accused accessory to murder who did not desire to bring about the death of a victim, yet - knowing that the outcome was virtually certain - assisted the principal perpetrator in bringing about this result. Justice Landau declined to convict on the charge of murder, on the grounds that "the knowledge rule", (i.e. that foresight of consequences as virtually certain becomes intention) was a legal fiction which, due to public policy considerations, would be inappropriately applied in cases of murder.

In contrast to *Iluz*, public policy considerations prompted Justice Agranat to apply the principle of the "knowledge rule" in *Ajami v. Attorney General*¹⁰⁷ and convict the defendant of the offense of "criminal trespass with intent to annoy". The prosecution did not establish that the defendant desired to annoy the complainant, but did prove that the defendant was virtually certain that the trespass would inevitably do so. Agranat applied the idea that knowledge of virtually certain circumstances amounted to a specific intent to bring them about, though he expressly limited his application, stating that he did not propose to

¹⁰⁵ KUGLER, *op. cit.*: The case involved the determination of the liability of a leader of the Jewish community in wartime Hungary for mass murders and exterminations of Jews by the Nazis, with whom the said leader (Dr. Kastner) was alleged to have collaborated.

¹⁰⁶ *Iluz and Alias v. The State of Israel*, (1969) 23 (i) P.D. 377, at 388, 390.

¹⁰⁷ *Ajami v. Attorney General*, (1959) 13 P.D. 421 - 431.

introduce the theory as an all-embracing rule, and that in each case, the legislative intent should be considered".

Numerosi sarebbero, ancora, gli esempi giurisprudenziali da riportare, tutti atti a dimostrare come Israele, sotto questo punto di vista, non abbia un eguale principio di applicabilità circa la problematica del *dolus indirectus* o *oblique intention*.

L'unica vera regola era questa: la prevedibilità delle conseguenze altamente probabili a volte costituiva semplicemente prova dello scopo, e quindi dell'intenzione diretta, in altri momenti, quando considerazioni di interesse pubblico richiedevano l'applicazione del principio di prevedibilità, costituiva prova dell'*oblique intention* che sostituiva quella diretta.

Tra gli esempi più importanti in giurisprudenza:

In *Sita v. Attorney General*,¹⁰⁸ for example, Justice Silberg held that the defendant's awareness that it was highly probable that his act would jeopardize the security of the state was enough to establish the ulterior intention to bring about this result. The defendant had to be aware of the *high probability of the result*; the mere fact that such result was a natural consequence of the act *would not suffice* in order to establish an intention to bring it about. In *Anonymous v. Attorney General(1960)*¹⁰⁹ the *Ajami* principle was directly applied, where the Court held that the defendant was liable for jeopardizing the security of the state by divulging state secrets where he knew with high probability that security would, indeed, be jeopardized.

In the subsequent case of *Anonymous v. Attorney General(1962)*,¹¹⁰ where the charged offense required proof of specific intent to prejudice the security of the state, Justice Agranat held that the fact that there was

¹⁰⁸ *Prof Kurt Sita v. Attorney General*, (1961) 15 P.D.1373.

¹⁰⁹ *Anonymous v. Attorney General*,(1960)14P.D.310.

¹¹⁰ *Anonymous v. Attorney General*, (1962)16 P.D.2397 - 2041.

a very high probability that defendant's conduct would indeed threaten the security of the State could serve as an evidentiary test -for proof of knowledge that such harm was highly likely to ensue, and hence of intent to cause it. However, Agranat further held that the defendant may nevertheless refute such presumption or cast a doubt on it in a manner analogous to that where one refutes the presumption that a person intends the natural and probable consequences of his acts.

In *Borocho v. Yefet*¹¹¹, a libel case requiring intent to cause harm, it was established that the defendant had foreseen the virtual certainty of harm resulting from the libelous publication, but in fact had not desired it - in the sense that he was not motivated by the purpose to cause harm when he published the libel.¹⁸ The Court held that knowledge of the virtually certain result did not constitute an intent to cause harm. Justice Barak took the position that application of the "knowledge rule" depended on the outcome of weighing and balancing: policies involved in relation to the particular offense; the values which are to be protected; the objective of the legislature; and similar other considerations.

Tutto quanto espresso fino ad ora subì un radicale cambiamento attraverso le importanti statuizioni di due pronunce importanti: *Vannunu e Eisman v. State of Israel*¹¹².

Il contenuto principale di queste espressioni fu il seguente: *Knowledge of a high probability* che una condotta avrebbe portato ad un risultato, integrato dalla conoscenza degli altri elementi del *actus reus*, rappresenta una forma della *mens rea concomitant with ordinary criminal intention expressed by the direct desire to bring about that result* con l'aggiunta che *Foreseeability of a high degree of probability equalled intention, and bore the same result*¹¹³. **"Knowledge rule"**

¹¹¹ *Shmuel Borocho v. Zeev Yefet* (1985)39 (iii)P.D.205 - 214.

¹¹² *Eisman v. The State of Israel*, (1990) 44(iii) P.D.485.

¹¹³ Cfr. LEVY Y., *Criminal Intent*, in *Israel Law Review*, vol. 30, 1-2 1996, p. 113

Secondo questa pronuncia, prevedibilità di una certezza virtuale del risultato e *purpose to bring it about*, sono fundamentalmente tautologici, coincidono.

La *Knowledge* di una certezza virtuale spesso comprende la volontà e non deve necessariamente indicare mancanza di scopo. Una persona può spesso agire al fine di realizzare un risultato quando sa o crede che il suo atto è, praticamente, certo che la realizzerà.

Nonostante la cosa possa chiaramente suonare strana, i due significanti passi della dogmatica israeliana in tal senso si configurano in questo modo:

1) la "knowledge rule" è un *substantive principle* che stabilisce l'*intention* nella legge, come una cosa ben distinta dalla "*evidentiary rule*" *Evidentiary rule* secondo cui "a person intends the natural and probable consequences of his acts, which may only serve as proof of intention";

2) la "knowledge rule" può essere oltremodo applicata a tutti quei reati che contemplano una "ulterior intention" e che la consapevolezza della virtuale certezza di raggiungere tale scopo equivale a *intend* tale scopo. Questa applicazione è analoga ai casi di applicazione della *ordinary intention nei reati di evento*, dove la consapevolezza della certezza virtuale del risultato equivale a desiderare di realizzarla.

Per sintetizzare,

"Knowledge in such a case is concomitant with desire to attain the result *even if the defendant proves that he desired another consequence*¹¹⁴".

¹¹⁴ "*Vannunu* was closely followed by the case of *Eisman*, in which the defendant was accused of concealing a piece of evidence with intent to pervert the cause of justice by intending to prevent the use of the evidence in a legal proceeding. The defendant alleged that he had not desired to prevent the use of the evidence, but had acted based upon another motive. Justice Kedmi, in an *obiter* decision, expressly held that when the result of ulterior intent inevitably derives from the proscribed act, and the defendant is aware of this inevitable result, he will be deemed to have intended that result notwithstanding his actual motive and purpose for the act. Knowledge in such a case is concomitant with desire to attain the result *even if the defendant proves that he desired another consequence*. Thus, *Eisman* reinforced the substantive nature of the "knowledge rule" as distinct from its evidentiary aspects".

Tutto quello che abbiamo fino ad ora, con una certa difficoltà, indicato, sembra evidentemente discostarsi con una certa pesantezza dall'evoluzione invece legislativo - criminale britannica.

Abbiamo già ricordato come i principi su *intention* indicati già da G. Williams nel 1950 abbiano poi determinato sviluppi importanti in termini di dogmatica nel patrimonio giuridico inglese¹¹⁵.

Il concentrato di queste pronunce può essere così riassunto:

British case law does not deem foresight of consequence to be the same as intent, but only as a basis for inference of the defendant's intention or purpose e, cioè, la mera previsione delle conseguenze derivanti da un determinato agire non c'entra assolutamente nulla con l' *intention* se non in termini di indicatore di base:

"In a case where *foresight of a consequence* is part of the evidence supporting a prosecution submission that the accused intended the consequence, the judge, if he thinks some general observations would help the jury, could well ... emphasize that the probability, however high, of a consequence *is only a factor*, though it may in some cases be a very significant factor, to be considered with all the other evidence in determining whether the accused intended to bring it about¹¹⁶".

"if the jury are satisfied that., the defendant recognized that death ... would be virtually certain (barring some unforeseen intervention) to result from his voluntary act, then that is a fact from which they may find it easy to infer that he intended to kill... even though he may not have any desire to achieve that result..."

3.3 segue: **Mental element.** - Le osservazioni fino ad ora riportate aprono

¹¹⁵ In *Moloney* (1985), Lord Bridge sottopose la seguente questione:

"Whether there is any rule of substantive law that foresight by the accused of one of those eventualities as a probable consequence of his voluntary act, where the probability can be defined as exceeding a certain degree, is equivalent or alternative to the necessary intention?"

Egli rispose:

"Foresight of consequences as an element bearing on the issue of intention in murder, or indeed any other crime of specific intent, belongs not to the substantive law but to the law of evidence".

¹¹⁶ *Regina v. Hancock and Shankland (H.L.(E.))*, (1986) 2 W.L.R. 357, at 365.

finalmente uno spiraglio di luce in una dinamica strutturale lontana da una concreta e costruttiva costruzione del diritto penale in Israele: *intention* non deve assolutamente e necessariamente essere legata irrimediabilmente a termini quali "foreseeability or degrees of probability".

Bisogna partire dal presupposto che un soggetto può, certamente, prevedere un risultato virtualmente certo senza che venga ritenuto "*intended*" (come negli esempi del chirurgo e dell'ufficiale militare). Grazie all'approccio britannico si è evidenziato come la prevedibilità di certi risultati non costituirà certo prova d'*intention* sempre e comunque.

**Considerazioni
finali**

La vera domanda non è, dunque, se c'è prevedibilità ma se "did the accused mean to bring about the result?" senza ricorrere ad assurdi concetti come "foreseeability", "probability", "purpose", or "desire".

Da questo punto di vista ancora una volta illuminante il contributo di Barak:

The key question is the meaning of the expression "intention" in section 6 of the Law. The word intention bears numerous meanings. Its meaning to the philosopher will differ from what it means to the psychologist and its meaning to these two will not accord with what it means to the jurist. Even in the realm of the law, the expression "intention" has numerous meanings and those change according to the context in which the expression appears. Some of the meanings are natural and ordinary. Some are terms of art ...¹¹⁷

Il progresso culturale giuridico israeliano che aveva inizialmente provato a emanciparsi dalla tradizione britannica non poté fare altro che tornare in carreggiata ricollegandosi ad alcuni fondamentali punti, primo fra tutti la problematica rappresentata dall'*intention*.

Immediato il ricorso a "*The Law Commission's Report on The Mental Element in Crime (1978)*", che costituisce base per il Working Paper No. 31 dove si definisce *intention* in questi termini:

¹¹⁷ BOROCHOV, supra n. 18, p. 214.

A person intends an event not only:

(a) when his purpose is to cause that event but also

(b) when he has no substantial doubt that the event will result from his conduct.

Questa definizione introduce la sostanziale idea che *intent* potrebbe esistere quando una persona non ha alcun dubbio sostanziale sul fatto che un evento si verificherà (alcuni parlano di sostanziale equivalenza con il principio della "*virtual certainty*").

Questa norma introduce la necessità di un test standard per i giudici nel determinare contenutisticamente la sussistenza effettiva di "intention", "knowledge", "recklessness as to results" and "recklessness as to circumstances", secondo questa tematica di *intention*

Did the person whose conduct in issue either intend to produce the result or have no substantial doubt that his conduct would produce it? (Section 2)

Il riferimento alla "*proof of intention*" si sostanzia quindi nella necessità che i giudici non siano tenuti *in iure* a dedurre che un soggetto *intended* produca un dato risultato solamente per il fatto che quel risultato era la naturale e logica conseguenza della propria condotta (Sezione 7). Stesso discorso vale per la cosiddetta "conoscenza di secondo grado". Addirittura, nella giurisprudenza israeliana, come leggiamo nel caso *State of Israel v. Be'eri et al.*, sembra potersi configurare una "*knowledge of the third degree*":

"Such knowledge may be imputed to the defendant in instances where he was merely reckless as to the existence of a fact or circumstance, of which he was unaware, or had doubt as to its existence¹¹⁸".

¹¹⁸ StateofIsraelv.Be'erietal.(1994)48P.D.302,at363.

La rivoluzione in atto per l'*intention*, in realtà, si rivela anche nelle pronunce dedicate a *recklessness* laddove, come nel caso *Caldwell* si specifica che un soggetto è *reckless*

"as to whether property would be destroyed or damaged when he performs an act which in fact creates an obvious risk that property will be destroyed or damaged, even though when he performs such act, he has not given any thought to the possibility of there being any such risk. The obviousness of the risk coupled with the act of the accused seems to provide an element of knowledge of the risk, amounting to "recklessness" and perhaps aptly termed "knowledge of the third degree"¹¹⁹.

Israele, alla luce di quanto fino ad ora ricordato brevemente, ha tentato per la prima volta a definire l'elemento psicologico del reato nella section 20 del nuovo codice penale del 1992:

מחשבה פלילית מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות ולאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה, הנמנים עם פרטי העבירה, ולענין התוצאות גם אחת מאלה:

Il *mental element (mens rea)* è definito nell'originale ebraico come "criminal thought" definito nei termini di "knowledge", "foreseeability", "intention", e "recklessness". La legge ha fatto espresso riferimento per la prima volta alla *oblique intention - dolus indirectus* e alla *wilful blindness* (pur non utilizzando questa terminologia).

La *mens rea* è definita come:

"knowledge as to the nature of the act, the existence of the circumstances and the probability of the results produced by the act constituting the offence", pur con queste debite differenze:

¹¹⁹ *Caldwell* (1982) A.C. 341

1. Intention - with the purpose to bring about the results;
2. Recklessness in being one of the following:
 - (a) indifference - being indifferent to the probability of the results produced by the act;
 - (b) heedlessness - in taking an unreasonable risk as to the probability of the results produced by the act in the hope of succeeding to avert such results.

(1) כוונה במטרה לגרום לאותן תוצאות;

(2) פזיזות שבאחת מאלה:

(א) אדישות בשוויון נפש לאפשרות גרימת התוצאות האמורות;

(ב) קלות דעת בנטילת סיכון בלתי סביר לאפשרות גרימת התוצאות האמורות, מתוך תקווה להצליח למנען.

Circa l'*intention*: prevedibilità che l'evento sia *virtually certain* è concomitante con *a purpose to bring them about (...)*.

Queste le conseguenze in termini pratici che costituiscono le due attuali riflessioni finali della dogmatica penale israeliana attuale:

1) Tutti i reati a *mens rea* richiedono da parte del soggetto agente la *knowledge* di tutte le *circumstances* dell'*actus reus* e per i reati ad evento naturalistico la *probability* del verificarsi dell'evento prodotto dalla condotta parte dell'*actus reus*.

Si richiede il medesimo grado di *knowledge* circa il verificarsi dell'evento conseguenza della propria condotta indipendentemente dal requisito preposto di *intention* o di *recklessness*.

In entrambi i casi si richiedono i medesimi due grandi requisiti di *knowledge* e di *foreseeability*¹²⁰.

¹²⁰ *Contra*: KUGLER, *op. cit.*: "This method runs contrary to what, in my view, is the preferred approach enunciated in the U.K. Draft Codes, in which recklessness as to circumstances prescribed in an offense-creating provision is defined in the same way as recklessness as to a prescribed result. Thus, Section 4 of Working Paper No. 31 of the 1978 Law Commission Draft Criminal Liability (Mental Element) Bill provides for a standard test of recklessness covering both

2) "Intention" è definita in termini di "purpose", o "desire" circa il verificarsi del risultato e la "foreseeability" è definita in termini di conoscenza della probabilità del risultato. Nei casi in cui la prevedibilità si basi sulla consapevolezza di un alto grado di probabilità - concomitante con l'idea della "certezza virtuale" - sarà equiparato a "purpose or desire".

Sull'argomento interessante la riflessione della dottrina che specifica come la creazione di una super *rule* determini in realtà "a substantive embracing rule which will lead in all "virtual certainty" cases to determination of intention on the part of the defendant, irrespective of his actual purpose or desire¹²¹".

circumstances and results in offenses requiring that specie of mental element. A clear distinction between circumstances and results and "intention" and "recklessness" as a mental attitude concerning circumstances and results in the relevant offense is also made in Sec. 18(a) of the Law Commission's Draft Criminal Code Bill of 1989.¹

¹²¹ LEVY Y., *Criminal Intent*, *op. cit.*, p. 123

CAPITOLO IV

**FATTORI CHE ESCLUDONO IL REATO
O CHE NE DEGRADANO IL TITOLO**

SEZIONE I

EXCUSE E JUSTIFICATION

CAPITOLO IV

SOMMARIO: 1. Fattori che escludono il reato o che ne degradano il titolo. -

SEZIONE I - **2. Excuse and Justification: A) Premessa. - 2.1 segue: B) Minority. - 2.2 segue: C) Mental incompetence. - 2.3 segue: D) Lack of control. - 2.4 segue: E) Intoxication.**

SEZIONE II - **3. Justification: Premessa. - 3.1. Duress, self-defense and necessity. - 3.2. Duress e Necessity: gli istituti. - 3.3 La legislazione: The Criminal Code Ordinance 1936. Duress and Necessity. - 3.4 Self Defense (or private and public defence). - 3.4.1 segue: - *La self - defense* e il codice del 1936. Sviluppi. - 3.4.2 segue: - Emendamento n.37: modifiche. - 3.4.3 segue: - Emendamento n.37: problematiche. - 3.5 Riforma del 1993.**

SEZIONE III - **4. Ignorance and mistake: Analisi degli Istituti. - 4.1 Ignorance of Law as a Defence - Considerazioni generali. - 4.2 segue: Analisi legislativa. - 4.3 Mistake of fact. - 4.4 Mistake of law. - 4.4.1 segue: la "Israel Law" prima del "the New Code". - 4.4.2 segue: La rivoluzione dopo la riforma.**

1. Fattori che escludono il reato o che ne degradano il titolo. - La parte della legge penale israeliana che desta indubbiamente maggiore perplessità è rappresentata da tutti quei fattori che escludono il reato o che ne degradano il titolo.

Da una lettura immediata e superficiale del codice, se ne evince immediatamente la mancanza di distinzione precipua tra *justification* ed *excuses*. Entrambe le categorie, di memoria evidentemente britannica a *common law*, vengono generalmente raccolte in una grande macro categoria denominata **Defences** indicativamente *defenses*. Approfondire il significato di questa espressione non

è cosa da poco, soprattutto perchè ogni sistema penale di ogni paese a derivazione *common law* ha cercato di includervi le più diverse entità a seconda della filosofia socio - penalistica di base.

Generalmente, con tutte le eccezioni del caso, tendiamo a riconoscere all'interno della categoria delle *excuses* tutti quei fattori ipoteticamente in grado di rendere il soggetto incapace di colpevolezza. Con il termine *justification* tendiamo, invece, a raccogliere quasi tutte le nostre *scriminanti* che incidono sull'antigiuridicità del fatto¹.

Discorso a parte va fatto per la *duress* che andrebbe, al contrario, collocata nelle *excuses* per i motivi di cui diremo in seguito (anche se non mancano in dottrina affermazioni contrarie).

Nel sistema penale israeliano non resta difficile comprendere come il non eccessivo approfondimento sulla materia abbia determinato un uso indiscriminato di termini attribuiti una volta alle *justifications* altra volta alle *excuses* senza consentire una partizione terminologica e dogmatica precisa² che elimini, una volta per tutte, dubbi sul corretto inquadramento di tali istituti³.

¹ GALLO M., *Appunti di diritto Penale*, Vol. II., Parte I, 2. ed., p.182: "La scriminante non estingue la punibilità, perchè la punibilità non è mai sorta. Il fatto realizzato in presenza di una causa di giustificazione nasce *ab initio* penalmente lecito, o se si preferisce, penalmente irrilevante. Non esiste alcuna possibilità di cogliere una successione logico - temporale tra un momento in cui il fatto è punibile e un momento in cui non lo è più a causa della scriminante: di questa doppia vicenda non vi è alcuna traccia né nella disciplina positiva, né in principi o concetti di teoria generale".

² ROXIN C., *The dogmatic structure of criminal liability in the general part of the draft Israeli penal code - a comparison with german law in Is. L. R.*, Vol. 30, n. 1 - 2, 1996, p. 63: "A second structural difference lies in the treatment of the concepts of justification and excuse; these concepts are not treated as central systematic categories in the Israeli draft as they are in German law. Nevertheless, these terms appear throughout the draft in connection, for example, with what the draft describes as "indirect-author" (section 29(c), 5) and "instigator" (section 30). The term justification appears in the margin of a section which encompasses various defences (section 49), and abandonment of attempt (section 28) is referred to in the margin as "excuse".

However, no systematic deductions are made on these grounds. This is made clear by the fact that in the third title of the general part, which deals with situations where criminal liability is excluded, "defences" is used without further subdivisions. In the individual provisions the expression, "a person shall bear no criminal liability" is used indiscriminately, without regard as to whether the point under discussion is self- defence, mental illness or abandonment of attempt. This is in itself not so strange if one remembers that the Anglo-American law approaches the differentiation between justification and excuse with great hesitation. It should also be recalled that this systematic distinction was not made in the German Criminal Code until 1975".

³ ENKER A., *Duress, Self-Defence and Necessity in Israel Law in Israel Law Review 30 (1996)*, 188 - 206

Si parta dal generico presupposto per cui il poter godere di una *defenses* qualsiasi tenda ad esprimersi nella formula per cui l'agente *shall bear no criminal liability* senza alcun'altra precipua specifica.

Volendo, dunque, sulla base delle poche nozioni codicistiche, cercare di costruire un minimo d'impianto strutturale che ci conceda di analizzare gli istituti in oggetto secondo le dinamiche quanto meno vicine al nostro modo di pensare il diritto penale, iniziamo questa analisi facendo riferimento immediatamente alla prima norma della sezione indicata dalla Nuova Legge Penale.

Il CHAPTER FIVE "A" rubricato RESTRICTIONS OF CRIMINAL LIABILITY al primo articolo Article One: General Provisions indica il principio fondamentale del *Burden of proof* per cui:

Section 34E. Unless legislation provides otherwise, any act shall be assumed to have been committed under conditions that do not include a restriction of criminal liability.

מלבד אם נאמר בחיקוק אחרת, חזקה על מעשה שנעשה בתנאים שאין בהם סייג לאחריות פלילית.

Ci troviamo dinanzi al classico principio presuntivo per cui perchè una condotta venga ritenuta rilevante per il diritto penale è necessario che non possa essere soggetta ad alcuna forma non diversamente specificata di *defenses*. Quest' articolo si collega, dunque, con quanto espresso successivamente in termini di colpevolezza per cui

(Doubt)

Section 34V.(a) A person shall not bear criminal responsibility for an offense, unless it was proven beyond all reasonable doubt.

(b) If reasonable doubt arose, whether there is a restriction on criminal liability, and if the doubt has not been removed, than the restriction shall apply.

- (א) לא יישא אדם באחריות פלילית לעבירה אלא אם כן היא הוכחה מעבר לספק סביר.
- (ב) התעורר ספק סביר שמא קיים סייג לאחריות פלילית, והספק לא הוסר, יחול הסייג.

Tornando all'ampio quadro delle *defenses* è necessario dividere tutti gli istituti descritti, senza apparente logica dogmatica nel codice, in categorie ben precise per nostra comodità teorica.

Sarà quindi, in primo luogo, necessario affrontare il problema di tutti quei fattori che incidono sul soggetto al punto da provocarne l'incapacità di colpevolezza rendendolo, appunto, incapace di formare la *mens rea*, di comportarsi secondo la dovuta diligenza richiesta o di controllare i propri atti.

Affronteremo, quindi, il gruppo dei fattori che escludono la possibilità nel soggetto che si formi la *mens rea* pur essendo egli stesso teoricamente capace di formarla.

In definitiva, si sono raggruppate quelle che nel nostro ordinamento tendiamo a definire *scriminanti* in un ulteriore gruppo di analisi.

Affrontare lo studio dei principi costitutivi del diritto penale israeliano passa, necessariamente, attraverso una profonda riflessione sui concetti di *justification* ed *excuse* che costituiscono i cardini su cui tutto questo impianto legislativo, in fin dei conti, si regge.

**Justification and
excuse**

La distinzione tra queste due realtà non è mai stata così ampiamente studiata anche perchè, paradossalmente, la dottrina maggioritaria, quella che ha costituito il motivo fondante su cui si è mossa poi la riforma codicistica penale israeliana ha sempre ritenuto questa una distinzione, in fin dei conti, non così necessaria al dato pratico.

Procediamo per gradi.

Abbiamo già compreso per grandi linee la differenza costitutiva tra le due grandi macro categorie: da una parte le *justifications* che negano la *wrongfulness* della condotta, dall'altra le *excuses* che incidono sulla *culpability* del soggetto agente per la condotta *wrongful*.

Nella tradizione di *common law* la distinzione tra questi due grandi mondi fu considerata per un lungo periodo di tempo "one without a difference"⁴, anche se non mancarono pensieri contrastanti. Già, infatti, nella tradizione statunitense, nel *Model Penal Code of the American Law Institute*, si cercava di offrire una "analytical distinction between excuse and justification as a defense to criminal prosecution"⁵. Lo sviluppo della dottrina che vuole appunto di questa distinzione la base da cui partire per un corretto sistema penale trovò una certa forza nella letteratura Anglo Americana⁶ anche se sempre con un timido approccio.

E' importante analizzare, ora, come tutto ciò abbia condotto all'attuale organizzazione della legislazione penale israeliana.

⁴ MILLER J., *Handbook of Criminal Law* (St. Paul Minn.: West Publishing. 1941 at 1-9) "The common law distinguished between justifiable and excusable homicide, and different legal consequences. once attached to these two form of homicide". cfr. J.V.C. TURNER. ed., *Kcnnny's Outline f Criminal Law* 19th ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1966) pp. 141-47; PERKINS R.M., *A Re-Exanination of Malice Aforethought*, 11933- 34) 43 Yale L.J. 537.

⁵ Bozza No. 8,2 (1958).

⁶ Cfr. FLETCHER G., *Rethiking Criminal Lawi* (Boston: little. Brown and Co. 19781 p. 751, ROBINSON P., *Criminal Lam Defenses*. vol. 1 (SL Paul. Muin. 1934 pp. 83-101; J.C. SMITH, *Justification and Excuse in the Criminal Law* (London: Stevens, 1989); A. ESER., *Justification and Excuse*, AmJ. of Com.L. 621; G. WILLIAMS, *The Theory of Excuses*, 1982 Crim. L Rev. 732; P. ALBRIDGE, *The Coherence of Defences*, 1983, Crim. L. Rev. 665; M. MORGAN, *The Defence of Necessity: Justification or Excuse*, (1984) 42 U. T. Fac. L Rev 165, B.S. BYRD, *Wrongdoing and Attribution: Implications Beyond the Justification-Excuse Distinction*, (1987) 33 Wayne L Rev. 1289; B. CHAPMAN, *A Theory of Criminal Law Excuses*, (1988) I Can. J. of L. and Jurisprudence 75. Cfr. anche The Supreme Court of Canada in *Perkav. The Queen*, 19851 13 D.L.R. (4th) 1.

SEZIONE I

EXCUSE e JUSTIFICATION⁷

SEZIONE I - 2. Excuse and Justification: A) Premessa. - 2.1 segue: B) Minority. - 2.2 segue: C) Mental incompetence. - 2.3 segue: D) Lack of control. - 2.4 segue: E) Intoxication.

2. Excuse and Justification: A) Premessa. - Come abbiamo avuto di notare nella disciplina dogmatica Israeliana, il problema delle *excuses* e delle *justifications* è particolarmente rilevante. Numerose sono le teorie che cercano di giustificare, a vari livelli, queste *defences* soprattutto a causa dei numerosi influssi dottrinali provenienti da altri paesi.

Brevemente, ci sembra il caso di ricordare almeno per sommi capi alcune di queste per comprendere l'attuale situazione.

Teorie a sostegno delle *justifications*.

**Le Teorie:
Justification**

A) In primo luogo, la *justification defense* può essere giustificata sul terreno della cosiddetta *moral forfeiture*: sulla base di questa teoria, sostenuta da una piccola parte della dottrina, un soggetto perderebbe il suo "diritto alla vita" quando

⁷ Cfr. ALEXANDER, *Justification and Innocent Aggressors*, in 33 *Wayne l. rev.* p. 1177 (1987) (justification); BYRD, *Wrongdoing and Attribution: Implications Beyond the Justification-Excuse Distinction*, in 33 *Wayne l. rev.* 1289 (1987) (justification and excuse); DRESSIER, *Reflections on Excusing Wrongdoers: Moral Theory, New Excuses, and the Model Penal Code*, in 19 *Rutgers l. j.* (1988) (excuse); GREENAWALT, *Distinguishing Justifications from Excuses*, 49 *Law & contemp. probs.* 89 (1986) (justification and excuse); HOROWITZ, *Justification and Excuse in the Program of the Criminal Law*, 49 *Law & contemp. probs.* 109 (1986); KADISH, *Excusing Crime*, 75 *Calif. l. rev.* 257 (1987) (excuse); MOORE, *Causation and the Excuses*, 73 *Calif. l. rev.* 1091 (1985) (excuses); BAYLES, *Reconceptualizing Necessity and Duress*, 33 *WAYNEL. REV.* 1191 (1987) (necessity and duress); DRESSIER, *Rethinking Heat of Passion: A Defense in Search of a Rationale*, 73 *J. crim. l. & criminology* 421 (1982) (provocation); GARDNER, *The Defense of Necessity and the Right to Escape from Prison-A Step Towards Incarceration Free from Sexual Assault*, 49 *S. cal. l. rev.* 110 (1975) ("intolerable prison conditions" defense); ROSEN, *The Excuse of Self-Defense: Correcting a Historical Accident on Behalf of Battered Women Who Kill*, 36 *Am. u.l. rev.* 11 (1986) (self-defense e "battered woman's defense").

tentasse di uccidere illegalmente un altro consociato⁸. Scegliendo dunque "*voluntarily and knowingly*" di prendere la vita di un altro, l'aggressore non ha il diritto di aspettarsi che la sua vita verrà protetta dal sistema legale. L'eventuale morte dell'aggressore, non verrebbe dunque a turbare l'ordine sociale. La sua morte, si dice, "no longer merits our consideration, any more than an insect or a stone does"⁹.

B) In secondo luogo, la condotta può essere giustificata sulla base del fatto che il soggetto agente abbia un "diritto legale affermativo" per proteggere un particolare interesse morale.

Questa "*rights theory of justification*" differisce significativamente dalla *moral forfeiture*: in quest'ultimo caso, infatti, la teoria si concentra sulla trasgressione, nel primo caso, chiaramente, sull'interesse. Mentre nella prima teoria ci si affanna per dimostrare che una determinata condotta, in realtà, non determini minimamente alcun danno sociale, (visione negativa), la seconda teoria ha una visione "positiva" offrendo un "affermative right" al soggetto agente per compiere una condotta che altrimenti sarebbe "socially unacceptable".

"For example, self-defense may be justified on the ground that humans have a natural right of personal autonomy. When that right is unlawfully invaded the innocent party may protect her interest as the circumstances require, which includes taking the life of the person threatening her autonomy¹⁰".

⁸ Cfr. ASHWORTH, *Self-Defence and the Right to Life*, 34 CAMBRIDGE L.J. pp. 282, 283 (1975).

⁹ BEDAU, *The Right to Life*, 52 MONIST 550, p. 570 (1968).

¹⁰ DRESSLER J., *Justifications and excuses: a brief review of the concepts and the literature*, in 33 Wayne L. Rev. p. 1155 (1986-1987). Lo stesso autore si sofferma con particolare attenzione sulle varie controversie sorte sull'argomento: "Various controversies regarding justifications exist. Three issues of particular interest have been debated in the law journals. First, does "justification" necessarily imply "right" conduct or does it also include "permissible" or "tolerable" conduct, as stated in the text? Our intuitions and common experience suggest, I would assert, that strong and weak justifications exist. That is, some conduct seems quite obviously morally right or desirable. When a police officer uses moderate force to detain a fleeing felon, for example, the "social harm" involved in the use of force is not only negated by the justification of the officer's conduct, but we are apt to believe that a positive good has occurred. Most certainly, we consider the officer's conduct "right" and not merely "permissible."

On the other hand, when a person kills an aggressor in self-defense, my intuitions, supported by the views of many of my students over the past decade, tell me that this "justified" conduct is on a more troubling and weaker plane. The taking of human life is sufficiently unsettling that many of us are not willing to describe deadly self-defense as morally desirable; we are more prepared to say that we permit, i.e., we tolerate, such conduct. Indeed, even for those who would view

C) Una terza teoria della giustificazione, l'approccio "*the lesser harm*" autorizza-giustifica la condotta tutte le volte che "the interests of the defendant outweigh those that are protected by the criminal law which would be violated by the proposed conduct. For example, society's interest in protecting property is outweighed by the interest in protecting human life. Consequently, trespass to land or personal property, ordinarily unlawful conduct, is justified if it occurs in the interest of protecting the life of a person threatened by a natural disaster, such as a fire or tornado¹¹".

ordinary deadly self-defense as "right" conduct, it is especially hard to treat the self-defense killing of an innocent aggressor as "right." Consider, for example, the following criminal law casebook hypothetical: "A five-year-old child picks up a loaded pistol and starts running toward a police officer. The child shouts that she is a robber who will shoot the police officer dead, then giggles, and pulls the trigger. The first shot misses, but she laughs, keeps approaching, and says she will shoot again." S. KADISH, S. SCHULHOFER. & M. PAULSEN, CRIMINAL LAW AND ITS PROCESSES 736 (4th ed. 1983). If the officer kills the child -the innocent aggressor-in self-defense, do we say that the officer has acted in a right or socially desirable manner, or are we more likely to say that, at most, she has acted in a manner that is "not wrong" or is "tolerable"? If a justification implies right or desirable conduct, we probably cannot justify the officer's actions.

George Fletcher apparently disagrees with this perspective. He asserts that a justification always implies "right" conduct. See Fletcher, Prison Conditions, supra note 14, at 1358-68. But see Fletcher, Right and Reasonable, supra note 14, at 954 (in which Fletcher appears to back off, stating "[c]laims of justification concern the rightness, or at least the legal permissibility, of an act . . .") (emphasis added) He contends, among other things, that if "justification" could imply merely "permissible" or "tolerable" conduct it would be conceptually possible for incompatible justifications to exist. That is, D could be justified in killing aggressor V in self-defense while V could be justified in resisting D's act of self-defense. After all, he asserts, there is nothing inconsistent with saying that D is permitted to do X but that V is also permitted to do not-X. Only if D's conduct is identified as "right" or "socially desirable," Fletcher claims, is it possible to cut off V's right to resist.

Another justification issue is whether the attribution of justification can be applied to a case in which an actor mistakenly believes that factual circumstances justify her conduct. For example, suppose that D kills V because she incorrectly believes that V was about to kill her. If V had been an aggressor, D would have been justified in killing her if necessary to protect herself. Is D still justified in killing apparent-aggressor-but-actually-innocent V? The common law answered the question in the affirmative: the traditional justification defense was defined in terms of the actor's reasonable (but, possibly, mistaken) belief that specified conduct was necessary. E.g., United States v. Peterson, 483 F.2d 1222, 1230-31 (D.C. Cir. 1973).

Some scholars answer the question in the negative. To them, "justification" implies that the conduct was objectively right. G. FLETCHER, supra note 14, at 762- 69; 2 P. ROBINSON, CRIMINAL LAW DEFENSES § 121(c) (1984). A person who reasonably but erroneously believes that the facts justify her conduct would be excused rather than justified if she kills in "self-defense."

Other writers resist this all-or-nothing view of justification. They posit factual circumstances in which society is apt to consider a person's conduct justified although she acts as the result of a factual misapprehension. For example, a police officer who arrests a suspect on probable cause is justified in restricting the liberty of the arrestee. The fact that the citizen later proves to be innocent probably does not change our belief that the officer was justified in her actions".

¹¹ *Ibidem*.

D) Una quarta teoria è chiamata della "*public benefit*" o della "pubblica utilità": il comportamento è giustificato quando viene eseguito a beneficio della società. Un atto che altrimenti sarebbe illegale è giustificato se è commesso da un funzionario pubblico nell'esecuzione delle sue funzioni pubbliche. "For example, the act of an executioner in killing a convicted felon is justified because her public responsibility is to take the life of the victim; yet, "if another person doth it of his own head, it is held to be murder¹²." Lo stesso dicasi per la condotta di un privato che agisce per il bene pubblico.

Sulle problematiche morali circa la scelta delle dottrine teoriche fino ad ora esposte rimandiamo in nota¹³.

Teorie a sostegno delle *excuses*.

A) *Utilitarian*¹⁴ *theories of punishment*, la più rilevante delle quali è la deterrenza, a volte vengono invocate per giustificare *the contemporary*

Le Teorie: Excuse

¹² BLACKSTONE, *op. cit.* p. 179

¹³ DRESSLER J., *Justifications and excuses: a brief review of the concepts and the literature*, in 33 *Wayne L. Rev.* p. 1655 (1986-1987): "The practical significance of identifying the moral theory of a particular justification defense may be substantial. Consider the implications of the theories in a case in which the life of D, an adult, is threatened by V, a young child, who is pointing a loaded gun at her under circumstances in which the only way she can avoid death is to kill the child. If D kills V is her act justified? D is not justified if moral forfeiture is the underlying theory of self-defense since the young child did not know what she was doing. Nor is she justified pursuant to the public-benefit theory of justification, as it would be unrealistic to posit her nearly instinctual act of self-defense as an act performed to benefit society. On the other hand, D would be justified in killing the child if the defense is premised on her right to protect her bodily integrity from attack, since the youth's blamelessness would be irrelevant in the moral equation. The lesser-harm balancing approach to justification does not easily resolve the quandary created by the innocent aggressor because it is not clear whose life is weightier." From a purely moral perspective, the interests seem equal unless we determine that an innocent aggressor's right to life is reduced by the act of aggression. Identifying a reason for such reduced moral interest, however, is difficult since forfeiture does not work. The outcome of the balancing of social utilities is also unclear. If we look solely at the specific case (as an act-utilitarian would do), the youth's life might be worth more than that of the person whom she threatens, depending upon their respective social promise. If we seek to develop a rule that will benefit society in the general run of cases (as a rule-utilitarian would do), it may be preferable to promote self-defense against all aggressors, even innocent ones, so that the defender is not forced to make split-second decisions about the nature of the aggressor".

¹⁴ *Ibidem*, p. 1156: "Deontology" literally means "science of duty." More specifically, deontological moral theory holds that certain conduct is morally obligatory whether or not it results in a beneficial consequence. This theory of reasoning is often distinguished from "teleology," which identifies conduct as "good" or "evil" depending solely on whether it results in a beneficial or detrimental result.

The most important teleological theory of criminal punishment is utilitarianism. Utilitarianism is an ethical philosophy which maintains that conduct is right if it serves to maximize net social

criminal law excuses: "It is said, for example, that we excuse the insane or coerced actor because she is undeterrable. Her punishment, therefore, is inefficacious. Hart has said, however, that this argument constitutes "a spectacular *non-sequitur*¹⁵".

B) La maggior parte dei sostenitori delle *excuses* nel diritto penale si mostrano sostenitori delle *deontological moral theories* che, in ultima analisi, suggeriscono che gli *excused actors* sono persone che, anche se a volte pericolose, non sono moralmente da biasimare per la loro condotta.

C) "*The causation theory of excuses*" postula che una *excuse* dovrebbe essere ammessa per qualsiasi persona la cui condotta è causata da una *condition* sulla quale non aveva alcun controllo. "To illustrate, a person who commits a crime because she was mentally ill should not be punished since she is not to blame for becoming sick. So, too, a person who commits a crime as the result of involuntary intoxication or coercion should be excused because she was not responsible for causing the criminogenic factor-the intoxication or threat¹⁶".

D) "*The character theory*": "a person does not deserve punishment for committing a bad act unless she is a bad person, i.e., possesses a bad character. Ordinarily, a person who commits a bad act thereby manifests her bad character. Excuses are recognized when bad character cannot be inferred from the bad act. We do not infer bad character, for example, if the wrongdoer was the victim of severe

happiness. The theory is divisible into two categories: "act-utilitarianism," which evaluates the rightness of conduct based on the likely future consequences of a specific act; and "rule-utilitarianism," which evaluates the consequences of rules that everyone performs in the same circumstances. See generally J. SMART & B. WILLIAMS, *UTILITARIANISM: FOR AND AGAINST* 4, 9, 42 (1973); Rawls, *Two Concepts of Rules*, in *CONTEMPORARY UTILITARIANISM* 59- 98 (M. Bayles ed. 1968). In the context of criminal law, a utilitarian believes that both crime and punishment are evils that should be avoided because they both cause pain to others. Punishment is only justifiable if it is profitable, i.e., the pain it produces is outweighed by the pain--crime-it prevents. J. BENTHAM, *PRINCIPLES OF MORALS AND LEGISLATION* 170-77 (New York 1948) (1st ed. Oxford 1789).

¹⁵ HART, *Punishment and responsibility*, pp. 28-53 (1968);

¹⁶ M. MOORE, *Law and psychiatry: rethinking the relationship* 9-112 (1984).

mental illness or coercion. In such circumstances, we assume that the person's moral nature is substantially similar to our own¹⁷".

E) *The "personhood" principle*: non può essere punito chi non manifesta una "umanità intrinseca" o una "practical reasoning skills¹⁸": questo è il motivo, si dice, per cui si scusa *the insane*, poichè "are no more the proper subjects of moral evaluation than are young infants, animals, or even stones¹⁹."

Tutto ciò premesso, la dottrina maggioritaria in Israele tende a legarsi invece alle seguenti considerazioni: in merito alle *justifications* si parte dalla riflessione secondo cui commettere un reato equivale prima di tutto a commettere qualcosa d'illecito. Le *Justifications* si limitano semplicemente "do not negate the wrong but rather justify it²⁰ e appunto "Justifications, according to this view, do not cancel the reasons against performing the act, which are also the reasons for its criminalization; justifications rather defeat these reasons²¹".

Excuses come le *justifications* appartengono al reame del "responsible agency" essendo entrambe "rational explanations for wrongdoing²²". Come si è già avuto modo di specificare, *justification* giustifica l'azione, mentre le *excuses* "accommodate unjustified action upon justified "emotions" "fear" "beliefs.²³ " Ancora si dice in dottrina che "Like justifications, excuses combine guiding reasons and explanatory reasons; a combination which explains "why a requirement of reasonableness has traditionally been imposed upon excuses in the criminal law... By 'reasonable' ...is meant.. .much the same as 'justified'. There

¹⁷ DRESSLER J., *Justifications and excuses: a brief review of the concepts and the literature*, in 33 *Wayne L. Rev.* p. 1166 (1986-1987).

¹⁸ M. MOORE, *Law and psychiatry: rethinking the relationship* 9-112 (1984): "Practical reasoning" involves: (1) the ability to form an object we desire to achieve through action, (2) the ability to form a belief about how certain actions will or will not achieve the objects of our desires, and (3) the ability to act on our desires and our beliefs so that our actions form the "conclusion" of a valid practical syllogism.

¹⁹ MOORE, *op. cit.*, p.1137.

²⁰ GARDNER, *Offences and defences: selected essays in the philosophy of the criminal law* (Oxford Univ. Press, 2007) e anche DUFF, *Answering for crime; responsibility and liability in the criminal law* pp. 217-19 (2007); CAMPBELL, *Offence and Defence*, in *Criminal law and justice: essays from the w.g. hart workshop*, 73, 83 (1.H. Dennis ed., 1987).

²¹ GARDNER, *op. cit.*, p. 78

²² GARDNER, p. 115

²³ *Idem*, p. 110

must have been an undefeated reason for one's belief, emotion, etc. which also explains why one held the belief or experienced the emotion, etc.²⁴".

Section 19 CCO del 1936

Il CCO del 1936 non sembra affrontare questa profonda distinzione limitandosi ad una generica trattazione della *justification* in questi termini:

Section 19. A person is not criminally responsible for an act or omission if he does or omits to do the act under any of the following circumstances, that is to say:—

(a) in execution of the law;

(b) in obedience to the order of a competent authority which he is bound by law to obey, unless the order is manifestly unlawful.

Whether an order is or is not manifestly unlawful is a question of law.

Il Vecchio Codice del 1977 riprende in pieno la definizione già trattata dal CCO con il medesimo impianto dogmatico:

Section 24 (a) A person is not criminally responsible for an act or omission done or made either —

Section 24 Codice del 1977

(1) in execution of the law or

(2) in obedience to the order of a competent authority which he is bound by law to obey, unless the order is manifestly unlawful.

(b) Whether an order is manifestly unlawful is a question of law.

In entrambe le espressioni legislative non sussisteva assolutamente una casistica individuativa delle varie forme di *justifications* o di *excuse* come invece nell'attuale formulazione ma tutto era affidato alla scelta del giudice che, sulla base della dottrina del precedente, avrebbe dovuto applicare il diritto nel caso concreto forte dello *stare decisis*.

²⁴ GUR - ARYE, *On John Gardner's justifications and excuses*, in 4 *Jrslm. Rev. Legal Stud.* p. 84 (2012).

Tutto ciò "dogmaticamente" premesso, veniamo all'analisi della struttura legislativa delle singole *defences* indicate nel nuovo codice penale:

2.1 segue: B) Minority.

Minority

Section 34F. No person shall bear criminal responsibility for an act committed by him before he reached age twelve.

לא יישא אדם באחריות פלילית בשל מעשה שעשה בטרם מלאו לו שנים עשרה שנים.

Il problema della responsabilità penale dell'*infans* nella tradizione israeliana affonda evidentemente le proprie radici nella tradizione storico - religiosa del paese. Si tenga conto di come l'idea di una responsabilità individuale del bambino, sia di carattere prettamente giuridico sia penale, costituisca una grande conquista sociale in un paese che affonda le proprie fondamenta in un forte concetto di responsabilità ereditaria per cui le colpe genitoriali ricadevano sui figli indipendentemente dall'età che questi avevano.

E' evidente come l'influsso della tradizione a *common law* britannica abbia fatto il resto, anche se, fin dal XVII secolo, la responsabilità penale minorile era ferma ai 7 anni e tale rimase fino all'innalzamento ad 8 anni sopraggiunto solamente nel 1933 con il *Children and Young Persons Act* e a 10 anni con il *Children and Young Persons Act* 1963.

Prima del raggiungimento di questa età il minore era materialmente ritenuto, per un principio di presunzione assoluta, incapace di compiere dolosamente una qualsiasi condotta criminosa. Tale presunzione assoluta diveniva relativa fino ai 14 anni grazie alle modifiche apportate dal *Crime and Disorder Act* 1998.

Era, cioè, in tali casi, ammessa la possibilità di un riconoscimento di responsabilità del minore entro questi limiti di età purché alla normale prova della *mens rea* nel compimento della condotta si assommasse la prova del cosiddetto discernimento malizioso (*mischievous discretion*) che veniva a definirsi

come la concreta assunzione della comprensione piena del proprio agire contrario a legge e morale.

La presunzione relativa doveva, dunque, venire superata attraverso la prova della *mens rea* da una parte e di questa ulteriore aggravata convinzione del proprio agire gravemente ingiusto.

Questo elemento ulteriore richiesto per il minore desta particolare interesse perchè risulta essere testimonianza di epigoni propri dell'antica tradizione medioevale britannica, dove elemento costitutivo di condanna era la valutazione di *moralità* intrinseca propria del rimprovero che doveva e poteva venire mosso ai danni del soggetto agente.

Abbiamo già parlato dell'elemento del *dolus malus*, originariamente insito nel giudizio di responsabilità penale-morale dei primordi medioevali del diritto a *common law*, giudizio che, man mano, è risultato storicamente assorbito dalla generale valutazione della *mens rea*. Il fatto che per i minori infraquattordicenni sia rimasto stabile dimostra la ferma valutazione sociale di promuovere in primo luogo un rimprovero di carattere morale al minore più che prettamente penale proprio perchè è interesse della società comprendere se il minore ha moralmente cognizione del proprio operare all'interno del contesto sociale prima ancora che giuridico - penale.

Ecco, dunque, spiegata la necessità di un accertamento specifico in capo al giovane che non può arrestarsi alla mera valutazione della *mens rea* ma deve valutare la corretta comprensione da parte del soggetto di questo *wrong act*, non semplicemente ingiusto ma gravemente, seriamente ingiusto. Tutto questo, chiaramente, sempre che non si tratti di reati punibili per *strict liability* per i quali il procedere rimane lo stesso²⁵.

²⁵ Su alcune riflessioni di carattere storico circa il rapporto tra elemento psicologico e *infancy* cfr. CHESNEY E. J., *Concept of Mens Rea in the Criminal Law*, 29 *Am. Inst. Crim. L. & Criminology*, p. 627 (1938-1939): "Just as mental illness may excuse from criminal intent, so may tender years. Sayre states: "However harsh the ancient law regarding infancy may have been, tender years had become recognized by the beginning of the fourteenth century as a valid defense, and the basis of the defense seems to have been the lack of a guilty mind." From this period there is evidence that a child under seven years was excused from criminal responsibility. In an early writer is found: "An infant under the age of seven years, though he be convicted of felony, shall go free of judgment, because he knoweth not of good and evil . . ." A *mens rea* applicable to the years of adolescence seems to have presented great difficulty. An early court is reported to have said regarding a boy aged eighteen years and charged with felony, ". this lad has committed this felony

"Esso si traduce nell'accertare una realtà assai prossima alla nostra imputabilità (o almeno a quella componente di essa costituita dalla capacità di intendere e che rispetto all'inglese adulto resta assorbita nella *mens rea* quale contenuto implicito) e sul piano operativo porta il giudice inglese a condurre indagini sui gradi di sviluppo intellettuale e morale del minore assai simili a quelle che svolge il giudice italiano in casi analoghi. L'assenza di una dottrina generale sull'imputabilità e dei sofisticati interrogativi che ci poniamo circa i rapporti tra imputabilità e colpevolezza non preclude la salvaguardia delle esigenze di fondo di una moderna giustizia minorile, anche per l'estrema flessibilità del sistema sanzionatorio²⁶".

2.2 *segue*: C) Mental incompetence.

Mental Incompetence

Section 34H. No person shall bear criminal responsibility for an act committed by him, if - at the time the act was committed, because of a disease that adversely affected his spirit or because of a mental impediment - he lacked any real ability -

entirely of his own conception, without any suggestion from his parents; and he must suffer judgment." The rule seems to have been 'malitia supplet aetatem' (cf. Fitzherbert, *Corone Abridgement*, pl. 170).

In the sixteenth century the excuse of infancy had become a very rigid defense. The factor of discretion appears to have been the test for determining an infant's guilt. Nature Brevium' relates, ". . . an infant of the age of fourteen years hath discretion, as hath been adjudged at such age, and if he at such age commit felony, he shall be hanged for the same."

This element in the criminal law on infants has come down to our own times and was succinctly summed up by Hale in his *Pleas of the Crown*." Briefly, the principle may be stated:

1. An infant below seven years cannot be a felon, regardless of circumstances indicating discretion;
2. An infant, seven to fourteen years, is not *doli capax*, prima facie, but if it can be shown by very strong evidence that he could perceive the distinction between good and evil, he may be convicted;
3. An infant, fourteen to twenty-one years, is subject to capital punishment the same as others, since he is presumed *doli capax* after fourteen years, i. e., he can distinguish between good and evil.

These fundamental distinctions broadly prevail in most jurisdictions and represent the basis of modern statute law on these points".

²⁶ VINCIGUERRA, *op. cit.*, p. 327

- 1) to understand what he did or the wrongful nature of his act; or
- 2) to abstain from committing act.

לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שעשה אם, בשעת המעשה, בשל מחלה שפגעה ברוחו או בשל ליקוי בכושרו השכלי, היה חסר יכולת של ממש

(1) להבין את אשר הוא עושה או את הפסול שבמעשהו; או

(2) להימנע מעשיית המעשה.

La sezione 34H tratta la *defense dell'insanity*. La legge penale non può promuovere alcun rimprovero per un atto posto in essere da un dato soggetto qualora lo stesso non fosse in grado di comprendere cosa stesse facendo o che *the act was wrong* o che *refrain from doing the act* (il famoso caso dell'impulso irresistibile) a causa di una *mental illness or mental retardation*.

Nel diritto penale israeliano, il problema dell'*insanity* o infermità di mente presenta un peso non indifferente. Numerose sono le pronunce adeguate all'argomento che ha destato non poche *querelle* letterarie tra le varie scuole di pensiero.

Si parta dal generale assunto per cui, come anche avviene nella tradizione britannica, l'*insanity* deve essere valutata tale se rientra all'interno delle regole della cosiddetta *M'Naghten Rules* per cui: "si presume che ogni soggetto è sano di mente finchè non viene dimostrato il contrario; l'imputato può addurre come *defence* di aver agito per un difetto di ragione (*defect of reason*), dovuto ad una malattia di mente (*disease of the mind*) così da non essersi rappresentato la natura e la qualità del proprio atto oppure, se di ciò era consapevole, da non essersi reso conto che quanto stava facendo era ingiusto (*wrong*)".

Si tenga conto che *insanity* è un fattore materialmente esclusivo della *mens rea*. Interessante, di conseguenza, è il rapporto che si crea con la *recklessness* laddove invece, per le dinamiche già indicate in questo lavoro di ricerca: "rispetto ad un reato per cui è sufficiente la *recklessness* oggettivamente intesa, è irrilevante che l'imputato non abbia rivolto alcun pensiero all'esistenza di un rischio ovvio a

causa di una malattia mentale che si colloca al di sotto del livello di malattia mentale delle *M'Naghten Rules*²⁷.

L'*insanity* rileva penalmente proprio perchè elemento esclusivo della *mens rea* e sempre che vengano evidenziati *tre elementi costitutivi* rappresentati da difetto di ragione, infermità mentale stessa e mancata rappresentazione della natura, qualità o ingiustizia della condotta tenuta.

E' a carico dell'imputato il peso di provare tali elementi determinanti la dichiarazione di *mental illness*, mentre è proprio dell'accusa il dovere di provare semplicemente l'*actus reus*, perchè la prova della *mens rea* resta assorbita nella prova della sua assenza posta a carico dell'imputato²⁸.

Analizzando i requisiti necessari per la dichiarazione d'infermità mentale ricordiamo quanto segue: in primo luogo l'imputato dovrà provare che non si è materialmente rappresentato la natura, la qualità o la materiale ingiustizia della propria condotta.

Da notare che la rappresentazione del soggetto deve riguardare la fisicità dell'atto non le conseguenze morali. Tale precisazione non è di poco conto perchè si scontra con quanto invece avviene nel nostro ordinamento in merito alla corretta valutazione di atto, in relazione alla capacità di intendere che comprende una valutazione di carattere morale della condotta compiuta. In tal senso, si tenga conto come è opinione diffusa in dottrina che la comprensione della cosiddetta *ingiustizia* dell'atto da parte del soggetto deve essere valutata non in termini morali ma in termini prettamente legali, per cui si parla di ingiustizia come contrarietà al diritto.

Quindi, in merito agli altri due criteri ricordiamo che parliamo *difetto di ragione* ogni qual volta ci si trova dinanzi all'effettiva assenza completa delle capacità di raziocinio e di completa comprensione razionale totale derivante da effettiva malattia della mente (*disease of the mind*) che invada ogni tipo di capacità "di animo e spirito" del soggetto agente.

I veri problemi nascono, però, dalla necessità di individuare quelle varie patologie mediche che effettivamente determinino come effetto la suddetta *disease* tanto

²⁷ CROSS R., JONES A., CARD R., *op. cit.*, p. 149

²⁸ Attorney - General's Reference No. 3 of 1998 (1999), CLR 986

più che il termine qui utilizzato appartiene all'alveo della tradizione giuridica e non prettamente medica. "Poichè la *defence of insanity* è basata sull'assenza di *mens rea* la condizione mentale riconosciuta dalla legge al fine di un *plea of insanity* non è sinonimo della definizione medica della malattia di mente²⁹".

In *Kemp* (aggressione commessa da persona affetta da arteriosclerosi, che provoca un ridotto afflusso di sangue al cervello con saltuari stati di incoscienza durante uno dei quali era stata commessa l'aggressione³⁰) si discute se *disease of the mind* significava solamente malattia del cervello con relativa degenerazione. Si giunse alla conclusione che non fosse possibile limitare il discorso a malattie effettivamente degenerative della fisicità dell'organo (*disease of the brain*) limitando così l'effettiva influenza della *defense*.

In *Bratty v. Attorney General for Northern Ireland* 1963 si sottolineò come fosse necessario concentrare il tema di malattia mentale verso il concetto più precipuo di psicosi mentre in *Quick* 1973 si tese a tradurre malattia della mente come *malfunzionamento della mente* non determinato da fattori esterni indotti³¹.

Quindi, due risultano, in definitiva, gli elementi costitutivi per la corretta interpretazione del tema in oggetto: la durata dell'alterazione mentale che non può assolutamente essere transitoria (fattispecie a volte rientrante nella cosiddetta *defence of automatism*), determinata da fattori esterni come droghe, alcool, e altre sostanze psicotrope e soprattutto deve incidere sull'aspetto conoscitivo e non volitivo.

Ultimo punto da ricordare è la sottile linea che distingue la *insanity* e *automatism* dando origine alla dottrina per cui è necessario distinguere gli automatismi dovuti ad *insanity* da quelli originati da altra causa.

2.3 segue: D) Lack of control. - Con questa espressione si è soliti riferirsi agli atti automatici, nella disciplina britannica noti come *automatism* o atti incontrollati.

Gli atti automatici

²⁹ BRAHAMS D., *R. v. Sullivan: epilepsy, insanity and the common law*, NLJ, 1983, p. 137

³⁰ *Kemp* (1957) 1 Q.B. p. 399

³¹ Cfr. VINCIGUERRA S., *op. cit.*, p. 331

Section 34G. No person shall bear criminal responsibility for an act committed by him when he was not free to choose between its commission or abstention from it, because he did not have control of his bodily movements in respect of that act; for an act committed under physical coercion which the perpetrator could not overcome; in a reflexive or convulsive reaction; while he was asleep; or in a condition of automatism or under hypnosis.

לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שעשה ולא היה בידו לבחור בין עשייתו לבין ההימנעות ממנו מחמת העדר שליטה על תנועותיו הגופניות, לענין אותו מעשה, כמו מעשה שנעשה עקב כפייה גופנית שהעושה לא יכול להתגבר עליה, תוך תגובה רפלקטורית או עוויתית, בשעת שינה, או במצב של אוטומטיזם או של היפנוזה.

In poche parole, non è possibile muovere un rimprovero penale ad un soggetto determinato per una determinata condotta nel caso in cui egli non abbia manifestato il controllo pieno dei propri atti "*bodily movements*" come nel caso di *reflex action* o di tutti gli atti compiuti *in a state of sleep or hipnosis*³².

Secondo l'analisi tradizionale chi agisce come un automa manca di *actus reus* volontario. Come abbiamo detto fin da subito, è necessario che l'*actus reus* sia essenzialmente volontario e conscio e questo indipendentemente dalla *mens rea* sovrastante.

"Nei reati per i quali è richiesta la *mens rea* questo requisito si risolve in essa e con essa si confonde. Ma nei reati puniti a titolo di responsabilità oggettiva (*absolute o strict liability*) è un requisito di cui deve essere data

³² HELLER, DUBBER, *Handbook of comparative criminal law*, (2010) Stanford Law Books, p. 391: "In order to negate this defense with respect to standard criminal-thought offenses, it is sufficient that the actor have been negligent with respect to the possibility that he or she might commit the offense in a condition whereby he or she lacked control over his or her bodily movements. In order to convict the actor of an offense that requires an intention to cause a certain result, it is required that the actor place himself or herself in such a condition in order to commit the offense. For criticism of the rule in the code providing that negligence is sufficient in this context to convict a person of a criminal-thought offense, see Gur-Arye, above note 64, at 130 - 131. For a defense of the code, see Kremnitzer, above note 64, at 125 - 127".

distinta ed autonoma prova, con la conseguenza che non si punisce un fatto commesso per un impulso incoercibile, perchè in tal caso l' *actus* non è *reus*. La situazione di chi agisce in questo contesto è denominata *automatism*³³".

Sull'argomento abbastanza ridondante pare la giurisprudenza soprattutto quando si specifica come "l'atto, l'omissione e persino l'evento è involontario per l'imputato quando va al di là delle sue possibilità di controllo; quando l'atto è fuori del controllo della mente di quella persona la situazione è riconosciuta come *automatism*³⁴".

Poichè la categoria in questione è abbastanza ampia e soprattutto aperta, non mancano continue espressioni giurisprudenziali che tendano a rimpolpare di esempi e casi l'istituto inserendo dalle azioni riflesse all'epilessia passando per le multiformi forme di stati d'incoscienza. In tutti questi casi si richiede rigorosamente che il soggetto agente si trovi nell'assoluta impossibilità di dominare le proprie azioni, i propri muscoli senza potervi esercitare alcun controllo.

Si tenga sempre conto dell'importante distinzione introdotta circa le influenze fattoriali esterne da quelle interne con la relativa eccezione per cui *automatism* può dipendere solo da questi ultimi. Ansia e stress, per esempio, possono condurre ad *automatism* solo se determinati da fattori esterni (come lo stress derivato da violenza sessuale).

Due sono i punti controversi sul tema:

a) circa i rapporti con l'*insanity* si è già accennato, anche se, ora, è il caso di specificare quanto segue. Qualora l'*automatism* non sia dovuto ad alcuna forma di malattia mentale così come già ampiamente definita precedentemente, allora il soggetto agente non potrà essere penalmente sanzionato proprio perchè autore di condotta né conscia né volontaria.

³³ VINCIGUERRA S., *op. cit.* p. 338

³⁴ CROSS R., JONES A., CARD. R., *op. cit.*, p. 166

Qualora invece l'*automatism* sia stato dettato da *insanity* rientriamo allora nella categoria di *defense* relativa alla cosiddetta *insane variety* e come tale trattata.

b) il problema controverso dell'epilessia.

Facendo riferimento alle *M'Naghten Rules* abbiamo ricordato come queste:

"si riferiscano correttamente a qualcuno le cui facoltà mentali, quali la consapevolezza, l'attenzione, i sentimenti, funzionano ma non come dovrebbero. Esse non si possono applicare allo stato mentale di un imputato quando il suo cervello, a causa dell'epilessia, non può in alcun modo funzionare in maniera rilevante per la responsabilità penale. Se un uomo non sa quello che sta facendo, i movimenti fisici dei suoi arti che ledono o danneggiano gli altri non possono essere detti suoi atti in senso giuridico³⁵".

Secondo questo punto di vista, il reato commesso durante una crisi epilettica sarebbe, dunque, sempre scusabile in quanto *automatic*. Ma i giudici sono di avviso diverso. Poiché l'infermità di mente presenta, in quanto malattia, il connotato della durata, i giudici ritengono che i reati commessi da chi va soggetto ad attacchi epilettici ricorrenti non possono essere ritenuti *automatic*, bensì opera di persona affetta da *insanity*.

Così confortati dal pericolo che episodi del genere presentano per il pubblico e dal vantaggio che l'internamento può recare alla sicurezza pubblica, negano la qualifica di *automatic* alle manifestazioni non assistite da "novità ed accidentalità": tali sono, appunto gli atti commessi durante attacchi epilettici ricorrenti o in stato di sonnambulismo³⁶.

E' oltremodo chiaro come qualsiasi atto perchè venga alla fine riconosciuto come automatico debba essere scevro da ogni tipo di possibile prevedibilità o evitabilità attraverso il normale sforzo di volontà: in tal senso numerosa

³⁵ BRAHAMMS D., *R. v. Sullivan*, *op. cit.*, p. 138

³⁶ VINCIGUERRA S., *op. cit.*, p. 340

giurisprudenza che ha equiparato l'ubriachezza volontaria alla decisione di mettersi al volante pur sapendo di essere soggetto a continui cali di pressione o glicemici.

2.4 segue: E) Intoxication. - La sezione 34I tratta del problema dell'*intoxication*. La legge penale esclude la responsabilità criminale del soggetto agente che, a causa dello stato d'*intoxication* in cui viene a trovarsi, non ha il pieno controllo sopra i propri atti. Nel caso d'*intoxication* volontaria il mancato controllo del soggetto agente sopra la propria condotta non rende esente egli stesso dalla responsabilità penale sempre che "he or she caused the state of intoxication in order to commit the offense³⁷".

Intoxication

34I. (a) No person shall bear criminal responsibility for an act committed by him in a state of intoxication, which was not caused by his controlled conduct or intentionally.

(b) If a person committed an act while he was in a state of intoxication, and if he caused that condition by his controlled conduct and intentionally, then he shall be deemed to have committed the act with criminal intent, if the offense is one of behavior, or with indifference, if the offense is also conditional on its consequence.

(c) If a person caused the state of intoxication in order to commit the offense under its influence, then he shall be deemed to have committed it with criminal intent, if the offense is one of behavior, or with intent, if the offense is also conditional on its consequence.

(d) In this section "state of intoxication" - a condition in which a person is under the influence of alcoholic material, of a dangerous drug or of some other intoxicating factor, in consequence of which - at the time the act was committed - he lacked any real ability to

³⁷ HELLER, DUBBER, *Handbook of comparative criminal law*, (2010) Stanford Law Books, p. 378

understand what he did or the wrongful nature of his act, or to abstain from committing the act.

(e) Subsections (a), (b) and (c) also apply to a person who was not incapacitated, as said in subsection (d), but who at the time when he committed the act was – because of partial intoxication – not aware of any of the particulars of the offense.

- (א) לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שעשה במצב של שכרות שנגרמה שלא בהתנהגותו הנשלטת או שלא מדעתו.
- (ב) עשה אדם מעשה במצב של שכרות והוא גרם למצב זה בהתנהגותו הנשלטת ומדעתו, רואים אותו כמי שעשה את המעשה במחשבה פלילית, אם העבירה היא של התנהגות, או באדישות אם העבירה מותנית גם בתוצאה.
- (ג) גרם אדם למצב השכרות כדי לעבור בו את העבירה, רואים אותו כמי שעבר אותה במחשבה פלילית אם היא עבירה של התנהגות, או בכוונה אם היא מותנית גם בתוצאה.
- (ד) בסעיף זה, "מצב של שכרות" מצב שבו נמצא אדם בהשפעת חומר אלכוהולי, סם מסוכן או גורם מסמם אחר, ועקב כך הוא היה חסר יכולת של ממש, בשעת המעשה, להבין את אשר עשה או את הפסול שבמעשהו, או להימנע מעשיית המעשה.
- (ה) סעיפים קטנים (א), (ב) ו (ג) חלים גם על מי שלא היה חסר יכולת כאמור בסעיף קטן (ד), אך עקב שכרות חלקית לא היה מודע, בשעת מעשה, לפרט מפרטי העבירה.

La norma, abbastanza dettagliata, ricalca a pieno quanto trattato dal *Model Penal Code* britannico, in particolar modo, nella specifica indicazione dell'*intoxication* nelle sue versioni volontaria, involontaria e preordinata.

Il principio cardine è che l'intossicazione volontaria non esclude chiaramente la punibilità, a meno che non abbia inciso sul costituirsi dello *specific intent* che ne forma elemento costitutivo. Non rileva, al contrario, per tutti quei reati a dolo generico (*basic intent*).

Secondo la giurisprudenza, nei reati che richiedono *specific intent*, i giudici dovranno accertare se, effettivamente, l'intossicazione ha reso l'agente incapace di costituire una *mens rea*³⁸ non se fosse comunque capace di *mens rea* nonostante l'intossicazione³⁹.

³⁸ Su alcune riflessioni di carattere storico circa il rapporto tra elemento psicologico e *intoxication* cfr. CHESNEY E. J., *Concept of Mens Rea in the Criminal Law*, 29 *Am. Inst. Crim. L. & Criminology*, p. 627 (1938-1939): In the earlier development of mens rea, this so-called defense was not

L'intossicazione preordinata a compiere un delitto non esclude ovviamente la punibilità essendo, come nel nostro ordinamento, espressione di *actio libera in causa*.

L'intossicazione involontaria esclude la punibilità nel momento in cui il soggetto si trovava privo della *mens rea* necessaria per il reato.

permitted on account of the act of becoming drunk was in and of itself morally blameworthy. As one writer put it: "The reason why ordinary drunkenness is no excuse for crime is that the offender did wrong in getting drunk." This so-called defense has never really completely emerged from the moral significance originally attached to it. Coke wrote: "Although he who is drunk is for the time non compos mentis, yet his drunkenness does not extenuate his act or offense, nor turn to his avail; but it is a great offense in itself, and therefore aggravates his offense, and doth not derogate from the act which he did during that time, and that as well in cases touching his life, his lands, his goods, as any other thing that concerns him." Likewise, Hale has stated: "By the laws of England, such a person, i. e., one intoxicated, shall have no privilege by this voluntary contracted madness, but shall have the same judgment as if he were in his right senses." Also, Hawkins wrote: "And he who is guilty of any crime whatever through his voluntary drunkenness, shall be punished for it as much as if he had been sober." Sayre comments: "It is only within fairly modern times, with the growing realization that criminal liability is to be sharply differentiated from moral delinquency, that intoxication has been allowed as an indirect defense in so far as it negatives the existence of a specific intent required for certain crimes."

³⁹ *Court of Appeal in R. v. Cole* (1993) CLR 300

CAPITOLO IV

**FATTORI CHE ESCLUDONO IL REATO
O CHE NE DEGRADANO IL TITOLO**

SEZIONE II

JUSTIFICATION

SEZIONE II JUSTIFICATION

SEZIONE II - **3. Justification:** Premessa. - 3.1. Duress, self-defense and necessity. - 3.2. Duress e Necessity: gli istituti. - 3.3 La legislazione: The Criminal Code Ordinance 1936. Duress and Necessity. - 3.4 Self Defense (or private and public defence). - 3.4.1 *segue:* - *La self - defense* e il codice del 1936. Sviluppi. - 3.4.2 *segue:* - Emendamento n.37: modifiche. - 3.4.3 *segue:* - Emendamento n.37: problematiche. - 3.5 Riforma del 1993.

3. Justification. - Di seguito verranno analizzate le principali forme di categoria con particolare attenzione ai problemi dottrinali e dogmatici sorti soprattutto in ragione del cambiamento della disciplina intercorsa a seguito della modifica degli anni novanta alla struttura del Codice Penale.

3.1. Duress, self-defense e necessity. - Le *defenses* di *Duress, Self - Defense (or Private Defense)* e *Necessity* trovano adeguata legislativa collocazione nelle sezioni 21, 22 e 22 A del *Israel Penal Law* del 1977. Per comprendere con pienezza il contenuto di queste *defenses* è necessario fare un passo indietro alle originarie previsioni del *Criminal Code Ordinance, 1936*, che, come già si è detto opportunamente, essendo frutto delle disposizioni del *British Mandatory*, aveva preso il posto della *Ottoman Penal Law* che aveva prevalso in Palestina prima del mandato. *Duress e necessity nel CCO.*

Infatti, a dispetto del proprio nome, *Israel Penal Law* del 1977, non era altro che una traduzione in ebraico dell'originario *Criminal Code Ordinance, 1936*, senza novità di fondo da parte israeliana, soprattutto, dunque, in tema di *defenses*. Fu

solamente con la sostanziale modifica del 1992 che la Knesset dette slancio a soluzioni "originali" in tema di *defenses*⁴⁰.

3.2. Duress e Necessity: gli istituti. - E' necessario partire subito con una riflessione: quanto attualmente si dirà in merito a questi due istituti nell'ordinamento israeliano non si concilia completamente con quanto invece proprio dell'ordinamento attualmente in vigore in Inghilterra, non tanto per una diversa interpretazione dogmatica degli elementi in gioco quanto per una reale e radicale confusione dottrinale che non sfugge di certo agli occhi di chi vorrebbe cercare di organizzare un'analisi strutturata dal punto di vista giuridico. Ancora più evidenti le differenze con il diritto continentale.

Duress e Necessity: gli istituti

La tradizionale distinzione tra *duress* and *necessity*, secondo la dottrina di *common law*, ci porterebbe ad identificare, a livello sostanziale, entrambe come elementi in grado di assolvere al ruolo di *stato di necessità* con una processuale distinzione per la quale la *duress* si porrebbe come una *excuse* mentre la *necessity* come una *justification* determinando la prima né la cancellazione dell'illiceità né

⁴⁰ Cfr. ENKER A., *Duress, Self - Defense and Necessity in Israeli Law* in *Israel Law Review* 30 (1996) p. 188: "The Criminal Code Ordinance was promulgated by the British High Commissioner and became effective in 1936. It was based on the English common law and is much the same as criminal legislation introduced by the British in other colonies. The history and sources of the Criminal Code Ordinance were uncovered and described in two important articles: Abrams, "Interpreting the Criminal Code Ordinance, 1936: The Untapped Well", (1972) 7 Is. L.R. 25; Shachar, "The Sources of the Criminal Code Ordinance 1936", (1979) 7 *Iyunei Mishpat* 75. Section 16 of the Law and Administration Ordinance, 5708-1948, provides a streamlined procedure for publishing a Hebrew translation of Mandatory laws in effect at the time the State of Israel was established, to be called the New Version. Upon completion of the procedure, the Hebrew New Version becomes the official version of the law, replacing the English Mandate text. The New Version is prepared by an advisory committee consisting of a judge, the Attorney General or his representative, a representative of the government ministry charged with administering the law at issue, a practicing lawyer and an academician. Approval of the proposed New Version is by decision of the Knesset's Law and Constitution Committee. In 1977, work was completed on the New Version of the Criminal Code Ordinance. Since by then many provisions of the special part of the Ordinance had been amended by the Knesset, it would have been somewhat misleading to call the Code a "New Version" of the Criminal Code Ordinance. It was, in fact, in part, a New Version of the Mandatory Ordinance and, in part, original Israeli legislation. The Committee chose to call the code the Penal Law, 5737-1977. But despite the name, sections 21 and 22 of the Penal Law were not new Knesset legislation. They were merely a New Version of sections 17 and 18 of the 1936 Criminal Code Ordinance, which had governed duress and necessity since 1936".

della *mens rea* ma esimendo l'autore dalla pena, la seconda renderebbe invece lecito il fatto.

In realtà, per come diremo fra poco, questa interpretazione ci sembra assolutamente semplicistica e merita ampia analisi.

Si tenga comunque conto che di *duress* conosciamo, in realtà, due distinte figure che devono essere necessariamente trattate separatamente.

Forme di *duress*

A) In primo luogo parliamo della *duress by threats* per cui si dice che "*the accused is induced to act by threat of death or serious bodily harm*". Questa *defense* si applica ogni qual volta ci si trova dinanzi ad un reale pericolo di vita o di danno grave alla persona e il pericolo deve avere origine in un atto proveniente da essere umano⁴¹. Costituisce la forma più antica storicamente dell'istituto in esame. Evolutasi soprattutto dopo il periodo medievale, veniva categorizzata a volte con il nome di *compulsion* e mostra degli elementi cari anche alla tradizione canonistica.

duress by threats

In realtà, le cronache giuridiche del tempo ricordano anche di una *defense of marital coercion*, una forma di *duress* secondo la quale il reato commesso dalla moglie in presenza del marito si presumeva commesso a seguito dell'effetto psicologico indotto dalla sua presenza (questa scriminante che pare appartenere al mondo del "diritto magico" post medievale in realtà fino al 1989 era ancora considerata propria del patrimonio giuridico penale britannico).

Tra gli elementi costitutivi ricordiamo il pericolo per la vita o l'integrità fisica e la relativa volontà di evitarlo che deve costituire momento psicologico essenziale del reato compiuto che, essenzialmente, deve manifestare stretta connessione con la minaccia.

Il pericolo dettato dalla minaccia deve chiaramente essere imminente e deve essere valutato da un test che reca elementi oggettivi e soggettivi.

Su quest'argomento la dottrina israeliana è abbastanza intricata e non ha tutt'ora manifestato una certa linearità di pensiero, come fra poco evidenzieremo.

⁴¹ *Hudson and Taylor* (1971) 2 Q.B. 202

Per semplicità, in questa sede, ci limitiamo a ricordare come il pensiero generale sia quello di far dipendere la scriminante dall'effettiva possibilità di assimilare il comportamento tenuto dal soggetto minacciato a quello del *reasonable and honest man* di cui abbiamo parlato nel precedente capitolo.

E' interessante notare come accanto al requisito della *ragionevolezza*, in realtà, solo poca giurisprudenza ha tentato di inserire l'altro imprescindibile requisito della *proporzionalità* che sembra assolutamente chimerico in qualsiasi progetto di revisione codicistica in tema penale.

Altro tema importante è costituito dall'assoluta impossibilità in termini procedurali di invocare questa *defese* a tutela del *murder* o del suo tentativo e su questo abbiamo riscontrato ampie e variegate pronunce contrarie.

B) Quanto invece alla *duress of circumstances* possiamo dire che riguarderebbe la difesa di un bene personale (quindi non più vita o integrità fisica) da un pericolo sempre proveniente da un soggetto umano però diretto verso terzi (che non siano autore o familiari). Parte della dottrina tende ad assimilare l'istituto in questione al *soccorso di necessità*⁴².

*duress of
circumstances*

In termini di requisiti possiamo assimilare lo stesso discorso poc'anzi fatto in termini di *duress by threats* con alcune e debite differenze. Fondamentale sull'argomento risulta una pronuncia del 1995⁴³ che ha stabilito l'esistenza di una *general defense of necessity or duress of circumstances*, esclusione fatta per omicidio e annessi. I requisiti citati possono così essere sintetizzati: necessità di

⁴² Sull'argomento cfr. interessante riflessione in GALLO M., *Appunti di diritto Penale*, Vol. II., Parte I, 2. ed., p.237: "Quest'ultimo è senza dubbio consentito ogni volta che il bene sacrificato sia di valore inferiore a quello salvato. Così, ad esempio, in caso d'impossessamento di una autovettura di proprietà altrui, il fine di permettere al terzo minacciato da un aggressore con intento omicida di porsi in salvo. Resta a vedere se situazioni del genere, caratterizzate cioè dalla disparità di valore tra quanto si offende e quanto si difende, siano le uniche configurabili in un soccorso di necessità. A prima vista sembrerebbe di no. Si prospettano ipotesi nelle quali i beni - interessi che vengono in conflitto appaiono di egual valore: la vita dell'uno contro la vita dell'altro. Se però si analizzano queste ipotesi riassumibili per tutte in quella della zattera capace di sorreggere un solo corpo, su cui giaccia svenuto un naufrago e sulla quale cerchi di salire un'altra persona, l'azione di chi si trovi su una tavola vicina, anch'essa *unius capax*, contro colui che vuole salire sulla prima zattera è solo psicologicamente caratterizzata dal dilemma: salvo l'uno o l'altro. In realtà essa realizza il sacrificio di una vita in una situazione nella quale, se non ci fosse l'intervento del terzo, due sarebbero le vite spente. Quindi non un'equivalenza tra offesa e salvataggio, equivalenza che si spiegherebbe con la neutralità, l'indifferenza dell'ordinamento rispetto all'una o all'altra soluzione, bensì la netta opzione per il male sicuramente minore".

⁴³ *R v. Pommel* (1995)2 Cr. App. R. 607

commettere il reato per evitare o prevenire la morte od un altro grave danno proprio od altrui, ragionevolezza e proporzionalità al pericolo.

Quanto invece alla *necessity*, si tratterebbe di un pericolo proveniente da una fonte *non umana* e diretto verso soggetti terzi rispetto all'autore del reato e ad i suoi familiari ed il reato scriminato è commesso per proteggere un bene non strettamente personale o anche personale ma di un soggetto non in grado di consentire⁴⁴.

Necessity

Su questo istituto non c'è mai stata una certa uniformità di dottrina considerata l'estrema delicatezza di distanze con la *duress*. Non mancano, infatti, riferimenti alla *necessity* come ad una *extended form of duress*.

Il problema vero è rappresentato dal fatto che, a differenza del nostro stato di necessità, essa riguarderebbe anche la tutela di beni e interessi patrimoniali.

In merito a quella parte della dottrina che vorrebbe una sorta di riconoscimento per la *necessity* di una *general defense of common law* si dice che:

"se esistesse è nella migliore delle ipotesi cosa molto dubbia. Ad alcune opinioni giudiziali favorevoli si contrappone la completa assenza di supporto da parte dei giudici, la cui riluttanza deriva dal punto di vista esemplificativo nell'osservazione di Lord Denning secondo il quale il riconoscimento della *defense of necessity* aprirebbe una porta che nessuno sarebbe in grado di chiudere⁴⁵".

Come anche per il cosiddetto *delitto del Samaritano*, anche in questo caso gli esiti della giurisprudenza sono estremamente prevedibili data l'indiscutibile severità della tradizione a *common law* circa l'intervento della legge sui rapporti tra individui e terzi: il principio sovrano della libertà negativa resta indubbiamente l'unico principio cui fare riferimento in un'ottica generale di dogmatica giuridica per cui è praticamente impensabile giustificare il sistema britannico (e quindi di riflesso israeliano) sulla base di elementi che non vengano bagnati da queste riflessioni generali.

⁴⁴ VINCIGUERRA S., *op. cit.*, p. 361

⁴⁵ ELLIOT D. W., *Necessity, duress and self defense*, CLR, 1989, p. 611

In particolare si ricordi quanto affermato in un'importante pronuncia sull'argomento, la *F. v. West Berkshire Health Authority*, che viene indicata come la base - precedente su cui costruire ogni riflessione sul tema *necessity* e, in particolare, su quelli che sono i limiti e gli spazi in cui tale principio può comunque rivelare le proprie indicazioni determinanti.

Si dice appunto che:

"il fatto che esista nella *common law* un principio di necessità il quale può giustificare un'azione che altrimenti sarebbe illecita non è posto in dubbio. Ma storicamente il principio è stato circoscritto a due gruppi di casi che sono stati definiti di necessità pubblica e privata: il primo ricorre, ad esempio, quando una persona entra nella proprietà di un'altra per impedire un incendio, il quale sta distruggendo l'altrui abitazione, assuma dimensioni catastrofiche e possa, quindi, mettere in dubbio la pubblica incolumità. Il secondo gruppo di casi si verifica quando un soggetto interferisce con la proprietà di un altro per salvare se stesso o i suoi beni da un pericolo imminente: ad esempio, quando si entra nella proprietà del vicino senza il suo consenso per impedire che la diffusione di un incendio si estenda anche alla sua abitazione. Ma c'è comunque un terzo gruppo di casi che riguarda le azioni poste in essere per preservare la vita o la salute di soggetti che non sono in grado di prestare il loro consenso: per esempio ci si riferisce al caso dell'uomo che afferra un altro e lo trascina via con la forza della traiettoria di un veicolo che sta per sopraggiungere, salvandogli in questo modo la vita. In questo terzo gruppo di casi, perchè si possa affermare la sussistenza di un principio di necessità occorrono due presupposti:

a) deve sussistere la necessità di agire senza che sia praticamente possibile comunicare con la persona che viene assistita;

b) l'azione posta in essere deve essere analoga a quella che qualsiasi altra persona ragionevole avrebbe realizzato nelle stesse circostanze⁴⁶".

Si tenga, comunque, conto del fatto che la *necessity* non svolge solo il ruolo che da noi verrebbe definito come propriamente "*scriminante*" ma anche di mero limite negativo delle fattispecie che annoverano, fra i propri elementi costitutivi, una figura di antigiuridicità speciale, in quanto escludono la punibilità dell'agente allorquando il fatto sia stato compiuto *necessary* oppure *with lawful excuse*⁴⁷: ovviamente in tali casi la presenza della *necessity* escluderebbe la sussistenza del reato.

Sulla differenza con l'istituto della *duress* molto è stato detto in dottrina come in giurisprudenza anche se sono molte le situazioni che destano dubbi. Una tra tutti si determina nel momento in cui s'immagina l'ipotesi in cui il pericolo, elemento costitutivo della *duress of circumstances*, sia derivato da fattori naturali e non umani, legandosi dunque agli estremi tipici della *necessity*. Sul tema, interessanti le considerazioni dogmatiche portate che si sostanziano fundamentalmente nell'espressione per cui *necessity, unlike duress, involves a balancing of the accused's conduct and the evil averted by it* per cui si realizzerebbe l'immagine di questa concreta fase di bilanciamento tra male minacciato e condotta che sarebbe propria della *necessity*⁴⁸.

3.3 La legislazione: The Criminal Code Ordinance, 1936. Duress and Necessity. - Sections 17 e 18 del *Criminal Code Ordinance, 1936*. si occupavano delle originarie forme di *defenses* denominate *duress* e *necessity*. *Sections 17 e 18 del CCO del 1936*

⁴⁶ *F. v. West Berkshire Health Authority*, p. 564 - 565

⁴⁷ Cfr. VINCIGUERRA S., p. 371: "Possiamo citare il *Protection of Animals Act 1911* che punisce i casi in cui gli animali vengono fatti oggetto di sofferenze *unnecessary*: il *Control of Pollution Act 1974* che riconosce la *defence of necessity* quando gli atti sono stati compiuti "nell'emergenza di scongiurare un pericolo pubblico"; l'art. 84 *Road traffic Regulation Act 1984*, il quale stabilisce che le ambulanze, i vigili del fuoco e gli automezzi della polizia non sono tenuti all'osservanza dei limiti di velocità, quando ciò impedirebbe l'uso del veicolo per lo scopo cui è adibito (ad esempio, per salvare vite umane)".

⁴⁸ CARD, CROSS, JONES, *op. cit.*, p. 544

Dal loro esame, non emerge nessun chiaro modello di logica giuridica che ci permetta di risalire ad una generale idea strutturale. A ciò si aggiunga anche che il *Code* non tratta in alcun modo del problema della *self - defense* come se non fosse assolutamente un problema importante nell'alveo di questa trattazione.

Section 17, Duress, tratta la *defense* come segue:

Except murder and offences against the state punishable with death, no act is an offence which is done by a person who is compelled to do it by threats which at the time of doing it reasonably cause the apprehension that instant death or grievous bodily harm to that person will otherwise be the consequence:

Provided that the person doing the act did not, of his own accord, place himself in the situation by which he became subject to such constraint.

Da una lettura della norma, come si diceva, non si riesce bene a comprendere quale possa essere pienamente la *ratio* che si nasconde dietro questa previsione. Il riferimento in questa sezione alla persona che viene "costretta a fare - *compelled to do*" l'atto e la gravità delle minacce convincenti - "morte istantanea o lesioni personali gravi - *instant death or grievous bodily harm*" - suggerire piuttosto una "*excuse rationale*", tale che l'atto del soggetto agente è considerato moralmente involontario, piuttosto che un *objective justification*. Così, anche la restrizione della *defense* per le minacce rivolte al soggetto agente stesso sembra indicare una *excuse*. Ma, va notato, che nella sezione si afferma che "nessun atto è un reato" quando fatto sotto costrizione, che sembra suggerire che l'atto sia *legalmente giustificato* piuttosto che *illegale ma scusato*.

Si aggiunga, anche, che l'eccezione posta a carico del delitto di omicidio e di alcuni altri reati molto gravi sembra anche suggerire una *justification* o, almeno, che "the excuse rationale was inconsistently applied"⁴⁹.

⁴⁹ ENKER A., *Duress, Self - Defense and Necessity in Israeli Law* in *Israel Law Review* 30 (1996) p. 190.

La *defense of necessity* trova spazio invece nella *section 18 of the Code*, che statuisce:

An act or omission which would otherwise be an offence may be excused if the person accused can show that it was done or omitted to be done only in order to avoid consequences which could not otherwise be avoided, and which if they had followed would have inflicted grievous harm or injury to his person or to his honour or his property or to the person or honour of others whom he was bound to protect or to property placed in his charge:

Provided that in so acting he did no more than was reasonably necessary for the purpose, and that the harm inflicted by the act or omission was not disproportionate to the harm avoided.

Si premetta che questa disposizione, ad oggi, non costituisce più parte del *Code Israeliano* ma è stata emendata nel 1992.

Diversi elementi di questa *defense* suggeriscono la possibilità che questa si basava su una *justification*. Il requisito di proporzionalità, contenuta nella riserva, e le classe più ampia di persone e gli interessi che possono essere protetti, rispetto a quelle di cui alla *section 17* relativa alla *duress*, puntano in questa direzione.

Così, anche, l'accento posto sul fatto che l'atto deve essere "*ragionevolmente necessario - reasonably necessary*" sembra puntare nella direzione di uno standard oggettivo che rende l'atto "*proper in the circumstances*". D'altra parte, la frase introduttiva alla sezione 18 affermava che "un'azione o un'omissione che altrimenti sarebbero un reato possono essere giustificate" secondo i termini di questa sezione. D'altra parte, se questa sezione fosse limitata ai *claims of justification*, all'interno del *Code* non ci sarebbe alcuna previsione che tratti del delicato tema dello stato di necessità che scusi.

Chiaramente, poi, il legislatore britannico non ha avuto in mente un modello, concettuale o pratico, che disegni una chiara distinzione tra *excuses* e *justifications*.

Anzi, molto probabilmente, alla luce dell'analisi portata sull'intera legge penale di quel periodo, manca completamente una riflessione dogmatica chiarificatrice sull'argomento, con profonda attenzione proprio a questa fondante distinzione di base.

**Differenze secondo la
legislazione del 1936**

Le differenze tra *defenses of duress and necessity* sembrano avvenire sulla base mera di valutazioni casistiche piuttosto che prettamente dogmatiche o comunque basate su qualsiasi tipologia di principio giuridico.

A) *Duress* tratta di un crimine commesso *in submission to an unlawful demand* - sotto la minaccia di un danno grave.

B) *Necessity* riguarda invece situazioni in cui gli eventi e le circostanze, "rather than human threats, create the danger of injury which the actor seeks to avert by injuring another".

Questo modello continua a prevalere tutt'oggi, anche dopo la recente modifica della legge in materia di necessità. Per sua natura, quindi, la *defense of necessity* è sufficientemente ampia per coprire entrambe le situazioni di necessità "that excuse the actor as well as those that justify the act".

Visto in questa luce, il requisito di proporzionalità, si dice in dottrina, contenuto nella clausola della sezione 18 sembrerebbe mettere un inutile onere *on claims of excusing necessity*.

La proporzionalità avrebbe senso come condizione in un'idea di giustificazione oggettiva. Anche in questo caso, parte della dottrina tende a risolvere la cosa in modo diverso considerando la possibilità di interpretare il requisito della proporzionalità in modo appunto differente attraverso una valutazione separata delle due situazioni.

"To justify the act, the injury inflicted would have to be less, perhaps significantly so, than the harm prevented. An excuse could be allowed even

when such proportionality is not met, so long as the injury inflicted is not grossly excessive in relation to that which is prevented⁵⁰".

Le due sezioni in esame derivano da fonti letterarie indipendenti, che hanno ulteriormente contribuito alle difficoltà di discernere i rispettivi significati. Sezione 17, *duress*, ha avuto la sua origine *nella sezione 94 del Codice penale indiano* del 1860, che è stato per lungo tempo ritenuto un esempio di fine artigianato giuridico rispetto ad altri codici penali inglesi. La Sezione 18, *necessity*, è stato preso dal *Digest of the Criminal Law of England* di James Fitzjames Stephen, scritto nel 1877 per supportare la bozza del proprio Codice Penale, che è stato presentato al Parlamento nel 1879 senza fortunato esito. Lo stesso Stephen pensava che la sua sintesi molto generale dei principi che disciplinano la *defense of necessity* fosse più appropriata per l'inclusione nel *Digest* piuttosto che in un codice di leggi, e, proprio per questo, decise di omettere ogni disposizione a riguardo dall'ultima bozza di progetto codicistico del 1879.

Le fonti

"Nor was any attempt made to integrate the provisions of the two defenses or to reconcile apparent differences between them. For example, Stephen himself, who, as we have seen, authored the source for the defense of necessity, would not have agreed to the provision allowing the defense of duress in the form allowed under section 17. He thought that the criminal law should respond to illegal threats with counter threats of increased severity of punishment rather than with sympathy and leniency⁵¹".

Questo stato d'imprecisione forte nella trattazione dei temi in oggetto potrebbero far comprendere anche la medesima imprecisione circa il diverso trattamento in tema di omissione nelle due *sections*.

⁵⁰ FELLER, *Necessity 'Stricto Sensu' as Negating the Illegality of the Act*, (1972) 4 *Mishpatim* 5; ENKER, *supra* n. 3, pp. 97-105.

⁵¹ STEPHEN, *History of the Criminal Law of England*, vol. 2, (1883) p. 107.

Sezione 17 si riferisce a "atti" e non dice nulla circa le eventuali omissioni, mentre la sezione 18 permette l'applicazione della suddetta *defense* rispetto ad entrambi. Presumibilmente, come riscontrato in ampia dottrina, i principi fondamentali del diritto penale, che equiparano "azione" e "omissione", dovrebbero prevalere per cui, nonostante le evidenti differenze redazionali, non sarebbe necessario operare una distinzione in termini di applicazione del diritto immaginando una fondamentale equiparazione di base indipendentemente dal fatto che l'omissione venga o meno citata. Stesso discorso dicasi per la citazione in eccezione del reato di omicidio presente esplicitamente nella *duress* e non ripetuta nella *necessity*⁵². In sintesi, le disposizioni originarie riguardanti le *defenses of duress and necessity*, come promulgata dalle autorità britanniche, sono state elaborate da diverse fonti letterarie e sono per questo prive di qualsiasi fondamento concettuale che potrebbero almeno in parte aiutarci a comprendere alcune scelte dogmatiche di fondo.

3.4 Self Defense⁵³ (or private and public defence). -

⁵² *R. v. Dudley and Stevens*, (1884) 14 Q.B. 273.

⁵³ ROXIN C., *The dogmatic structure of criminal liability in the general part of the draft Israeli penal code - a comparison with german law* in *Is. L. R.*, Vol. 30, n. 1 - 2, 1996, p. 63: The provision relating to private or self-defence (section 46) does not clearly demarcate the limits of non-punishable defences, because the question as to which defences are justified and which perhaps are only excused is not answered. According to section 46 the actor will bear no criminal liability "for an act done by him to repel an unlawful attack". There are no limitations as to the scope of the defence such as those attempted in the German provision (§ 32StGB) by the concepts of "*Erforderlichkeit*"(*necessity*) and "*Gebotenheit*"(*not more harmful than necessary*). Section 52, however, attempts to make up for this by barring the application of the self-defence provision if the act is not a *vernünftiges Mittel* (reasonable means) of preventing injury or damage. Since this provision, however, covers not only self-defence but also all instances of necessity, it is not clear to what extent it draws boundaries between justification and excuse. It would be important to know this because even when the limits of justification are exceeded, the possibility still remains that the actor may escape criminal liability. In such cases, however, the defensive act would itself constitute an "unlawful attack", and the original assailant would be allowed to respond with self-defence. Furthermore, a concept like *vernünftigesMittel* (reasonable means), which does not differentiate between justification and excuse is very vague. An extremely agitated victim has a different opinion as to what constitutes a "reasonable means" of defence than does a rational judge. A clause which can be interpreted in so many different ways, especially when the clause is used to regulate circumstances in which anyone can easily become involved, such as situations of self-defence, is to my mind not conducive to legal certainty.

German law makes a distinction in this respect. According to § 32 StGB, acts of defence are only justified when they are "*erforderlich*" (necessary) for the warding off of an attack and also "*geboten*"(*not more harmful than necessary*) in light of socio-ethical viewpoints. If the person who

"A defendant is entitled to use reasonable force to protect himself, others for whom he is responsible and his property. It must be reasonable⁵⁴."

L'istituto in oggetto, che come avremo modo di vedere in seguito, ha destato non poche problematiche presso l'ordinamento israeliano, non è mai stato caratterizzato da linearità anche nella fonte britannica a *common law* considerata la base dogmatico - filosofica che muoveva l'idea stessa della *defense* sempre e comunque in contrasto in parte con il generale principio di *libertà negativa* che abbiamo detto essere l'unico vero principio base su cui il diritto penale a *common law* viene a costruirsi.

Self - defence

Anche la sua qualificazione comparatistica presso di noi non è scevra da riflessioni interessanti: è, infatti, indubbio che potrebbe essere, seppur solo in massima parte, qualificata come *legittima difesa* comprendendo l'uso *ragionevole* della forza contro un altro soggetto da parte della vittima o di un terzo soggetto al fine di reagire ad un fatto ingiusto altrui, ma non si dimentichi come l'istituto, così come viene confezionato dalla dottrina britannica, non può limitarsi solo a questo.

Intanto, si parta dalla constatazione per cui nell'alveo dello stesso istituto rinveniamo due grandi macro categorie:

Private defence

A) la prima è denominata *private defence* e vi inseriamo l'ipotesi della *difesa personale*, che è quella storicamente più affermata in termini di pronunce e di concreta eseguibilità, insieme alla cosiddetta *difesa della proprietà* che, a

is attacked exceeds these limits because of confusion, fear, or fright, he is under § 33 StGB exempt from punishment, but only on the basis that his conduct is excused. This means that the attacker would, in turn, have a right to act in self-defence in response to this "act exceeding the limits of self-defence by the attacker". It should also be noted that a person exceeding the limits of self-defence escapes liability only when the excess is the result of fear; if a person exceeds the limits of justifiable defence because of aggressive emotions (anger, indignation, bellicosity) he remains criminally liable - in my opinion the correct decision from a socio-psychological viewpoint. The Israeli draft consequently contains no provision governing the exemption from punishment of excessive self-defence because such a provision presupposes the differentiation between justification and excuse. One wonders whether the introduction of this differentiation in the Israeli draft would not perhaps result in a more precise exposition of the rules relating to self-defence".

⁵⁴ R v Beckford (1988) 1 AC 130

differenza della prima che trova ampia giustificazione nelle numerose espressioni di *common law*, trova corretta statuizione solo nel 1971 con il *Criminal Damage Act* dove all'articolo 5 si giustifica l'uso della forza - ed esime da responsabilità per la distruzione ed il danneggiamento di un bene altrui o la minaccia di essi - impiegata da chi ha distrutto, danneggiato o ha minacciato di distruggere o danneggiare tale bene allo scopo di proteggere un bene proprio od altrui ovvero un diritto o un interesse ad esso inerente che era o che egli credeva proprio od altrui, se al momento del fatto egli credeva:

1) che il bene, il diritto o interesse fossero in immediata necessità di protezione;

2) che i mezzi di protezione adottati o minacciati di adottare fossero ragionevoli avuto riguardo a tutte le circostanze⁵⁵.

Public defences

B) Nella seconda macro categoria inseriamo le *public defences* finalizzate allo scopo di prevenire reati e cooperare od eseguire direttamente un arresto. Anche in questo caso rientriamo nelle disposizioni di cui allo *statute law*, *Criminal Law Act*, 1967 secondo cui:

"una persona può usare un grado di forza che sia ragionevole nelle circostanze concrete per prevenire la commissione di un reato o effettuando direttamente oppure prestando assistenza in un legittimo arresto di rei o sospetti ovvero di latitanti".

Circa i presupposti richiesti, si ricordi che a differenza della *duress*, la reazione deve assolutamente essere rivolta contro l'aggressore e deve essere proporzionata e immediatamente necessaria.

Quest'ultimo requisito è davvero di fondamentale importanza in quanto delinea chiaramente la necessità che non sia ammissibile altra forma di soluzione per sottrarsi al grave danno che vi si paventi innanzi.

⁵⁵ VINCIGUERRA S., *op. cit.* p. 373

Interessante anche come la dottrina configuri una teorica reazione preventiva: si dice come non sia assolutamente necessario attendere il verificarsi concreto dell'imminenza dell'aggressione essendo anche sufficiente che il potenziale aggredito abbia il sentore preventivo dell'imminenza dell'attacco⁵⁶.

**Il dovere di sottrarsi
al pericolo: la fuga**

Ampio poi il dibattito, che dopo riprenderemo più opportunamente, circa la problematica rappresentata dalla cosiddetta necessità o meno della fuga: in realtà, non troviamo in nessuna fonte un'esplicita indicazione alla fuga se possibile ma solamente alla necessità che l'aggredito si limiti ad avere un atteggiamento meramente difensivo. Questa indicazione, più che un vero e proprio limite alla *defence*, si manifesta come un interessante e utilissimo criterio per analizzare effettivamente la sussistenza o meno di un'effettiva ragionevolezza circa la propria reazione avverso l'aggressione.

In generale, però, non esiste, chiaramente, alla luce di quanto abbiamo ampiamente espresso fino ad ora, un dovere di sottrarsi al pericolo, altrimenti il legislatore non avrebbe ammesso la difesa legittima preventiva⁵⁷. Evidente la distanza con i principi del nostro ordinamento, anche se non ci deve sorprendere minimamente se si è compreso pienamente il discorso dogmatico sulla libertà che è all'origine di tali affermazioni giuridiche⁵⁸.

Sul tema della ragionevolezza della difesa si cita propriamente quanto asserito e condiviso fondamentalmente dalla giurisprudenza sulla questione:

"The defence of self-defence is one which can be and will be readily understood by any jury. It is a straightforward conception. It involves no abstruse legal thought. Only common sense is needed for its

⁵⁶ WILLIAMS G., *op. cit.*, p. 503

⁵⁷ *Field* (1972) CLR 435

⁵⁸ Cfr. ROMANO M., *Commentario sistematico del Codice Penale*, Vol. I, 3 ed., 2004, p. 557: "L'ordinamento non può incoraggiare al riguardo la iattanza o la spavalderia, ma neppure disapprovare il coraggio e l'amore per la giustizia e il diritto. Certo, decisiva sarà - fra tutte le circostanze oggettive del caso concreto (tempo, luogo, modalità dell'aggressione - caratteristiche fisico - psichiche dell'aggressore e dell'aggredito) - l'effettiva disponibilità della protezione degli organi dello Stato, ma sarebbe eccessivo affermare che quante volte l'aggredito possa comunque porsi in salvo con la fuga, anche con una *turpis fuga*, egli sia obbligato a fuggire e la sua eventuale difesa sia illegittima (nessuna scriminante, invece, se vi è la possibilità di un *commodus discessus*, cioè di un allontanamento in concreto *non pericoloso né disonorevole*).

understanding. It is both good law and good sense that a man who is attacked may defend himself. It is both good law and good sense that he may do, but may only do, what is reasonably necessary. But everything will depend upon the particular facts and circumstances. It may in some cases be only sensible and clearly possible to take some simple avoiding action. Some attacks may be serious and dangerous. Others may not be. If there is some relatively minor attack it would not be common sense to permit some action of retaliation which was wholly out of proportion to the necessities of the situation. If an attack is serious so that it puts someone in immediate peril then immediate defensive action may be necessary. If the moment is one of crisis for someone in imminent danger he may have [to] avert the danger by some instant reaction. If the attack is all over and no sort of peril remains then the employment of force may be by way of revenge or punishment or by way of paying off an old score or may be pure aggression. There may no longer be any link with a necessity of defence... If a jury thought that in a moment of unexpected anguish a person attacked had only done what he honestly and instinctively thought was necessary that would be most potent evidence that only reasonable defensive action had been taken⁵⁹."

Sulla base di queste affermazioni, si ricordi come il limite della ragionevolezza⁶⁰, in realtà, valga diversamente se ad agire siano dei privati cittadini o dei poliziotti con una considerevole flessioni in termini di equilibrio, a favore di questi ultimi, finalizzata a determinare una concreta e reale possibilità di prevenire la commissione di reati, di qualsiasi genere essi siano.

In ogni caso, si ricordi come la valutazione della ragionevolezza non sia prettamente e propriamente oggettiva, dovendo essa contemplare l'analisi dello

⁵⁹ *Palmer v The Queen* [1971] A.C. 814, 832

⁶⁰ Cfr. ROMANO M., *Commentario sistematico del Codice Penale*, Vol. I, 3 ed., 2004, p. 557: "Il pericolo attuale di un'offesa ingiusta deve avere determinato la **necessità della difesa**: il termine è da intendere non nel senso che non debba in assoluto esservi alcuna alternativa alla reazione difensiva, ma nel senso che non deve esserci altra possibilità - di salvare il bene su cui incombe il pericolo - egualmente efficace e moralmente accettabile".

stato d'animo "falsato" ed emotivamente segnato di colui che subisce l'aggressione.

Si specifica appunto che "quando vi è stata una condotta aggressiva, per modo che un'azione difensiva si sia resa ragionevolmente necessaria, bisogna riconoscere che la persona che si difende non è in grado di valutare con lucidità l'esatto ammontare della sua necessaria condotta difensiva. Se perciò, la giuria pensa che in quel momento di particolare emotività la persona aggredita abbia fatto solo ciò che onestamente e istintivamente pensava fosse necessario, questo dovrebbe essere la più lampante prova che è stata realizzata solamente una difesa ragionevole⁶¹". Nel nostro ordinamento, non mancano riflessioni sulla necessità di valutare la situazione concreta circa la valutazione della proporzione nella reazione⁶².

Circa il peso di questa *defence* sul principio di colpevolezza si deve ricordare come tale scriminante operi sicuramente se erroneamente supposta ma non pare avere rilevanza obiettiva.

Self - defence e principio di colpevolezza

Quindi, si applicherebbe anche nel caso di aggressione e il soggetto aggredito reagisce convinto del fatto che il suo agire sia giustificato, a prescindere dal fatto che il suo sia o meno un errore ragionevole. Se questi si trovi ad utilizzare la forza che era ragionevole nelle circostanze da lui conosciute, il suo errore esclude che egli volesse fare un uso legittimo della forza ed esclude una *mens rea* di un reato di violenza. La *self - defence* non ha invece rilevanza obiettiva e quindi non si applica a chi commette un reato ignorando l'esistenza delle circostanze che, se da lui conosciute, giustificerebbero la sua reazione⁶³.

Un'ultima importante riflessione previa riguarda l'eventuale *eccesso di forza* utilizzata nel respingere un'aggressione, eccesso determinato da

"Eccesso di forza"

⁶¹ *Palmer v. R.* (1971) A.C. 831

⁶² Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, IV ed., 2001, p. 274. Cfr. anche Cfr. ROMANO M., *Commentario sistematico del Codice Penale*, Vol. I, 3 ed., 2004, p. 559: "Il giudizio di proporzione deve instaurarsi fondamentalmente tra beni, ma non solo in astratto, bensì tenendo conto di tutte le circostanze oggettive contingenti e quindi delle caratteristiche concrete dell'offesa, nonché dei mezzi a disposizione della vittima per contrastarla".

⁶³ Cfr. VINCIGUERRA S., *op. cit.*, p. 377: "In questo senso esiste un precedente che risale alla metà del secolo XIX confermato in anni recenti, con l'autorevole conforto di Hogan, nonostante la *Law Commission* avesse suggerito nei propri progetti di codice penale l'accoglimento della rilevanza obiettiva".

errore di fatto sul concreto pericolo realizzato, con relativa supposizione erronea di circostanze inesistenti ma che, tuttavia, nel caso in cui fossero esistite avrebbero determinato un giustificato uso di tale forza.

La giurisprudenza è, sull'argomento, estremamente contrastante: il suddetto contrasto nasce dalla considerazione che l'ordinamento a *common law* ha del *principio di buona fede* nel diritto penale in particolare e in quello generale di base.

Il retaggio canonistico di base che, sulla scorta delle riflessioni post medievali, dava al principio *bonae fidei* portava numerose pronunce storicamente inquadrate a definire questo istituto come la regala aurea su cui valutare tutti gli altri temi giuridici, motivo per cui, anche in questo caso, l'uso eccessivo della forza, purché comunque in buona fede, per respingere una concreta aggressione, indipendentemente dalla gravità della stessa, non poteva venire ad essere sanzionata perché comunque ispirata ad un principio generale sovrano.

Tutto ciò non ha trovato, soprattutto nell'ottocento, facile motivo di apprensione tanto più che numerose sono le pronunce che dettavano chiare regole contrarie per cui la legge non potrebbe giustificare colui che spara contro chi semplicemente minaccia di colpirlo ritenendo in buona fede ma irragionevolmente di poter impiegare questo grado di forza⁶⁴.

Non è comunque prevista una *defense* di *excessive force* come per esempio in altri paesi di matrice *common law* per cui, ogniqualvolta ci si trova dinanzi a situazioni di questo tipo deve per forza trionfare sovrano il modello della ragionevolezza come criterio per discernere ciò che possa concretamente definirsi "risposta adeguata" e ciò che invece detterebbe gli estremi di un eccesso di difesa.

Avendo valutato come anche il criterio di ragionevolezza in realtà, nonostante le numerose dichiarazioni di "oggettività" manchi, in definitiva, di una reale stabilità, non ci risulta difficile affermare come la tematica ancora oggi sia frutto di studi e controversie giornaliere che non garantiscono serenità e concreta obiettività alla valutazione penale dell'operato dei soggetti con ampio riscontro di discrezionalità nelle mani delle corti giudicanti.

⁶⁴ Owino (1996) 2 Cr. App. R. 128. Cfr. anche ROMANO M., *Commentario sistematico del Codice Penale*, Vol. I, 3 ed., 2004, p. 583.

3.4.1 segue: - La self - defense e il codice del 1936. Sviluppi. - Come già ampiamente detto, il Codice del 1936 non conteneva alcuna disposizione relativa espressamente al concetto di *self - defense*. Per lungo tempo la dottrina tendeva a compiere questo tipo di considerazione per cui la *necessity defense* in section 18 fosse in realtà aperta a contenere anche la *self-defense provision*. Abbiamo già notato come attraverso la generalità e l'ampiezza del linguaggio utilizzato nella norma fosse in realtà possibile immaginare un'applicazione generale per "*the excusing and the justifying varieties of necessity*".

*Self - defence e origini.
Il CCO.*

Questa generica visione di un linguaggio ampio finalizzato all'inclusione di più concetti giuridici, ha dato il la alla possibile considerazione per cui la stessa sezione potesse in realtà includere disposizioni circa il medesimo istituto della *self - defense*.

Infatti, per molti anni si è ipotizzato che questa era la funzione originaria della sezione 18 e che, paradossalmente, la sua applicazione a situazioni di necessità era da considerarsi solamente secondario. Solo attorno agli anni '70, dopo la promulgazione del Codice, la dottrina giuridica, più di quarant'anni dopo, con la scoperta della propria fonte nel Digest di Stephen, ha compreso quanto l'autore inglese in realtà volesse riferirsi a questa norma solamente nei termini propri della *defense of necessity* senza alcuna divagazione sulla *self defence*⁶⁵.

Studio delle fonti

In realtà, lo stesso Stephen inserì nel suo *Digest* alcune precipe disposizioni su questo tema che meritano un'appropriata valutazione.

A parte tutto, questa situazione di evidente confusione ha determinato la paradossale realtà per cui il Codice Israeliano mancava di ogni riferimento a questo fondamentale istituto.

⁶⁵ Cfr. FELLER, *supra* n. 5; ENKER, *supra* n. 3, pp. 97-105.

Ciò premesso, come abbiamo detto, *section 18* supplì apparentemente a questa mancanza. Nonostante, tuttavia, la frase introduttiva della sezione, secondo la quale "un atto o omissione ... può essere scusato", i giudici hanno dichiarato che:

"*self-defense* provides the defendant with a complete defense to alleged criminality, as a matter of right, rather than as an excuse which might or might not be granted him in the court's discretion.⁶⁶"

Sulla base di queste affermazioni, la letteratura accademica gettò le basi per interpretare il requisito di proporzionalità applicato all'auto-difesa in modo differente dalla sua applicazione alla *necessity*:

"in justifying necessity, proportionality would require that the injury prevented be greater, perhaps even substantially so, than the injury caused. In situations of self-defense, proportionality would require that the interest protected not be so minor in relation to the injury caused so that it would have been better to suffer the injury to that interest rather than cause such great harm⁶⁷".

Una sfortunata conseguenza di questa situazione in cui una singola disposizione statutaria, originariamente redatta per riassumere la legge relativa alla *defense of necessity*, veniva utilizzata per legalizzare anche l'istituto della *self - defense*, fu che lo scopo della *self - defense* venne limitato alla protezione dell'agente stesso e di quelli "whom he was bound to protect".

"Private defense, in its broad scope, was not recognized. Stephen had imposed this limitation in the *Digest* on the defense of necessity, perhaps

⁶⁶ *Attorney General v. Patniev, (1949-50) 2 P.D.424, p. 447.*

⁶⁷ FELLER, *supra* n. 5; ENKER, *supra* n. 3.

because of its potentially anarchic tendency, but he had not imposed any such limitation on the scope of self-defense⁶⁸".

Nel tentativo di risolvere questo problema, la letteratura scientifica ha suggerito che la limitazione della difesa per le persone "whom he (the actor) was bound to protect" della sezione 18, pensata perchè doveva essere applicata nel suo normale significato storico costretto a situazioni di mera necessità, avrebbe dovuto essere interpretata in modo più ampio in casi di *self - defense*, sulla base del principio per cui la morale e i doveri di cittadinanza imporrebbero il dovere di proteggere tutte le persone minacciate da illecito pericolo⁶⁹.

L'origine di questa valutazione andrebbe rintracciata nella comune volontà insita nella legge di Israele di concedere un ampio potere - anzi, il dovere - *of private defense of others*⁷⁰ ma questi sforzi di ampliare il campo di applicazione della difesa sono stati respinti⁷¹.

In sintesi, la legge penale originale aveva immaginato due differenti *defenses* di carattere preventivo. La prima, *duress*, è stata definita in termini molto stretti, come "submission to overwhelming threats of grievous harm to the actor".

**Valutazione
originaria del
legislatore**

Minacce alle altre persone non costituivano oggetto di tale *defense*, indipendentemente dal collegamento che queste persone potessero avere con il soggetto. Per tutta questa serie di valutazioni, alcuni reati sono stati esclusi dall'applicazione di questa *defese*, in particolare l'omicidio.

Dall'altro lato, la *defense of necessity* è stata pensata come una *defense* con portata estremamente più ampia. La generalità e l'ampiezza del linguaggio della sezione 18 ha concesso una incredibile e varia inclusione all'interno della medesima sezione di tre *defenses* in realtà completamente indipendenti l'una dall'altra: *necessity that excuses, necessity that justifies and self-defense*.

⁶⁸ ENKER A., *Duress, Self - Defense and Necessity in Israeli Law* in *Israel Law Review* 30 (1996) p. 193.

⁶⁹ ENKER, *supra* n. 3, pp. 117-125.

⁷⁰ *Ibidem*

⁷¹ *Afanjar v. The State of Israel*, (1979) 33(iii) P.D. 141.

Tutto ciò, seppur con grande difficoltà dettate dalla genericità della norma, caratterizzò il normale andamento giuridico penale israeliano fino alla grande riforma degli ultimi anni.

3.4.2 segue: - Emendamento n.37: modifiche. - Nel 1992, la Knesset ha approvato Emendamento n° 37 per la legge penale del 1977, che distingueva tra le *defenses* di *self - defence* e quella di necessità e forniva sezioni separate per ciascuno. Emendamento n° 37 ha lasciato la *defense of duress* invariata. Il dibattito tenuto dalla Knesset in merito a queste disposizioni riflette le problematiche sociali e di cambiamento piuttosto chiaramente. Molti dettagli di modifica, in particolare quelli relativi al campo di applicazione di *self - defence*, sono il frutto di ampie divergenze in merito alle frequenti problematiche relative ai rapporti tra coloni ebrei nei territori occupati e popolo palestinese.

**Prima modifica:
emendamento n. 37**

Sezione 22 della legge penale, che fino alla recente modifica della legge conteneva l'ampia concezione della *defense of necessity* secondo la portata dell'insegnamento britannico, ora si occupa solo di difesa privata. Esso fornisce una *defense* per qualsiasi atto o omissione "directed against an aggressor in order to repel an unlawful assault, which endangered his [the actor's] life, liberty, body or property, or those of another person". Una sezione a parte, sezione 22A, è stata aggiunta alla legge. Esso consente una difesa di necessità per

**Section 22: solo difesa
privata**

an act or omission that was required to be done immediately in order to prevent the danger of severe injury to his [the actor's] life, liberty, body or property, or to those of another person, stemming from circumstances, provided that the actor could not prevent the injury in any other manner, and the injury he caused was not disproportionate to the injury he sought to prevent.

(א) אדם נושא באחריות קפידה בשל עבירה, אם נקבע בחיקוק שהעבירה אינה טעונה הוכחת מחשבה פלילית או רשלנות; ואולם, אין בהוראות סעיף קטן זה כדי לבטל את האחריות בשל עבירות שחוקקו טרם כניסתו לתוקף של חוק זה ונקבע בדין שאינן טעונות הוכחת מחשבה פלילית או רשלנות. לענין סעיף קטן זה, "בדין" - לרבות בהלכה פסוקה.

Section 22B, che si applica ad entrambe le *defenses* statuisce che le stesse *defenses* non verranno ad applicarsi se

in the circumstances, the act or omission were not reasonable for the purpose of preventing the injury.

(ב) לא יישא אדם באחריות לפי סעיף זה אם נהג ללא מחשבה פלילית וללא רשלנות ועשה כל שניתן למנוע את העבירה; הטוען טענה כאמור עליו הראיה.

Tutti i requisiti espressi nella sezione 22A, per quanto concerne la *defense of necessity*, relativamente ad immediatezza, proporzionalità relativa al male minacciato, sono assenti e non richiesti nel caso di *self - defense* nella sezione 22.

Proprio su questi due punti la Knesset ha dato prova di grande contrasto. Molti attivisti di destra hanno resistito fermamente a qualsiasi tentativo di incorporare condizioni simili nel caso della *self-defense*. L'ala contraria ritenne assolutamente insensato promuovere una tale differenza che avrebbe solamente acuito un'acredine socio - politica ingiustificata.

Ulteriori problematiche strutturali

Il primo gruppo ha prevalso. Ancora, l'assenza di qualsiasi riferimento esplicito alle esigenze d'immediatezza e proporzionalità in materia *self - defence* è ben lungi dall'essere definitivo. Alcune delle specificità del dibattito Knesset riflettono confusione e malintesi per quanto riguarda il significato preciso di questi requisiti, che riflette senza dubbio le ambiguità della legge in queste materie che ampiamente sussistevano sotto il *Criminal Code Ordinance*. Inoltre, alcuni dei partecipanti al dibattito nella Knesset pensavano che la nuova legge richiedesse immediatezza e proporzionalità, in ogni caso, in virtù della generale esigenza imperativa di ragionevolezza contenuta nella sezione 22B. Inoltre, la definizione

di *self-defence* come implicante la "*repelling*" of an unlawful assault porta in sé un elemento implicito di immediatezza, anche se il termine "aggressione" venisse ad essere interpretato in senso ampio. In un caso sorto con la nuova legge, davanti a un tribunale militare, i giudici dichiararono che l'omesso riferimento al requisito dell'immediatezza nella sezione dedicata a *self-defence* non è assoluto e che tale requisito esisterebbe comunque, in virtù dell'ulteriore requisito della ragionevolezza dell'atto e che sia stato progettato *to "repel" an unlawful assault*⁷².

**Il "ritiro" e la
"ragionevolezza"**

In merito al discusso caso del "ritiro" già presente nella legge britannica, la sezione 22A non contiene alcun riferimento espresso in tal senso ma, ancora una volta, il requisito di "ragionevolezza" sembra essere abbastanza ampio da consentire ai tribunali di figurare l'obbligo di disimpegno o di ritiro, almeno in alcuni casi, insito nella norma. Tali riflessioni si ponevano anche durante la vigenza del vecchio codice. Nonostante, infatti, la sezione 18 del codice del 1936 fosse priva di qualsiasi esigenza di recesso, una decisione della Corte Suprema respinse un reclamo di auto-difesa per il fatto che il soggetto avrebbe avuto la possibilità di ritirarsi⁷³. Non tutte le pronunce sull'argomento sono però concordi in tal senso.

A) Uno di questi casi ha coinvolto una controversia tra i residenti di una tendopoli d'immigrati temporanei che si è conclusa con la morte di uno di costoro per mano di un altro a seguito di *self-defense*. L'uccisore aveva agito con grande padronanza di sé, sia il giorno precedente che nel momento del atto stesso. La Corte ha respinto l'eccezione sollevata dal pubblico ministero circa la possibilità che il soggetto uccisore avrebbe avuto di ritirarsi evitando l'omicidio proprio perchè la legge in questione sulla *self-defence* non conteneva assolutamente dei riferimenti espliciti sulla cosa⁷⁴.

Va comunque notato come l'uccisione fosse avvenuta in un luogo immediatamente adiacente alla sua abitazione e, in ogni caso, la sua tenda -

⁷² Special Military Tribunal 2/91, *The Chief Military Prosecutor v. Lt. Col. 'R'*, p. 8.

⁷³ *Attorney General v. Kaminsky*, (1955) 9 P.D. 54.

⁷⁴ *Ashwal v. Attorney General*, (1952) 6 P.D. 1116.

dimora non avrebbe in ogni caso offerto al soggetto alcuna protezione aggiuntiva di sorta.

B) In un altro caso, il soggetto agente avrebbe dato origine ad una rissa a seguito di una propria richiesta non evasa nei confronti di un dipendente di un locale circa la presunta proprietà di un oggetto che il soggetto agente asseriva essere suo.

Nonostante il suggerimento del dipendente di attendere il ritorno del proprietario per dirimere la controversia sulla proprietà del bene, il soggetto prese l'oggetto discusso e fece per andare via. Quando il dipendente ha cercato di trattenerlo e di recuperare l'oggetto con la forza, il cliente ha resistito causandogli delle lesioni. La Corte ha respinto il presunto diritto del cliente all'auto-difesa per il fatto che egli avrebbe dovuto ritirarsi dalla rissa piuttosto che agire con violenza⁷⁵.

In questo caso, la decisione della Corte appare chiaramente basata sulla irragionevolezza del comportamento del cliente. Secondo i giudici, pur contestando l'uso della forza da parte del dipendente, il cliente stesso avrebbe dovuto cedere piuttosto che insistere.

Dagli esempi riportati, è innegabile come ci sia tutt'ora ampia discussione in merito. Come già indicato, la *private defense* è consentita con la nuova legge al fine di respingere "an unlawful assault". Ora resta da vedere quando e come si possa considerare *unlawful* un attacco.

Ci si chiede in dottrina:

"Is an assault by a child or by an insane person unlawful, so that one may defend against it pursuant to the provisions of private defense as set forth in section 22? Or is this a case of danger that stems from circumstances, .so that prevention of the harm is governed by section 22A, necessity⁷⁶?"

⁷⁵ Kaminsky, *supra* n. 18.

⁷⁶ FELLER, *op. cit.*

Questa distinzione è particolarmente importante con la modifica del 1992, in quanto la Knesset ha ritenuto opportuno non consentire la *defense of necessity* se dal fatto deriva la morte di una persona.

Indipendentemente dalle riflessioni che si faranno sull'argomento, resta il fatto che *the denial of the defense of necessity to the killing of a person* rende ancora più importante accertare con precisione dove la legge disegna la linea tra autodifesa e necessità.

***Self defence
o necessity?***

Di fronte al fallimento passato di Israele di sviluppare una precisa distinzione tra *justification* e *excuse*, insieme alla sua incapacità di sviluppare una chiara idea di ciò che costituisce "illegality" nel diritto penale, non c'è da stupirsi se effettivamente la questione resti poco chiara.

La dottrina israeliana ha manifestato diverse posizioni in merito alla questione sollevata sopra:

"whether an assault by a child or by an insane person is unlawful but excused, so that it may be defended against as a matter of self-defense, or is a danger emanating from circumstances, and is therefore covered by the defense of necessity, with its limitations⁷⁷.

Si tratta dunque di applicare la *defense of necessity* o la *self-defence*? Il dubbio in giurisprudenza resta saldo.

Entrambi sia *self-defence* che la necessità prevedono una qualifica addizionale o, per meglio dire, una limitazione alla corretta applicazione della *defense*, negandone la corretta applicabilità se l'agente ha causato l'aggressione o tutte le circostanze dalle quali deriva il pericolo attraverso il proprio agire improprio. In ogni caso, la giurisprudenza non chiarisce neanche con precisione cosa sia questo "atto improprio" che, in realtà, sembrerebbe fare riferimento a un

Riflessioni dottrinali

atto che, pur non essendo in sé criminale, porta con sé un rischio

⁷⁷ Cfr. ENKER, *supra* n. 3; FELLER, *Elements of Criminal Law*, vol. 2 (1987) para. 494, pp. 393-94; FLETCHER, *Proportionality and the Psychotic Aggressor: A Vignette in Comparative Criminal Theory*, (1973) 8 Is. L.R. 367; KREMnitzER, *Proportionality and the Psychotic Aggressor: Another View*, (1983) 18 Is. L.R. 178.

sostanziale dal quale conseguirà un danno e che *the actor will have to commit an offense in order to protect the endangered interest.*

Sul tema interessante la riflessione che viene portata in merito:

"The denial of a claim of self-defense because of the defender's prior "improper act", also requires that the actor was aware that matters may develop as they did. One who causes the danger unwittingly does not lose his freedom to act in self-defence. But in the case of necessity, the law expressly states that it makes no difference whether the actor knew, or a reasonable person in his situation could have known, that he might so act. It is not immediately clear what is the reason for this difference between the two defenses and why the defense of necessity is treated so narrowly⁷⁸".

Il legislatore sembra aver dato poca attenzione alla questione di come la disposizione sull'auto-difesa possa estendersi alla difesa per la protezione di terzi. Si dice in dottrina:

"suppose A's improper act causes B to commit an unlawful assault upon C. May A act against B to repel the assault and protect C? By a literal reading of the statute, if A assaults C in order to repel C's assault upon B, A's claim of private defense will be rejected, because it was A's original improper act that caused B to assault C. Arguably, it makes sense to deny A the right to use force in order to protect himself from an assault caused by his own improper act, since his need for self protection stems from his own misconduct. But why should A's improper act deprive C of A's protection?

Consider also the following case. Suppose, A's improper act causes C to assault A. A may not assault C in his own defense because A's improper act caused the C's assault upon him. But, ironically, under a literal

⁷⁸ ENKER A., *Duress, op. cit.*, p. 198

reading of the law, B may come to A's defense, since B did not do any improper act, even though the assault upon A is the result of A's own improper act. These results, which derive from a literal reading of the statute, may be based upon a conceptual confusion that understands the issue in terms of the actor's "right" to intervene in order to prevent the harm. If it is the actor's right that is at issue, then it makes some sense to say that he loses his right when he is to blame for the danger, even though the exercise of his "right" to intervene may actually save someone else from injury.

In the past, when the defense was narrowly limited to the protection of the actor himself and of other persons closely related to him, it could readily be conceptualized as a "right" to self-defense. But the extension of the defense to encompass the protection of all persons changes its basic nature, so that it is no longer appropriate to conceive of it as a "right"⁷⁹.

D'altra parte, la legge israeliana avrebbe grande difficoltà a concepire queste defenses come espressione di doveri in quanto, seguendo la tradizione di *common law*, il dovere legale di venire in aiuto di terzi è estremamente limitato nella portata (come abbiamo avuto modo di specificare fino ad ora).

Forse, allora, si dice in dottrina:

"it is best to conceive of self-defense as creating a liberty or a power to act in order to prevent unlawful injury even though such an act would otherwise be a crime. But that still does not resolve the question whether the actor's prior misconduct should cause him to lose this liberty when his act would prevent injury to a third person".

Per quanto riguarda le situazioni di necessità causate dalla condotta impropria del soggetto agente, la legge del 1992 ha introdotto con l'emendamento No. 37 la distinzione suggerita sopra.

⁷⁹ *ibidem*

Una persona il cui "improprio atto" ha causato la situazione di necessità non può commettere un crimine, al fine di evitare il danno a se stesso ma può farlo per evitare danni a terzi.

Abbiamo già citato gli elementi chiave della disposizione 1992 che definisce il campo di applicazione della *defense of necessity*. Chiaramente, si differenzia da *self - defense* poichè non si limita ad un atto diretto contro *an unlawful assaulter*. Pertanto, le disposizioni della legge del 1992 richiedono che l'atto fatto per evitare il danno sia *immediately necessary and not be disproportionate to the injury sought to prevented, in addition to requiring that it be reasonable*. La legge non contiene ulteriori disposizioni che approfondiscano il significato di questi termini.

3.4.3 segue: - Emendamento n.37: problematiche. - In questo contesto è importante notare, ancora una volta, come nessun tentativo sia stato fatto per distinguere tra *justifications* e *excuses*, né concettualmente né operativamente, per chiarire la comprensione nella legge di questi concetti. La legge mantiene fundamentalmente le distinzioni casistiche tra *duress* e *necessity* (distinzione che ha prevalso in base alla legge precedente durante il mandato britannico), senza modifiche, fatta eccezione per il trattamento separato di *self - defense*. Nessun tentativo è stato fatto per contribuire eventualmente ad approfondire dogmaticamente le tematiche in oggetto in termini di teoria del diritto. Di conseguenza, i tribunali non hanno ancora alcuna chiara guida su questioni quali il ruolo che devono svolgere le *excuses of necessity* nella legge israeliana o come anche il requisito di proporzionalità s'inserisca in questo concetto. La letteratura accademica esprime una gamma di opinioni al riguardo che non sono sempre conciliabili.

**Riforma non riformata:
critiche
all'emendamento n. 37**

Per esempio:

A) Sezione 22A consente la *defense of necessity* quando il soggetto abbia agito per prevenire gravi pericoli per la vita, la libertà, il corpo e la proprietà. L'inclusione di "proprietà" in questo elenco non ha posto alcun problema *in the*

case of justifying necessity. Sebbene il diritto di proprietà avrebbe teoricamente minore peso rispetto agli altri menzionati, il requisito di proporzionalità assicurerà che la *defese* sarà riconosciuto in tal caso solo rispetto ad un atto che provochi una lesione ancora minore. Ma la *excusing necessity* si basa su "the severe pressure in which the defendant acted, which makes it unfair and unnecessary to punish him in the circumstances. It may fairly be questioned whether the danger of injury to property exerts such extreme pressure as should excuse the actor⁸⁰".

B) Un'altra questione che si pone è come questo trattamento unitario dei due tipi di necessità determina l'espansione della *defence of necessity* tale da includere la prevenzione degli incidenti a tutte le persone. Ancora una volta, questa estensione non solleva alcun tipo di problema nel caso di *justifying necessity*. "When the otherwise criminal act is justified, because it prevents harm to a significantly superior interest, it makes good sense to allow the act regardless of whose interest is protected". La giustificazione è una questione oggettiva esterna, indipendente dalle persone; ancora, la *excusing necessity* si basa su "the extreme pressures brought to bear on the actor".

La relazione tra il soggetto agente e la persona che era in pericolo sarà spesso rilevante per valutare la natura della pressione sotto la quale ha agito così come oggetto di valutazione sarà la sua forza, che a sua volta influenzerà il giudizio finale. Parte della dottrina tende quindi a caricare di grande importanza il requisito della ragionevolezza in merito all'atto proprio per questo motivo⁸¹.

Non si dimentichi però come uno stesso elemento costitutivo, quale quello della ragionevolezza dell'atto, venga

La "ragionevolezza" dell'atto

poi applicato a tutte e tre le *defenses* - *self-defense*, *justifying necessity* and *excusing necessity* - allo stesso modo. Sembra che la nuova legge abbia determinato molti pochi cambiamenti al riguardo. Ancora una volta, come nella vecchia legge, un

⁸⁰ *ibidem* p. 200

⁸¹ Section 22B.

unico termine deve essere interpretato in modo diverso, applicando criteri differenti, in ciascuna delle tre situazioni distinte.

Come già accennato, un'importante limitazione alla portata della *defence of necessity* è che essa non si applica "if the act caused the death of a person". Questa limitazione è stata aggiunta alla legge all'ultimo momento prima della sua entrata in vigore.

Il motivo fondamentale in questo caso rispecchia pienamente la tematica religioso - filosofica atta a riflettere il principio della legge ebraica secondo cui non si può prendere la vita di una persona per salvare quella di un altro, se non in caso di legittima difesa.

Questo non è, chiaramente, il luogo per esaminare la questione di come esattamente questa disposizione rispecchi, in fin dei conti, la antica legge ebraica, ma si può certamente dire che ne semplifica considerevolmente i problemi.

Il nostro obiettivo è piuttosto quello di valutare le conseguenze di tale disposizione per la legge israeliana secolare. Abbiamo già notato che, a seguito di tale disposizione, nel caso di un omicidio, diventa molto importante per determinare se l'atto è disciplinato dalle disposizioni di *self-defense* (section 22A) o di *necessity* (section 22B).

Abbiamo già detto che la legge israeliana non ha mai sviluppato le costruzioni teoriche di base che consentano di definire con chiarezza le differenze tra queste due *defences*. Inoltre, dal momento che la sezione 22A non fa distinzione tra *necessity that excuses and justifying necessity*, la negazione della *defense of necessity* in caso di morte si applica ugualmente ad entrambi i tipi di necessità.

Parte della dottrina vorrebbe quantomeno stabilire una distinzione

di base che consenta l'utilizzo della *excusing necessity* come *defence*

Excuse o Justification?

in caso di omicidio negandone chiaramente la stessa capacità in caso di *justifying necessity*.

Potrebbe essere replicato che la negazione della *excusing necessity* come una difesa per l'omicidio è coerente con la negazione sempre impostata dalla legge israeliana dell'utilizzo della *defense of duress* in caso di omicidio. Molti sostengono che proprio questa equiparazione in termini di negazione nell'utilizzo

delle *defences* in caso di omicidio dovrebbe essere rivista, consentendo un'apertura ad entrambe le *defences* in merito al reato in questione.

Inoltre, l'eccezione in *the case of necessity* è molto più ampio rispetto a *the case of duress*: nel primo caso infatti si parla di "any act which causes death", nel secondo solamente di *murder*.

Ci si può anche chiedere se tali limitazioni fossero davvero necessarie.

Per la maggior parte delle situazioni, il requisito di proporzionalità avrebbe sufficientemente negato la *defence of necessity* di un soggetto che uccide un altro. Solo in pochissimi e rarissimi casi si sarebbe potuto sostenere che uccidere una persona non fosse alla fine un atto sproporzionato al danno prevenuto. Questo il motivo per cui, valutata l'estrema rarità del possibile verificarsi di eventi di questo tipo, si potrebbe sicuramente ammettere che la *necessity* potesse costituire valida *defence* anche se si trattasse eventualmente di un atto da cui scaturisce la morte⁸².

Infine, si deve anche notare che questa limitazione sulla difesa di necessità si applica tutte le volte in cui l'atto provoca la morte di una persona, senza riguardo alla *mens rea* dell'attore. Così, uno che commette un reato, al fine di salvare la vita di qualcun altro, o la vita di molte persone, e riesce nel suo sforzo, ma nel corso di questo agire determina accidentalmente la morte di qualcuno, sarà impossibilitato a ricorrere alla *defence of necessity*, anche se non è stato negligente nel causare la morte di un'altra persona. Motivo per cui egli risulterà innocente dall'accusa di omicidio in tutti i gradi, perché ha causato la morte senza colpa, ma sarà comunque colpevole di qualsiasi reato eventualmente avesse commesso contro la proprietà nel corso di questo salvataggio di vite, perché il suo atto ha causato la morte di una persona.

A tal proposito:

⁸² ENKER, *op. cit.*, p. 342: "One such case arose recently in the United States. Twins were born joined together at the chest with one heart. There was no chance that both could survive. Surgery. enabled the physical separation of the twins and reconstruction of the heart so that one might be saved. The other died immediately after the surgery was performed. No one has suggested that the surgeon who performed the operation, or the parents who permitted it, might be guilty of murder. Indeed, such surgery has been permitted according to Jewish law as well".

"this limitation on the defense of necessity is stricter than the exception in the case of duress, which by its terms applies to murder alone. The limitation overshoots its mark by far and is an example of legal "overkill"⁸³".

Un'importante innovazione introdotta dalla legge del 1992 è la disposizione che consente la discrezionalità nei giudici per i giudizi circa situazioni di questo genere, nonostante qualche altra disposizione di legge fissi comunque una pena minima per il reato commesso. Sezione 22C della legge penale prevede che se una persona commette un reato che comporta una pena obbligatoria, in circostanze di autodifesa o per necessità, pur non potendo godere del beneficio di queste difese perché non ha rispettato tutte le loro condizioni, potrà essere soggetto al giudizio del giudice che può imporre una pena che sia inferiore alla pena obbligatoria altrimenti richiesta dalla legge. L'importanza di tale disposizione si rivela proprio nel caso di omicidio per il quale è previsto altrimenti l'ergastolo.

In primo luogo si deve rilevare che tale disposizione che consente una sorta di "clemenza di necessità" nella sentenza non si applica ai casi di *duress*. La ragione di questo risultato non è di natura dogmatica, quanto invece prettamente pratica avendo agito modificando la legge, in tempi e modi diversi senza un unico progetto originario: per cui si è preoccupato di emendare "the law governing self-defense and necessity but not the law governing duress".

Il risultato, quindi, è che le disposizioni obbligatorie continuano ad applicarsi in quest'ultimo caso. *Duress* non è una *defence* per l'omicidio, né può incidere sul concreto reato pienamente né può determinarne una riduzione a *manslaughter* rendendo il giudice obbligatoriamente tenuto all'applicazione della pena completa.

Ancora una volta, il carattere frammentario della legge di modifica del 1992 ha creato un'incoerenza nella stessa applicazione della legge che regola queste situazioni. Due esempi saranno sufficienti.

⁸³ *Ibidem*.

1) Nel caso di *self - defence*, la sezione 22C (1) *releases the court from the constraints of a mandatory punishment* se l'attore ha agito in base alle condizioni di cui al paragrafo 22, ma ha superato i limiti della ragionevolezza. Abbiamo già visto che le disposizioni sulla *self - defence* non contengono alcun obbligo esplicito circa il requisito dell'immediatezza, ma che una tale condizione può essere dedotta da una delle due fonti:

a) il requisito che *the defender's act "repel" an unlawful assault*, contenuta nella sezione 22;

b) l'esigenza di *ragionevolezza*, contenuta nella sezione 22B.

Sembrerebbe, quindi, che se a colui che uccide un altro è negata la *defence of self - defence* per il mancato rispetto del requisito della immediatezza, la questione se il giudice lo dovrà o meno condannare al carcere a vita o potrà imporre una pena minore dipenderà se la corte troverà la fonte del requisito di immediatezza nella casella 22 stessa o nella sezione 22B.

2) Una incongruenza simile si pone rispetto alla necessità.

Sezione 22C (2) permette l'emanazione della sentenza più mite se l'attore agisce in base alle condizioni di cui alla Sezione 22A ma egli, nel suo agire, non riesce a rispettare le condizioni di necessità, perché il danno che ha causato è stato sproporzionato rispetto a quello che egli ha cercato di prevenire o perché il suo atto è stato irragionevole.

Ora, supponiamo invece che egli agisca rispettando pienamente tutte le condizioni previste dalla *necessity* ma nel proprio agire determina la morte della persona: gli verrà dunque negata la *defence of necessity*? Sappiamo bene che sicuramente questa costituisce una condizione imprescindibile dell'esercizio della *defence of necessity* ma, tuttavia, ciò non è mai menzionato nella sezione 22C (2).

Indubbiamente, questo avviene perché il limite in termini di causare la morte è stato aggiunto alla legge all'ultimo momento di un intervento legislativo.

"Perhaps the courts will interpret the law to say that causing death is but a specific statutorily fixed case of disproportionality or of unreasonableness or, indeed, of both together".

3.5 Riforma del 1993. - Con la riforma sopraggiunta nel 1993, si può dire che la nuova proposta di legge pulisce gran parte del pasticcio d'irrazionalità e di incoerenza che abbiamo fino ad ora sottolineato ma non contribuisce ad offrire ulteriori chiarimenti sul piano della teoria giuridica in relazione alla distinzione tra le varie difese in esame.

La nuova legge ignora la problematica circa la necessità di chiarire con maggiore certezza la distinzione tra scuse e giustificazioni, sia all'interno delle stesse disposizioni di legge sia circa la base concettuale stessa a molti principi giuridici. Il prezzo pagato per questa volontà di evitare di affrontare con chiarezza le tematiche più problematiche a livello dogmatico sulle questioni teoriche è l'estrema genericità delle sentenze della gran parte dei tribunali locali con la tendenza a voler risolvere caso per caso il sopraggiungere dei vari problemi senza una idea generale che aiuti a comprendere lo spirito sottostante del principio.

La riforma del 1993

Non a caso, la nuova legge continua a privilegiare il modello preesistente circa la distinzione "casistica" tra *defenses of self-defense, duress and necessity*.

A) *Self - defence* differisce da questi ultimi due in quanto si tratta di un atto "done to repel an unlawful assault⁸⁴".

B) La *Duress* invece "deals with submission to a demand made under threat of harm⁸⁵".

C) *Necessity* "involves an act undertaken in order to prevent injury threatened by circumstances⁸⁶".

⁸⁴ Section 46.

⁸⁵ Section 48.

⁸⁶ Section 47.

Tutte e tre offrono una difesa quando l'attore agisce per proteggersi così come quando agisce per proteggere un'altra persona. Tutte e tre richiedono che l'atto sia ragionevole e razionalizzato sulla base delle circostanze⁸⁷.

Sulla proporzionalità si specifica che:

"none of the proposed defenses requires that the act be proportionate to the harm sought to be prevented. Presumably, the question whether to impose such a requirement at all, and any differential application of this requirement in the different settings, is a matter for the courts to decide within the confines of the requirement that the act be reasonable⁸⁸".

Come già abbiamo detto, come in passato, la nuova legge tace per quanto riguarda la distinzione tra scuse e giustificazioni. Presumibilmente, ancora una volta, la questione se riconoscere una tale distinzione è lasciata ai tribunali. Il problema della distinzione non è solo di carattere terminologico o dogmatico ma costituisce un problema strutturale nel momento in cui si tratta di affrontare in modo diverso il requisito della ragionevolezza.

La grande novità è dettata dal fatto che non si fa riferimento ad alcun reato in termini di eccezioni alla corretta applicabilità delle *defences* in questione.

In altre parole, tutti si applicano ormai anche all'omicidio, così come a qualsiasi altro reato, soggetto solo alla condizione che l'atto sia ragionevole compatibilmente alle circostanze.

Sulla questione però la dottrina specificamente ribatte ricordando come:

"All in all, the courts are free to hold that any particular act, including a killing, was warranted in the circumstances, that *it was not justified but may be excused*, or that it was both unjustified and unexcused because it was unreasonable in the circumstances. But there is nothing in the law to

⁸⁷ Section 52.

⁸⁸ ENKER, *op. cit.*, p. 203

suggest that they should adopt these distinctions and, if they do, how they should apply them⁸⁹".

Il problema resta sempre quello: non aver chiarito la distinzione tra *excuse* e *justification* determina immensi problemi in termini di applicabilità corretta ed eguale delle norme.

Analizzando i progetti previ all'emanazione della legge di riforma del 1993, si è notato come non fossero affatto mancate delle idee che avrebbero indubbiamente meglio chiarito alcuni temi estremamente problematici della materia, a cominciare dal problema della ragionevolezza, passando a quello della fumosa e quindi problematica distinzione tra *excuse* e *justification*⁹⁰.

Il rifiuto di questa proposta alternativa e l'adozione dello schema meno definito con precisione esprime una preferenza nella legislazione israeliana per un'ampia delega di poteri ai tribunali, anche se, nel caso di specie, si può ragionevolmente pensare che sarebbe stato meglio, senza intaccare la discrezionalità del potere giudiziario, definire semplicemente con maggiore chiarezza i principi all'interno dei quali lo stesso sistema avrebbe potuto muoversi meglio.

⁸⁹ ENKER, *op. cit.*, p. 203

⁹⁰ ROXIN C., *The dogmatic structure of criminal liability in the general part of the draft Israeli penal code - a comparison with german law in Is. L. R.*, Vol. 30, n. 1 - 2, 1996, p. 64: "The Israeli draft does, however, distinguish between general necessity and necessity resulting from duress, but the differentiation between justifiable and excusable necessity, so clearly drawn in §§ 34 and 35 of the StGB, is not found here. Therefore, it is not clear whether someone who did not participate in bringing about the situation of necessity but who is affected by the act of necessity has the right to act in self-defence. It appears reasonable to deny the affected person the right to act in self-defence if someone has seized the person's property (e.g. a car) in order to save his own life. However, the right to act in self-defence must be granted if the person acting in necessity has endangered the affected person's life or limb.

It is only when there is a clear distinction between justification and excuse that such decisions can be made and the scope of acts of necessity that are exempt from liability determined. If one recognized a justification when the interest protected by the person acting in necessity significantly outweighs the interest which he harms, as does § 34 StGB, the intrusive action can be undertaken on behalf of any person and any legal interest whatsoever. However, if the actor has no significantly important interest on his side, the rescue of only those legal interests that are especially highly valued (life, limb, liberty) should be exculpated, and even then only when the actor himself or persons especially close to him are endangered. This situation is so regulated in § 35 of the German Criminal Code, I am therefore of the opinion that distinguishing between justifiable and excusable necessity makes possible proper differentiations whose importance should be reconsidered by the Israeli legislature".

Nel dicembre 1993 la Knesset ha promulgato *Emendamento n ° 39* per *Emendamento n ° 39* il diritto penale, in sostituzione di parte generale del diritto lungo le linee del progetto di legge descritto nella parte sopra.

Abbiamo già parlato della grande riforma che ha espunto il *murder* dall'applicabilità corretta della *duress*, e questo rappresenta un pesante taglio con la tradizione britannica a *common law*.

Va aggiunto che la sezione 34J della legge - *self - defence* - e la sezione 34K - *necessity* - espressamente richiedono che gli atti **Formulazioni definitive** siano "immediatamente necessari" e che il danno che si è con il proprio atto impedito debba essere "tangibile". Con l'eliminazione del limite di omicidio, si ritiene che tali requisiti dovrebbero limitare la difesa di necessità a situazioni di emergenza vera.

Ecco le norme a seguito delle modifiche riportate:

Self-Defense

34J. A person shall not be criminally liable for an act that was immediately necessary in order to repel an unlawful assault involving a tangible danger of injury to his life, his freedom, his body or his property, or that of another; provided, however, that a person does not act in self-defense if he brought about the attack by his own improper behavior, foreseeing that matters might so develop.

לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שהיה דרוש באופן מיידי כדי להדוף תקיפה שלא כדין שנשקפה ממנה סכנה מוחשית של פגיעה בחייו, בחירותו, בגופו או ברכושו, שלו או של זולתו; ואולם, אין אדם פועל תוך הגנה עצמית מקום שהביא בהתנהגותו הפסולה לתקיפה תוך שהוא צופה מראש את אפשרות התפתחות הדברים.

Necessity - 34K. A person shall not be criminally liable for an act that was **immediately necessary** to save his life, his freedom, his body or his property, or that of another, from a **tangible** danger of severe injury that derives from a given set of circumstances at the time of the act, and he had no other way but to do it.

לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שהיה דרוש באופן מיידי להצלת חייו, חירותו, גופו או רכושו, שלו או של זולתו, מסכנה מוחשית של פגיעה חמורה הנובעת ממצב דברים נתון בשעת המעשה, ולא היתה לו דרך אחרת אלא לעשותו.

Duress - 34L. A person shall not be criminally liable for an act that he was commanded to do under threat involving a **tangible** danger of severe injury to his life, his freedom, his body or his property, or that of another, in consequence of which he was coerced to do the act.

לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שנצטווה לעשותו תוך איום שנשקפה ממנו סכנה מוחשית של פגיעה חמורה בחייו, בחירותו, בגופו או ברכושו, שלו או של זולתו, ושאונוס היה לעשותו עקב כך.

Placing Oneself in the Situation by an Improper Act - 34M. (a)
The provisions of sections ... 34J and 34K do not apply if the actor was aware, or an ordinary person in his situation could have been aware in the circumstances, before the creation of the condition in which he did his act, that he might do it in such condition, and he placed himself in that condition by his improper and controlled behavior; provided that the act done in the conditions set forth in sections 34K and 34L did not concern the saving of a third person's interest.

Exceeding the Reasonable - 34P. The provisions of sections 34J, 34K and 34L do not apply if the act was not **reasonable in the circumstances** for the purpose of preventing the injury."

CAPITOLO IV

**FATTORI CHE ESCLUDONO IL REATO
O CHE NE DEGRADANO IL TITOLO**

SEZIONE III

IGNORANCE AND MISTAKE

SEZIONE III

IGNORANCE AND MISTAKE

SEZIONE III - **4. Ignorance and mistake:** Analisi degli Istituti. - 4.1 Ignorance of Law as a Defence - Considerazioni generali. - 4.2 *segue:* Analisi legislativa. - 4.3 Mistake of fact. - 4.4 Mistake of law. - 4.4.1 *segue:* la "Israel Law" prima del "the New Code". - 4.4.2 *segue:* La rivoluzione dopo la riforma.

4. Ignorance and mistake: Analisi degli Istituti. - L'argomento che veniamo ora ad affrontare rivela, senza neanche eccessiva difficoltà, quanto in realtà la dogmatica penale israeliana, a causa della sua recente formazione e sviluppo, sia continuamente in evoluzione e in cerca di stabilità in merito a tutti quei principi strutturali sostanziali che costituiscono le colonne su cui si struttura la Parte Generale del diritto penale.

Ignorance and mistake:
Analisi degli Istituti

In generale, la definizione del *mental element in crime* non contempla di certo tutto quell'approfondimento giuridico che necessiterebbe, lasciando fuori aspetti assolutamente fondamentali e trattando solo quelli frutto di una analisi

politologica attuativa che possono apparire più utili e praticabili secondo le esigenze sociali. Per esempio, in generale,

"no notice is taken of the motive or of the intensity of passion, or whether the mental element was spontaneous or premeditated"⁹¹.

Nella scelta di quali parti del processo psicologico dovrebbero costituire parte della definizione del *mental element*, molte considerazioni entrano in gioco: uno di questi elementi costitutivi che dovrebbe essere ampiamente studiato e analizzato e che invece risulta essere completamente e gravemente ignorato nella definizione dell'elemento mentale è la "*knowledge of the existence and scope of the criminal norm*", e "*the existence and scope of "defences"*" (come venivano chiamate nella vecchia *Penal Law, 1977*) o delle "*limitations to penal liability*" come sono invece ora chiamate nella nuova *Preliminary Part and General Part of Penal Law* (da noi per comodità chiamate *the New Code*).

Mental element

Tre diverse spiegazioni sono di solito offerte circa la regola per la quale l'accusa non è tenuta a dimostrare l'esistenza della conoscenza della norma penale:

1) La prima è di natura pragmatica: è certamente più difficile dimostrare la conoscenza delle norme che la conoscenza dei fatti. Pertanto, costituirebbe motivo di grande rallentamento nell'ottica processuale il dover dimostrare tale conoscenza.

A mio parere, questa spiegazione non è giustificata neanche minimamente dall'esperienza giudiziaria.

Inoltre, ci sono norme giuridiche non direttamente connesse alla norma penale che vengono trattate come fatti, e nessuno ha mai sostenuto che questo abbia mai causato alcun speciale problema probatorio.

2) Secondo il secondo punto, ogni persona che vive in una certa comunità si presume che abbia la capacità di conoscere e, in molti casi semplicemente e

⁹¹ Cfr. *Naim Beno v. A.G.* (1967) 21(i) P.D. 561: " There are exceptions as in premeditated murder, but at least in Israel the court decisions tend to "sterilize" premeditation of any real meaning".

concretamente ne è a conoscenza, di ciò che è permesso e ciò che è vietato dalla legge penale. Pertanto, vige una generale presunzione di ampia conoscenza circa il contenuto delle norme penali. Questa presunzione è *unrebuttable*⁹². Questo punto si fonda sulla cosiddetta regola della capacità penale⁹³ costruita sulla base della teoria dell'irresistibile impulso⁹⁴ di *MacNaughten*.

Come è ben noto, uno degli elementi alternativi del test di *MacNaughten* è che una persona che soffre di una malattia mentale non avrà la responsabilità penale per una condotta che egli non sapeva essere vietata. Questo elemento del test può indirettamente indicare che il legislatore ha assunto che la conoscenza del diritto penale è un fattore rilevante per la responsabilità. Questa spiegazione è anche coerente con una delle versioni del progetto del Codice⁹⁵ in relazione alla *defence of "justification"* che si occupa, tra l'altro, dei reati commessi nell'obbedire agli ordini superiori. Il progetto del nuovo codice prevedeva due versioni del medesimo argomento sulla base di due diverse teorie⁹⁶.

La prima versione (versione A), che alla fine è stata adottata per il nuovo codice, si basava sul presupposto che un soldato destinato a obbedire agli ordini è sottoposto ad un certo tipo di costrizione. Pertanto, se questi era consapevole dell'illegittimità dell'atto che gli veniva ordinato di commettere, egli sarebbe stato esente da rimprovero penale, fintanto che l'illegittimità dell'atto non era evidente e chiara a qualsiasi persona normale - ordinaria. In tal caso, il dovere del soldato sarebbe stato quello di resistere alla costrizione che imponeva l'ordine.

La seconda versione (versione B), che non è stata adottata dal nuovo codice, presupponeva che un ordine superiore illegale in realtà non faceva altro che provocare un errore su ciò che è consentito o vietato dalla legge penale. In altre parole, un soldato che è comunque di base in grado di distinguere tra ciò che è

⁹² Viene definita *rebuttable* in *common law* la *presuntio iuris tantum* con tutte le annessioni probatorie di sorta: "*Rebuttable presumptions in criminal law are somewhat controversial in that they do effectively reverse the presumption of innocence in some cases. For example, in the United Kingdom, Section 75 of the Sexual Offences Act 2003 makes several rebuttable presumptions about mens rea and consent to sexual activity*".

⁹³ Cfr. "*insanity defence*" (Sec. 19 of the Penal Law 1977 and Sec. 34 H of the New Code.)

⁹⁴ *Mandelbrot v. A.G.* (1956) 10P.D.281, ora sec. 34H (2) di the New Code.

⁹⁵ Cfr. the Penal (Preliminary Part and General Part) Bill 1992 (H. H. No. 2098, p. 115) sec. 49, su questo problema, p. 5.

⁹⁶ Sec. 49 del the Draft Code.

giusto e ciò che è sbagliato subirebbe una sorta di confusione morale causata da ordine *illegal*. Perciò, dove si fosse dimostrato che l'imputato, infatti, avesse preso contezza del fatto che l'ordine impartitogli fosse *unlawful* (anche se non manifestamente), egli non sarebbe stato in grado di beneficiare di questa difesa, perché non era incorso in nessun tipo di errore.

Secondo la dottrina del tempo, questa seconda teoria relativa alla "justification" era coerente con la posizione l'elemento "conoscenza della legge" dovrebbe avere come fattore rilevante nell'analisi del *mental element*, anche se *the prosecution is not required to prove*.

3) In contrasto con le spiegazioni di cui sopra della norma per cui non spetterebbe all'accusa dimostrare la conoscenza della norma penale c'è una terza teoria (normalmente nota come *the objective explanation*) che nega anche una minima importanza circa tutte le questioni e le problematiche sulla conoscenza della norma penale. Secondo la "spiegazione oggettiva", la *Penal Law* rappresenta un *objective Code of Ethics* che devo in tutte le condizioni e situazioni prevalere senza alcun dubbio sulle "the subjective beliefs of the individual defendant as to the contents of the criminal law⁹⁷".

4.1 Ignorance of Law as a Defence - Considerazioni generali. - Parte della dottrina penale israeliana, per dimostrare la teoria per cui la conoscenza della norma penale non costituisce parte della definizione del *mental element*, ricorre ad esempi strutturati sulla base dei reati "*mala in sé*" (come l'omicidio, lo stupro o il furto) che sono noti a tutti come l'incarnazione di forme di comportamento che violano gli accettati valori morali. La difficoltà indubbiamente sorge facendo le stesse considerazioni utilizzando invece come esempi la grande quantità di reati "*mala prohibita*", che riguardano tipologie sociali a più ampio raggio ed estremamente più attuali come l'economia, la salute, la sicurezza sul lavoro e sui mezzi di trasporto, ecc. Tali regolarizzazioni, e di

*Ignorance of Law
as a Defence*

⁹⁷ J. Hall, *General Principles of Criminal Law* (2nd ed., 1960) 383.

conseguenza anche tali reati relativi, sono soggetti ad un costante processo di cambiamento, un processo molto difficile da seguire a causa della scarsa pubblicità (generalmente pubblicizzato solo sulla Gazzetta Ufficiale). A ciò si può aggiungere che la Corte Suprema Israeliana ha eliminato la regola tradizionale che richiedeva un'interpretazione *strictly* delle norme penali in favore di "*a more relaxed attitude which seeks to find the aim and purpose of legislation*"⁹⁸. Un simile atteggiamento rende più difficile per una persona comune (o anche per uno con una certa formazione giuridica) rendersi edotto adeguatamente e in anticipo circa l'eventuale e multiforme estensione del diritto penale nei vari ambiti considerati e poco prima citati.

Questa interpretazione è stata, almeno parzialmente, adottata dal nuovo codice in cui si afferma, tra l'altro, che una norma penale dovrebbe essere ragionevolmente interpretata *according to its aim*:

Section 34U "If a Law is capable of being reasonably interpreted in various forms *according to its aim* the matter will be decided according to the interpretation most favourable to the person who may be liable according to such law".

ניתן דין לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו, יוכרע הענין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין.

La grande espansione del campo di applicazione del diritto penale, come descritto sopra, ha sollevato la necessità "to find means to exculpate defendants inadvertent that they were committing offences".

Le soluzioni applicate non sono state così radicate dal cambiare la definizione del *mental element*, circa il ruolo attribuito alla conoscenza della legge oltre alla conoscenza *of the factual state of affairs*.

Invece, si è preferito fare affidamento sulle *defenses*.

Teoricamente parlando, la natura e la portata di tali "difese" può

Excuse o justification?

⁹⁸ *Mizrahi v. State of Israel* (1981) 35(iv) P.D. 421.

variare a seconda del comportamento adottato per quanto riguarda la giustificazione della regola che la conoscenza del diritto penale non è un elemento costituente della *mens rea*.

Se si adotta la "spiegazione obiettiva", per i motivi di cui sopra, si tenderà a considerare la *defense of ignorance of law* come solo una *personal excuse* e non come una *justification*, in modo da non "mettere in pericolo" la validità del *objective societal code of ethics*.

Se, d'altra parte, tale *defense* è considerata come un mezzo per invertire la presunzione per cui ogni persona è tenuta a conoscere il contenuto della legge penale, questa potrebbe essere classificata come *justification* perché annulla un elemento del reato (anche se è un elemento nascosto).

Se uno si aggrappa alla spiegazione oggettiva poi la *defense of ignorance of law* può in linea di principio applicarsi:

"also to offences lacking an element of *mens rea*, while if such a defence is only regarded as a means to rebut the presumption of knowledge of law, its natural scope of application would be only offences of *mens rea*⁹⁹".

4.2 segue: Analisi legislativa. - Il tema in oggetto, come abbiamo avuto modo di comprendere non è di chiara comprensione e, tutt'ora desta notevoli problematiche a chi voglia, con una certa precisione, cercare di individuare dei chiari principi strutturali sul tema.

Si parta dal generale presupposto per cui anche analizzando la fonte primaria del diritto israeliano e, cioè, la tradizione britannica a *common law* non è estremamente facile dedurre un pensiero chiaro sull'argomento.

Ignorantia facti excusat, ignorantia juris non excusat

Questa dottrina di origine chiaramente romana per un certo

Legislazione e dottrina

⁹⁹ BEIN D., *Mistake of law*, I. L. R., Vol. 30, 1996, n. 1

periodo era applicata solo alle controversie di carattere civile. Le prime fonti in cui tale problematica giuridica apparve per la prima volta fu considerata nel *Hilary Term*, 1231. Fu, tuttavia, solo nel 16th secolo che la dottrina dell'*Ignorance*¹⁰⁰ venne applicata non solo ai casi di diritto civile ma anche alle problematiche criminali. In *Painter v. Manster* (1584) 2 Co. Rep. 3, Lord Coke espresse quanto segue:

That ignorance, or want of knowledge of the law, is no excuse, is a maxim of the law, as it was of the Roman (F. f. 22.6.9); for every one is bound and presumed to know what the law of the realm is, Plowd, 343. ... But ignorance of fact is sometimes an excuse; as if a person buy a horse or other thing, in open market, whitout knowing that the seller had no property therein, he has good title, and the ignorance shall excuse him, Doct. and Stud. 309 ... So ignorance of fact is an excuse in criminal case; where a man intending to do a lawful act does that which is unlawful: for here the deed and the will acting separately, there is not that conjunction between them which is necessary to form a criminal act; as if a man intending to kill a thief or housebreaker in his own hoieuse, by mistake kills one of his own family, this is no criminal action, Cro. Car. 558: but if

¹⁰⁰ Cfr. HALL J, *Ignorance and Mistake in Criminal Law*, in *Indiana Law Journal*, vol. 33, I. 1, 1957: "Of the various sources of difficulty encountered in analysis of ignorantia juris, the most serious one concerns the meaning of "ignorantia." Since that term suggests a negative condition, i.e., the absence of "knowledge," analysis of this problem must deal with the latter term. It may be inferred from the distinctions drawn above between fact and law, that perception is a primitive form of knowledge, and that knowledge of law, the cognition of legal propositions, is much more complex. More important is that perception of facts is relatively certain; given external objects, all normal persons who perceive them under "adequate" conditions arrive at uniform judgments, and errors are attributed to excitement, negligence, poor conditions of observation, intoxication, and the like. But with reference to knowledge of law, there can never be such certainty as that. Although it is true that one is sometimes just as certain that a particular situation is within a rule as he is that he sees an external object, much more is required to determine the meaning of the rule. To do that one must take account of the vagueness of legal rules at their periphery, the unavoidable attribute of all propositions that refer to facts. Hence, no one can say with certainty that a rule of law means precisely thus and so. These differences regarding knowledge of law and knowledge of fact indicate that ignorantia facti is an apt expression because "mistake" implies the possibility of certitude but that ignorantia juris is not apt. In any case, whatever view of the two kinds of knowledge or ignorantia is preferred, the relatively much greater difficulty of knowing the law suggests that the two doctrines may implement very different policies. This preliminary insight into the nature of legal knowledge provides a perspective from which to gauge the significance of various theories of ignorantia juris".

a man, thinking he has a right to kill a person excommunicated or outlawed whenever he meets him, were to do so, it would be murder, as proceedings from a criminal ignorance of the law, 4 B1. Com. 27. But ignorance of a fact, with full means of ascertaining it, is no defence, *Doe ex dem. Martin v. Watts*, 7 T. R. 83; and see *Field v. Serres*, 1 N. R. 121

Successivamente, nella seconda parte del 18th secolo, Blackstone intervenendo sempre sulla medesima dottrina nel contesto del *criminal law* asserì quanto segue:

V. Fifthly, *ignorance or mistake* is another defect of will; when a man, intending to do a lawful act, does that which is unlawful. For here the deed and the will acting separately, there is not that conjunction between them, which is necessary to form a criminal act. But this must be an ignorance or mistake of fact, and not an error in point of law. As if a man intending to kill a thief or housebreaker in his own house, "under circumstances which would justify that act", by mistake kills one of his own family, this is no criminal action; but if a man thinks he has a right to kill a person excommunicated or outlawed, wherever he meets him, and does so, this is wilful murder. For a mistake in point of law, which every person of discretion not only may, but is bound and presumed to know, is in criminal cases no sort of defence. *Ignorantia juris, quod quisque tenetur scire, neminem excusat*, is as well the maxim of our own law, as it was of the Roman¹⁰¹.

Si noti come in queste prime formulazioni della dottrina non si richiedeva che l'error fosse *reasonable*, tema che invece divenne costitutivo con le principali pronunce di fine ottocento.

¹⁰¹ BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England* (Vol. 4), p. 25

Prima di approfondire con maggiore dovizia la problematica dell'errore di fatto, si ricordi come anche presso la dottrina di *common law*, *ignorantia* e *mistake* vengano percepiti come due differenti concetti giuridici.

Ignorance resta una mera e assoluta assenza di ogni tipo di conoscenza circa l'argomento mentre per *mistake* intendiamo un "positive but incorrect belief about some fact"¹⁰².

Questa importante differenza si riflette pienamente nelle parole di G. Williams, *Criminal law*:

Now mistake is a kind of ignorance. Every mistake involves ignorance but not *viceversa*. Ignorance is lack of true knowledge, either because the mind is a complete blank or because it is filled with untrue (mistaken) knowledge on a particular subject. The first variety, lack of knowledge without mistake of knowledge, may be called simple ignorance. The second variety, lack of true knowledge coupled with mistaken knowledge, is mistake. Ignorance is the genus of which simple ignorance and mistake are the species.

Simple ignorance is where the mind is a blank on the subject. Mistake is where it is filled with false information¹⁰³.

La cosa che a noi giuristi continentali interessa è che, nonostante la dottrina abbia ampia contezza della effettiva differenza sostanziale tra i due istituti, i due termini vengono utilizzati spesso come fossero la stessa cosa perchè, si dice, gli effetti prodotti sarebbero comunque identici: in entrambi i casi, infatti, l'accusato non era a conoscenza della reale situazione dei fatti. C. Howard suggerisce come, in fin dei conti, la mera differenza stia solo nella considerazione dei livelli di conoscenza e che, effettivamente, la *defence* che noi conosciamo è rubricata come *defence of mistake of fact* e non come *defence of ignorance of fact*¹⁰⁴.

¹⁰² HOWARD, *Criminal Law*, (2nd ed.), p. 376

¹⁰³ WILLIAMS, *Criminal Law, The General Part* (2nd ed.) (1961), pp. 151-152

¹⁰⁴ HOWARD, *Criminal Law*, (2nd ed.), p. 378

Si tenga conto che parte di dottrina e di giurisprudenza rifiutano anche la mera distinzione tra i due istituti: in *R. v. Molis* (1980) si rifiuta categoricamente questa distinzione facendo chiaro riferimento anche al dato legislativo dove, in effetti, questa distinzione non rileva.

4.3 Mistake of fact. -

The defence of mistake of fact is often misunderstood. Stated simply, it is a positive formulation of the defence of "*no mens rea*". As pointed out above, it is a fundamental principle of our criminal law, that in the absence of contrary language or implication, an accused cannot be convicted of a crime unless it is proven that he had the necessary *mens rea* or guilty mind. Therefore an accused who acted under a mistake which effectively negated the *mens rea* must be acquitted. Defined, mistake of fact occurs for the purpose of the criminal law, where an accused holds a positive belief in a fact or state of facts which is untrue, but in furtherance of the mistaken belief commits the *actus reus* of an offence. The accused's ignorance of fact will be a defence if it results in an absence of the *mens rea* which is required by the definition of the offence charged.

It will be seen then, that mistake of fact is not a "defence" in the same sense that provocation, self - defence, duress and necessity are defences. These latter defences *justify* or *excuse*, either partially or totally, what would otherwise be criminal conduct. A mistake of fact which negates the *mens rea* renders the committed act innocent and thus there never arises any question of exonerating criminal conduct.

An accused may thus be acquitted, notwithstanding proof of the commission of the prohibited act, because the Crown failed to prove the mental element of the crime. When a mistake of fact defence is raised, the

trier of fact is provided with a *reason why* the accused lacked the necessary *mens rea*¹⁰⁵.

Si deve partire dalla seguente considerazione: secondo la tradizione a *common law* elemento costitutivo per la comprensione di cosa sia "errore di fatto" è la fondamentale sentenza *Morgan* (1976) che costituisce il "Rubicone" valicato il quale la dottrina cercò di indirizzarsi verso una maggiore precisione dogmatica.

**Dottrina e
legislazione
sull'errore di fatto**

Procedendo a piccoli passi, si tenga conto come fino a quel momento trionfasse sovrana la teoria secondo la quale:

"l'onesta e ragionevole convinzione riguardante l'esistenza di circostanze che, se vere, renderebbero innocuo l'atto di cui è accusato l'imputato, è sempre stata ritenuta una valida scusante. Questa dottrina è incorporata nella semplice massima "actus non facit reus, nisi mens sit rea".

Un errore onesto e ragionevole, infatti, è analogo all'assenza della facoltà di ragionare, come nell'infanzia, o alla perversione di quelle facoltà, come nella pazzia. Esempi dell'esistenza di questa dottrina di *common law* sono facilmente reperibili. A quanto ne so, non si è mai insinuato che queste eccezioni non si applichino anche nel caso di reati previsti dalla legge scritta, a meno che non siano escluse in modo espresso o per necessaria implicazione¹⁰⁶.

Si ricordi, per maggiore precisione, come le due pronunce assolutamente fondanti della tradizione britannica a *common law* sul *mistake of fact* fossero la *R. v. Prince* (1875) 13 Cox C.C. 138, "a case of unlawfully taking an unmarried girl under 16 from her father", e *R. v. Tolson* (1889), 23 Q. B. 168, "a case of bigamy".

Fu attraverso questi due casi che sorse l'idea che "*the belief had to be reasonable*":

It is clear that ignorance of the law does not excuse. It seems to me to follow that the maxim as to *mens rea* applies whenever the facts which

¹⁰⁵ WILLIAMS J., *Mistake of Fact* (1985), 63 Can. Bar Rev. 597, pp. 604 - 605

¹⁰⁶ *Tolson* (1889) 23 Q. B. D. 168

are present to the prisoner's mind, and which he has reasonable ground to believe, and does believe to be the facts, would if true, make his act no criminal offence at all. It may be true to say that the meaning of the word "unlawfully" is without justification or excuse. I, of course, agree that if there be a legal justification, there can be no crime; but, I come to the conclusion that a mistake of facts on reasonable grounds, to the extent that, if the facts were as believed, the acts of the prisoner would make him guilty of no criminal offence at all, is an excuse, and that such excuse is implied in every criminal charge and every criminal enactment in England. I agree with Lord Kenyon that "such is our law", and with Cockburn, C.J., that such is the foundation of all criminal procedure¹⁰⁷.

At common law an honest and reasonable belief in the existence of circumstances, which, if true, would make the act for which the prisoner is indicted an innocent act has always been held to be a good defence¹⁰⁸.

E ancora, non manca l'uso della parola *honest* come punto fondamentale della trattazione:

(...) I don't think that a belief, if held at all, can be held otherwise than honestly, but I read that last phrase as a warning to the jury to consider carefully whether the evidence of the defendant's belief was honest¹⁰⁹.

Sulla base di quanto indicato nella sentenza di cui sopra, possiamo ricordare come i requisiti fondanti per individuare l'eventuale esclusione della *mens rea* da parte dell'errore di fatto si sostanziavano in quattro punti: innanzitutto l'errore doveva cadere sugli elementi di fatto della fattispecie; essere tale per cui se la situazione fosse stata effettivamente come la aveva ritenuta il soggetto egli non avrebbe patito alcuna responsabilità penale; essere impregnato di buona fede, quindi *honest*; doveva essere carico del requisito della

**Errore di fatto
e mens rea**

¹⁰⁷ BRETT, J., *dissent opinion*, in *R. v. Prince*, *supra*, p. 156

¹⁰⁸ CAVE, J., in *R. v. Tolson*, *supra*, p. 181

¹⁰⁹ LORD FRASER, *D. P. P. v. Morgan* (1976) A. C. 182, pp. 236 - 237

"ragionevolezza", cioè doveva essere tale per cui qualsiasi uomo *reasonable* avrebbe agito allo stesso modo.

In merito proprio a quest'ultimo requisito, si dice appunto che *reasonableness* "is the ordinary man's standard of care, skill and prudence against which an accused's mental state and conduct can be measured".

A questi quattro requisiti formalmente caratterizzanti l'*error in fact* così come percepito prima del 1976, la sentenza *Morgan* determinò un fondamentale cambiamento attraverso l'espunzione del requisito della ragionevolezza.

Per dire meglio, i giudici ritennero che fosse essenziale solo l'*honest belief*, il pensiero compiuto secondo buona fede.

Ora, fin qui non possiamo che dire che, come sempre avviene, anche questo istituto ha vissuto una normale parabola evolutiva che l'ha portato a vedersi diversificati i requisiti applicativi.

Il problema vero si è scatenato nel momento in cui la precedente linea di pensiero non venne mai formalmente abbandonata per cui iniziò subito a sussistere questa singolare situazione per cui in tema di errore di fatto non era molto chiaro se fosse sufficiente un errore *honest* o fosse necessaria comunque una accertata ragionevolezza.

Una sorta di equilibrio venne individuato grazie al comune principio per cui:

"non si potrà riconoscere un soggetto colpevole di violazione della legge penale se egli non ha una *guilty mind - volontà colpevole*, a meno che una legge scritta non escluda espressamente o per necessaria implicazione la *mens rea* come elemento essenziale del reato¹¹⁰".

Alla luce di quanto detto, circa i requisiti per riconoscere la concreta applicazione della *defence* dell'errore di fatto diciamo che:

1) per tutti i reati in cui è richiesta la *mens rea* l'errore di fatto sugli elementi del reato rileva per il solo fatto di esistere, anche se è colpevole, purché sia *honest* quindi impregnato di buona fede;

¹¹⁰ *Harding v. Price* come indicata da Vinciguerra, *op. cit.*, p. 352

2) per tutti i reati in cui basta la *negligence* l'errore è rilevante solo se, oltre che *honest*, è anche *reasonable*¹¹¹, cioè non originato da colpa la cui assenza è l'esatto opposto della *negligence*.

If an accused under section 202 (now section 219) has an honest and reasonably held belief in the existence of certain facts, it may be a relevant consideration in assessing the reasonableness of his conduct. For example, a welder, who is engaged to work in a confined space believing on the assurance of the owner of the premises that no combustible or explosive material is stored nearby, should be entitled to have his perception, as to the presence or absence of dangerous materials, before the jury on a charge of manslaughter when his welding torch causes an explosion and a consequent death¹¹².

3) "Se la legge richiede *intention* o *recklessness* riguardo a qualche elemento dell'*actus reus*, un errore ragionevole o meno che esclude entrambi questi *states of mind* sarà una scusa. Se la legge richiede solo *negligence* soltanto un errore ragionevole può costituire una *defence*, in quanto un errore irragionevole è, per definizione, un errore che un *reasonable man* non commetterebbe ed è, quindi, determinato da colpa. *Se viene imposta la responsabilità oggettiva, non costituirà scusante nemmeno un errore ragionevole*¹¹³".

¹¹¹ Cfr. HALL J, *Ignorance and Mistake in Criminal Law*, in *Indiana Law Journal*, vol. 33, I. 1, 1957: "An honest mistake of fact is not sufficient. The apprehension of danger must be bona fide and reasonable. "Not the defendant's actual erroneous perception of the facts, but the facts "as they reasonably appeared to him" determine whether he is criminally liable. After the usual instruction to the jury that the "defendant was bound to act as a reasonably cautious and prudent person would," a court specified that "the excitement of the moment" (the deceased had followed the defendant's daughter and other children in a frightening manner) would not modify this rule." So, too, intoxication is irrelevant, and only rarely is there even a hint that a court will permit consideration of serious incapacities, falling short of insanity. Nor is the requirement that the mistake be reasonable confined to the perception of facts. For example, where the defendant, charged with bigamy, mistakenly believed his wife was dead, his opinion was based on information which was acquired and evaluated in various ways. The prevailing restrictive interpretation of the doctrine requires that the whole cognitive process function reasonably."

¹¹² MCINTYRE, *op. cit.*, p. 141

¹¹³ SMITH J. C., HOGAN B., *op. cit.*, p. 188

In poche parole, nei casi di responsabilità oggettiva, l'errore non rileva ovviamente.

Discorso a parte va fatto circa la rilevanza dell'errore sugli elementi delle scriminanti.

Bisogna partire dal generale presupposto assolutamente indigeribile per un giurista italiano secondo il quale sussisterebbero degli elementi del reato ed elementi delle scriminanti. Bisogna comunque anche riconoscere che esiste parte della dottrina che non condivide questa distinzione asserendo per l'appunto che "nessuna regola di diritto penale sostanziale distingue tra elementi essenziali del reato ed elementi giustificativi del reato ... Considerare un reato come esistente a prescindere dai suoi limiti ... non è realistico. La *defence* è un requisito negativo del reato e, perciò, è parte integrante di esso¹¹⁴".

Per chiarire la questione, si dice in giurisprudenza e in dottrina che **se l'errore cade su un *definitional element* del reato** (sarebbe a dire un elemento del reato), l'errore escluderebbe in ogni caso la *mens rea* del soggetto, anche se lo stesso errore fosse determinato da colpa.

Gli esempi che possiamo portare sono questi:

a) nel caso *Williams*, colpevole di *assault* (definito come un atto con il quale il soggetto usa illegittimamente la forza contro qualcuno *intentionally* o *recklessly*) nei confronti di un poliziotto che stava compiendo un arresto e che egli aveva scambiato per un aggressore, fu deciso che "se l'imputato è in errore deve essere giudicato secondo la sua rappresentazione dei fatti¹¹⁵";

b) nel caso *Scarlett*, un buttafuori che, allontanando un ubriaco dal locale, aveva ecceduto nell'uso della forza, provocandone la morte¹¹⁶.

Sulla base di questi esempi possiamo dedurre la regola base per cui l'uso della forza sarebbe legittimo e soprattutto obiettivamente *reasonable* nelle circostanze come l'autore le ha soggettivamente supposte¹¹⁷.

¹¹⁴ WILLIAMS G., *op. cit.*, p. 138

¹¹⁵ *Williams (Gladstone)* (1984) 78 Cr. App. R. 276

¹¹⁶ *Scarlett* (1994) 98 Cr. App. R. 290

¹¹⁷ Cfr. VINCIGUERRA, *op. cit.*, p. 354

Nel caso invece in cui **l'errore dovesse cadere su un elemento della scriminante** che opera direttamente, poichè la gran parte della giurisprudenza condivide l'idea di negare il ruolo di *definitional element* del reato alla stessa, questo non scusa a meno che non sia anche *reasonable* - ragionevole¹¹⁸.

4.4 Mistake of law¹¹⁹. - "Every person is presumed to know the law"¹²⁰, costituisce indubbiamente la linea portante della tradizione penalistica a *common*

¹¹⁸ *Graham* (1982) 74 Cr. App. R. 235

¹¹⁹ Per interessante confronto con il diritto penale tedesco leggi NEUMANN U., *Mistake of Law*, in *30 Isr. L. Rev.* p. 207, 1996: "The relevant section of the Israeli draft concerning "Mistake of Law" reads as follows:

"For the purposes of criminal liability, it is immaterial whether a person, owing to a mistake as to the existence or meaning of a penal enactment, imagines that his act is not prohibited, unless the mistake could not reasonably have been avoided".

The corresponding section of the German Criminal Code (StGB) concerning mistake of law (§ 17) reads as follows: "If the perpetrator, when committing the act, lacks the insight into his wrongdoing, he is not criminally liable if this mistake was unavoidable. In case, this mistake was avoidable, the punishment can be mitigated according to § 49, sec. 1".

The two provisions coincide in as much as criminal liability is excluded in the case of an unavoidable mistake of law. They differ in two respects: 1. As regards the object of the mistake, § 17 StGB vaguely refers to the insight of wrongdoing, whereas Art. 55 of the draft relates the knowledge to the existence of a penal enactment.

2. The avoidable mistake is irrelevant according to the Israeli draft, whereas the second sentence of § 17 allows for the mitigation of punishment. In the following I am going to address these two points from the perspective of the German Criminal Code doctrine after having given a brief outline of the systematic context of § 17 StGB. The German Criminal Code, in its present version juxtaposes two and only two forms of mistake: the mistake of fact (§ 16 StGB) and the mistake of law (§ 17 StGB). This present-day set-up, with its co-existence of mistake of fact and mistake of law flows from a dual normative presupposition on the part of the legislator: on the one hand a mistake of law should not - contrary to the position of the Reichsgericht - be totally irrelevant (a); on the other hand, somebody who acted under the influence of a mistake of law should not be privileged in the same way as somebody who has fallen prey to a mistake of fact (b).

a) As regards the first point, this assumption has practically not been contested any more since the leading decision of the Bundesgerichtshof which acknowledged that the "knowledge of unlawfulness" constitutes a separate element of criminal liability; to some the content of the first sentence of § 17 flows directly from the principle of *nulla poena sine culpa* (Schuldprinzip). It is, however, a matter of debate whether the provision of § 17 StGB pays sufficient tribute to the Schuldprinzip, in particular whether it can be justified to distinguish in their consequences the lack of knowledge concerning the factual side as opposed to the lack of knowledge concerning the unlawfulness. It may well be put into question, why somebody should to a higher degree be held more responsible for his knowledge of existing norms than for his knowledge of facts. For, in the absence of the knowledge of unlawfulness one has just as little reason to refrain from acting as in the case of a mistake of fact. The so-called *Vorsatz* theorie pays tribute to this argument holding that knowledge of unlawfulness forms part of *mens rea* (*Vorsatz*). Consequently, in the case of mistake of law *mens rea* is excluded according to this theory.

b) In stating that a mistake of law will only exclude criminal liability (and not *mens rea*), the StGB sides clearly with the so-called "Schuldtheorie". This theory considers the knowledge of unlawfulness to be an element of criminal liability (*Schuld*) and not of *mens rea*.

law in Israele. Questa frase un po' ad effetto reca in sé una serie di considerazioni irrinunciabili essenziali per la corretta comprensione del tema in oggetto. Così come la tradizione storico - religiosa israeliana ci insegna la legge era l'emanazione della volontà divina per cui era assolutamente impensabile che il popolo non fosse a conoscenza della espressa volontà superiore.

Ciò automaticamente ha determinato la trasmissione dell'idea per cui, chiaramente, l'errore di diritto non può scusare. Il temperamento che la storia giuridica già nel nostro paese con la sentenza 364 del 1988 ha dettato sul tema non sembra essere proprio di questo tipo di ordinamento. Già infatti la tradizione britannica aveva escluso una generica *defense of mistake of law* se non per le norme extra-penali su cui sussiste una certa maggiore morbidezza e flessibilità.

Con la riforma degli ultimi 20 anni si è aperto uno spiraglio che però non ha determinato ampia chiarezza sull'argomento.

4.4.1 segue: la "Israel Law" prima del "the New Code". - La legge penale del 1977, si basa principalmente sulla *Mandatory Criminal Law Ordinance 1936*, che si era evoluto dai principi del diritto comune d'Inghilterra come abbiamo già avuto modo di dire in questa sede. Il codice di cui sopra, prevedeva espressamente che:

***Mistake of law:*
evoluzione storico -
legislativa**

Occasional efforts to interpret the existing law as being in conformity with the *Vorsatz* theorie, could only be successful if the provision of §17 StGB which has consecrated the position of the *Schuld*theorie would be declared unconstitutional, a consequence which the German Federal Constitutional Court has refused to draw. Thus the *Vorsatz*theorie is *de lege lata* in opposition if not with constitutional law as such, but with a statutory enactment which itself is in conformity with the constitution. § 17 StGB describes the mistake of law as the lack of insight into the unlawfulness of the act. Hence, the terms "knowledge of unlawfulness" and "mistake of law" are complementary: the perpetrator only acts in a state of mistake of law if he lacks the knowledge of unlawfulness when committing the act. This means that the positive notion to act lawfully is not required for the assumption of a mistake of law.⁸ Furthermore: the question as to the prerequisites of a mistake of law has to be put and answered in terms of the object of the knowledge of unlawfulness. § 17 StGB does not say what knowledge needs to be present for the insight into the unlawfulness of the act. It does not state expressly whether knowledge of moral wrongfulness, knowledge of social harm, knowledge of formal unlawfulness or even of incrimination is needed. It can therefore not be surprising that the efforts to define the object of the knowledge of unlawfulness are manifold".

¹²⁰ *Weeks v. State*, 24 Ala. App. 198, 199, 132 So. 870, 871 (1931). Cfr. anche *Blumenthal v. United States*, 88 F. (2d) 522, 530 (C. C. A. 8th, 1937); *People v. Cohn*, 358 Ill. 326, 331, 193 N. E. 150, 153 (1934); *Marmont v. State*, 48 Ind. 21, 31 (1874); 4 BL. CoMM. 27.

"Ignorance of the law does not afford excuse for any offence unless knowledge of the law by the offender is expressly declared to be an element of the offence".

Tre osservazioni devono essere fatte riguardo a questa regola:

1) La formulazione è evidentemente abbastanza vaga in modo che venga ad applicarsi non solo "to definitions of offences" ma anche "to rules restricting liability (defences)"

2) Il termine "legge" usato qui è stato definito nel *Interpretation Ordinance*¹²¹ in termini molto ampi, per includere formalmente tutti i tipi di norme giuridiche, sia penali, civili o amministrative, sia contenute nella legislazione primaria (Leggi della Knesset) sia del diritto derivato (Emanate da organi amministrativi o addirittura da autorità locali);

3) Gli estremi di tale norma non hanno materialmente portato ad alcuna concreta attuazione poichè, come detto in dottrina, "not one offence has been enacted which expressly contains an element of knowledge of the law"¹²².

Il diritto penale israeliano ha affrontato la necessità di limitare la dottrina onnicomprensiva di "Ignorantia juris neminem excusat" nei seguenti modi:

a) Il primo e più antico modo fa riferimento alla *Common law defence of "claim of right"*, che si applica solo ai reati contro *property*¹²³. In alcuni di questi reati, come il furto¹²⁴ e reati da esso derivati (ad esempio come rapina¹²⁵), la mancanza di "claim of right" è incluso come elemento del *mental element*. La "claim of right" *exculpates a defendant* che ha commesso un reato relativo alla proprietà se ha agito nella convinzione, anche se errata, dell'esistenza di un

¹²¹ Sec. 1 della "Interpretation Ordinance" (New Version) (1 L.S.I. [N.V.] 5).

¹²² BEIN D., *op. cit.*, p. 218

¹²³ Sec. 14 of the Penal Law 1977.

¹²⁴ Sec. 383 of the Penal Law 1977.

¹²⁵ See sec. 402 of the Penal Law.

diritto in relazione a quella proprietà, o addirittura un diritto "*in personam*" (ad es., "that somebody owes the defendant a sum of money¹²⁶")

La *defence* vale sia per errore di fatto o di diritto (ad esempio, *the law of property or the succession law*). Ancora il *defendant* mentre fa rispettare il suo diritto "*real or mistaken*", può comunque essere ritenuto responsabile "for other offences such as assault extortion if he uses aggressive means¹²⁷".

b) Un'altra deviazione dalla dottrina generale relativa al tema dell' "*Ignorantia juris*", è stata professata dalla Corte Suprema che, in una serie di decisioni¹²⁸, ha distinto tra errori relativi alla norma penale, che non scusano, e gli errori relativi alle norme extra-penali, che possono essere trattati come gli errori di fatto (o errori relativi allo "state of affairs") e, in quanto tali, scusabili. Questa distinzione può essere giustificata teoricamente da una delle spiegazioni fornite alla dottrina della "*Ignorantia juris neminem excusat*": applicando "objective approach" si può sostenere che un errore su una norma extra-penale non contraddice il codice morale accettato "as to right and wrong as engulfed in the definition of offences and the various doctrines of criminal law¹²⁹".

L'esempio tipico che viene portato dalla dottrina è questo:

"A defendant does not claim that, say, bigamy is not an offence but his defence boils down to saying "I know bigamy is a criminal offence but I thought (albeit wrongly) that my first marriage was invalid owing to a mistaken concept of Marriage Law¹³⁰".

Si può anche sostenere che le norme extra penali, come quelle di proprietà o di diritto tributario, sono più di natura tecnica e la loro relazione con nozioni etiche

¹²⁶ *State of Israel v. Peretz* (1975) 29 (ii) P.D. 544.

¹²⁷ PERETZ (ibid.): "It should be noted that if the defendant acted with a view to defraud or injure, the defence was denied him: *Kirsh and Segal v. A. G.*(1963)17P.D.1996".

¹²⁸ *Weinberg v. A G.* (1965) 19(i) P.D. 150; *Isaacs v. State of Israel* (1973) 27(i) P.D.371.

¹²⁹ BEIN D., *op. cit.*, p. 219

¹³⁰ BEIN D., *Mistake as to Penal and Extra-Penal Law: Setting the Border or Eliminating the Distinction?* (1976) 30 HaPraklit 106.

comuni è meno evidente e quindi la persona comune è molto spesso ignorante quanto al loro contenuto.

Tuttavia, da un punto di vista puramente logico o concettuale, la distinzione può essere criticata affermando che:

"the penal norm embraces all the means needed for its interpretation and application whether lingual or legal, whether appearing in the criminal code itself, a dictionary, or in any other law to which the definition of the offence refers¹³¹".

Se uno degli elementi di bigamia è "precedente matrimonio", a rigor di logica non fa differenza se "matrimonio" è definito nel codice penale in sé, in qualche dizionario o in un'enciclopedia, o nel codice di famiglia.

Tuttavia, la legge non è solo la logica, ma anche (o soprattutto) un compromesso tra bisogni, interessi e logiche. Così, la distinzione sopra citata è sopravvissuta con relativa istituzione di un particolare test finalizzato a determinare una distinzione precisa tra norme penali e norme extra-penali.

Secondo questo test, se una *mistaken norm* ha "una vita propria" in un quadro ampio e non è stata creata solo per "servire" il divieto penale, allora può essere considerato come "extra-penale", anche se il divieto penale si serve di tale norma, come parte della sua definizione. Prendiamo, per esempio, il termine "ricavi" della *Tax Ordinance*. Questo termine non è stato creato con lo scopo di interpretare o giustificare reati in materia di evasione fiscale ma, soprattutto, per motivi puramente fiscali. In realtà, il reato relativo alla evasione fiscale è solo incidentale al generale schema relativo al diritto tributario. Lo stesso vale per il termine "matrimonio" che, ovviamente, non è stato creato solo per il reato di bigamia ma chiaramente come istituto autonomo e parte integrante del diritto di famiglia.

In realtà, proprio sul concetto di matrimonio dalle debite ricerche è venuto fuori che in un certo periodo storico per evitare o meglio per giustificare situazioni

¹³¹ FELLER S.Z., *The Border between Mistakes in the Criminal and the Extra-Criminal Law*, (1974) 5 *Mishpatim* 508.

come quella paventata ora in merito al tema dell'*ignorantia legis*, è stato istituito il concetto di "Marriage for the Purpose of Bigamy".

Ciò deve far riflettere sulla grande confusione circa i principi generali in vigore presso lo stato israeliano.

c) Il terzo metodo ipotizzato per restringere la regola "Ignorantia juris", può essere rintracciato nella letteratura e in alcuni pareri come nel *Shapira case*¹³², in cui è stato stabilito che il ricorso a un atto ufficiale, come ad esempio un permesso di costruzione, anche se successivamente si dimostra essere vietato, può esonerare il soggetto da responsabilità penale per il reato di costruzione senza permesso ed è da notare come comunque trattiamo di un reato per il quale si richiede la *mens rea* e non la mera *strict liability*.

4.4.2 segue: La rivoluzione dopo la riforma. - Il nuovo Codice accetta la posizione per la quale *ignorance of law does not afford an excuse*. Tuttavia, si rende chiaro che questa dottrina si applica solo a "mistakes as to the existence of a criminal prohibition or as to one's understanding of the prohibition"¹³³.

Come la defence of "*mistake as to the State of affairs*"¹³⁴, nuova rubrica della vecchia defence of "*mistake of fact*"¹³⁵, offre una *excuse* per cui nei reati "of mens rea as distinguished from offences of negligence or strict liability it need not be reasonable"¹³⁶.

Riforma

Sembra evidentemente che gli errori relativi alle norme extra-penali continuino ad essere trattate come se fossero "mistakes of facts affording a defence"¹³⁷.

The defence of "claim of right" è stato abolita se non nei reati come il furto e suoi derivati in cui la mancanza del "*claim of right*" appare nella loro definizione¹³⁸.

¹³² *Shapira v. State of Israel* (1982) 36 (i) P.D. 337, P. 373 (perBenPorat); *Buronovsky v. Chief Rabbis of Israel* (1971) 25(i) P.D. 7, at 21.

¹³³ Sec. 34S of the new Code.

¹³⁴ Sec. 34R of the new Code.

¹³⁵ Sec. 17 of the Penal Law 1977.

¹³⁶ Sec. 34R of the new Code.

¹³⁷ *Shapira v. State of Israel* (1982) 36 (i) P.D. 337, P. 373 (perBenPorat).

¹³⁸ Sec. 383 of the Penal Law.

La novità principale del nuovo Codice è l'introduzione di una *excuse*, anche se molto limitata, secondo la quale "a mistake as to the existence of a penal prohibition or its understanding will exonerate if the mistake was "reasonably unavoidable"¹³⁹.

Questa innovazione garantisce le seguenti osservazioni:

a) questa *excuse* "makes the existence of a special defence of reliance on an official act or advice superfluous¹⁴⁰".

b) La *defence* che contiene un elemento di "ragionevolezza" vale sia per reati di *mens rea* che per i reati di *negligence* e a *responsabilità oggettiva* (che secondo il nuovo codice sono reati che contengono una "rebuttable presumption of negligence¹⁴¹");

c) Il concetto di "reasonably unavoidable" è logicamente difficile. Il termine "inevitabile" è, *prima facie*, un valore assoluto, un errore è inevitabile se ogni sforzo per evitare di compierlo è inutile ma l'aggiunta di "ragionevolmente" qualifica il termine "inevitabile" in termini non chiari ma pur tuttavia sufficienti perchè il soggetto agente possa uscire illeso da responsabilità penale una volta dimostrato di aver adottato tutte le "ragionevoli" (non tutte le "possibili") azioni al fine di conoscere la norma penale. In altre parole, ci troviamo dinanzi allo stesso "test" che abbiamo individuato trattando di *negligence* anche se bisogna riconoscerne il più alto livello di *duty of diligence* richiesto rispetto alla *negligence*.

¹³⁹ Sec. 34S of the new Code.

¹⁴⁰ BEIN D., *op. cit.*, p. 221

¹⁴¹ Sec. 22 of the new Code.

CAPITOLO V

FORME DI MANIFESTAZIONE DEL REATO

CAPITOLO V

SOMMARIO: 1. Forme di manifestazione del reato: premessa. - 2. Il Tentativo di reato: A) Premessa. - 2.1 *segue:* B) La disciplina. - 2.2 *segue:* C) Elemento oggettivo. - 2.3 *segue:* D) Elemento soggettivo. - 2.4 *segue:* E) Tentativo di un fatto penalmente inoffensivo. - 2.4.1 *segue:* Influenza della legislazione inglese. Differenze. - 3. **Conspiracy:** A) Premessa. - 3.1 *segue:* B) Influenze legislative inglesi. - 3.2 *segue:* C) L'accordo criminoso. - 3.3 *segue:* D) I soggetti. - 3.4 *segue:* E) L'elemento psicologico. - 4. **Complicity e reato plurisoggettivo:** A) L'Istituto. - 4.1 *segue:* B) L'elemento psicologico. - 4.2 *segue:* C) Le forme di responsabilità. Premesse. - 4.2.1 Aiding. - 4.2.2 Instigation. - 4.2.3 Perpetration by means of another. - 4.2.4 Coperpetration. - 4.2.5 Liability for further offences. -

1. Forme di manifestazione del reato: premessa. - Alla luce di quanto abbiamo delineato nel capitolo relativo alle origini filosofico - teologiche del concetto di pena nel sistema israeliano, ci siamo già chiesti fin dove la dottrina penale si sia spinta per rispondere alla domanda circa quale sia la soglia minima di punibilità o, per meglio dire, quanto interesse può suscitare per il diritto penale l'attività così generalmente definita "preparatoria".

Nonostante tutte le considerazioni che abbiamo già fatto in merito ai principi che ci potrebbero aiutare ad individuare la comune linea di pensiero per questi aspetti ora indicati, dall'analisi degli istituti coinvolti ne esce una immagine di certo poco limpida che un po' contraddice la linearità che la filosofia a monte aveva previsto.

La tre ipotesi di responsabilità vengono così catalogate: il tentativo - *attempt* ma soprattutto, l'istigazione non accolta a commettere un reato - *incitement* e l'accordo per commettere un reato non seguito dall'esecuzione dello stesso - *conspiracy*.

Tutte e tre queste ipotesi vengono, generalmente, raccolte sotto la *Preliminary offences* dicitura *preliminary offences* - reati preparatori.

Dal punto di vista dogmatico, si ricordi come questo inserimento sia frutto esclusivo dell'elaborazione di *common law* e questo perchè l'idea di punire un'attività preparatoria che tuttavia non avesse coerentemente comportato una reale e negativa modificazione del mondo esterno si sviluppò solo in un secondo momento rispetto all'originale idea medievale - canonica del reato - "azione - responsabilità": se si osserva bene, il tentativo è figura estranea al diritto civile che, almeno nel primo momento, aveva pesantemente influenzato le origini strutturali del diritto penale attraverso l'idea del risarcimento sì ma solo a seguito di danno effettivamente cagionato.

2. Il Tentativo di reato: A) Premessa. - Il primo punto da cui partire nella nostra analisi sulle forme di manifestazione del reato¹ non può che essere proprio l'istituto del delitto tentato².

¹ BEIN D., *Preparatory offences*, in 27 *Isr. L. Rev.* 1993, p. 185: "No comprehensive definition of preparatory offences can be given without reference to attempt. Criminal attempt is generally defined as conduct intended to commit a felony or misdemeanour, which constitutes the beginning of the execution of that offence. Criminal attempt applies both to offences of results and to offences of conduct. However, conduct intended to commit an offence that has not reached the stage of the beginning of the execution of the offence does not constitute an attempt but preparation. As such, it is generally not punishable unless that conduct is defined as an offence in the specific part of the criminal law, or in some other specific statute.

Despite the relative simplicity of defining preparatory offences by contradistinction to attempt, identifying specific offences as preparatory in nature is no simple task. Of course, no difficulty exists where the legislature expressly designates offences as such in the chapter heading or marginal title. But the drafter of the Israeli Penal Law was not known for his excessive systematism, and it cannot be concluded that the absence of the express use of the term "preparation" necessarily requires that we infer that an offence is not to be classified as preparatory".

² Cfr. ROMANO M., *Commentario sistematico del Codice Penale*, Vol. I, 3 ed., 2004, p. 586: "La commissione di un reato doloso passa attraverso differenti fasi di realizzazione: l'ideazione, l'apprestamento dei mezzi, l'ideazione, l'inizio dell'esecuzione, il compimento dell'azione, il verificarsi dell'evento, sono i diversi stadi in cui l'attività del reo può essere scomposta, stadi non sempre tutti presenti e più o meno elaborati (e più o meno distanti nel tempo) a seconda del tipo astratto di illecito e delle modalità concrete scelte dall'autore per compierlo. Dopo l'ideazione (non punibile per il principio *cogitationis poenam nemo patitur*) e prima della consumazione del reato, si colloca il tentativo: l'agente vuole commettere un fatto di reato, dà attuazione a questa sua volontà con una condotta esterna (osservabile, visibile) caratterizzata da certi requisiti, ma "l'azione non si compie o l'evento non si verifica".

Come anche nella tradizione continentale, anche in Inghilterra e in Israele si parte dal generale principio per cui *cogitationis poena nemo patitur*, tradotto, più semplicemente, dal principio per cui non è ammissibile immaginare di promuovere un rimprovero penale in capo ad un soggetto se non si è verificata un'attività criminosa esterna.

Tentativo di reato

Il tentativo resta anche in Israele un autonomo reato a se considerato rispetto a quello consumato con tutte le dinamiche ad esso relative³.

Si parta, intanto, dalla generica considerazione per cui in realtà la giurisprudenza e la dottrina di *common law* non hanno mai speso particolare impegno nel tentativo di giustificare l'istituto in oggetto se non facendo riferimento

³ BEIN D., *The "completed offence" and the attempt - some problems in criminal law interpretation*, in *4 Isr. L. Rev.* p. 216, 1969: "Is the criminal attempt an "independent" crime?"

The answer to this question is yes, and no—depending on the point of view from which we regard the attempt. The attempt is an "independent" crime in the following respects:

1) The attempt has all the characteristics which identify a criminal offence: it consists of a criminal act (*actus reus*), a criminal intent (*mens rea*) and a punishment which is specified as the sanction for violation of the prohibition which it embodies.

2) The mental element in the attempt often differs from that of the crime whose commission is attempted—while it is possible that the mental element in a "completed" offence may be of a degree less than actual intent, in the case of an attempt actual intent must always be established, at least according to the positive law of Israel.

3) The punishment for a criminal attempt is different from that for the crime whose commission is attempted and as a result the attempt may constitute a misdemeanor while the completed offence may be a felony.'

4) A person may be an accessory to the commission of an attempt just as he may be an accessory to any other crime, despite the fact that the crime of being an accessory is in a sense "derivative" to an "independent" crime.

On the other hand, the attempt is a "dependent" or "derivative" crime in the following respects:

1) The criminal act (*actus reus*) of an attempt is by definition the commencement of the execution of another crime, and consequently cannot be determined without reference to the *actus reus* of the completed crime.

2) When the attempt relates to the commission of an offence which requires a specific or complex mental element over and above actual intent, as "premeditation" is an element of murder or "intent permanently to deprive" an element of larceny, then the same specific or complex mental element must be established in order to convict of an attempt, and actual intent will not suffice.

3) The severity of punishment of attempts varies in accordance with the punishment provided for the crime whose commission is attempted.

4) The "social interest" protected by the prohibition of a criminal attempt is the same as the "social interest" protected by the prohibition of the completed crime to which the attempt relates. Is the attempt a "completed" crime?

If we consider the attempt in the light of the crime whose commission is attempted, it appears to be an "incomplete crime". On the other hand, the concept "incomplete crime" is a contradiction in terms. If a "crime" is behaviour which the law prohibits and punishes, an attempt fulfills this definition and it is hard to see what significance there can be to the adjective "incomplete". Either the attempt constitutes a crime, and indeed a completed one, in the sense that the definitional requirements of a crime are met, or one of the elements is missing and no crime has been committed, not even an attempt".

genericamente ad esigenze di natura preventiva sia generale che particolare: quanto al primo punto, si diceva che era assolutamente necessario fare in modo che un comportamento, anche se *meramente preparatorio*, comunque socialmente individuato come criminale, dovesse essere punito per evitare che la socialità avvertisse questo come una debolezza dell'ordinamento; quanto al secondo punto, la volontà era quella di impedire che il soggetto attentatore, forte di una mancata punizione in prima istanza, potesse riprovare a compiere il delitto con maggiore forza.

Tutto questo apre la porta ad una discussione importante in merito alla pena prevista: secondo la dottrina israeliana e britannica, proprio le esigenze di prevenzione generale e speciale fanno sì che la stessa sanzione minacciata non possa essere assolutamente inferiore a quella per il reato consumato. Qui non c'entra l'aver o meno offeso concretamente il bene giuridico: la maggiore preoccupazione è data, appunto, da esigenze di prevenzione generale e speciale che poco hanno a che vedere con le dinamiche concrete dell'estrinsecarsi del reato⁴.

La pena

La pena del tentativo nasce, quindi, per essere assolutamente uguale a quella del reato consumato.

Non sono mancate polemiche sul tema, polemiche anche forti che hanno tentato di portare avanti il malumore sociale, sulla base di questa equiparazione concretamente ingiustificata tra un reato concretamente consumato e atti a volte neanche meramente preparatori.

Si tornerebbe un po' all'idea di un diritto penale che sanziona la pericolosità presunta del soggetto più che il concreto agire dello stesso.

⁴ Cfr. *contra* nel nostro sistema ROMANO M., *Commentario sistematico del Codice Penale*, Vol. I, 3 ed., 2004, pp. 602 - 603: "Il delitto tentato è titolo autonomo di reato ancorché derivante dalla combinazione dell'art. 56, co. 1 con la singola norma che prevede la fattispecie di consumazione di cui assume il nomen iuris. Salvo i casi speciali nei quali il tentativo è equiparato alla consumazione, la pena del delitto tentato è indicata dalla legge mediante una diminuzione obbligatoria di quella stabilita per il reato consumato".

2.1 segue: B) La disciplina⁵. - Lasciando per un momento in sospeso la questione, ricordiamo che l'impianto principale dell'istituto in Israele è stato mutuato ovviamente dalla tradizione britannica, in particolar modo dal noto *Criminal Attempt Act* del 1981 che all'articolo 1 specificava che

"If, with intent to commit an offence to which this section applies, a person does an act which is **more than merely preparatory** to the

⁵ Circa alcune interessanti riflessioni sull'argomento cfr. BEIN D., *The "completed offence" and the attempt-some problems in criminal law interpretation*, in 4 *Isr. L. Rev.* p. 216, 1969: " Here a distinction should be drawn between two situations: If the jurisdiction of a court is determined on the basis of groups of crimes with a common "protected interest", such as crimes against the economy or against property, it is reasonable to interpret the statute granting jurisdiction over the completed crime as applying also to the attempt. As we have indicated, the criminal attempt affects the same "protected interest" as the completed crime (and in that sense, the attempt is a derivative crime). The considerations which moved the legislator to provide that a specific type of crime be prosecuted before a specific tribunal, whether because of its expertise or otherwise, will apply with equal force to the attempt to commit the crime in question.

By way of contrast, when a court's jurisdiction is fixed on the basis of the severity of the punishment imposed for a criminal offence, ' 2 it presumably makes no difference how the offence is defined (whether by stating all the elements of the crime explicitly or by reference to the elements of another crime, as is the case in the definition of the attempt). The decisive factor is rather the desire of the legislator to distribute jurisdiction in accordance with the seriousness of the crime, as measured by the punishment, and there is no reason not to interpret such a provision quite literally. If the attempt to commit a specific crime is a misdemeanor while the crime itself is a felony (and in this sense the attempt is an "independent" crime), the attempt will be tried by the tribunal authorized to try misdemeanors, while the criminal offence which is the object of the attempt will be tried by the tribunal authorized to try felonies-and the tribunals may be different. It is possible to argue that considerations of convenience dictate that the attempt should always be tried by the same court which has jurisdiction to try the completed offence. A person accused of an attempt, a misdemeanor, will be tried in a magistrates' court; if it emerges in the course of the trial that in fact the accused committed the "completed" crime-a felony-it will be necessary to transfer the case to the district court.. Would it not be desirable to grant jurisdiction to the district court to try the attempt, if it has jurisdiction to try the "completed" offence? This solution would prevent running from court to court, without prejudicing the accused; the district court, whose judges are qualified to try felonies, is certainly a qualified forum to try lesser offences such as misdemeanors. However, this argument may be answered by pointing out that this problem may arise in other contexts as well, wherever in the course of trial it appears that a person accused of a minor offence in fact committed a major one, within the exclusive jurisdiction of a higher tribunal. We have no evidence of many cases in which a person is accused of an attempt and it is later discovered that he did not merely try but rather "succeeded" in committing the crime. In any event, such cases are not more frequent than those in which a person is accused of receiving stolen property, knowing that it was stolen in the course of a misdemeanor (e.g. a theft) and it later develops that the accused knew that the property was stolen in the course of a felony (e.g. burglary) . Another example, among the many that might be adduced, is the case of a person accused of unlawful possession of property (misdemeanor) who, it develops, in fact committed the crime of receiving stolen property with the knowledge that it was obtained feloniously (felony). Consequently, there is no justification for treating the jurisdiction to try attempts in a manner different from that of all other crimes".

commission of the offence, he is guilty of attempting to commit the offence".

A questa norma, assolutamente inclusiva di tutti i reati, qualunque fosse stata la fonte, *common law* o *statutes*, faceva da contraltare il quarto comma che specificava appunto che

"This section applies to any offence which, if it were completed, would be triable in England and Wales as an **indictable offence**".

Per la prima volta affiora un'importante riflessione da fare: secondo l'ordinamento in esame, non sono punibili a titolo di tentativo tutti i reati ma solo le *indictable offences* con evidente esclusione dei *summary offences* evidentemente per motivi di economia processuale. Nonostante ciò, si deve sempre ricordare che accanto alla *common law* si sta vivendo una sempre maggiore fioritura di *statute law* che com'è noto vivono di luce propria, introducendo delle realtà imbevute di principi non appartenenti alla precedente disciplina con l'introduzione di sostanziali modifiche strutturali. In tal senso, non mancano, infatti, numerose espressioni scritte che introducono l'idea di un tentativo per i reati meno rilevanti.

Da osservare la disciplina israeliana:

Restrictions on attempt, accessories and incitement

Section 34C. An attempt, incitement, attempt to incite or abetting are not punishable in respect of an offense that is a contravention.

נסיון, השידול, הנסיון לשידול או הסיוע, לעבירה שהיא חטא אינם בני עונש.

Interessante notare è la disciplina processuale per cui, in merito al rapporto tra reato consumato e tentativo, vige, come da noi, la regola dell'esclusione per cui o si è puniti per uno o per l'altro, con l'evidente eccezione per la quale non vige sempre il principio dell'assorbimento a noi noto ma quello della opportunità

dell'azione penale, per cui saranno i giudici a scegliere laddove sia meglio perseguire il tentativo o il reato consumato.

Tornando per un attimo alla riflessione prima iniziata sull'applicazione della pena, si ponga attenzione a quanto ancora una volta indicato dall'articolo 4 del *Act* 1981:

Trial and penalties.

(1) A person guilty by virtue of section 1 above of attempting to commit an offence shall—

(a) if the offence attempted is murder or any other offence the sentence for which is fixed by law, be liable on conviction on indictment to imprisonment for life; and

(b) if the offence attempted is indictable but does not fall within paragraph (a) above, be liable on conviction on indictment to any penalty to which he would have been liable on conviction on indictment of that offence; and

(c) if the offence attempted is triable either way, be liable on summary conviction to any penalty to which he would have been liable on summary conviction of that offence.

(2) In any case in which a court may proceed to summary trial of an information charging a person with an offence and an information charging him with an offence under section 1 above of attempting to commit it or an attempt under a special statutory provision, the court may, without his consent, try the informations together⁶.

Alla luce dell'articolo sopra riportato restano evidenti due riflessioni da fare:

⁶ (3) Where, in proceedings against a person for an offence under section 1 above, there is evidence sufficient in law to support a finding that he did an act falling within subsection (1) of that section, the question whether or not his act fell within that subsection is a question of fact.

(4) Where, in proceedings against a person for an attempt under a special statutory provision, there is evidence sufficient in law to support a finding that he did an act falling within subsection (3) of section 3 above, the question whether or not his act fell within that subsection is a question of fact.

1) se si tratti di omicidio o di qualsiasi altro reato per il quale l'ordinamento riconosce la pena definita in maniera fissa, la pena massima che si applicherà al tentativo è il *life imprisonment*, e cioè una pena detentiva a tempo indeterminato.

2) In tutti gli altri casi, (eccezion fatta per i reati sessuali che subiscono una diversa regolamentazione) qualora si dovesse parlare di massimo della pena, la Corte applicherà le stesse regole previste per il reato consumato, senza differenza alcuna.

E' da notare come, in fin dei conti, ciò che venga legalmente regolarizzato sia solo la pena nel suo massimo, senza considerazione alcuna per il resto delle dinamiche sanzionatorie. Questo riconosce ovviamente ai giudici una disponibilità di gestione senza eguali con grande libertà nella decisione della pena da comminare.

2.2 segue: C) Elemento oggettivo. - La legge penale israeliana come quella italiana immagina l'idea di una norma sul tentativo in versione "clausola generale" da combinare tutte le volte con le singole norme incriminatrici.

Ma quali atti vengono concretamente puniti?

E' da premettere che per quanto concerne il tentativo nel CCO si rimanda in nota⁷.

⁷ Cfr. BEIN D., *The "completed offence" and the attempt-some problems in criminal law interpretation*, in *4 Isr. L. Rev.* p. 216, 1969: "Had he so wished, the Israeli legislator could have expressly provided in the general part of the Criminal Code Ordinance that the attempt and the "completed" crime are subject to the same rules, unless otherwise specifically provided. However, he did not choose this course. It is indeed true that sec. 5 of the Criminal Code Ordinance defines the term "offence" as "an act, attempt or omission punishable by law".

Does this definition express the view of the legislator that the attempt is always subject to the same rules as the "completed" offence? It is submitted that the answer must be in the negative: this definition in our view is only meant to draw the boundaries of the concept of offence by laying down, first, that it must be punishable by law, and cannot be created, for instance, by the courts or by any other law-enforcing agency; secondly, that the law creating the offence must not be the Criminal Code Ordinance, but may be any other law (the term "law" is defined earlier in the same section, as including any kind of enactment); thirdly, that the behaviour punishable by law may be either active (act) or passive (omission). The reference to attempt is just a matter of caution, for the purpose of avoiding any misunderstanding which may be caused by the use of such expressions as "incomplete" offence in relation to attempts. Had the legislator wished to say that whenever a rule of law mentions a specific offence or group of offences," the same rule will always apply to attempts to commit those specific offences, the definition of "offence" would have

Facendo mente locale a quanto abbiamo detto prima citando l'articolo 1 del Act Britannico del 1981 considerata fonte imprescindibile del tentativo israeliano, dobbiamo rivolgere gli occhi alla section 25 del New Code dove individuiamo quanto segue:

What constitutes an attempt

Section 25. A person attempts to commit an offense, if he - with intent to commit it - commits an act that does not only constitute preparation, on condition that the offense was not completed.

אדם מנסה לעבור עבירה אם, במטרה לבצעה, עשה מעשה שאין בו הכנה בלבד
והעבירה לא הושלמה.

In una sola norma, chiaramente, troviamo racchiusi gli elementi fisici e mentali del tentativo, tutti definiti nella sezione 25 del nuovo codice penale israeliano. *The physical element* del tentativo si configura pienamente quando il soggetto agente realizza un atto che è qualcosa in più del "meramente preparatorio" alla commissione dell'offesa sostanziale.

La condotta

been drafted as follows: "Offence" is an act or omission punishable by law and includes an attempt to commit the same." As it is in fact drafted, the definition of "offence" can be relied upon in relation to attempts only in the following situations:

(a) When there is a rule relating to offences in general (e.g. the general defences) and the question arises whether attempt is an offence at all.

(b) When there is doubt whether the liability for attempts extends to offences defined by enactments other than the C.C.O.19

Even if we are wrong in our general interpretation, as to the meaning and function of the definition of "offence", there are still two obstacles in the way of those relying upon this definition for the solution of the problems with which this article is dealing. First, any of the definitions in sec. 5 will not apply when the "context otherwise indicates" and it may be argued that in some cases when the term "offence" precedes a reference to certain specific offences, this proviso is paramount. Secondly, there are some instances when the legislator is content with just spelling out the elements of specific offences, or with indicating their common characteristics, or by just simply referring to section numbers without using the term "offence" explicitly; then, or course, no use can be made of a definition of a term not mentioned.

In conclusion, the definition of offence cannot spare us the task of facing the problem as to whether it is advisable to accept the general formula that the same rules always apply to the "completed" offence and to the attempt to commit the same, or whether, at any time that the question arises, it must be dealt with separately, taking into account the special considerations involved in any given situation.

In tal senso, sia Israele sia l'Inghilterra riprendono la distinzione ottocentesca, tipicamente francese, tra atti esecutivi e atti preparatori, ignorando i primi, almeno in prima istanza, ed arretrando considerevolmente la soglia della punibilità ai secondi, pur intelligentemente divisi in atti semplicemente preparatori che non risulteranno punibili e atti "più che preparatori" ovviamente punibili.

**atti esecutivi e atti
preparatori**

Inutile dire che manca qualsiasi descrizione che ci aiuti ad interpretare degnamente questo aspetto fondamentale, cioè manca qualcosa che ci consenta di comprendere cosa sia effettivamente meramente preparatorio da ciò che lo è "un po' di più".

In realtà buona parte della dottrina israeliana ha fatto per un certo periodo di tempo leva sulla distinzione storica appartenente alla tradizione antica di *common law* tra *preparatory acts* e *proximate acts* considerando ovviamente punibili solamente gli ultimi, i cosiddetti atti prossimi alla effettiva e concreta realizzazione del reato.

Si diceva in dottrina:

"gli elementi costitutivi del "reato incompiuto" noto come tentativo sono un atto fisico da parte del reo abbastanza vicino al reato consumato e l'intenzione da parte del reo di consumare il reato. Gli atti che siano meramente preparatori rispetto alla consumazione del reato, come ad esempio, nel caso in questione, la stipulazione delle polizze non sono abbastanza "vicini" alla consumazione da costituire di per sé un tentativo. Essi non indicano una decisione fissa ed irrevocabile di procedere sino alla commissione del reato a meno che un evento imprevisto non lo impedisca. Come fu segnalato nel classico precedente *Eagleton* "La semplice intenzione di commettere un *misdemeanour* non è di per se criminale, occorre un atto: e poi non pensiamo che tutti gli atti diretti alla commissione di un *misdemeanour* siano perseguibili. Gli atti che siano remotamente diretti alla commissione del reato non devono essere considerati come tentativo di commetterlo, ma gli atti

immediatamente connessi con il reato lo sono ... ". In altre parole, *il reo deve aver attraversato il Rubicone ed aver incendiato le sue barche*"⁸.

Le problematiche dottrinali su quando considerare effettivamente avvenuto questo "passaggio del Rubicone" costituirono per lungo tempo motivo di ampio dibattito nelle sedi adeguate con la produzione finale del risultato, noto come regola del *last act doctrine*, secondo la quale potevamo parlare di responsabilità per tentativo quando il soggetto agente aveva compiuto "l'ultimo atto dipendente da lui" tra quelli necessari per raggiungere il risultato criminoso.

Restava sempre ampio dubbio, nonostante le teorie del *on the job* o della *comencement d'execution* su cui non ci sembra il caso di indugiare, su quali atti potessero essere effettivamente considerati prossimi alla commissione del reato.

Giurisprudenza

Nonostante ciò, restava ampiamente controversa la questione su quali fossero gli atti punibili e quali no come si legge da due importanti pronunce che ci sembra assolutamente il caso di ricordare⁹:

1) *Robinson* (1915): caso di simulazione di truffa ad opera di un gioielliere. Seppur condannato in primo grado, in appello la Corte intervenne specificando che il tentativo doveva essere accertato non tanto avendo indagato l'intenzione fraudolenta del soggetto, quanto sui fatti concretamente verificatisi. La Corte rimandava all'applicazione del principio *Eagleton* prima citato per cui non rileva solamente l'intenzione quanto piuttosto la sussistenza degli atti immediatamente connessi al reato. Nel caso di specie, il gioielliere non aveva messo in atto alcuna comunicazione all'assicurazione ma aveva solamente posto in essere degli atti meramente preparatori al compimento della truffa vera e propria. Per la qual cosa, la Corte parlò di atti "remotamente connessi" con la truffa assolutamente non punibili;

⁸ D. P. P. v. Stonehouse - cfr. VINCIGUERRA, *op. cit.*, p. 444 - 445

⁹ Cfr. ampia descrizione in VINCIGUERRA, *op. cit.*, p. 446 - 447

2) *Contra* è necessario far riferimento al caso *Comer v. Bloomfield* (1970) dove si delineava ancora una volta una truffa perpetrata da un soggetto che, avendo a seguito di un incidente distrutto la propria auto, l'aveva nascosta ai fini lucrativi verso la propria assicurazione a cui, a differenza del caso precedente, aveva scritto una lettera per chiedere eventuale risarcimento.

Sia in primo che in secondo grado, però, tale atto venne superficialmente considerato e quindi l'imputato prosciolto.

Evidente è la contraddizione tra le pronunce: se, infatti, nella prima si sottolinea come qualsiasi atto effettivamente fraudolento nei confronti del soggetto passivo possa costituire titolo per procedere in termini di tentativo, nella seconda, invece, si compie una ulteriore sottile distinzione tra atti fraudolenti di primo tipo, distanti dal reale conseguimento dell'ingiusto profitto, e atti immediatamente prodromici.

Senza ora voler indagare ulteriormente gli aspetti analizzati, quanto fino ad ora indicato ci aiuta a capire quanto in realtà sia stato complesso il procedimento legislativo dogmatico che ha portato poi alla concretizzazione di una idea più o meno chiara su cosa fosse effettivamente il contenuto materiale del tentativo.

Si ricordi comunque quanto chiaramente indicato nel Act britannico del 1981 dove all'articolo 6 si specifica come:

Effect of Part I on common law.

(1)The offence of attempt at common law and any offence at common law of procuring materials for crime are hereby abolished for all purposes not relating to acts done before the commencement of this Act.

(2)Except as regards offences committed before the commencement of this Act, references in any enactment passed before this Act which fall to be construed as references to the offence of attempt at common law shall be construed as references to the offence under section 1 above.

Nonostante ci sia dunque la chiara volontà di eliminare il grandissimo numero di pronunce precedenti la riforma del 1981 ereditata da Israele, attraverso una

formula che esclude l'applicabilità delle "norme codificate" di *common law* sull'argomento tentativo, si comprenda invece quanto la difficoltà non riguardi l'ultimo atto realizzabile dal soggetto prima della consumazione quanto invece sia necessario guardare gli ultimi atti diversi dall'ultimo sui quali continua una irrinunciabile diatriba.

Alla luce di quanto detto fino ad ora, i termini "più che meramente preparatori" definiscono la punibilità di tutti quegli atti che si spingono verso l'esecuzione del reato: la *common law* parlava di *on the job*, sulla via del reato. In questa gran confusione si torna dunque alla ferrea applicazione del principio della libera interpretazione delle Corti sulla base dell'analisi del "caso concreto", della casistica, come del resto abbiamo visto avvenire spessissimo per l'interpretazione degli istituti fondamentali in Israele.

Dobbiamo in ogni caso ricordare, pur rimandando all'ampia letteratura sull'argomento, che l'analisi della casistica giurisprudenziale desta sempre più confusione mancando assolutamente una linea guida unitaria che quantomeno aiuti, di massima, una corretta interpretazione dell'argomento.

2.3 segue: D) Elemento soggettivo¹⁰. - Stando a quanto evidente dalla lettura della section 25 della nuova legge penale, indagando il punto di vista prettamente

¹⁰ BEIN D., *Preparatory offences*, in *27 Isr. L. Rev.* 1993, p. 185: " An ideal definition of a preparatory offence would expressly indicate a mental element of purpose. A characteristic example of such a definition is the offence of preparation to commit an offence with dangerous substances. The definition of this offence expressly includes "intent by means thereof (i.e. the dangerous or noxious substances - D.B.) to commit or to enable another by means thereof to commit a felony or misdemeanour". Does the absence of such a statement of intent necessarily exclude an offence from the category of preparatory offences? In other words, are preparatory offences characterized by a particular structure according to which the actus reus is described as the performance of act A with the attendant mental element of an objective of doing B, while A is not the beginning of the execution of B, but is situated at an earlier stage on the path between the formation of intent and the complete commission of offence B? Or can we "raise the veil" of offence A that is not built according to the said structure due to the absence of a stated mental element of purpose, and reach the conclusion that the only justification for the existence of offence A is the prevention of acts that do not constitute the beginning of the execution, but that lead to the commission of offence B? In other words, can offence A be deemed a preparatory offence even if it is not so structured? In my opinion, we must distinguish between the aspect of the interpretive process and the substantive aspect that follows the interpretive process. The interpretive process aspect is expressed by the question of whether the surface structure of an offence comprehensively expresses its elements, primarily its mental element, or that despite the

soggettivo, si richiede una vera e propria *intention to commit the substantive offense*¹¹.

Per quanto invece riguarda *the result of the substantive offence*, il soggetto agente deve agire con il fermo scopo di *causing the result*. La Corte Suprema ha specificato come fosse sufficiente anche la *oblique intention* in tal senso¹².

absence of a stated purpose, the legislature intended that such a purpose be taken to be part of the mental element of the offence. In this regard, the question of who bears the burden of proof is of no importance. Section 409 of the Penal Law provides an example of this dilemma. The section provides that: "A person who without reasonable explanation has in his possession any instrument of housebreaking is liable to imprisonment for three years". This offence is located in Article Four of the Penal Law, entitled: "Burglary and Housebreaking". It is also clear from its content that the provision is entirely concerned with imputing liability at an early stage to conduct that will ultimately lead to burglary. Yet, the legislature did not include the purpose of committing burglary in the definition of the offence. This legislative silence is all the more apparent against the background of the subsequent sec. 410 that expressly states that criminal liability there under is contingent upon "intent to break or enter a building and commit theft or a felony", or "intent to commit a felony", or "intent to commit theft or a felony". What significance should we therefore attach to that legislative silence? In sec. 409, the legislature clearly intended to transfer the burden of proof as to the absence of the mental element to the accused. But what is the nature of the "reasonable explanation" that is required of the accused? Is it not that the accused did not intend one of the objectives enumerated in sec. 410, or some similar objective? If we conclude that this is the substance of the "reasonable explanation", then the interpretive process has led us to conclude that the offence is preparatory in structure, regardless of who must bear the burden of proof. Let us examine a more problematic example. Simple forgery, under sec. 418 of the Penal Law, clearly treats of a very early stage of a criminal scheme when compared to deceit, under sec. 415 of that Law. For example, for the purpose of obtaining money from the National Insurance Institute, the defendant prepares a forged document purporting to be a case-worker's report on his family's economic hardship. He then places the document in a drawer. The document is subsequently found in the course of a police search. It would appear that the suspect's actions have not exceeded the bounds of preparing to commit deceit. The interpretive question in the above case is whether the offence of forgery was created as a preparatory offence in regard to deceit and does

not exist in its own right, or primarily in order to protect the independent social interest of the veracity of documents.² If it appears that the offence protects an independent social interest, and that is its primary function rather than a secondary, more distant purpose, then the offence cannot be deemed preparatory. On the other hand, even if we conclude that the purpose of the offence of forgery under sec. 418 is primarily to prevent deceit at an incipient stage, then before the offence can properly be classified to be preparatory, we must still examine whether the legislature intended that liability be contingent upon an intent to receive something by deceit. This conclusion is not ineluctable in the case of sec. 418, in as much as the provision comprises several alternatives, among them: simple forgery, punishable by imprisonment for one year, and forgery with intent to obtain any thing by means thereof, punishable by imprisonment for three years. We cannot, therefore, conclude that simple forgery also comprises the element of purpose. (...)".

¹¹ ROMANO M., *Commentario sistematico del Codice Penale*, Vol. I, 3 ed., 2004, p. 588: "L'art. 56, comunque, norma costitutiva della punibilità del delitto tentato non si occupa espressamente dell'elemento psicologico del tentativo, che pertanto resta affidato alle regole degli artt. 42 e 43".

¹² C. A. 1599-08 *Levinshstein v. State of Israel*. Cfr. ROMANO M., *Commentario sistematico del Codice Penale*, Vol. I, 3 ed., 2004, p. 589: "L'art. 56, sul terreno dell'elemento soggettivo, sarà sufficiente che l'agente si rappresenti e voglia gli elementi essenziali del fatto nelle diverse forme di rilevanza del dolo. La conclusione è che deve ritenersi possibile un tentativo con dolo eventuale o indiretto".

In caso di *incomplete attempts*, appare il requisito ulteriore del "future conduct intention": è cioè necessario che:

"the actor intend - plan to perform the act that constitutes the "conduct element" of the substantive offence".

La dottrina ricorda che "as to the circumstances of the substantive offence", *willful blindness* può essere considerato sufficiente.

Per essere più chiari sull'argomento, si parta dal principio generale per cui, avendo compreso l'enorme difficoltà presente nell'identificare con assoluta precisione l'elemento materiale, dobbiamo necessariamente prestare grande attenzione all'elemento psicologico per determinare se effettivamente un soggetto voglia o meno compiere un tentativo di reato. **Elemento soggettivo**

Secondo la tradizione principale di *common law* si richiedeva chiaramente una ben delineata *intention* di compiere quel reato o, per meglio dire, occorreva "la prova dell'intenzione specifica, ossia una decisione di causare, per quanto è nelle possibilità dell'accusato, la commissione del reato" che deve essere distinta dal motivo, nel senso di emozione che conduce all'azione¹³.

Quale forma di *intention* è però sufficiente costituisce il problema di fondo.

E' opinione generale, come abbiamo già avuto modo di specificare poc'anzi, che sia la *direct intention*, intesa come rappresentazione e volontà del proprio agire, che la *oblique intention*¹⁴, dove l'offesa non è che un "effetto ulteriore" dello scopo

¹³ R. v. Mohan, (1975) cit.

¹⁴ Sul problema del dolo nel tentativo per il nostro ordinamento cfr. MARINUCCI G., DOLCINI E., *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, 4. ed., 2012, p. 410: "Il particolare, si discute sulla compatibilità del **dolo eventuale** con la struttura del tentativo. Il quesito va risolto, a nostro avviso, in senso affermativo. La soluzione negativa, accolta da una parte della dottrina e della giurisprudenza, si fonda sull'assunto che il requisito della univocità degli atti sia incompatibile con lo stadio di dubbio caratteristico del dolo eventuale: non potrebbe compiere atti diretti in modo non equivoco a commettere un delitto chi agisca con uno scopo diverso dalla realizzazione del fatto delittuoso, limitandosi ad accettare l'eventualità che il fatto si verifichi. Abbiamo però a più riprese sottolineato che l'univocità è un requisito oggettivo degli atti, che esprime l'esigenza dell'inizio dell'esecuzione e non riguarda la sfera del dolo: non si può dunque far leva su tale requisito per desumere l'incompatibilità fra tentativo e dolo eventuale". Ancora cfr. CRESPI, FORTI, ZUCCALA', *Commentario breve al Codice Penale*, 12 ed., 2011, p. 329: "La forma del **dolo diretto (non intenzionale)** è pienamente compatibile con il tentativo".

per cui si agisce, sono ritenuti idonei ad integrare l'elemento psicologico del tentativo.

Il fatto che sia richiesta esplicitamente l'*intention* come forma di *mens rea* del reato di tentativo, inserisce automaticamente la necessità che anche dinanzi ad ipotesi di *recklessness* debba sussistere *intention*.

Sull'argomento abbiamo già avuto modo di parlare ampiamente in tema di *elemento psicologico*: si ricordi come in Israele i giudici tendano a compiere una sostanziale equiparazione tra quella che viene definita *virtual certainty* e "alto grado di probabilità di essa" determinando dunque tutte le riflessioni del caso già affrontate che si rivelano fondamentali anche in questa sede.

La certezza dell'offesa o l'alto grado di probabilità di essa costituiscono requisiti fondamentali della *mens rea* per il tentativo.

Interessante è l'analisi portata da parte della dottrina circa il requisito della cosiddetta *recklessness of circumstances* (elementi del reato) rispetto al tentativo, circostanze il cui verificarsi, chiaramente, non dipende dall'agente.

La problematica vera era dettata dal fatto che molti sostenevano l'impossibile relazione tra tentativo e accettazione semplice che un dato elemento si verifichi.

Due furono le correnti sull'argomento:

1) nel progetto di riforma del 1985 si affermò la necessità che ci fosse concreta *intention* verso tutti gli elementi del reato, senza alcuna distinzione. Una riflessione questa che, ovviamente, rompeva i ponti con la tradizione di *common law* fino ad allora imperante;

2) nel progetto del 1989 invece si stabilì che "intenzione di commettere un reato significa intenzione verso gli elementi di carattere oggettivo, eccetto quelli rispetto ai quali per il reato consumato basta la *recklessness* e nei cui confronti sarà sufficiente tale atteggiamento". Una tale apertura testimonia, nonostante la ferma volontà del legislatore in materia di tentativo di rompere con la tradizione fino ad allora invalsa, di recuperare l'immane stratificazione dogmatica irrinunciabile ad una corretta comprensione dell'istituto.

Motivo che ci induce ad affermare il principio per cui nel momento in cui nel reato consumato è sufficiente la *recklessness* per alcuni elementi del reato la stessa cosa varrà per ipotesi di tentativo riconosciuto per la medesima fattispecie. Inutile dire come una siffatta visione apra diverse problematiche in merito alla responsabilità oggettiva.

Per quanto riguarda il rapporto con il *dolo specifico* applicando la medesima regola anche il tentativo, come il reato consumato, dovrà essere assistito dalla medesima specifica finalità.

2.4 segue: E) Tentativo di un fatto penalmente inoffensivo. - Avendo fino ad ora analizzato il peso che nella dottrina penalistica israeliana ha lo studio degli atti preparatori e del ruolo dell'*intention* ai fini del rimprovero penale in termini di tentativo, la domanda a cui dobbiamo rispondere è come la medesima dottrina si atteggi in riferimento alla eventuale inoffensività della condotta posta in essere dal soggetto agente.

In termini pratici, ci si chiede quanto rilievo possa considerevolmente avere il fatto che all'esito della data condotta ci sia un'effettiva offesa o meno al bene tutelato indipendentemente dal fatto che si tratti di tentativo.

Tentativo di un fatto inoffensivo

Diciamo che indubbiamente la dogmatica penalistica anche in questo caso non manifesta eccessiva precisione ponendo nello stesso calderone problematiche attinenti in parte al reato putativo in parte al reato impossibile.

Section 26 affronta di base questa problematica come segue:

Commission of offense is impossible

Section 26. For purposes of attempt, it is immaterial that commission of the offense was impossible, because of circumstances of which the person who made the attempt was not aware or in respect of which he was mistaken.

לענין נסיון, אין נפקה מינה אם עשיית העבירה לא היתה אפשרית מחמת מצב דברים שהמנסה לא היה מודע לו או טעה לגביו.

Questa sezione descrive il caso in cui la commissione di un reato è impossibile poichè *the person who made the attempt was not aware or in respect of which he was mistaken.*

E' da notare come non sia presente nel codice alcun riferimento al reato impossibile per errore di diritto come il caso di colui che commette adulterio credendo erroneamente che l'adulterio ossa essere un reato.

Attraverso lo studio della storia legislativa s'intende facilmente che una responsabilità penale in questo modo intesa è chiaramente esclusa.

2.4.1 segue: Influenza della legislazione inglese. Differenze. - Si tenga sempre conto di come anche in questo caso l'influenza del diritto britannico a *common law* abbia svolto un importante ruolo di guida.

Ancora una volta fondamentale come fonte è l'Act del 1981 dove al secondo e terzo comma dell'articolo 1 si specifica quanto segue:

(2)A person may be guilty of attempting to commit an offence to which this section applies even though the facts are such that the commission of the offence is impossible.

(3)In any case where—

(a)a part from this subsection a person's intention would not be regarded as having amounted to an intent to commit an offence; but

(b)if the facts of the case had been as he believed them to be, his intention would be so regarded,

then, for the purposes of subsection (1) above, he shall be regarded as having had an intent to commit that offence.

Il primo punto da sottolineare è come l'evoluzione legislativa determinata dall'affermazione degli *Statute Law* abbia stravolto il pensiero tradizionale originale che anche nella *common law* avrebbe preteso l'impossibilità di

considerare responsabile un soggetto autore di una condotta che avrebbe comportato gli estremi della realizzazione di un reato impossibile.

La disciplina legislativa invece ha rispettivamente affermato al secondo comma che è concretamente riconosciuta la responsabilità **Disciplina israeliana e disciplina inglese**

per tentativo in capo ad un soggetto che ha posto in essere in realtà un reato impossibile, al terzo comma che, nonostante l'estrema difficoltà linguistica evidente, in poche parole un soggetto risulterà responsabile penalmente di tentativo anche quando volendo compiere un reato specifico non lo realizza per errore sulle circostanze (*rectius* elementi del reato).

Si può riconoscere semplicemente in queste parole la punibilità per la nota *azione inidonea*.

Alla luce di quanto affermato, bisogna cercare di trovare adeguato supporto nella ratio della norma per non definire la cosa difficilmente comprensibile in un'ottica correttamente retta del processo penale. In realtà, è espressa volontà del legislatore sanzionare qualsiasi comportamento che abbia dato prova, attraverso il superamento del limite espresso dagli atti *meramente preparatori*, di manifestare un evidente intento criminoso che, per motivi di carattere socio criminale, non può chiaramente restare impunito.

E' evidente a tutti quanto una disciplina così *stricta* come avrebbero detto i latini non poteva che condurre ad un abuso della *ratio* sottesa all'istituto, motivo per cui si è cercato di temperare la tematica del problema con una serie di pronunce che, attingendo alle origini più vicine alla tradizione di *common law* avrebbero determinato un alleggerimento delle dinamiche strutturali.

Il paradosso penale che viene a crearsi mediante la ferrea applicazione delle norme così come sono descritte in questa sede comporterebbe la responsabilità di tentativo di commercio di stupefacenti per i soggetti che, per esempio, essendo convinti di trasportare eroina in una valigetta ad un controllo risulteranno portare semplicemente della farina.

Nonostante questo tentativo di alleggerimento, numerose permangono le sentenze favorevoli a considerare praticamente uniche a livello di responsabilità penale l'aver compiuto atti obiettivamente innocui dall'aver compiuto atti colpevoli.

Ciò che rileva per il giudice continuerà ad essere esclusivamente la mera *intention* di commettere il reato e il compimento di atti più che meramente preparatori ovviamente intesi estensivamente, cioè comprensivi di quelle situazioni obiettivamente innocue come l'esempio prima portato.

Riassumendo quanto detto e volendo schematizzare la tonalità di impianto dell'istituto, possiamo affermare quanto segue:

- 1) section 25 tratta della problematica del cosiddetto reato impossibile;
- 2) non vengono puniti gli atti rivolti alla realizzazione di un fatto di per sé lecito anche se creduto per errore di diritto penalmente illecito;
- 3) viene ritenuto rilevante penalmente qualsiasi tentativo volto a commettere un reato impossibile per:
 - a) inesistenza dell'oggetto;
 - b) mancanza occasionale dell'oggetto (di solito presso di noi ricondotta sotto la disciplina del tentativo);
 - c) inidoneità dei mezzi;
 - d) supposizione erronea dell'esistenza di circostanze nella realtà concreta non esistenti ma che darebbero origine al reato se effettivamente presenti.

Si tenga conto come quest'ultimo punto, l'erronea supposizione di fatto-diritto viene disciplinata da noi come reato putativo quindi separatamente dalla trattazione strutturale di impianto come qui invece riportata.

Si ricordi come se pure nel codice non ci siano riferimenti al caso, non ne mancano in dottrina circa il cosiddetto "tentativo superstizioso" (quando, ad esempio, il soggetto agente tenta di uccidere qualcuno invocando la magia nera).

Il massimo della pena prevista per il tentativo di reato è la stessa prevista per il reato base.

Si tenga conto a questo punto che a differenza di quanto si potrà notare nel diritto britannico, la legge penale israeliana ammette il *remorse* ovvero una sorta di desistenza volontaria che incide ovviamente sulla responsabilità penale. Si legge:

Remorse

Exemption because of remorse

Section 28. If a person attempted to commit an offense, he shall not bear criminal liability therefor, if he proved that – of his own free will and out of remorse – he stopped in the commission of the act or substantively contributed to prevention of the results, on which the completion of the offense depends; however, the aforesaid does not derogate from his criminal liability for another completed offense connected to the act.

מי שניסה לעבור עבירה, לא יישא באחריות פלילית לנסיון, אם הוכיח שמחפץ נפשו בלבד ומתוך חרטה, חדל מהשלמת המעשה או תרם תרומה של ממש למניעת התוצאות שבהן מותנית השלמת העבירה; ואולם, אין באמור כדי לגרוע מאחריותו הפלילית בשל עבירה מושלמת אחרת שבמעשה.

Nella tradizione inglese a *common law* tale situazione non è assolutamente immaginabile considerato che il massimo sforzo che è stato fatto a livello meramente giurisprudenziale è stato quello di immaginare una eventuale incidenza sulla pena finale a determinate condizioni estremamente limitate.

In Israele, forte probabilmente dell'idea di pentimento ammesso come *extrema ratio* in tutte le dinamiche penali statutarie, si ammette invece questa pratica che indubbiamente contribuisce ad intensificare socio-criminologicamente l'impatto del tentativo nell'idea sociale generale.

Circa eventuali ed ulteriori eccezioni ci limitiamo ad osservare la norma:

Restrictions on attempt, accessories and incitement

Section 34D. Unless legislation explicitly or implicitly provides otherwise, every enactment that applies to the commission of a completed offense itself also applies to an attempt, incitement, an attempt to incite or abetting in respect of that same offense.

E' ammesso chiaramente la commissione di tentativo mediante omissione (section 25 in combinato disposto con section 18 - b). E' ammessa la *defence of renunciation* (section 28).

3. Conspiracy: A) Premessa. - Anche in questo caso, come per quanto detto sul tentativo, dobbiamo compiere uno sforzo notevole per cercare di comprendere e compiere, per quanto possibile, una comparazione strutturale tra l'istituto in analisi e quanto invece presente nel nostro ordinamento.

Possiamo sicuramente esordire dicendo che, senza voler per il momento scendere nel dettaglio, con questo termine si è soliti definire un accordo tra due o più persone finalizzato al compimento di un reato.

Conspiracy

Dobbiamo anche in questo caso approfondire il tema linguistico dicendo che in primo luogo è necessario distinguere tra quello che la *common law* ha sempre considerato *conspiracy* e quello che invece viene definito tale dagli *statute law*. La distinzione è necessaria per analizzare le influenze che queste diverse tematiche hanno manifestato nei confronti della vecchia e nuova legge israeliana.

3.1 segue: B) Influenze legislative inglesi. - La vecchia tradizione di *common law* comprendeva sotto questo grande cappello le seguenti ipotesi:

- 1) accordo fra due o più persone allo scopo di commettere atto illecito anche non penale;
- 2) accordo fra due o più persone allo scopo di commettere atto lecito con mezzi illeciti;
- 3) accordo fra due o più persone i cui atti singolarmente presi non erano illeciti.

Come anche per il tentativo, anche in questo caso è studiata l'ipotesi di una norma generale che si colora diversamente a seconda del reato a cui essa viene a collegarsi.

E' interessante notare come la soglia della punibilità venga a retrodatarsi ulteriormente rispetto al tentativo, venendo puniti i soggetti per il solo fatto dell'accordo.

La tipologia d'istituto, come abbiamo già avuto modo di ricordare, è piuttosto antica affondando le radici nel periodo più intenso del basso medioevo.

Fu solamente però nel 1305 con la "Terza Ordinanza sui Cospiratori" che si delineò con maggiore precisione la struttura e la figura del soggetto coinvolto specificando che:

"siano cospiratori coloro i quali si associano o si allineano per mezzo di giuramento, accordo o altro vincolo, in modo che ciascuno di essi aiuti o sostenga gli altri al fine di promuovere, falsamente o maliziosamente o di far sì che siano promosse o mantenute false accuse ... ed anche coloro che inducono dei minori di età ad accusare taluno di un delitto nel caso che quest'ultimo sia imprigionato ...¹⁵".

La finalità originaria dell'istituto era dunque legata ad esigenze di carattere processuale al fine di evitare esiti calunniosi durante i processi del tempo.

E' interessante tuttavia notare come fin dall'epoca venisse privilegiato l'uso del termine "promuovere" che resterà estremamente importante anche per le legislazioni successive.

Fu solo nel 1611 che, a seguito di una pronuncia considerata epocale per questo istituto, la *conspiracy* fu liberata da tutti quei vincoli che la relegavano ad esperienza meramente processuale per divenire autonoma nella sua struttura sostanziale e vincolata esclusivamente al mero accordo tra i soggetti.

Con maggiore precisione, ricordiamo che fu proprio da questo momento che si statuirono le linee guida che avrebbero poi caratterizzato l'istituto nei secoli successivi:

- 1) esclusiva necessità dell'accordo;

¹⁵ VINCIGUERRA, *op. cit.*, p. 467

- 2) accordo veniva valutato a prescindere dalla concreta esecuzione del reato scopo;
- 3) accordo poteva riguardare qualsiasi tipo di reato, non più necessariamente la calunnia;
- 4) non si richiedeva per questo che tendesse necessariamente ad un reato penale ma anche ad un *tort* civile.

Si sviluppò pian piano l'idea per cui:

"non vi fosse dubbio che tutte le associazioni di qualsiasi genere il cui scopo fosse di arrecare un danno ingiusto ad una terza persona, fossero da ritenersi altamente criminali secondo la *common law*¹⁶".

Questa espressione fu particolarmente importante nell'evoluzione della struttura dogmatica dell'istituto perchè celata dietro le parole *wrongfully prejudice* non venne mai chiarito se dovesse albergare un illecito penale o civile o di qualsiasi altra forma. Pertanto, pian piano la *conspiracy* divenne intesa sempre più in *general sense* senza alcuna specificità di fondo.

Chiaramente, si tenga conto di quanto tale genericità dichiarata fosse da intendersi come deleteria per la certezza del diritto e così più volte condannata dai massimi esperti della dottrina britannica.

Il problema più grande non fu tanto quello di vedere l'istituto applicato praticamente a tutto quello che era possibile infilare sotto questa veste ma, ancora più pericoloso, rafforzò enormemente il potere di creazione del precedente in capo ai giudici a cui bastava semplicemente considerare *unlawful* qualcosa perchè divenisse appunto storicamente precedente e quindi legge.

L'evoluzione storico-giuridica della *conspiracy* trova il suo punto di chiarezza definitivo solamente nel 1977 con il *Criminal Law Act* così come aggiornato dal *Criminal Attempts Act* del 1981 dove si specifica quanto segue:

¹⁶ HAWKINS W., *Pleas of the crown*, VI ed. 1787, p. 72

Extension of definition of the offence of conspiracy:

“(1) Subject to the following provisions of this Part of this Act, if a person agrees with any other person or persons that a course of conduct shall be pursued which, if the agreement is carried out in accordance with their intentions, either—

(a) will necessarily amount to or involve the commission of any offence or offences by one or more of the parties to the agreement, or

(b) would do so but for the existence of facts which render the commission of the offence or any of the offences impossible, he is guilty of conspiracy to commit the offence or offences in question.”

(2) This section shall not apply where an agreement was entered into before the commencement of this Act unless the conspiracy continued to exist after that date.

La presente formulazione è di assoluta importanza per comprendere il corso che questo istituto ha preso in termini assoluti come base per la disciplina israeliana. Dobbiamo analizzare gli estremi della formula.

3.2 segue: C) L'accordo criminoso. - Elemento costitutivo essenziale è l'accordo tra le parti. E' interessante notare come sia assolutamente necessario la prova dell'accordo delle parti, indipendentemente dalla finalità criminale stabilita e indipendentemente dal fatto che anche atti meramente preparatori siano stati posti in essere.

L'accordo criminoso

La prova diretta, chiaramente, è difficilmente escutibile. Si ricorre sempre ad indizi, elementi, anelli che potrebbero far supporre l'eventuale accordo ma che vengono generalmente ritenuti sufficienti.

Anche la forma dell'accordo non è definita dalla legge: a volte è sufficiente provare una mera intesa anche non necessariamente verbale sulla base del

brocardo per cui sarebbe sufficiente una "tacita impresa fra i cospiratori su ciò che deve essere fatto¹⁷".

Due sono gli elementi richiesti:

- a) il comune disegno criminoso;
- b) non è necessario che le parti siano mai venute a contatto le une con le altre. E' necessario solamente che sussista la reciproca contezza della loro esistenza o la presenza di un soggetto unico autore e unica fonte delle relazioni fra i vari cospiratori. E' questo il caso della cosiddetta *conspiracy a catena o a ruota*.

Non è necessario quindi che le parti si siano mai incontrate o conosciute. Devono solamente condividere il medesimo disegno e avere contezza dell'altrui ruolo nella *conspiracy*.

Si richiede, dunque, che sussista uno scopo comune e che l'accordo venga siglato poco prima della realizzazione del reato - finalità condiviso dai soggetti.

Questi requisiti, dedotti in gran parte dalla tradizione storica di *common law*, determinano una situazione strutturale estremamente delicata: come sollevato più volte dalla dottrina, si può senza alcun dubbio verificare il caso, come nel caso *Leigh* (1775), che si ritenne che l'accordo per causare un tumulto durante una rappresentazione teatrale potesse essere desunto dal comportamento degli spettatori "posti in essere contemporaneamente e nello stesso luogo, non essendo necessario che gli accusati si riuniscano per quel motivo o si consultino in precedenza¹⁸": l'esistenza di *conspiracy* fu dedotta solamente dal fatto che si era verificato un tumulto.

Un altro aspetto importante è determinato dal concetto di "conspiracy come reato di durata": in poche parole, la dottrina ritiene che, poichè la base del suddetto crimine starebbe proprio nell'accordo in vari modi raggiunto tra le parti, non si può definire con certezza un momento qualificativo tale che le parti e solo quelle vengano considerate membri. La soluzione che si da è quella di

¹⁷ *R. v. Hammersley and others* (1958) CLR 470

¹⁸ Cfr. VINCIGUERRA, p. 473

ritenere ancora una volta proprio l'accordo come l'elemento "continuativamente" utile ad identificare i soggetti per cui, indipendentemente dal momento storico in cui i soggetti hanno deciso di aderire all'accordo, essi ne saranno parte e gli autori originali non verranno condannati per un nuovo reato di *conspiracy* considerata la caratteristica *abitualità* del crimine in oggetto.

Chiaramente il reato si concluderà temporalmente quando "a causa del raggiungimento dello scopo o per l'abbandono del progetto o perchè lo scopo non è più raggiungibile o per altro motivo¹⁹".

Soffermandoci ancora sull'analisi del primo articolo del Act del 1977 come riformato nel 1981 risulta assolutamente consonante con quanto asserito nel paragrafo sul tentativo la perseguibilità del reato di *conspiracy* in caso di reato impossibile.

Si legge nella lettera b del comma 1 dell'articolo 1 citato:

"would do so but for the existence of facts which render the commission of the offence or any of the offences impossible".

3.2 segue: B) I soggetti. - Abbiamo già ampiamente chiarito come trattandosi di "accordo", i soggetti devono essere almeno due.

Non è necessario che l'altro soggetto venga ad essere identificato perchè la norma prevede anche la possibilità di condanna di una sola persona, essendo rimaste ignote le altre.

Soggetti coinvolti

Interessante è l'indicazione precipua dell'Act in merito al rapporto tra i soggetti:

"Il fatto che la persona o le persone, che - secondo quanto risulta dall'atto di accusa in base al quale una di esse è stata condannata per *conspiracy* - sono le sole altre parti dell'accordo su cui si fonda tale condanna, vengano assolte dall'accusa di *conspiracy* in relazione all'accordo (dopo essere state processate con il condannato o separatamente) non

¹⁹ D.P.P. v. Doot (1973) AC 807

costituisce fondamento per annullare la condanna, tranne che, considerate tutte le circostanze del caso, la condanna sia incompatibile con l'assoluzione dell'altra o delle altre persone" (art. 5 comma 8)

Questo principio statuito dagli *Statute* apre una grande novità nella trattazione dell'istituto tenendo conto che la tradizione di *common law* precedente prevedeva la necessità che tutti i coautori fossero rispettivamente o tutti condannati o tutti assolti.

In merito infine alla questione delle eventuali esenzioni di pena a causa di rapporti strettamente connessi con la personalità del soggetto agente, si ricordi quanto asserito chiaramente nell'articolo 2 del Act del 1977:

2 Exemptions from liability for conspiracy:

(1) A person shall not by virtue of section 1 above be guilty of conspiracy to commit any offence if he is an intended victim of that offence.

(2) A person shall not by virtue of section 1 above be guilty of conspiracy to commit any offence or offences if the only other person or persons with whom he agrees are (both initially and at all times during the currency of the agreement) persons of any one or more of the following descriptions, that is to say—

(a) his spouse;

(b) a person under the age of criminal responsibility; and

(c) an intended victim of that offence or of each of those offences.

In merito all'esenzione da responsabilità per la moglie, molto è stato detto in dottrina e giurisprudenza ma rimane vivo il principio di *common law* di derivazione canonica per cui moglie e marito vanno sempre considerati come una sola e unica persona.

Pertanto, il coniuge uscirà indenne dalla eventuale condanna.

In merito alla problematica relazione eventuale con un minore, rimandiamo alle riflessioni fatte in tema di *infancy*.

3.3 segue: C) L'elemento soggettivo. - L'elemento soggettivo della *conspiracy*, tenuto soprattutto conto della struttura particolare del reato in questione, non è stato adeguatamente trattato dal punto di vista legislativo.

Elemento soggettivo

Numerosi sono, infatti, gli aspetti oscuri che avrebbero meritato una più adeguata analisi. Numerosi dunque i dubbi e le incertezze nella descrizione di questo che, alla fine, rivela essere l'elemento più importante dell'istituto.

Partiamo comunque dal generale doppio principio per cui:

- 1) l'accordo tra le parti costituisce il primo intendimento;
- 2) la finalità o il medesimo disegno criminoso il secondo punto, anche se, in realtà, la giurisprudenza si è espressa riconoscendo la possibilità che in realtà tale scopo alberghi solamente nell'animo di uno dei cospiratori.

Su questo aspetto, certamente, si rivelano gli aspetti più "inquietanti" dell'istituto così come descritto dalla norma penale a *common law*. In particolare, come nel noto caso *Anderson* del 1985 si giunse ad affermare che quando sia concordata una linea di condotta la quale, se portata a compimento, implicherebbe necessariamente la commissione di un reato, i partecipanti sono per ciò solo colpevoli di *conspiracy*, qualunque sia la loro *intention*.

Inoltre, la sentenza specifica anche che l'elemento psicologico - *mens rea* del reato in questione si ritiene ampiamente provato quando i soggetti "avevano intenzione di recitare un qualunque ruolo nella concordata esecuzione dello scopo criminale", cioè di fare qualcosa attraverso un qualsiasi comportamento genericamente inteso²⁰.

Affidare dunque la valutazione del fondamentale requisito della *mens rea* nell'argomento in questione ad un semplice concetto tradotto con un generica volontà di recitare un qualche ruolo nell'accordo dimostra un'ampia e perigliosa superficialità giuridica.

²⁰ Cfr. VINCIGUERRA, p. 481

In realtà l'unico addentellato legislativo a cui possiamo fare riferimento è l'articolo 1 comma 2 del *Criminal Law Act* del 1977 che però, paradossalmente, tratta dell'ipotesi di *conspiracy* relativa a casi di responsabilità oggettiva:

"Where liability for any offence may be incurred without knowledge on the part of the person committing it of any particular fact or circumstance necessary for the commission of the offence, a person shall nevertheless not be guilty of conspiracy to commit that offence by virtue of subsection (1) above unless he and at least one other party to the agreement intend or know that fact or circumstance shall or will exist at the time when the conduct constituting the offence is to take place".

La norma specifica che anche nei casi in cui teoricamente si risponderebbe per mera *strict liability* il reato scopo deve essere voluto e preveduto al momento dell'accordo.

Se questo è dettato nel caso di *strict liability* nulla invece è espresso in merito agli altri aspetti della *mens rea*.

Questa situazione delinerebbe il paradossale stato per cui verrebbe descritta una *mens rea* definita per i casi di responsabilità oggettiva e nulla per tutti gli altri casi.

La dottrina, per ovviare a questa evidente lacuna, ha ben pensato di interpretare la norma con l'aggiunta ideale di un "persino quando" per cui verrebbe riformulata nei termini secondo i quali la previsione sarebbe sempre richiesta in caso di *conspiracy* "persino" nei casi di *strict liability*, con relativa apertura all'*intention* come requisito base del reato.

In realtà, questo requisito andrebbe integrato con la cosiddetta idea della "linea di condotta" che includa anche e soltanto le conseguenze volute dalle parti: questa importante riflessione ci aiuterebbe a giustificare anche i casi in cui una delle due parti dell'accordo prevede che dalla "linea di condotta" potrebbe scaturire un evento, l'altra parte no. Questo vorrebbe dire non comprendere nel reato di *conspiracy* quelle situazioni in cui dalla medesima linea di condotta scaturissero eventi non preveduti o voluti.

Tralasciando momentaneamente la presente trattazione e rimandando agli studi più adeguati di Smith²¹ sembra a questo punto necessario analizzare quanto tutto questo sostrato abbia influito nella dottrina penale israeliana.

Si deve partire in primo luogo da questa importante riflessione: la giurisprudenza israeliana forte delle considerazioni apportate fino ad ora, ha cercato di coniugare le esigenze di *common law* con la propria intrinseca tradizione giuridico - filosofica.

L'idea da cui partire è che l'associarsi dei liberi soggetti in realtà dovrebbe limitarsi a compiere un atto che glorifichi il Signore laddove le preghiere e gli atti del singolo non siano sufficienti.

L'idea, dunque, che l'associarsi possa essere finalizzato a compiere qualcosa di errato, che vada contro la volontà di quel Dio a cui tutto è rivolto, si mostra da subito come una *contradictio in adiectio*.

In realtà, la legge penale sembra non immaginare la cosa come un problema di grande portata proprio per che *in re* una considerazione di questo tipo è difficilmente immaginabile.

La scelta legislativa che viene fatta è quella di inserire due norme che disciplinassero quanto fino ad ora trattato nel "CHAPTER FOURTEEN: OFFENSES OF PREPARATION AND CONSPIRACY" nella penultima parte della legge penale, quindi lontano da quella che è la parte generale dove vengono raccolti i principi costitutivi della materia. L'accordo - *conspiracy* viene trattato con una certa superficialità, a differenza invece, di quanto si fa per il reato plurisoggettivo a cui è dedicato ampio respiro.

Si legge:

Conspiracy for a felony or misdemeanor

499. (a) If a **person conspires with another** to commit a felony or misdemeanor, or to commit an act in a place abroad which would be a felony or misdemeanor if it had been committed in Israel – and which also is an offense under the Laws of that place, then **he is liable** –

²¹ SMITH J., *Conspiracy under the Criminal Law Act 1977*, CLR, 1977

- . (1) if the offense is a felony, to seven years imprisonment or to the punishment prescribed for that offense, whichever is the lighter punishment;
- . (2) if the offense is a misdemeanor, to two years imprisonment or to the punishment prescribed for that offense, whichever is the lighter punishment.

(b) A conspirator shall bear **criminal liability** also for the offense for which the conspiracy was made or which was committed in order to advance its objective, only if he was party to its commission under Article Two, Chapter Five.

(א) הקושר קשר עם אדם לעשות פשע או עוון, או לעשות במקום שמחוץ לישראל מעשה שהיה בגדר פשע או עוון אילו נעשה בישראל והוא עבירה גם לפי דיני אותו מקום, דינו

(1) אם העבירה היא פשע מאסר שבע שנים או העונש שנקבע לאותה עבירה, הכל לפי העונש הקל יותר;

(2) אם העבירה היא עוון מאסר שנתיים או העונש שנקבע לאותה עבירה, הכל לפי העונש הקל יותר.

(ב) הקושר קשר יישא באחריות פלילית גם על עבירה שלשמה נקשר הקשר או שנעברה לשם קידום מטרתו, רק אם היה צד לעשייתה לפי סימן ב' לפרק ה'.

Conspiracy to commit other acts

500. If a person conspires with another for one of the following purposes, he is liable to two years imprisonment:

- (1) to prevent or defeat implementation or enforcement of a law;
- (2) to cause injury to a person's body or reputation;
- (3) to lower the value of a person's asset;
- (4) to prevent or obstruct the free and lawful transfer of an asset by its owner at its fair value;
- (5) to injure a person in his vocation or profession;
- (6) to prevent or obstruct a person's free and lawful exercise of his vocation, profession or occupation, on condition that the act would have constituted an offense, had it been committed by an individual;

- (7) to attain a prohibited objective;
(8) to effect a lawful purpose by prohibited means.

- הקושר קשר עם חברו לאחת המטרות האלה, דינו מאסר שנתיים:
(1) למנוע או להכשיל ביצועו של דין או אכיפתו;
(2) לגרום נזק לגופו של אדם או לשמו הטוב;
(3) להביא לירידה בערך נכסו של אדם;
(4) למנוע או להפריע אדם מהעביר באופן חפשי וכדין נכס שלו בערכו הראוי;
(5) להזיק לאדם במשלח ידו או במקצועו;
(6) למנוע או להפריע אדם מעסוק באופן חפשי וכדין במשלוה ידו, במקצועו או בעבודתו, ובלבד שהיה במעשה משום עבירה אילו עשאו יחיד;
(7) להשיג מטרה אסורה;
(8) להשיג מטרה כשרה באמצעים אסורים.

Le considerazioni che dobbiamo fare a riguardo sono le seguenti:

1) nella trattazione dell'istituto si fa solamente un generico riferimento al termine *conspire* senza alcuna approfondita trattazione in tema di *mens rea* o di *actus reus*. Evidente la volontà legislativa di lasciare alla giurisprudenza consolidata la possibilità di esprimersi circa i dettagli essenziali nell'individuare la struttura del reato. Chiaro come non mai la volontà di aprirsi alla tradizione britannica a *common law* sul tema.

2) nella section 499 si specifica come sia ammessa la responsabilità per *conspiracy* sia per *felonies* che per *misdemeanor* con particolare attenzione data alla section 500 per una serie diversa specifica di situazioni.

Permane dunque la tendenza tipica dell'ordinamento penale israeliano a cercare la casistica in ogni caso, com'è del resto implicito nella tradizione filosofica religiosa propria del popolo.

4. Complicity²² e reato plurisoggettivo: A) L'Istituto. - Come anche nel nostro ordinamento, anche in quello penale israeliano non mancano riflessioni legislative importanti in merito al "concorso di persone nel reato".

L'impianto è chiaramente d'ispirazione britannica secondo la antica dottrina di *common law* con tutte le differenze del caso.

In primo luogo si tenga presente che, a differenza della tradizione prettamente italiana, il diritto britannico così come la nuova legge penale israeliana riconosceva sicuramente il concorso di persone ma nella sua versione "partecipata": ciò che veniva dunque sanzionata era in primo luogo la forma di partecipazione, nonostante poi ci fosse il generale principio della pari responsabilità di autore e partecipi.

**Complicity e
partecipazione**

A livello strutturale distinguiamo:

1) l'autore - *principal in the first degree*;

2) i partecipi, a loro volta distinti in:

a) *principals in the second degree* - coloro che supportavano con il loro aiuto l'autore. Leggendo in combinato disposto le norme di *statute* con la tradizione di *common law* si dovrebbe necessariamente presumere che i *principals* per essere definiti tali devono essere presenti al momento del compimento dell'atto materiale;

b) *accessories before the fact* - coloro cioè che partecipavano attraverso un intervento previo nei confronti dell'autore, attraverso istigazione o simili (non erano presenti alla commissione del fatto);

²² Cfr. Section 34A of the Penal Law, 5737-1977, *Explanatory Notes to Bill 2098* (Penal Law (Preliminary and General Part), 1992, in *Reshumot* 114 p.131; MIRIAM GUR-ARYE, *Penal Law (Preliminary and General Part) Bill, 1992 (1994) 24 Mishpatim* 9 (in Hebrew).

c) *accessories after the fact* - coloro che, pur non essendo intervenuti al momento della realizzazione del reato, prestavano aiuto successivamente.

Questa categoria venne successivamente sostituita dal generico reato di *assisting offenders* introdotto con il *Criminal Law Act* del 1967 che disegnava una sorta di reato di favoreggiamento personale:

"Where a person has committed [a relevant offence], any other person who, knowing or believing him to be guilty of the offence or of some [other relevant offence], does without lawful authority or reasonable excuse any act with intent to impede his apprehension or prosecution shall be guilty of an offence".

Sulla base della distinzione all'epoca imperante tra *felonies* e *misdemeanours*, si ricordi come tutte le categorie di partecipi erano configurabili per entrambi i reati tranne che per quanto riguarda *accessories after the fact* che non erano previsti per il *misdemeanours* in quanto ritenuto di scarso interesse sociale da giustificare una sanzione così eccessiva in capo a dei partecipi susseguenti.

Forme di complicity

Già con lo *Statute Law* del 1861 venne codificata la tradizione di *common law* così come l'abbiamo delineata con la specifica delle condotte di partecipazione criminose inquadrata in:

a) *aiding*: analizzando il termine letteralmente significa "aiuto" e rappresenta la tipica condotta agevolatrice nei confronti dell'autore del reato indipendentemente dal fatto che questi manifesti il proprio consenso. La condotta di *aiding* si trasformerà in autonomo reato di *incitement* qualora non desse adito ad alcuna condotta da parte dell'autore;

b) *abetting*: incitamento o consiglio *al momento della commissione del reato*;

c) *counselling*: incitamento o consiglio *prima della commissione del reato*. Sia nel caso b) che nel caso c) si richiede la consapevolezza da parte dell'autore del effettivo apporto mentale. Si parla di vera e propria "connessione di spirito" senza che ci sia effettivo nesso di causalità tra istigazione e reato²³;

d) *procuring*: richiede proprio il nesso casuale precedentemente dichiarato non necessario nell'ipotesi precedente anche senza che sussista una effettiva consapevolezza nei confronti dell'autore del reato.

Con l'eliminazione della distinzione tra le forme di reato sopraggiunta un secolo dopo si giunse alla definitiva formulazione così come riformulata dal *Criminal Law Act* del 1977 dove si specificava che:

"Whosoever shall aid, abet, counsel, or procure the commission of [any **indictable offence**], whether the same be [an offence] at common law or by virtue of any Act passed or to be passed, shall be liable to be tried, indicted, and punished as a principal offender".

Nella *common law* il rapporto funzionale tra autore e partecipi si configura nel senso che la responsabilità dei secondi è immaginabile solo laddove sussista una concreta presenza di un autore anche se non punibile. Si tratta di un principio coincidente in parte con l'ultimo comma del nostro articolo 112 c.p. che ammette praticamente, anche se in via implicita, che ci sia il proscioglimento dell'autore con la condanna dei partecipi²⁴.

La funzione principale svolta da questa norma è, come da noi, quella di incriminare condotte altrimenti non punibili.

Si ricordi come l'individuazione dei "ruoli singoli" all'interno dell'eventuale concorso serva a garantire, nonostante il principio della medesima pena, la

²³ ALLEN M. J. *Textbook ... cit.*, p. 189

²⁴ Cfr. VINCIGUERRA, p. 399

possibilità da parte del giudice di comminare o meglio di aumentare - diminuire la pena sulla base delle prestazioni effettuate dai singoli partecipi.

Il problema vero è sempre stato il "come" distinguere a volte l'autore principale dagli altri partecipi: è ammessa la contestazione alternativa dei due ruoli nel medesimo capo d'imputazione²⁵; l'*accessory* può essere punito (con la pena prevista per il *principal*: art. 8 *Act 1861*) anche se quest'ultimo non viene identificato²⁶; è ritenuta bastevole per attribuire la qualifica di *principal* a ciascun concorrente l'esecuzione comune del reato, purché sorretta dall'intendimento collaborativo tra i concorrenti, senza che occorra individuare il ruolo svolto da ognuno di essi. Ma quando non sia provato l'intendimento collaborativo fra i concorrenti, nessuno risponde per gli atti commessi dall'altro: così nel caso di aggressione con calci seguita da morte, senza che sia possibile provare chi ha vibrato il calcio mortale né la volontà collaborativa dei concorrenti, la Corte d'Appello annullò la condanna per omicidio²⁷.

Venendo dunque ora agli aspetti di carattere soggettivo, è necessario illustrare la tematica del cosiddetto "autore del reato" secondo la disciplina a *common law* ereditata dalla tradizione israeliana.

Le problematiche e le forme di partecipazione

Generalmente possiamo così schematizzare il tema, riassumendo all'interno della categoria "autore del reato" le seguenti figure:

1) chi agisce con *mens rea* secondo le specifiche indicate dalla legge di riferimento per la realizzazione di un reato;

2) chi determina un soggetto terzo che però è incolpevole - *innocent agent* a commettere il reato: è questa la tipica situazione che si verifica quando l'autore decide di agire attraverso l'utilizzo di un minore di anni 10 o soggetto privo dell'elemento psicologico richiesto, o affetto da vizio di mente o non punibile per qualsiasi altra causa. Chiaramente in questo caso sarà chiamato a rispondere solo l'autore mentre l'*innocent agent* sarà dichiarato non punibile.

²⁵ *Gaugham* (1990) CLR 880

²⁶ *Forman and Ford* (1988) CLR 677

²⁷ *Petters and Parfitt* (1995) CLR 501; VINCIGUERRA, p. 401 - 402

Come si dice in dottrina²⁸, si tratta di una deroga al principio di *common law* secondo cui per la responsabilità dell'*accessory* basta l'esistenza di un autore - *principal* ancorché non punibile. Nel caso, l'esecutore materiale - *principal* non risponde del fatto in quanto *innocent* e ne risponde, invece, il partecipe ma non come *accessory* bensì come *principal*. Si vuole così sottolineare la particolarità del caso in cui il partecipe pur non agendo direttamente, si avvale di un altro soggetto come strumento inconsapevole nelle sue mani: ciò giustifica, ad avviso delle corti, il considerarlo quale autore del fatto. Non è difficile cogliere la vicinanza tra questa dottrina e quella tedesca dell'autore mediato.

Chiaramente i problemi veri e propri nascono quando si richiede per il compimento di un dato reato una particolare qualifica soggettiva o il fatto viene descritto in termini di *condotta strettamente personale*.

Molti sarebbero i casi riportati in giurisprudenza che testimoniano le grandi difficoltà che l'ordinamento manifesta nel tentare di trovare adeguata soluzione a problematiche di questo tipo che, spesso, si ritrovano a essere risolte con la stessa tecnica che in Israele sembra essere diventata l'unica a dare una certa sicurezza: la casistica individuale, per cui, ai giudici viene dato ampio spazio per esprimersi al fine di trovare soluzioni al problema, soluzione che a volte sembrano anche estremamente fantasiose.

Per motivi di completezza riportiamo un esempio già citato in dottrina e rubricato come "caso *Bourne*²⁹".

Bourne aveva costretto la moglie ad avere rapporti con il loro cane. Pur essendo la bestialità un reato, la donna non venne accusata per la presenza della *duress* di costrizione del marito su di lei. Il marito venne accusato di partecipazione nel reato di sodomia e condannato in primo grado. In secondo grado venne sollevata l'eccezione per cui non essendo stato commesso nessun reato *Bourne* non poteva essere condannato come partecipe. La Corte, pur di condannarlo per l'azione turpe compiuta, creò la nozione di *reato de facto* affermando che in realtà la moglie aveva realizzato il reato contemplato dalla legge ma non poteva essere

²⁸ VINCIGUERRA, p. 403

²⁹ *Bourne* (1952) 36 Cr. App. R. 125

punita in quanto *innocent agent* e quindi era il marito a dover essere condannato come partecipe.

La tecnica usata dai giudici (considerare la moglie autrice materiale del reato e quindi *innocent agent*) permise di ovviare al fatto che il marito non poteva essere condannato quale agente per mezzo di un *innocent agent* (e quindi autore), poichè i reati sessuali richiedono un *personal bodily behaviour* dell'autore (personale condotta del corpo) che nella specie non poteva ravvisarsi in quanto il rapporto con il cane lo aveva avuto la moglie e non Bourne. Neppure con una grande estensione della norma incriminatrice si sarebbe potuto dire che era stato Bourne a commettere l'atto turpe per mezzo della moglie. Si poteva solo dire, come fu detto, che egli aveva partecipato al fatto commesso dalla moglie e quindi condannarlo a tale titolo³⁰.

3) i cosiddetti coautori, distinti a loro volta in :

a) coloro che realizzano per intero l'azione tipica;

b) coloro che sono parte di una medesima azione compiuta in forma *frazionata*;

4) sul problema della cosiddetta *vicarious liability* rimandiamo a quanto verrà detto più avanti.

In merito invece alle cosiddette "partecipazioni anomale" ricordiamo le seguenti tipologie:

A) partecipazione "omissiva" e assistenza passiva: perchè un soggetto che assiste ad un reato venga ritenuto responsabile di mancato impedimento deve essere gravato da obbligo giuridico. Quindi in termini di partecipazione occorre essere presenti almeno in base ad un preventivo accordo³¹.

Senza di questo, la semplice presenza è irrilevante.

³⁰ VINCIGUERRA, p. 405 - 406

³¹ *Clarkson* (1971) 3 All E.R. 344

Il problema si pone, per esempio, nel caso di chi si trovi ad assistere a spettacoli illeciti, di carattere pornografico: ci si chiede se chi effettivamente intervenga con applausi o commenti possa essere, di fatto, ritenuto un concorrente.

Si dice in dottrina che la presenza di uno spettatore che paga un biglietto per assistere al suddetto spettacolo è effettivamente elemento importante perchè senza l'intervento economico di costoro lo spettacolo non verrebbe di certo messo in scena. In realtà, la *defence* che singolarmente verrebbe proposta è che comunque lo spettacolo verrebbe proposto grazie al pagamento del biglietto di tutti gli altri intervenuti³².

L'assistenza passiva alla commissione di un reato diventa partecipazione mediante omissione quando si manifesta un obbligo o un potere di controllo sulle azioni del soggetto agente e ci si è astenuti deliberatamente dal farlo. Ecco qui che in casi come questi l'omissione venga in realtà configurata come forma precipua di incoraggiamento.

Motivo per cui il marito che guarda la moglie che strangola i figli sarà ritenuto concorrente in omicidio in quanto la sua deliberata astensione da una condotta impeditiva effettivamente sprona la moglie a continuare a compiere l'efferato atto³³.

Una riflessione, presente in dottrina, riguarda invece una serie di tipologie casistiche particolari raccolte tutte sotto il cappello della cosiddetta "finzione di incoraggiamento":

a) Il proprietario di un autoveicolo che si trovi a bordo dell'autovettura guidata da un altro soggetto verrà ritenuto partecipe dei reati di circolazione stradale commessi dal guidatore se non interviene per impedirli. Ovviamente tale responsabilità è prevista solo in caso di diritto di proprietà: negli altri casi di mero "ruolo di passeggero" la responsabilità risulterà esclusa a meno che non abbia effettivamente posto in essere una serie di atti finalizzati all'incitamento o al supporto di tale condotta criminosa;

³² Williams G., *Textbook*, cit. p. 350

³³ Russel (1933) VLR 59

b) caso "*National Coal Board v. Gamble*" (1959): la suddetta società aveva venduto ad un cliente un certo quantitativo di carbone. Al momento del ritiro, l'impiegato alle vendite aveva sottolineato al guidatore del camion che il peso era eccessivo per quel camion ma il guidatore aveva deciso di rischiare e partire. I giudici riconobbero in capo all'impiegato una responsabilità in concorso dettata dalla consapevolezza mostrata circa l'intenzione criminosa altrui che lo rendevano autore di condotta ausiliaria al reato di guida con carico superiore al limite legale³⁴.

B) autorità di polizia: si tratta del classico caso di partecipazione in concorso ad un reato per finalità legate alla volontà di cogliere in flagranza l'autore materiale, compiendo tuttavia un operato che di per sé resta comunque illecito. In tal senso la dottrina è abbastanza chiara:

a) qualora agissero da "agenti provocatori" determinando in modo profondo la commissione del reato saranno ritenuti "partecipi";

b) se agiscono solamente come "appoggio" ad un reato già di per sé abbozzato, saranno esenti da responsabilità.

La questione però non è estremamente lineare essendo arricchita da numerose pronunce molto spesso dense di problematiche soprattutto in merito alla nota *defence of entrapment* che per mancanza di evidenti legami con la dottrina israeliana preferiamo tralasciare.

4.1 segue: B) L'elemento soggettivo. - La tradizione *common law* richiede in primo luogo che l'autore abbia evidentemente la *mens rea* **Elemento soggettivo** relativa al reato di riferimento mentre, per quanto riguarda i concorrenti, perchè si possa effettivamente immaginare la possibilità di muovere un rimprovero penale anche a costoro, è necessario che essi abbiano agito sulla base del "medesimo disegno criminoso".

³⁴ Cfr. VINCIGUERRA, p. 413

I partecipi devono avere l'*intention* di supportare l'autore nel realizzare la condotta penalmente rilevante con *recklessness* o *wilful blindness* ma non con *negligence*³⁵.

Si ricordi quanto detto in merito all'*innocent agent* (ma anche in tutti i casi di *strict liability*³⁶) per cui mentre per i partecipi la *mens rea* con le caratteristiche indicate sarà fondamentale, nell'autore no.

Interessanti le riflessioni fatte in dottrina sul tema: si ricordi come mentre l'elemento soggettivo della partecipazione è organizzato sulla base delle riflessioni di *common law* secondo le quali non è possibile promuovere un rimprovero di responsabilità criminale se non sussiste un elemento psichico, la responsabilità dell'autore risponde alle regole modificate e stabilite dagli *statute law*. La maggiore attenzione che viene riposta nel partecipe è giustificata dal fatto che questi ha "minore controllo e minore conoscenza della situazione complessiva"³⁷.

Il partecipe dovrà solamente avere contezza del tipo di reato a cui contribuisce, senza ulteriori specifiche circa oggetto, tempo, luogo ecc.

³⁵ OHANA D., *The natural and probable consequence rule in complicity: section 34a of the Israeli penal law part I*, in *Is. L. R.* vol. 34, n. 3 2000, p. 322: "For example, § 21(2) of the Canadian Criminal Code provides as follows: Where two or more persons form an intention in common to carry out an unlawful purpose and to assist each other therein and any one of them, in carrying out the common purpose, commits an offense, each of them who knew or ought to have known that the commission of the offense would be a probable consequence of carrying out the common purpose is a party to that offense.

In Australia, see § 8 of the Criminal Code of Tasmania; § 8 of the Criminal Code of Queensland; § 8 of the Criminal Code of Western Australia. In the United States, see § 703.2, Penal Code of Iowa; § 21-320, Penal Code of Kansas; § 57.3(A) Penal Code of Maine; § 7.02(b), Penal Code of Texas; § 609.05, Penal Code of Minnesota; § 905.05, Penal Code of Wisconsin. It should be recalled as well that virtually all penal codes at the state level hold accomplices strictly liable under the felony-murder rule for killings committed in the course of a joint enterprise to commit a dangerous crime (e.g., robbery, kidnapping, rape, burglary, arson). See e.g., Wayne R. Lafave & Austin W. Scott, *Substantive Criminal Law*, vol. 2 (St. Paul, West, 1986) 211-13.

In some jurisdictions, the natural and probable and consequence rule in complicity has been declared constitutionally invalid, as a violation of defendants' rights. In Canada, the rule failed to survive constitutional scrutiny by the Supreme Court in the context of a murder charge. See *R. v. Logan*, 73 D.L.R.(4th) 40 (1990). In *Enmund v. Florida*, 458 U.S. 782 (1982), the United States Supreme Court overruled on constitutional grounds a death penalty sentence for an accessory convicted of murder, because he did not actually foresee the risk of the killing by his confederates. In *Tison v. Arizona*, 481 U.S. 137 (1986), however, the Court allowed the death penalty for an accomplice who acted without foresight but evinced reckless indifference toward human life through his involvement in the joint commission of the felony which resulted in the victim being shot to death by the confederate".

³⁶ *Johnson v. Youden e R. v. Roberts and George* (1997) CLR 209

³⁷ Cfr. *Callow v. Tillstone* (1900) 83 LT 411

Tutto ciò determina il generale principio per cui paradossalmente sarebbe sufficiente che il partecipe venga definito responsabile di tutti i fatti compiuti dall'autore sulla base della conoscenza esclusiva del tipo di reato, considerato che soggetto passivo, oggetto e modalità non vengono considerati dettagli essenziali. Addirittura, una corrente dottrinale ormai molto forte tende a considerare una responsabilità del partecipe per tutti gli atti compiuti dall'autore anche solamente sulla base della mera rappresentazione non solo di quel reato specifico effettivamente realizzato ma anche di tutti quelli che in alternativa l'autore avrebbe potuto compiere³⁸.

**Reato diverso
rispetto a quello
voluta da taluno dei
concorrenti.**

Il problema vero si verifica quando si realizza un reato diverso rispetto a quello voluto da taluno dei concorrenti.

Il principio generale è che a causa della sussistenza dell'accordo di base tra i correi, non può non escludersi, a seguito del "cambio di programma" da parte di uno di loro, una responsabilità penale per coloro che volevano esclusivamente il risultato preventivamente deciso, soprattutto se tale ulteriore e diverso reato poteva essere previsto.

In realtà, almeno da questo punto di vista, possiamo rintracciare degli elementi comuni con la disciplina di cui al nostro articolo 116 c.p. così come interpretato a seguito delle pronunce della Corte Costituzionale del 1965.

In particolar modo, in questo tema, si dice:

1) del reato diverso si risponde solamente nel momento in cui questo si mostra come naturale sviluppo logico del precedente reato stabilito e, soprattutto, proprio a causa di questa "logicità", viene ritenuto anche se implicitamente, condiviso in quanto mera conseguenza naturale dell'agire dei correi; si dice tecnicamente che:

³⁸ Cfr., il caso "*Maxwell*": questi aveva guidato un gruppo di terroristi, di cui faceva parte, in un locale pubblico sapendo che i compagni avevano un proposito criminoso non ben compreso da lui e che nell'auto c'erano armi. Alla fine, venne collocata una bomba. La Corte ritenne Maxwell responsabile come partecipe di atti diretti a cagionare una esplosione e di detenzione di una bomba, in quanto sapeva che una delle possibili intenzioni criminosi aveva ad oggetto quei reati. Cfr. VINCIGUERRA, p. 423

"perchè il concorrente sia colpevole, occorre dimostrare che egli si è prestato all'impresa criminale che implicava di arrecare un grave danno oppure la morte o che egli ha avuto una intesa tacita o espressa con l'autore principale in virtù della quale siffatto danno o morte sarebbe stato inflitto, se necessario. Se, tuttavia, il concorrente è consapevole senza essersi preliminarmente accordato in relazione alla condotta posta in essere, del fatto che l'autore principale potrebbe uccidere o infliggere gravi ferite e nondimeno continua a cooperare con lui nell'impresa, ciò sarà elemento soggettivo sufficiente perchè egli possa essere considerato colpevole di *murder* qualora, naturalmente, l'autore principale, con il necessario *intent*, cagioni omicidio nel corso di un' impresa criminale. Come è stato evidenziato dal Prof. Smith, il concorrente, in queste circostanze, si è spinto nell'impresa e, facendo ciò, ha portato assistenza ed incoraggiamento all'autore principale nel compimento di un'impresa per la realizzazione della quale egli è consapevole che possa venire commesso un *murder*³⁹".

Si deve dunque porre adeguata attenzione a ciò che costitutivamente faccia parte dell'accordo previsto: nell'esempio del reato di rissa, la condotta di uno dei corrissanti che nell'agone della lotta estragga un coltello e ferisca mortalmente un avversario, non può condurre l'intera banda alla condanna per omicidio non costituendo il coltello un elemento dell'accordo. Cosa diversa è se la morte dell'avversario fosse sopraggiunta a seguito di una mattanza di calci e pugni⁴⁰. Se invece tutti i partecipi avessero avuto previa contezza della presenza del coltello, sarebbero risultati responsabili di omicidio a seconda dell'uso previo che avrebbero voluto fare dell'arma.

Ancora più indicativa è la riflessione portata dalla giurisprudenza sul tema per cui:

"un partecipe è responsabile per gli atti commessi dall'autore del tipo di quelli che aveva previsto ma non necessariamente voluto (...) Tale regola

³⁹ *Hyde and others* (1990) 3 All. E. R. 892

⁴⁰ Cfr. caso *Davies* (1954) A.C. 378

ruota intorno alla considerazione preventiva - *contemplation* o alla *authorisation* che può essere esplicita ma più frequentemente implicita. E' questo il caso previsto come avvenimento - *incident* possibile del comune piano illecito. La responsabilità penale risiede nel partecipare alla vicenda con questa previsione⁴¹".

Riassumendo quanto detto fino ad ora, il partecipe sarà ritenuto responsabile del reato diverso realizzato dall'autore materiale se ha previsto il rischio del compimento del medesimo.

"Perciò, qualora l'*accessory* concorra nel reato di lesioni personali senza prevedere il rischio che l'autore potesse commettere un *murder* con la necessaria *mens rea*, egli non risponderà di omicidio, nemmeno nella forma di *manslaughter*, diversamente, risponderà di *murder* anche se l'evento diverso fu previsto come "incidente non voluto". per effetto di quella che gli inglesi definiscono *extension of the will*, cioè estensione al partecipe della volontà dell'autore materiale⁴²".

4.2 segue: C) Le forme di responsabilità. Premesse. - La legislazione israeliana riconosce 4 diversi tipi di responsabilità in merito alla *complicity*:

A) "Coperpetration" e "perpetration by means of another" costituiscono le forme più serie di *complicity* e danno origine alla cosiddetta "principal liability".

B) "Instigation" e "aiding" danno invece origine alla cosiddetta "secondary liability".

La differenza principale tra le due forme di responsabilità riguarda la pena da comminare: nel primo caso si riconosce l'applicabilità della medesima pena del

⁴¹ *Chang Wing - Siu* (1985) A.C. 168

⁴² VINCIGUERRA, *op. cit.*, p. 428

reato principale. In tal modo lo stesso tentativo di "Coperpetration" e "perpetration by means of another" viene punito allo stesso modo del tentativo di reato principale. Nel secondo caso, invece, l'ordinamento riconosce una pena inferiore: nel caso della *instigation* il massimo della pena può essere anche la stessa applicabile al reato base, nel caso del *aiding*, invece, il massimo della pena è la metà di quella prevista per il reato base.

Allo stesso modo, mentre è possibile immaginare i due primi istituti in relazione alle *contraventions*, tale situazione non è immaginabile invece per gli ultimi due.

4.2.1 segue: Aiding. - La presente è dunque la forma meno *serious* di *complicity*. La definizione esatta di *aiding* compare nella section 31 della legge penale israeliana:

Aiding

Accessory

Section 31. If a person does anything – before an offense is committed or during its commission – to make its commission possible, to support or protect it, or to prevent the perpetrator from being taken or the offense or its loot from being discovered, or if he contributes in any other way to the creation of conditions for the commission of the offense, then he is an accessory.

מי אשר, לפני עשיית העבירה או בשעת עשייתה, עשה מעשה כדי לאפשר את הביצוע, להקל עליו או לאבטח אותו, או למנוע את תפיסת המבצע, גילוי העבירה או שללה, או כדי לתרום בדרך אחרת ליצירת תנאים לשם עשיית העבירה, הוא מסייע.

Per quanto invece riguarda la pena da comminare, come abbiamo già avuto modo di affermare, è stabilita nel massimo come la metà di quella prevista per il reato base:

Penalty of accessory

Section 32. The penalty for being an accessory to the commission of an offense is half the penalty set by enactment for commission of the main offense; however, if the penalty set is –

- (1) the death penalty or mandatory life imprisonment, then his penalty shall be twenty years imprisonment;
- (2) life imprisonment, then his penalty shall be ten years imprisonment;
- (3) a minimum penalty, then his penalty shall not be less than half the minimum penalty;
- (4) any mandatory penalty, then it shall be the maximum penalty and half thereof shall be the minimum penalty.

הסיוע לעבור עבירה, עונשו מחצית העונש שנקבע בחיקוק בשל ביצועה העיקרי; ואולם אם נקבע לה

(1) עונש מיתה או מאסר עולם חובה עונשו מאסר עשרים שנה;

(2) מאסר עולם עונשו מאסר עשר שנים;

(3) עונש מזערי עונשו לא יפחת ממחצית העונש המזערי;

(4) עונש חובה כלשהו הוא יהיה עונש מרבי, ומחציתו תהא עונש מזערי.

Dal punto di vista strutturale, perchè si preveda un riconoscimento di responsabilità per *aiding* è in primo luogo necessario che l'autore compia *the principal offense*, per cui, ad esempio, se il *principal offender* integra con la sua condotta gli estremi di furto, *the aider* potrà essere responsabile di *aiding robbery*. Lo stesso dicasi per quanto riguarda il caso di tentativo.

Sulla questione però la dottrina specifica che:

"in case the aided person did not act at all toward the commission of the offense or only performed preparatory acts short of an attempt, the aided person does not commit an offence, and therefore the aider cannot be convicted of aiding. He or she cannot be convicted of attempting to aid

either, because there is no such offence. In such a case the aider is fully exempted from criminal liability⁴³".

Chiaramente, è idea condivisa in dottrina che perchè un soggetto sia responsabile di *aiding* è necessario che il *principal offender* sia suscettibile di responsabilità penale per il reato realizzato, per cui deve essere dimostrata il suo *state of mind* richiesto per la *conviction* e non deve poter godere di alcuna *defence*. Nel caso in cui il *principal* possa godere di una qualsiasi *defence* o manchi del *mental element* richiesto, l'*aider* non potrà essere condannato per *aiding* ma, in alcune circostanze, potrà rispondere per *perpetration by means of another*.

Per quanto riguarda l'elemento materiale, non è richiesto che la condotta dell'*aider* faciliti concretamente l'operato criminale. E' sufficiente che la sua condotta abbia potenzialmente facilitato la commissione del crimine attraverso una contribuzione che potrà essere fisica (attraverso la fornitura di strumenti necessari per il compimento del reato) o psicologica (attraverso un semplice supporto morale).

La condotta

Dal punto di vista del *mental element*, section 31 richiede nell'*aider* uno spirito tale che egli debba agire "to facilitate the commission of the offence".

Mental element

Indipendentemente dalle numerose interpretazioni dottrinali che si sono scatenate circa questo requisito base, la Corte Suprema ha affermato che non è necessario che l'*aider*, in realtà, abbia voluto che il reato specifico si realizzasse: è sufficiente che egli abbia preveduto la possibilità che il *principal offender* volesse commettere il reato base. In poche parole, si dice, è sufficiente solamente la *recklessness* circa tutti gli elementi del reato. Il codice richiede solamente che egli abbia voluto in realtà *facilitate* la commissione del reato, motivo per cui la Corte Suprema è intervenuta sottolineando come fosse sufficiente anche la sola *oblique intention* come pare sia sufficiente anche che l'*aider* abbia lo stato mentale della "quasi certezza che il suo contributo faciliterà l'agire del soggetto agente".

⁴³ MILLER J., *Handbook of Criminal Law*, p. 369

Non è dunque necessario, sempre per la Supreme Court, che egli abbia agito con lo stesso *state of mind* del *principal offender*, per cui, è irrilevante che egli abbia o meno voluto la realizzazione di quello specifico reato.

L'esempio che in dottrina si fa è il seguente:

"the offence of murder with premeditation requires, inter alia, that the actor want the death of another person to occur. In order to convict a person of aiding this offence, it is not required that the aider have wanted the death of another person to be caused by the acts of the principal. It is sufficient that the aider have foreseen the possibility that the principle would cause the death of another person and that the principal's actions would be performed with the mental state required for conviction of murder with premeditation, and that the aider also have wanted to facilitate the commission of the offence⁴⁴".

Come già abbiamo ricordato, non è ammissibile *aiding* per le contravvenzioni come indicato nella section 34C.

E' interessante notare come il codice inserisca un'altra norma nella parte speciale finalizzata a delineare precisamente il delitto di *facilitation*. Così infatti nel codice:

Provision of means for commission of felony

Section 498.

(a) If a person gives another tools, materials, money, information or any other means, knowing that they may directly or indirectly be used for the commission or to facilitate its commission, then he is liable to three years imprisonment.

(b) For purposes of this section, it does not matter whether the thing was given permanently or temporarily, for consideration or without consideration, and whether a felony was committed or not.

⁴⁴ MILLER J., *Handbook of Criminal Law*, p. 370

(c)The provisions of this section shall not derogate from other provisions of this Chapter and from the provisions of Chapters Four and Five and of sections 260 to 262, but shall add to them.

(א) הנותן לאדם כלים, חמרים, כסף, מידע או כל אמצעי אחר כשהוא יודע שהדבר עלול לשמש, במישרין או בעקיפין, לביצוע פשע או להקלת ביצועו, דינו מאסר שלוש שנים.

(ב) לענין סעיף זה אין נפקא מינה אם הדבר ניתן לצמיתות או לשעה, בתמורה או שלא בתמורה, ואם בוצע פשע ואם לאו.

(ג) אין בהוראות סעיף זה כדי לגרוע מהוראות יתר סעיפי פרק זה ומהוראות פרקים ד' ו ה' וסעיפים 260 עד 262, אלא להוסיף עליהן.

Come anche per la *conspiracy* anche per questa peculiare forma di *complicity* quale è *aiding*, il Codice inserisce una norma ulteriore e precipua che pur ricalcando di fondo quanto abbiamo detto se ne distanzia in termini strutturali.

E' interessante, tuttavia, notare che in questa norma s'introduca un elemento psicologico nuovo rispetto a *aiding* semplice: si richiede infatti che il soggetto abbia quantomeno la percezione che i vari strumenti servano a compiere un reato oltre che a facilitarlo.

In poche parole, non si parla solo di uno *state of mind* che alluda alla mera facilitazione, richiedendosi invece che ci sia un'autentica *foresight* del compimento del reato stesso.

In più, non si richiede in realtà che il reato sia effettivamente compiuto come nel caso di prima. Qui il tutto si perfeziona con la mera *datio* degli strumenti.

Anche la pena è stabilita già a monte senza alcuna relazione con reati base.

Il perchè di questa norma suppletiva che, come del resto è specificato, non deroga ma si aggiunge, è dettata dal fatto che un aiuto materiale espresso in queste forme viene considerato molto più pericoloso della mera istigazione come definita dal *aiding*, motivo per cui il legislatore ha manifestato un interesse peculiare nel prevedere una norma apposita e paradossalmente più dura.

4.2.2 segue: Instigation ⁴⁵. - La presente fattispecie è chiaramente considerata dal legislatore una forma più seria di responsabilità rispetto alla precedente *aiding*. La definizione dell'istituto alberga nella section 30 per la quale:

Instigation

Enticement

Section 30. If a person causes another to commit an offense by means of persuasion, encouragement, demand, cajolery or by means of anything else that constitutes the application of pressure, then he entices to an offense.

המביא אחר לידי עשיית עבירה בשכנוע, בעידוד, בדרישה, בהפצרה או בכל דרך שיש בה משום הפעלת לחץ, הוא משדל לדבר עבירה.

La pena da comminare è definita invece in section 34D

Restrictions on attempt, accessories and incitement

Section 34D. Unless legislation explicitly or implicitly provides otherwise, every enactment that applies to the commission of a completed offense itself also applies to an attempt, incitement, an attempt to incite or abetting in respect of that same offense.

העבירה של העיקרי הביצוע על החל דין כל, אחרת ממנו משתמע או בחיקוק נאמר אם מלבד עבירה לאותה, סיוע או לשידול נסיון, שידול, נסיון על גם חל המושלמת.

⁴⁵ Sui rapporti *common law - civil law* cfr. ROXIN C., *The dogmatic structure of criminal liability in the general part of the draft Israeli penal code - a comparison with german law* in *Is. L. R.*, Vol. 30, n. 1 - 2, 1996, p. 73: "Instigation is defined in section 30 as the prompting of another to commit an offence by demanding its commission, by urging or encouraging the actor, or by any other means that do not amount to duress or justification. The latter two situations are clearly examples of indirect authorship. Here, too, the vividness achieved through the use of examples is striking and is of considerable importance for interpretation. One can assume that cases, controversial in Germany, in which an act is induced by the arrangement of an enticing situation or through the telling of tempting stories about crimes committed by others, are not considered instigation by the Israeli draft. Since these fact situations do not contain the element of prompting that is common to all the statutory examples, they also cannot be deemed to belong to the "other means" found in section 30".

Anche in questo caso, perchè ci sia una condanna per *instigation* è necessario che il *principal offender* compia il reato base. Stesso discorso vale per il tentativo con la differenza che *instigator* può essere punito di tentativo di istigazione indipendentemente dalla realizzazione del reato base.

In dottrina l'esempio che viene portato è il seguente:

"if A convinces B to commit a specific offence, but B does not act at all toward the commission of the offence or performs only preparatory acts short of an attempt, B does not commit either the substantive offence or an attempt, and therefore A cannot be convicted of instigation. However, in these case A may be convicted of attempt to instigate⁴⁶".

Il massimo della pena prevista per il tentativo d'istigazione è solamente la metà di quanto previsto per il reato base, a differenza del fatto che il massimo della pena per il tentativo di un reato base è la stessa di quella prevista per il reato base e anche dell'istigazione vera e propria.

Chiaramente, è idea condivisa in dottrina che perchè un soggetto sia responsabile d'*instigation* è necessario che il *principal offender* sia suscettibile di responsabilità penale per il reato realizzato, per cui deve essere dimostrata il suo *state of mind* richiesto per la *conviction* e non deve poter godere di alcuna *defence*. Nel caso in cui il *principal* possa godere di una qualsiasi *defence* o manchi del *mental element* richiesto, l'*instigator* non potrà essere condannato per *instigation* ma, in alcune circostanze, potrà rispondere per *perpetration by means of another*.

E' assolutamente fondamentale che, perchè si riconosca questo tipo di responsabilità, le parole utilizzate dall'istigatore siano *conditio sine qua non* del compimento dell'atto criminale.

⁴⁶ MILLER J., *Handbook of Criminal Law*, p. 371

Section 30 non specifica, come spesso accade, il *mental state* richiesto. La corte Suprema si è espressa sostenendo la necessità che l'istigatore abbia voluto persuadere l'autore materiale circa la realizzazione del reato e soprattutto che abbia voluto la realizzazione di tale reato.

A differenza di quanto detto prima, la Corte in questa sede non ha detto nulla circa la possibilità che anche l'*oblique intention* possa esprimere il suo ruolo in questa fattispecie.

Non è prevista istigazione per le contravvenzioni (section 34C).

4.2.3 segue: Perpetration by means of another. - Quando una persona che pone in essere un *actus reus* di un reato è *exempted* dalla *criminal liability* (per qualsiasi motivo sia)⁴⁷, la persona che ha determinato *aiding o*

*Perpetration
by means of
another*

⁴⁷ Cfr. Alden Wattad M., *The Twilight Zone – Guidelines for the Characteristics of the Solicitor and the Perpetrator by Means of Another*, in *Journal of Law and Criminal Justice* March 2014, Vol. 2, No. 1, pp. 167-195: "The issue of perpetration by means of another revolves around the attribution of criminal liability. This embraces cases where the actor causes another person to perform the actus reus without that "other" having a criminal intent or where, for any other reason, the "other" is not criminally liable.²⁷ The cases, therefore, concern a person who commits a crime through another, where the latter is considered the long arm of the perpetrator, or, put differently, the "instrument" of the perpetrator. Underlying the above attribution of liability is the perception that it would also be right to impose criminal liability for a criminal act on the actor who caused the other to perform the actus reus, where that other has no criminal intent, or for any other reason is without criminal liability,²⁸ in accordance with the mental attitude of the actor. The contribution of the "perpetrator by means of another" arises only when he is aware that he contributes through the "other," whom he uses as an "instrument" to carry out the offense. Ostensibly, the "perpetrator by means of another" is an indirect offender. Nonetheless, according to the law, he is regarded as a direct offender and a principal perpetrator. This is because of his "internal" contribution to the commission of the criminal act, his share in the criminal task itself, and the fact that the principal perpetrator is merely an "instrument" in his hands. His contribution to the criminal event stems from his mental attitude as the person generating the offense. He regards the commission of the offense as being in his own interest, and not in the interest of the "other."³⁰ In contrast, the "other" is the one who, in practice, participates in carrying out the criminal offense, while being activated by the principal perpetrator and subject to the conditions that have turned him into an "instrument" in the hands of his principal.³¹ Therefore, unlike the joint perpetrator, the "perpetrator by means of another" does not actually take part in committing the offense. The "other" is the one who performs the actus reus, but he does so under conditions that usually negate his liability for the commission of the act, or where he lacks sufficient awareness to be ascribed criminal intent. The classic case, therefore, relates to a situation where the "other" is not criminally liable at all, for example, he is a minor or someone mentally incompetent, and the "perpetrator by means of another" does not physically take part in the criminal activity. The need to develop a principle relating to the commission of an offense through another arose because in the classical case, as mentioned, a "perpetrator by means of another" did not physically take part in the commission of the crime, and therefore he could not be a joint perpetrator, aider and abettor or solicitor. This was because at the time, the prevailing view was that solicitation required a completed offense or attempted offense, and the direct perpetrator had to satisfy all the elements of the offense or attempted offense, including the element of guilt, which was absent in the case of a minor or mentally incompetent person. This approach was also favored by the

instigation nei suoi confronti non potrà essere condannato per le suddette forme di *complicity* per i motivi già espressamente indicati. In questi casi, tuttavia, è possibile che i suddetti soggetti possano comunque rispondere di *perpetration by means of another*. Questa forma di *complicity* fa parte di quegli istituti di *complicity* che danno origine ad una *principal liability*. Pertanto, la pena resta quella stabilita per lo *standard case of perpetration of the principal offence* (section 29 a) e in più è ammessa la *perpetration by means of another* delle contravvenzioni.

E' chiaramente immaginabile anche il tentativo di *perpetration* con l'applicazione della stessa pena del tentativo semplice.

Section 29. Perpetrator

(a) Perpetrator of the offense - includes a perpetrator together with others or through another.

(b) Participants in the commission of an offense, who perform acts for its commission, are joint perpetrators, and it is immaterial whether all acts were performed jointly, or some were performed by one person and some by another⁴⁸.

learned scholars S. Z. Feller and Miriam Gur-Arye. In my view, it is correct to argue that the "perpetrator by means of another" is a direct perpetrator. Nonetheless, it can be claimed that the form of commission of a crime by means of another is a more serious criminal undertaking than direct commission of a crime, because the use of the "other" in order to commit the criminal offense, is an act, which, under the Basic Law, severely compromises human dignity. Moreover, the criminal potential of the "perpetrator by means of another" is more severe than that of the direct perpetrator, precisely because of the ability to turn the "other" into an "instrument," and the implementation of the criminal plan through the "other."

⁴⁸ ROXIN C., *The dogmatic structure of criminal liability in the general part of the draft Israeli penal code - a comparison with german law* in *Is. L. R.*, Vol. 30, n. 1 - 2, 1996, p. 70 - 71: " a) With regard to the doctrine of authorship, a special achievement of the draft lies not only in the fact that joint-authorship and indirect authorship are acknowledged, but also that their criteria are described in detail. As characterized in section 29(b), "joint-authors" are persons participating in the commission of an offence "while doing acts for its commission". I interpret this to mean that joint-authors must have undertaken acts in furtherance of the crime. This stance rejects the position taken in German judicial opinions and frequently supported in the literature, and which I have always fought against, that preparatory acts can serve as the basis for a joint-authorship. For additional clarification, the statement is included that it is immaterial if all acts are undertaken together or if some are undertaken by one person and some by others. This, it appears to me, corresponds exactly to my conception of joint-authorship as "participation with division of labor during the commission of an offence". I would be pleased if German judicial opinion, which often still works with unclear subjective criteria, could arrive at such a position".

(c) The perpetrator of an offense through another is a person who contributed to the commission of the act by another who acted as his instrument, the other person being in one of the following situations, within their meaning in this Law:

(1) minority or mental incompetence; (2) lack of control; (3) without criminal intent; (4) misunderstanding of the circumstances; (5) under duress or with justification.

(d) For the purposes of subsection (c), if the offense is conditional on a certain perpetrator, then the person in question shall be deemed

- (א) מבצע עבירה לרבות מבצעה בצוותא או באמצעות אחר.
- (ב) המשתתפים בביצוע עבירה תוך עשיית מעשים לביצועה, הם מבצעים בצוותא, ואין נפקה מינה אם כל המעשים נעשו ביחד, או אם נעשו מקצתם בידי אחד ומקצתם בידי אחר.
- (ג) מבצע באמצעות אחר הוא אדם שתורם לעשיית המעשה על ידי אדם אחרשעשאו ככלי בידי, כשהאחר היה נתון במצב כגון אחד המצבים הבאים, כמשמעותם בחוק זה:
- (1) קטינות או אי שפיות הדעת;
 - (2) העדר שליטה;
 - (3) ללא מחשבה פלילית;
 - (4) טעות במצב דברים;
 - (5) כורח או צידוק.
- (ד) לענין סעיף קטן (ג), אם העבירה מותנית בעושה מיוחד, יהיה אדם מבצע אותה עבירה גם כאשר הייחוד מתקיים באדם האחר בלבד.

Sulla base dell'analisi della lettera c) della section 29, l'istituto in oggetto è configurabile tutte le volte che il *perpetrator* agisce per la realizzazione di un reato attraverso l'opera di un soggetto che non riveste altro se non la qualifica di mero agente materiale. L'uso del termine *contributes* suggerisce, come indica la dottrina, che la section faccia egualmente riferimento tanto ai casi di *aiding* che ai casi di *instigation*⁴⁹.

⁴⁹ Cfr. Alden Wattad M., *The Twilight Zone – Guidelines for the Characteristics of the Solicitor and the Perpetrator by Means of Another*, in *Journal of Law and Criminal Justice* March 2014, Vol. 2, No. 1, pp. 167-195: In her article, "Committing an Offense by Another," Gur-Arye creates a dichotomy, distinguishing between "perpetration by means of another" and solicitation. In her view, the clear

Come è tipico delle tradizioni giuridiche di *common law* anche in questo caso il codice offre una lista relativamente soddisfacente delle esigenze generali di comprendere quando si possa in realtà configurare la situazione descritta.

E' opinione comune che la lista dei casi di cui alla lettera c) non sia da considerarsi assolutamente completa ma come "punto di partenza" per individuare situazioni simili⁵⁰.

language of Article 29(c) of the Penal Act requires the conclusion that the circumstances of "perpetration by means of another" will only exist when the other is without criminal liability, and that this conclusion is necessitated by the background of the concept of "perpetration by means of another." The concept was intended to complete the criminal complicity laws and within the framework of these laws, it was assumed that the liability of indirect partners, solicitors or aiders and abettors, was derived from the principal criminal act and, accordingly, was dependent on the commission of the offense by the perpetrator. Accordingly, in cases where the person who commits the actus reus does not bear criminal liability for his act, no liability can be imposed on partners in respect of their indirect participation. In order to allow liability to be imposed in these cases as well, it is necessary to adopt a further principle that allows the "partners" to be regarded as perpetrators of the offense; in effect, "perpetration by means of another."

In Gur-Arye's view, in contrast, when it comes to solicitation, the criminal liability of the solicitor is conditional upon the solicitee who performed the actus reus, being criminally liable for the commission of the offense. In her article, Gur-Arye proposes that the principle of "perpetrating an offense by means of another" should be regarded as one that defines the commission of the offense without regard to the laws of complicity. Accordingly, criminal liability created by virtue of the principle of "perpetration by means of another" in accordance with the proposed thesis, will be broader than the liability generally imposed under that principle. This will apply in a number of contexts: the liability will not be limited to cases in which the actor intended the "other" to commit the actus reus under circumstances where he would be without liability. It will be possible to impose liability by virtue of this principle even when the other party negligently performed the actus reus, as under those circumstances he might be liable for the offense of negligence; there would be no impediment to imposing liability by virtue of the principle of "perpetration by means of another" for offenses contingent upon personal characteristics, even though the actor does not possess these characteristics. In Gur-Arye's view, which sees the "perpetrator by means of another" as a perpetrator and not as an indirect partner, the distinction between the solicitor and the "perpetrator by means of another" is plain. This is due to the distinct contributions of the indirect partners to the commission of the offense, compared to the scope of their liability for the commission of the offense. Indeed, she shows the difficulty in distinguishing between these two forms of criminal activity – the difficulty is found in the fact that the solicitor is the one who generated the mens rea required for the formation of the offense in the mind of the solicitee, and without that contribution the solicitee would not have proceeded to commit the concrete offense he was solicited to perform; so that it may be said, that like a "perpetrator by means of another," the solicitor too is one who ultimately causes the offense to be committed by the "other," i.e., the solicitee. Nonetheless, in Gur-Arye's view, it is plain that at "the end of the day" the solicitee is the master of the decision to commit the offense, and it is up to him to choose whether or not he will actually carry it out. In contrast, according to her, in cases of perpetration by means of another, the assumption is that the "other" committed the offense without having any criminal intent or, for some other reason, without bearing criminal liability".

⁵⁰ ROXIN C., *The dogmatic structure of criminal liability in the general part of the draft Israeli penal code - a comparison with German law* in *Is. L. R.*, Vol. 30, n. 1 - 2, 1996, p. 71 - 72: "The definition of indirect-authors (section 29(c)) adopts the concept, common in German doctrine, of the perpetrator as a *Werkzeug*, a tool in the hands of the master-mind. It describes the perpetrator, the person directly performing the act, as someone "which serves as a tool in the first person's hands". The draft does not leave it at this vivid characterization. Instead, it lists its five acknowledged cases of indirect-authorship: first, criminal incapacity of the perpetrator due to

La section anche in questo caso non illustra quale sia lo *state of mind* richiesto per il configurarsi della responsabilità qui indicata.

young age or mental condition; second, when the tool lacks voluntariness (*Handlungsfähigkeit*); third, when the direct actor acts without *mens rea*; fourth, when he acts without awareness of the true state of things; fifth, when he is controlled in a manner amounting to duress. Since the first and the fifth cases each contain two conditions, the Israeli draft recognizes seven possible forms of indirect authorship. Indeed, the recognized forms of indirect authorship are treated comprehensively in the Israeli draft. The German legislature, however, has not risked making a similar list, because many issues are controversial in this area. The case of what in Germany is called the *qualifikationsloses doloses Werkzeug* (the perpetrator, or tool, who lacks the special offender characteristics that are elements of the crime) is absent from the list in section 29(c), to my mind rightly so, because in such a case the direct perpetrator is in fact not a "tool" in the hand of the master-mind. Rather, he is simply someone who lacks the requisite offender characteristics (*Täterqualifikationen*). It appears to me that section 29(d) does not encompass this case either. Section 29(d) addresses exactly the opposite case: for an offence that can only be committed by specific persons, the requirements of indirect-authorship according to section 29(c) addresses exactly the opposite case: for an offence that can only be committed by specific persons, the requirements of indirect-authorship according to section 29(c) can be satisfied even if only the direct perpetrator fulfills that condition. It is not clear to me how the Israeli draft would deal with a case in which the perpetrator lacks the requisite offender characteristics, such as a case in which a public official uses a non-official to perform an act which constitutes a criminal act only if carried out by a public official. Perhaps a clause should be added to section 29(d) that, according to my doctrine of duty crimes (*Pflichtdelikte*)⁹, would recognize an exceptional case of indirect-authorship. Another option would be to add to the instigation section a provision according to which someone can be considered an instigator of an offence requiring special offender characteristics even if the instigator alone, and not the perpetrator, possesses these characteristics.

These are very complicated questions of detail that may be the result of a misunderstanding on my part. A further inquiry concerns section 29(c)(4), which refers to a perpetrator who apparently acts intentionally but "without being aware of the true state of things". What sort of cases fall into this category? Mistakes of fact unrelated to the elements of the offence but which, nevertheless, conceal from the perpetrator the true nature of his actions? If so, we have before us a case that I have described as an error concerning the meaning of the act ("*konkreter Handlungssinn*"), concrete meaning of the acta proposition that is highly controversial in Germany. Above all, the distinction between these types of errors and a perpetrator's mere errors in motivation, errors that would not lead to indirect-authorship on the part of the master-mind, is subject to a great deal of controversy. It is not clear to me what knowledge, according to the Israeli draft, should belong to an interesting to know because several years ago German judicial opinion recognized as indirect-authorship a case in which the master-mind "awareness of the true state of things". I also do not know if this provision encompasses only mistakes of fact or if it also applies to mere cases of mistake of law on the part of the perpetrator. This would be interesting to know because several years ago German judicial opinion recognized as indirect-authorship a case in which the master-mind engineered the perpetrator's avoidable mistake of law. ¹ In Germany, scholarly opinion remains divided on this point. I have mentioned these points so that they can be addressed during the discussion. Clearly, even the most thorough of laws cannot solve all problems of interpretation. Besides, many issues can be clarified in the legislative commentary. However, the possibility that the text of the law itself could be more precise must always be considered. In any case, it must be said, in conclusion, that the regulation in the Israeli draft of authorship of crime is especially successful, and that it is easily reconcilable with the doctrine of *Tatherrschaft*, the theory of parties to crime that is dominant in Germany".

E' chiaro che, dall'analisi dei termini utilizzati, è necessario che il *perpetrator* voglia che *actus reus* del reato sia effettivamente compiuto dal agente materiale. Parte della dottrina sostiene egualmente la sufficienza dello stato di *recklessness*. In merito alla problematica suggerita dalla section 29 d) si ricordi quanto affermato in dottrina:

"section 29 d) clarifies that when an offence can be committed, according to its definition, only by a person who has a certain personal characteristic, A may be convicted of perpetration of this offence by means of another even if he does not have this characteristics provided that B has it⁵¹".

4.2.4 segue: Coperpetration. - *Coperpetration* è considerata la forma più seria di responsabilità criminale all'interno dell'alveo della *complicity* e da origine alla *principal liability*.

Coperpetration

La pena prevista in questo caso è la stessa di quella prevista per il reato base. E' ammessa la *coperpetration of a contravention*.

La pena per il tentativo è la stessa di quella prevista per il tentativo semplice.

La definizione del presente istituto trova albergo nella section 29 b) della legge penale israeliana che così la descrive:

Perpetrator

Section 29. (a) Perpetrator of the offense – includes a perpetrator together with others or through another.

(א) מבצע עבירה לרבות מבצעה בצוותא או באמצעות אחר.

Il primo requisito imprescindibile per la *coperpetration* è la sussistenza di un accordo tra le parti per commettere il reato, un accordo caratterizzato dalla condivisione del medesimo disegno criminoso.

⁵¹ MILLER J., *Handbook of Criminal Law*, p. 372

Il secondo requisito è che ciascun soggetto coinvolto abbia un ruolo concretamente attivo nella realizzazione del reato. Il vero problema è che il Codice non specifica quando effettivamente un atto possa essere definito tale perchè sia parte di *coperperation* o di *aiding*. E' evidente che *aiding* non riguarda casi in cui sussista un accordo previo ma solamente collaborazioni estemporanee. Ciò non basta tuttavia a definire l'ingarbugliata questione, tanto più che molto spesso ci sono evidenti situazioni di dubbio. Quale elemento dunque in più distingue l'istituto in esame dagli altri già analizzati?

La questione è importante soprattutto in termini di pena comminata perchè chiaramente quella prevista per la *coperperation* è più elevata rispetto a quella prevista per *aiding*.

In dottrina si specifica che se due soggetti, dopo aver raggiunto un accordo per commettere un certo reato personalmente, realizzano l'intero *actus reus*, ognuno interamente o per una parte, è chiaro che si tratta di *coperperation*. Il problema è quando un soggetto A personalmente realizza l'intero *actus reus* causandone personalmente l'evento naturalistico laddove presente mentre il soggetto B contribuisce alla realizzazione del reato compiendo atti che non costituiscono parte dell'*actus reus*: in tal caso, B dovrebbe essere punito per *aiding*? Non c'è chiarezza sul punto: sembrerebbe che B dovrebbe essere considerato *coperpretator* solo se il suo atto fosse effettivamente essenziale per il completamento del reato o, per meglio dire, che il suo contributo fosse così importante da risultare essenziale per la realizzazione dell'esito criminoso. Anche questa teoria però non sembra trovare il *magno plauso* delle Corti Israeliane che, in realtà, preferiscono affermare che "the stronger the physical contribution of B, the easier it should be to classify B as a coperpetrator".

Ancora si specifica che:

"If B belongs to the "inner" circle of the enterprise, B should be classified as a coperpretator, whereas if B belongs to the "outer" circle, B should be convicted of merely aiding".

Pertanto bisognerebbe tenere conto di due fattori:

- 1) dal punto di vista meramente fisico, quanto fosse *strong* il contributo di B;
- 2) dal punto di vista mentale, che grado di influenza ha offerto B al progetto "as his own".

Chiaramente, se dall'analisi risulterà che B era fortemente coinvolto nella commissione del reato, egli sarà ritenuto *coperpetrator*. Questo vuol dire che se anche ci fosse una massima contribuzione mentale e nessuna contribuzione fisica, egli non sarebbe considerato secondo questo istituto.

In ogni caso questa è solo una delle innumerevoli teorie sul caso: resta quindi una profonda verità, la grande confusione in caso di sovrapposizione tra *aiding* e *coperpetration*.

Inutile dire che dal punto di vista soggettivo si richiede lo stesso *intent* che per il reato principale.

4.2.5 segue: Liability for further offences. - Section 34 A tratta dei casi di responsabilità penale per "further offences".

Other or additional offense

Section 34A. (a)

If, while committing an offense, a perpetrator also committed a different or an additional offense, and if – under the circumstances – an ordinary person could have been aware of the possibility that it would be committed, then –

- . (1) the other joint perpetrators shall also bear liability for it; however, if the other or additional offense was committed with intent, then the other joint perpetrators shall bear liability for it only as an offense of indifference;
- . (2) a person who enticed or was an accessory shall also bear liability for it as an offense of negligence, if – with the given factual basis – there is such an offense.

If the Court convicted an accused under subsection (a)(1) for an offense for which a mandatory penalty is set, then it may impose a lighter penalty on him.

(א) עבר מבצע, אגב עשיית העבירה, עבירה שונה ממנה או נוספת לה, כאשר בנסיבות הענין, אדם מן היישוב יכול היה להיות מודע לאפשרות עשייתה
(1) יישאו באחריות לה גם המבצעים בצוותא הנותרים; ואולם, נעברה העבירה השונה או הנוספת בכוונה, יישאו המבצעים הנותרים באחריות לה כעל עבירה של אדישות בלבד;

(2) יישא באחריות לה גם המשדל או המסייע, כעבירה של רשלנות, אם קיימת עבירה כזאת באותו יסוד עובדתי.

(ב) הרשיע בית המשפט נאשם על פי סעיף קטן (א)(1) בעבירה שנקבע לה עונש חובה, רשאי הוא להטיל עליו עונש קל ממנו.

Il principio alla base di questo istituto è fondamentalmente rintracciabile nel fatto che quando A partecipa alla commissione di un reato posto in essere da B e nel corso della commissione di questo reato B commette un ulteriore reato addizionale, A potrebbe in certi casi rispondere anche per l'ulteriore reato anche se A non ha realizzato tutti i requisiti necessari a che possa essere teoricamente incriminato di *complicity* per la commissione del reato ulteriore.

Questa norma è considerata estremamente problematica perchè devia chiaramente dai principi base del diritto penale israeliano: "every person should be convicted and punished only in accordance with the degree of his or her personal blameworthiness" che contrasta evidentemente con quanto declamato nella section 34A a) dove appunto si ammette la possibilità di una responsabilità penale secondo lo schema ora descritto, sulla base di mera *negligent* per la quale, secondo la section 21 (b) si prevedrebbe una sanzione penale pari ad un massimo di 3 anni di reclusione, sanzione che ovviamente cede il passo dinanzi alle norme di cui alla stessa section 34 ora analizzata.

Il paradosso è dunque proprio questo: un comportamento che normalmente sarebbe sanzionato penalmente con una reclusione pari a 3 anni viene inspiegabilmente ad essere sanzionato con una pena che, nel suo massimo, potrebbe raggiungere anche i 20 anni.

La questione fu oggetto di una particolare controversia dottrinale nel caso *Silgado*, caso nel quale si sottopose la "presunta incostituzionalità" della norma di cui alla section 34 rispetto ai principi di *Human Dignity* e *Liberty* previsti come base dell'ordinamento.

La Corte Suprema tuttavia, appellandosi ad esigenze di *general deterrence* non ritenne idonea una valutazione del genere salvando di fatto la validità della norma.

Analizzando la vecchia formulazione della norma, è interessante notare che un certo numero di cambiamenti significativi sono stati fatti nella legge per quanto riguarda la ripartizione delle responsabilità tra i vari tipi di partecipanti nella commissione del reato previsto per la commissione di un reato collaterale. Tenendo presente che le disposizioni precedenti in materia, vale a dire, le sezioni 28 e 29 della legge penale di Israele (di seguito, "sezioni 28 e 29 P.L."⁵²), sono stati per la maggior parte modellate sulla base delle simili norme presso gli ordinamenti di *Common Law*, veniamo ad evidenziare le principali novità:

⁵² Section 28: When two or more persons form a common intention to prosecute an unlawful purpose in conjunction with one another, and in the prosecution of such purpose any offense or offenses is or are committed of such a nature that the commission is a probable consequence of the prosecution of such purpose, each of such persons being present at the commission of any of such offenses is deemed to have committed the offense or offenses committed.

Section 29: When a person counsels another to commit an offense, and an offense is actually committed after such counsel by the person to whom it is given, it is immaterial whether the offense actually committed is the same as that counseled or a different one, or whether the offense is committed in the way counseled or in a different way provided in either case that the facts constituting the offense actually committed are a probable consequence of carrying out the counsel.

Cfr. OHANA D., *The natural and probable consequence rule in complicity: section 34a of the Israeli penal law part I*, in *Is. L. R.*, vol. 34., n. 3, 2000, p. 329: "The guiding interpretation of § 28 P.L. was set down by the Supreme Court in the landmark decision C.A. 377/67 *Yossef Dahan & David Ben Haroush v. State of Israel* (1969) 23(i) P.D. 197. That decision concerned §§ 24 and 25 of the Criminal Code Ordinance, 1936, which was in force until a new version of the Criminal Code Ordinance was completed in 1977, the Penal Law, 5737-1977. The provisions governing accomplice liability for collateral offenses remained substantially the same, but were relocated to §§ 28 and 29 of the Penal Law. The facts in the *Dahan & Ben Haroush* case were as follows: The defendants undertook to commit a bank robbery. In the midst of the hold-up, Ben Haroush's gun accidentally went off. Under pressure, the defendants resolved to leave the premises. While they were still withdrawing but after Ben Haroush had already exited, Dahan shot and killed the bank manager. The District Court convicted Dahan of murder under § 214(d) of the Criminal Code Ordinance (§ 300(a)(4) of the Penal Law), but acquitted Ben Haroush of the complicity charge under § 28 P.L. The Supreme Court, however, reversed the judgment of the District Court and convicted Ben Haroush, too, for the killing of the bank manager".

1) *The Instigator*: mentre ai sensi della section 29 PL, *the instigator* è stato ritenuto responsabile nella stessa misura come il *principal* per i reati oggettivamente prevedibili commessi successivamente alla sua induzione del principale alla commissione del reato previsto, la sua responsabilità ai sensi della sezione 34A (a)(2) è stata limitata "a crime of negligence based upon the *actus reus* of the collateral offense".

2) *The Aider*: Si ricorda che la *common purpose rule* nella sezione 28 P.L. era applicata solo ai casi in cui *the aider* era presente durante la commissione del *collateral offense*, in modo tale che gli *aider*s che avevano contribuito solo alle fasi preparatorie dell'impresa non erano soggetti alla responsabilità per l'ulteriore condotta criminale ai sensi della presente disposizione. In base alla nuova section 34A(a)(2), al contrario, tutti gli *aider* sono considerati in modo uniformemente responsabile per quanto riguarda la commissione di un reato *collateral for the corresponding crime of negligence*. Così, la responsabilità del *aider* attuale è notevolmente attenuata sotto la nuova Parte generale: considerando che, secondo la regola precedente, egli era ritenuto responsabile nella stessa misura del *principal* per i reati oggettivamente prevedibili commessi a sostegno dello scopo comune, la sezione 34A (a) (2) invece ne riconosce una qualche responsabilità e, comunque, solo per *negligence* solo *provided that such a crime exists*. L'attuale *aider* non - presente, d'altra parte, non è più libero dalla responsabilità "with respect to objectively foreseeable offenses perpetrated incidentally to the commission of the projected crime, as section 34A(a)(2) holds him liable for the corresponding crime of negligence⁵³".

3) *Co-Principals*: Come prima della promulgazione della nuova Parte generale, la portata della responsabilità co-principale per la maggior parte delle forme di partecipazione ad attività criminali, che qualifichiamo come *joint perpetration* ai sensi della section 29 (b), per reati collaterali rimane inalterato, con la notevole

⁵³ OHANA D., *The natural and probable consequence rule in complicity: section 34a of the Israeli penal law part I*, in Is. L. R., vol. 34., n. 3, 2000, p. 330.

eccezione prevista ai sensi della sezione 34A (a)(1) per la quale la commissione "by the confederate of a result-crime predicated on a mental requirement of intent only gives rise to co-principal liability for a crime of reckless indifference⁵⁴".

È da notare anche che la responsabilità ai sensi della sezione 34A (a)(1) risulta addebitata indipendentemente dalla presenza del co-principale nel corso della commissione del reato aggiuntivo.

Infine, anche la sezione 34B si allontana dalla legge precedente "in that it renders previously mandatory penalties facultative when the *mens rea* imposing mechanism in section 34A(a)(1) is availed of to convict a joint perpetrator for the further criminal conduct of his fellow primary participant⁵⁵".

⁵⁴ *Ibidem*

⁵⁵ *Ibidem*

BIBLIOGRAFIA

- ABRAMS N., *Interpreting the Criminal Code Ordinance, 1936: The Untapped Well*, in 7 *Is. L.R.*, 1972;
- AKZIN B., *The Israel Legal System*, in *International Lawyer's Convention In Israel*, 1959; 190
- ALBRIDGE P., *The Coherence of Defences*, in *Crim. L. Rev.*, 1983, 665
- ALDEN WATTAD M., *The Twilight Zone – Guidelines for the Characteristics of the Solicitor and the Perpetrator by Means of Another*, in *Journal of Law and Criminal Justice*, 2014, Vol. 2, No. 1
- ALEXANDER L., *Insufficient Concern: a Unified Conception of Criminal Culpability*, in 88 *California Law Review*, 2000, 931
- ALEXANDER L., *Justification and Innocent Aggressors*, in 33 *Wayne l. rev.*, 1987, 1177
- ALLEN M. J., *Textbook on criminal law*, IV ed. 1997
- AMELUNG K., *Zuir Krilik des kriminalpolitischen Strafrechtssystem von Roxin*, in *Grundfragen des modernen Strafrechtssystema* (Berlin, B. Schuenemann, 1984); 85.

- ANSELMO A., *Costituzione e democrazia: l'esperienza israeliana*, in *Dir. pubb. comp. ed. eur.*, 2000, 419
- ASHWORTH A., *Belief, Intent and Criminal Liability*, in Eekelaar J. and Bell J. (eds) *Oxford Essays in Jurisprudence*, 3 Series, Oxford Univ. Press, 1987
- ASHWORTH A., *Criminal Justice and Deserved Sentences* in *Criminal Law Review*, 1989; 340
- ASHWORTH A., *Principles of Criminal Law*, (2. ed.) Oxford Univ. Press., 1995a
- ASHWORTH A., *Principles of Criminal Law*, (3. ed.) Oxford Univ. Press., 1999
- ASHWORTH A., *Reforming the Law of Murder*, in *Criminal Law Review*, 1990; 75
- ASHWORTH A., *Self-Defence and the Right to Life*, 34 *Cambridge L.J.*, 1975; 283
- ASHWORTH A., *Sentencing and Criminal Justice*, (2 ed.), London, 1995b
- ASHWORTH A., *Sentencing and Criminal Justice*, (3 ed.), London, 2000
- ASHWORTH A., *The scope of criminal liability for omissions* in *Law Quarterly Review* (Sweet & Maxwell), 1989
- ASLAN Y., *Transformation of Turkish Criminal Law from the Ottoman-Islamic Law to the Civil Law Tradition*, in *Ankarabar review*, 2/2009; 94 -95
- AUDI R., *Intending*, in 70 *Journal of Philosophy*, 1973; 387
- BABYLONIAN TALMUD, *Tractate Makkos* (ArtScroll Series/Schottenstein ed., 2002)
- BABYLONIAN TALMUD, *Tractate Sanhedrin* (ArtScroll Series/Schottenstein ed., 2002)
- BAKAOUKAS, M., *The conceptualisation of 'Crime' in Classical Greek Antiquity: From the ancient Greek 'crime' (krima) as an intellectual error to the christian 'crime' (crimen) as a moral sin.* in *ERCES (European and International research group on crime, Social Philosophy and Ethics)*, 2005:
- BAKER D. J., GLANVILLE WILLIAMS, *Textbook of Criminal Law*, Sweet & Maxwell: London, 2012
- BAKER J.H., *An Introduction to English Legal History*, London, 2002
- BALESTRIERI D., GIRALDI C., *Introduzione allo studio del diritto penale irlandese. I principi*, 2000
- BARAK A., *Interpretation and Adjudication: Elements of an Israeli Theory of Statutory Interpretation*, in 10 *Jyunei Mishpat* , 1987; 467
- BARAK A., *Judicial Discretion*, 1989
- BARAK A., *Purposive Interpretation in Law*, 2005
- BARAK A., *The Foundations of Judicial Review on Knesset Legislation*, in *Bareket Book*, 1977; 277
- BARAK A., *The Judge in a Democracy*, 2006
- BARAK A., *The Legislative Revolution - Protected Human Rights*, in 1 *Law and Government in Israel*, 1993; 9
- BARAK A., *The Supreme Court as a Constitutional Court*, in 6 *Mishpat Umimshal*, 2003; 315
- BAYLES M.D., *Reconceptualizing Necessity and Duress*, in 33 *Wayne L. Rev.*, 1987; 1197
- BAZEMORE G. & STINCHCOMB J. B., *Civic Engagement and Reintegration: Toward a Community-Focused Theory and Practice*, in 36 *Colum. Hum. Rts. L. Rev.*, 2004; 241, 256-57

- BEATTIE J.M. , *Crime and the courts in England 1660-1800*, 1986
- BEDAU H., *he Right to Life*, in 52 *Monist* 550, 1968; 570
- BEIER A.L., *Masterless men: the vagrancy problem in Britain 1500-1640*, 1985
- BEIN D., *Knowledge which Reached a High Degree of Probability*, in 2 *Israel Law Review*, 1967; 18
- BEIN D., *Mistake as to Penal and Extra-Penal Law: Setting the Border or Eliminating the Distinction?* in 30 *HaPraklit* , 1976; 106
- BEIN D., *Mistake of law*, in *I. L. R.*, Vol. 30, 1996, n. 1
- BEIN D., *Preparatory offences*, in 27 *Isr. L. Rev.*, 1993
- BEIN D., *The "completed offence" and the attempt - some problems in criminal law interpretation*, in 4 *Isr. L. Rev.*, 1969; 216
- BELLOMO M., *The Common Legal Past of Europe 1000-1800*, Washington DC, 1995
- BENNET J., *Morality and Consequences* in S. M. McMurrin (ed.) *The Tanner Lectures of Human Values*, vol. 2, Salt Lake City, 1981; 45
- BENNET J., *The Act Itself*, Oxford, 1995
- BENTHAM J., *Principles Of Morals And Legislation 170-77* (New York 1948) (1st ed. Oxford 1789).
- BERMAN M. N., *Introduction: Punishment and Culpability* in *Ohio State Journal of criminal law*, vol. 9, 2012; 441 - 442
- BIN NUN A., *The Law of the State of Israel*, Gerusalemme, 1990
- BLACK'S LAW DICTIONARY 1053 (Bryan A. Garner ed., 8th ed. abr. 2005).
- BLACKSTONE W., *Commentaries on the laws on England*, vol. IV, 1769 (rist. The University Chicago Press, 1979)
- BLACKSTONE, W., *Commentaries on the Laws of England (Book IV)*, 1765, Oxford: Clarendon Press
- BONTA & MOTIUK, *The Diversion of Incarcerated Offenders to Correctional Halfway Houses*, in 24 *J. Res. Crime & Delinq.* 1987; 302, 312
- BRADY T., *Punishment for Negligence: A Reply to Professor Hall*, in 22 *Buffalo L.R.*, 1972; 107-113-115
- BRAHAMS D., *R. v. Sullivan: epilepsy, insanity and the common law*, in *NLJ*, 1983
- BRAITHWAITE, *Crime, shame and reintegration*, in *Cambridge Univ. Press*, 1989
- BRANDT R.B., *A Motivational Theory of Excuses in the Criminal Law*, in 27 *Nomos*, 1985; 165
- BRETT - MCLEAN, *Criminal Law and Procedure of Lagos, Eastern Nigeria and Western Nigeria*, 1963
- BRETT, J., *Dissent opinion*, in *R. v. Prince*, 1875
- BUZZARD L.H., *Intent*, in *Criminal Law Review*, 1978
- BYRD B.S., *Wrongdoing and Attribution: Implications Beyond the Justification-Excuse Distinction*, in 33 *Wayne L Rev.*, 1987; 1289
- BYRD B.S., *Wrongdoing and Attribution: Implications Beyond the Justification-Excuse Distinction*, in 33 *Wayne L. Rev.*, 1987; 1289
- CADOPPI A., MCCALL SMITH A., *Introduzione allo studio del diritto penale scozzese*, 1995
- CALABRESI G., *The Cost of Accidents - A Legal and Economic Analysis*, New Haven and London, 1970
- CAMPBELL G., *Offence and Defence*, in *Criminal law and justice: essays from the w.g. hart workshop*, 73, 83 (1.H. Dennis ed., 1987).

- CARD R., CROSS R., JONES P.A., *Criminal Law*, (14 ed.) London, 1998
- CARMI G., *A constitutional court in the absence of a formal constitution? On the ramifications of appointing the israeli supreme court as the only tribunal for judicial review*, in *Connecticut journal of int'l law*, vol. 21: 67, 68:
- CAVANAUGH T.A., *Double Effect and the End - Not - Means Principle: A Response to Bennett*, in *16 Journal of Applied Philosophy*, 1999; 181
- CERCHIAI G., ROTA G. (curatori), *Maimonide e il suo tempo*, Milano, Franco Angeli, 2006.
- CHAPMAN B., *A Theory of Criminal Law Excuses*, in *75 I Can. J. of L. and Jurisprudence*, 1988
- CHESNEY E. J., *Concept of Mens Rea in the Criminal Law*, in *29 Am. Inst. Crim. L. & Criminology*, 1938-1939; 627
- CHOURAQUI A., *Historie des Juifs en Afrique du Nord*, Parigi, Hachette, 1987.
- CICERONE, *De natura deorum*
- CICERONE, *De officiis*
- CODE OF HAMMURABI, *Laws 196-97*, 199 (L. W. King., trans.), in *The Avalon Project at Yale Law School*, 2003
- COHEN, G. A., *Capitalism, Freedom and the Proletariat*, 1991
- COLLINS DICTIONARY OF LAW, W.J. Stewart, 2006
- COOGAN, M. D., BRETTLER, M. Z., NEWSOM, C. A., & PERKINS, P., *The new Oxford annotated Bible: New Revised Standard Version : with the Apocrypha : an ecumenical study Bible*. Oxford [England], Oxford University Press, 2010
- CRESPI, FORTI, ZUCCALA', *Commentario breve al Codice Penale*, 12 ed., 2011
- CROMARTIE A., *The Constitutionalist Revolution: An Essay on the History of England, 1450-1642*, Cambridge, 2006
- CROSS R. - JONES A. - CARD R., *Introduction to criminal law*, XI ed., 1998
- CROSS R., JONES A. CARD R., *Criminal law*, XIV ed., 1998,
- CROSS R., JONES A., *An introduction to criminal law*, VI ed., 1968,
- CROSS R., JONES P.A., *Introduction to Criminal Law*, (10 ed.) London, 1984
- CROSS R., *Precedent in English Law* (2nd ed., Oxford, 1968)
- CROSS R., *The Mental Element in Crime*, in *83 Law Quarterly Review*, 1967; 215
- CURZON L. B., *Criminal law*, II ed., 1977
- DAINOW J., *The Civil Law and the Common Law: Some Points of Comparison*, in *American Journal of Comparative Law*, volume 15, number 3, 1966-67; 419-35,
- DAN-COHEN M., *Responsibility and the Boundaries of the Self* , in *105 Harv. L.R.*, 1992; 959
- DAVID - BRIERLY, *Major Legal Systems*, London, 1968; 103
- DAVIDSON H., *Moses Maimonides: The Man and His Work*, Oxford University Press, 2005
- DAVIES J. D., *Common Law*, Noviss. DI, III, 1959; 667
- DE MALEISSYE J., *Storia dei veleni. Da Socrate ai giorni nostri*, Bologna, Odoya, 2008.
- DE PAOLIS - D. CITO, *Le sanzioni nella Chiesa. Commento al Codice di diritto canonico, libro VI*, Città del Vaticano, 2000.

- DE VERGOTTINI G., *Diritto Costituzionale comparato*, Padova, 1999
- DEL POZZO M., *Il rapporto tra delitto e peccato nell'attualità del diritto canonico*, in *Ius Canonicum*, 53, 2013; 203 - 205
- DENNIS I. H., *The Mental Element for Accessories* in P. SMITH (ed.) *Criminal Law: Essays in Honour of J. C. Smith*, London, 1987
- DENNIS I., *Intention and Complicity a Reply*, in *Criminal Law Review*, 1988; 649
- DRESSIER J., *Reflections on Excusing Wrongdoers: Moral Theory, New Excuses, and the Model Penal Code*, in *19 Rutgers l. j.*, 1988
- DRESSIER J., *Rethinking Heat of Passion: A Defense in Search of a Rationale*, in *73 J. crim. l. & criminology*, 1982; 421
- DRESSLER J., *Justifications and excuses: a brief review of the concepts and the literature*, in *33 Wayne L. Rev.*, 1986-1987; 1155
- DROR Y., *Constitutional Trends in States that Recently have become Independent*, in *Israeli Reports To The Sixth International Congress Of Comparative Law*, 1962; 81
- DUFF R. A., *Absolute Principles and Double Effect*, in *36 Analysis*, 1976; 68
- DUFF R. A., *Answering for crime; responsibility and liability in the criminal law*, 2007
- DUFF R. A., *Intention, Agency and Criminal Liability*, Oxford, 1990
- DUFF R. A., *Intention, Mens Rea and the Law Commission Report*, in *Criminal Law Review*, 1980a; 147
- DUFF R. A., *Intention, Recklessness and Probable Consequences*, in *Criminal Law Review*, 1980b; 404
- DUFF R. A., *Intentionally Killing the Innocent*, in *34 Analysis*, 1973; 16
- DUFF R. A., *Intentions Legal and Philosophical*, in *9 Oxford Journal of Legal Studies*, 1989; 76
- DUFF, R.A., *Criminal Attempts*, Oxford, 1996
- EFODI IN MAIMON, *Hasefardi b'haatakat Shemuel Ibn - Tibbon*, Vol. 1, Gerusalemme, 1960; 16b
- EFRAIM LEVINE, *Torah Insights on the Weekly Parsha: Masei 5764*, 2006
- EISENSTAT S., *Revenge, Justice and Law: Recognizing the Victim's Desire for Vengeance as Justification for Punishment*, in *50 Wayne L. Rev.*, 2004; 1115, 1159
- ELLIOT D. W., *Necessity, duress and self defense*, in *CLR*, 1989
- ELLIOT N. DORFF & ARTHUR ROSETT, *A living tree: the roots and growth of jewish law*, 1988
- EMSLEY C., *Crime and Society in England 1750 - 1900*, 1987
- EMSLEY C., *Policing and its context 1750 - 1870*, 1983
- ENCYCLOPAEDIA JUDAICA, vol.13, 1971
- ENDLICH G. A., *The doctrine of mens rea* in *13 Crim. L. Mag. & Rep.*, 1891; 831
- ENKER A. N., *Aspects of Interaction Between the Torah Law, the King's Law, and the Noahide Law in Jewish Criminal Law*, *12 Cardozo L. Rev.*, 1991; 1137
- ENKER A., *Duress, Self - Defense and Necessity in Israeli Law* in *30 Israel Law Review*, 1996; 188
- ENKER, A.N., *Mens Rea and Criminal Attempt*, in *American Bar Foundation Research Journal*, 1977; 845

- ERIC P. BAUMER, *Crime Shame, and Recidivism: The Case of Iceland*, 42 *Brit. J. Criminology*, 2002; 40
- ESER A., *Justification and Excuse*, in *AmJ. of Com.L.* 2006; 621
- FELLER S. Z., *Elements of Criminal Law*, vol I, (Jerusalem: Sacher Institute, 1984) (in Hebrew);
- FELLER S. Z., *Elements of Criminal Law*, vol III, (Jerusalem: Sacher Institute, 1992), (in Hebrew);
- FELLER S.Z, KREMNITZER M., *Proposal for a general part of a new Penal Law - Introduction* in 30 *Isr. L. Rev.*, 1996; 36
- FELLER S.Z, *The Border between Mistakes in the Criminal and the Extra-Criminal Law*, in 5 *Mishpatim*, 1974; 508
- FELLER S.Z, *The Knowledge Rule*, in 5 *Israel Law Review*, 1970; 352
- FELLER S.Z., *Elements of Criminal Law*, vol. 2, 1987
- FELLER S.Z., *Necessity 'Stricto Sensu' as Negating the Illegality of the Act*, in 4 *Mishpatim*, 1972; 5
- FELLER S.Z., *The Correlation Between the Civil Tort of Negligence and the Concept of Negligence in Criminal Law?* in *HaPraklit Jubilee Book*, 1993; 53
- FIELD, STEWART & LYNN, MERVYN, *The Capacity for Recklessness*, in *Legal Studies*, 1992; 72
- FINNIS J., *Intention and Side - Effects*, in FREY R.G. and MORRIS C.W. (eds) *Liability and Responsibility*, Cambridge, 1991; 32
- FINNIS J., *Moral Absolutes*, Washington, 1991
- FIREDMANN D., *Infusion of the common law into the legal system of israel*, in 3 *I. L. Rev.*, 1975; 335
- FISHMAN C., *The Mirror of Justice Lecture: Old Testament Justice*, in 51 *Cath. U. L. Rev.*, 2002; 405, 405-06 n.4
- FITZGERALD, *Crime, Sin and Negligence*, in 79 *L.Q.R.*, 1975; 351
- FLETCHER G.P., *Proportionality and the Psychotic Aggressor: A Vignette in Comparative Criminal Theory*, in 8 *Is. L.R.*, 1973; 367
- FLETCHER G.P., *Rethinking Criminal Law*, Boston, 1978
- FLETCHER G.P., *The Right and the Reasonable*, in 98 *Harv. L.R.*, 1984; 949
- FLETCHER G.P., *The Theory of Criminal Negligence*, in 119 *U. Pa. L.R.*, 1971; 401-426
- FRANKFURTER F., *Some Reflections on the Reading of Statutes in Landmarks of Law*, (D. Henson, ed.), Boston, 1960
- FREY R.G., *Rights, Killing and Suffering*, Oxford, 1983
- FRIED C., *Rights and Wrong - Preliminary Considerations*, in 5 *Journal of Legal Studies*, 1976; 165
- FRIEDLANDER R. A., *Punishing Terrorists: A Modest Proposal*, in 13 *Ohio N.U. L. Rev.*, 1986; 150
- FRIEDMANN D, *Infusion of the common law into the legal system of israel*, in 10 *Is. L. R.*, 1975
- GALLO M., *Appunti di diritto Penale*, Vol. II., 2. ed., Torino, 2003
- GARDNER E., *Offences and defences: selected essays in the philosophy of the criminal law*, Oxford Univ. Press, 2007

- GARDNER E., *The Defense of Necessity and the Right to Escape from Prison-A Step Towards Incarceration Free from Sexual Assault*, in 49 *S. Cal. L. Rev.*, 1975; 110
- GARIGLIO A., *Corte suprema e Judicial Review in Israele* in www.morasha.it
- GATRELL V.A.C., *The decline of theft and violence in Victorian and Edwardian England*, in V.A.C. GATRELL, BRUCE LENMAN and GEOFFREY PARKER (eds), *Crime and the law: the social history of crime in western Europe since 1500*, 1980
- GAIVSON, *A Constitutional Revolution*, in www.morasha.it
- GERALD J. BLIDSTEIN, *Capital Punishment— The Classic Jewish Discussion*, in *Contemporary jewish ethics*, Menachem Marc Kellner ed., Sanhedrin Press, 1978; 310
- GIACOBBI A., *Storia della disciplina penitenziale antica*, Roma, 1976
- GILAD, *On the Elements of the Tort of Negligence in Israeli Tort Law*, in 14 *Iyunei Mishpat*, 1989; 319
- GILLIES P., *Criminal law*, Sidney, 1997
- GINOSSAR S., *Israel Law: Components and Trends* in KITTRIE N. (a cura di), *Comparative Law of Israel and the Middle East*, Washington, D.C., 1986
- GLOVER J., *Causing Death and Saving Lives*, New York, 1977
- GOFF R., *The Mental Element in the Crime of Murder*, in 104 *Law Quarterly Review*, 1988; 30
- GORDON G.H., *Subjective and Objective Mens Rea*, in 17 *Criminal Law Quarterly*, 1975; 355
- GORDON G.H., *The Criminal Law of Scotland*, (2 ed.), Edimburgh, 1978
- GORDON G.H., *The Criminal Law of Scotland*, (3 ed.), Edimburgh, 2000
- GORNEY C., *The Binding Force of English Precedents in Israel*, in 11 *HaPraklit*, 1995; 322
- GORNEY R., *American Precedent in the Supreme Court of Israel*, in 68 *Harv. L. Rev.*, 1955; 1194
- GORNEY R., *The Binding Force of English Precedents in Israel*, in 11 *HaPraklit*, 1955; 322
- GORR M., *Should the Law Distinguish between Intention and (Mere) Foresight?*, in 2 *Legal Theory*, 1996; 359
- GREEN, K. H., *Leo Strauss on Maimonides: The Complete Writings*, Chicago, University of Chicago Press, 2013
- GREENAWALT K., *Distinguishing Justifications from Excuses*, in 49 *Law & Contemp. Probs.* 1986; 89
- GRISEZ G.G. *Toward a Consistent Natural - Law Ethics of Killing*, in 15 *The American Journal of Jurisprudence*, 1970; 64
- GROPPI, OTTOLENGHI, MORDECHAI (a cura di), *Il sistema costituzionale dello Stato di Israele*, Giappichelli, 2006
- GROSS H., *A Theory of Criminal Justice*, New York, 1979
- GROTTANELLI, C., *La religione d'Israele prima dell'Esilio in Ebraismo*, Bari, Laterza, 2007
- GUBERMAN S., *The Development of the Law in Israel: The First 50 Years*, Israel Ministry of Foreign Affairs, 2007

- GUR-ARYE, *On John Gardner's justifications and excuses*, in 4 *Jrslm. Rev. Legal Stud.* 2012; 84
- GUR-ARYE, *The Offense of Negligent Homicide and its Relationship to the Tort of Negligence*, in 12 *Mishpatim*, 1982; 257
- GUYON G., *Les partisans de la codification en Angleterre au XIXe siècle. La question du droit pénal entre modernisation du common law, utilitarisme et modèle juridique français*, Université de Rennes 1, 2012
- HADDEN T., *Offences of Violence: the Law and the facts*, in *Criminal Law Review*, 1968; 521
- HAIM H. COHN, *Human rights in jewish law*, Ktav Publishing, 1984
- HALL J., *Ignorance and Mistake in Criminal Law*, in 33 *Indiana Law Journal*, 1957
- HALL J., *General Principles of Criminal Law*, Indianapolis, 2nd ed., 1960
- HART H.L.A. *Punishment and Responsibility*, Oxford, 1968
- HART H.L.A., *Law, Liberty and Morality*, Stanford, 1963
- HAWKINS W., *Pleas of the crown*, VI ed. 1787
- HAY D. et al (eds), *Albion's fatal tree: crime and society in eighteenth-century England*, 1975;
- HAY D., *War, dearth and theft in the eighteenth century: the record of the English courts*, in *Past and Present*, 1982; 95
- HEDGES, *Introduction to the Criminal Law of Nigeria*, 1962
- HELLER, DUBBER, *Handbook of comparative criminal law*, Stanford Law Books, 2010
- HERBERT L.A. HART, *Law liberty, and morality*, 1963
- HERBERT LIONEL A., *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1968
- HESCHEL A., *Maimonides: A Biography*, Farrar Straus Giroux, 1982
- HITCHENS C., *Scenes from an Execution*, in *Vanity Fair*, Gennaio, 1998; 30, 40
- HOLMES O.W., *The Common Law* (Boston, 1881) (Boston, Little Brown ed., 1946)
- HORDER J., *Criminal Culpability: The Possibility of a General Theory*, in 12 *Law and Philosophy*, 1993;193
- HORDER J., *Intention in the Criminal Law - A Rejoinder*, in 58 *Modern Law Review*, 1995; 678
- HOROWITZ D. L., *Justification and Excuse in the Program of the Criminal Law*, in 49 *Law & Contemp. Probs.* 1986; 109
- HOSTETTLER J., *Politics and law in the life of Sir James Fitzjames Stephen*, Chichester, 1992
- HOSTETTLER J., *The politics of criminal law: reform in the nineteenth century*, Chichester, 1992;
- HOWARD, *Criminal Law*, (2nd ed.), 1977
- HUCH R. K., HENRY, *Lord Brougham the Later Years 1830-1868. The "Great Actor"*, in 8 *Studies in British History, USA*, 1993
- HUIGENS K., *Virtue and Inculcation*, in 108 *Harvard Law Review*, 1995; 1423
- HUSAK D.N., *Philosophy of Criminal Law* (1987)
- Il *catecumenato come istituto giuridico di incorporazione alla Chiesa nei secoli I-VII*, in GRUPPO ITALIANO DOCENTI DI DIRITTO CANONICO (a cura del), *Iniziazione cristiana: profili generali*, Milano 2008
- KADISH S.H. (a cura di), *Encyclopedia of Crime and Justice*, New York 1983

- KADISH S.H., *Blame and Punishment*, New York, 1987
- KADISH S.H., *Excusing Crime*, in 75 *Calif. l. rev.*, 1987, 257
- KAGAN S., *The limit of Morality*, Oxford, 1989
- KARP J., *Basic Law: Human Dignity and Liberty – A Biography of Power Struggles*, 1(2) *Mishpat Umimshal*, 1993; 323
- KATZ L., *Form and Substance in Law and Morality*, in 66 *University of Chicago Law Review*, 1999; 566
- KEIL C.F., DELITZSCH, *Commentary on the Old Testament*, 1973
- KENNETH SHUSTER, *Halacha as a Model for American Penal Practice: A Comparison of Halachic and American Punishment Methods*, in 19 *Nova L. Rev.*, 1995; 965
- KENNY A., *Free will and responsibility*, 1978
- KENNY A., *Intention and Purpose in Law*, in R.S. Summers (ed.) *Essays in Legal Philosophy*, Oxford, 1968; 146
- KENNY C. S., *Outlines of Criminal Law* (London, 19th ed., ed. by Turner, 1965)
- KENT J.R., *The English village constable 1580 - 1642: a social and administrative study*, 1986
- KIRSCHENBAUM A., *Self-incrimination in Jewish law*, 1970
- KITSON C., *The Life and Work of Sir Robert Peel*, Cambridge 1950
- KLEIN E., *Klein's Comprehensive Etymological Dictionary of the English Language*, 1977
- KRAEMER JOEL L., *Maimonides. The Life and World of One of Civilization's Greatest Minds*, New York, Doubleday, 2008
- KRAVITZ L., *What is Crime?*, in *Crime and Punishment in Jewish Law*, 1999
- KREMNITZER M., *Attempted Murder in Our Law*, 8 *Mishpatim* 487, 1987
- KREMNITZER M., *Interpretation in Criminal Law*, in 21 *Is. Law Rev.*, 1986
- KREMNITZER M., *Proportionality and the Psychotic Aggressor: Another View*, 18 *Is. L.R.*, 1983; 178
- KREMNITZER M., *The Punishability of Impossible Attempts*, in 19 *Israel Law Review*, 1984; 340
- KRETZMER D., *Intent in Criminal Libel: Statutory Interpretation or Judicial Imagination?* in 21 *Israel Law Review*, 1986; 591
- KUGLER I., *Criminal Omissions*, in 10 *The Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 1997; 387
- KUGLER I., *Foresight of a High Degree of Probability in the Criminal Law*, Jerusalem, 1993 (in Hebrew)
- KUGLER I., *On the Possibility of a Criminal Law Defence for Conscientious Objection*, in 10 *The Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 1997; 387
- LA FAVE W.R. - SCOTT A.W., *Criminal Law*, (2. ed), 1986
- LAINGUI A., *Il Diritto Penale della Rivoluzione e dell'Impero in Diritto Penale dell'Ottocento: i Codici Preunitari e il Codice Zanardelli*, Padova 1993
- LANDAU, *Rules and Discretion in the Judicial Process*, in 1 *Mishpatim*, 1969; 292 - 296.
- LARAS G., *Mosé Maimonide: il pensiero filosofico*, Brescia, Morcelliana, 1998.
- LARENZ K., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin, 1983

- LAST STONE S., *In Pursuit of the Counter-Text: The Turn to the Jewish Legal Model in Contemporary American Legal Theory*, in 106 *Harv. L. Rev.* 1993; 813
- LAW (THE) COMMISSION (N.143), *Criminal Law, Codification of the Criminal Law, A report to the Law Commission*, 1985
- LEACH, *Revisionism in the House of Lords: The Bastion of Rigid Stare Decisis Falls*, in 80 *Harv. L.R.*, 1983; 792
- LEIBOVITCH YESHAYAHU, *Lezioni sulle massime dei padri e su Maimonide*, Firenze, Giuntina, 1999.
- LEVINE J., *Playing God: An Essay on Law, Philosophy and American Capital Punishment*, in 31 *N.M. L. Rev.*, 2001; 277
- LEVY Y. - LEDERMAN E., *Principles of Criminal Responsibility*, Tel-Aviv, 1981 (in ebraico)
- LEVY Y., *Criminal Intent*, in 30 *Israel Law Review*, 1996
- LEVY Y., *Criminal Responsibility: A Survey of Developments in Israel Legislation and Precedent*, in 9 *Is.L.R.* 1974; 580
- LEWIS A., *Abroad at Home: Life and Death*, in *N.Y. Times*, Apr. 23, 1992; A25
- LEWIS E.D., *A Draft Code of Criminal Law and Procedure*, London, 1879
- LEWIS E.D., *A Paper on the Codification of the Criminal Law of England*, London, 1878
- LIAM CLARK, ARDOYNE: *The Bitter Heart of a Divided Province*, in *Sunday Times*, Sept.9, 2001; *News Review* 7
- LIEBERMAN D., *The Challenge of codification in English legal history, presentation for the Research Institute of Economy, Trade, Industry*, Rieti, 2009
- LIFSHITZ B, *Israeli law and jewish law - interaction and independence*, in 24 *Isr. L. Rev.*, 1990; 507
- LIVERANI M., *Oltre la Bibbia*, Bari, Laterza, 2009
- LOBBAN M., *Legal Theory and Judge Made Law in England, 1850-1920* in *Quaderni Fiorentini* n. 40, 2011
- LOCKE J., *Second Treatise of Civil Government, Chapter 4*
- MACKAY, R. D. *Mental Condition Defences in the Criminal Law*. Oxford: Clarendon Press, 1995
- MACKIE J.L. *Ethics: Inventing Right and Wrong*, Pelican Books, 1977a
- MALCHI, *History of the Law of Palestine*, 1953
- MANDEL M., *Democracy and the New Constitutionalism in Israel*, in *Israel Law Review*, 1999; 264
- MANTOVANI F., *Diritto penale, Parte generale*, IV ed., 2001
- MARINUCCI G., DOLCINI E., *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, 4. ed., 2012
- MAY M., *Jewish Criminal Law and Legal Procedure*, in 31 *Am. Inst. Crim. L. & Criminology*, 1940-1941; 438
- MEAD, G. *Contracting into Crime: A Theory of Criminal Omissions*. in *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford University Press, 1991
- MEEHAN E. - CURRIE J.H., *The Law of Criminal Attempt*, (2 ed.) Toronto, 2000
- MEWETT A.W. and MANNING M., *On Criminal Law* (3rd ed.), 1994
- MICHAELS A.C., *Acceptance: The Missing Mental State*, in 71 *Southern California Law Review*, 1998; 953

- MILANI G., *Storia e diritto in Israele. Dalle leggi fondamentali alla definizione del popolo israeliano*, in 9 *Ianus*, 2013; 8
- MILL J. & WILSON H.H., *The History of British India*, London 1858
- MILLER J., *Handbook of Criminal Law* (St. Paul Minn.: West Publishing, 1941 at 1-9)
- MILSOM S.F.C., *Historical Foundations of the Common Law*, London, 1981
- MIRIAM GUR-ARYE, *Penal Law (Preliminary and General Part) Bill*, in 24 *Mishpatim*, 1994; 9 (in Hebrew).
- MISHNAH, MAKKOT 1:10
- MISHNAH, *Sanhedrin* 3:1-5, at 29-39:
- MITCHELL B., *Culpability Indifferent Murder*, in 25 *Anglo-American Law Review*, 1996; 64
- MOORE M., *Law and psychiatry: rethinking the relationship*, 1984
- MOORE, *Causation and the Excuses*, in 73 *Calif. l. rev.*, 1985; 1091
- MORBIDELLI G., *Costituzioni e Costituzionalismo* in MORBIDELLI - PEGORARO - REPOSO - VOLPI, *Diritto Costituzionale italiano e comparato*, Bologna, 1997
- MORDECHAI A., *Costituzioni e fonti del diritto*, in *Il sistema costituzionale dello Stato di Israele*, 2006
- MORDECHAI KREMNITZER, "Amendment no. 39 to the Penal Law" in *Direction in Criminal Liability*, Tel Aviv, 2001; 55 (in Hebrew)
- MORGAN K., *The Great Reform Act of 1832*, London, 2001
- MORGAN M., *The Defence of Necessity: Justification or Excuse*, in 42 *U. T. Fac. L Rev*, 1984; 165
- MORRIS H. F., *How Nigeria Got Its Criminal Code*, in *J.A.L.*, 1970; 135
- MOSHE CHAIM LUZZATTO, DERECH HASHEM, *The Way of God*, Aryeh Kaplan, 1981
- MUELLER G.O.W. & BUERGENTHAL T. (tradotto da), *The American Series of Foreign Penal Codes. The German Penal Code*, New York 1961
- NEHAMA LEIBOWITZ, *Studies in vayikra (LEVITICUS) 245*, Aryeh Newmantrans, 1983
- NEUMANN U., *Mistake of Law*, in 30 *Isr. L. Rev.* 1996; 207
- NEWTON B. E., *A Case Study in Systemic Unfairness: The Texas Death Penalty, 1973-1994*, in 1 *Tex. F. On C.L. & C.R.* 1, 2, 1994
- NULAND J. *Maimonides*, Schocken Books, 1 rist., 2008
- O MORGAN K., *The Great Reform Act of 1832*, London, 2001
- OBERDIEK H., *Intention and Foresight in Criminal Law*, in 81 *Mind*, 1972; 389
- OHANA D., *Sentencing Reform in Israel: The Goldberg Committee Report*, in 32 *Israel Law Review*, 1998; 591
- OHANA D., *The natural and probable consequence rule in complicity: section 34a of the israeli penal law part I*, in 34 *Is. L. R.*, 2000
- OKONKWO - NAISH, *Criminal Law in Nigeria*, 1964
- ORMEROD, D., *Smith and Hogan Criminal Law*. Oxford University Press, 2005
- PACE A., *La causa della rigidità costituzionale*, in *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Padova, 1997

- PELLEY-KARP, *Judicial Limits of Administrative Discretion*, in *Israeli Reports To The Seventh International congress of Comparative law*, 1966; 121
- PERKINS R.M., *A Re-Examination of Malice Aforethought*, in *43 Yale L.J.*, 1933 ' 34; 537
- PHILLIPSON C., *Three Criminal Law Reformers. Beccaria, Bentham, Romilly*, London, 1923
- PIERGIOVANNI, *La punibilità degli innocenti nel diritto canonico dell'età classica*, I-II, Milano 1971-1974
- POLAND H. B., *Changes in criminal law and procedure since 1800*, in *A century of law reform*, London 1901
- PORAT, *The Tort of Negligence in the Rulings of the Israeli Supreme Court - A Theoretic Perspective*, in *the Israeli Law Yearbook 1994-1995*
- PRITIKIN M., *Punishment, prisons and the bible*, in *28 Cardozo Law Review*, 2006
- QUINN W., *Morality and Action*, Cambridge, 1993
- Rabbi ARI WEISS, *Parshiot Matot/Masie: Our Prison System Should Learn from the Cities of Refuge*, in *Hebrew inst. of riverdale*, July 16-17, 2004
- Rabbi MOSES BEN MAIMON (RaMBaM), *MISHNAH TORAH* ["Repetition of the Torah"] (Rabbi Eliyahu Touger trans.) 1989
- Rabbi NOSON WEISZ, *Weekly Torah Portion, Masay: Cities of Refuge*, http://www.aish.com/torahportion/mayanot/Cities_of_Refuge.asp
- Rabbi SHOLOM D. LIPSKAR, *A Torah Perspective on Incarceration as a Modality of Punishment and Rehabilitation*, Aug. 4, 1996, <http://jlaw.com/Articles/PrisonerRights.html>.
- RABELLO, *Costituzione e fonti del diritto*, in GROPPI - OTTOLENGHI - RABELLO (a cura di), *Il sistema costituzionale dello Stato di Israele*, 2000
- RACKMAN E., *Israel's Emerging Constitution (1948 - 1951)*, New York, 1955
- RADZINOWICZ L. & HOOD R., *The Emergency of Penal Policy in Victorian and Edwardian England*, Oxford 1990
- RADZINOWICZ L., *Sir James Fitzjames Stephen and his contribution to development of criminal law*, London 1957
- RAHLF J., *Die Rangfolge der klassischen juristischen Interpretationsmittel in der strafrechtswissenschaftlichen Auslegungslehre in Juristische Dogmatik und Wissenschaftstheorie*, (E. von Savigny, ed.), Munchen, 1976; 14
- RAMBAM, *Book of Damages, Hilchot Rotze'ach Ush'mirat Nefesh* ["The Laws of Murder and of Protection of Human Life"] 2:4
- RAMBAM, *Book of Judges, Hilchot Sanhedrin v'Haonshin Hameshurim Lahem* ["Laws of Courts and the Penalties Placed Under Their Jurisdiction"] 15:10- 13
- Rav YONATAN GROSSMAN, *The Inadvertent Murderer and the Cities of Refuge* (David Silverberg trans.), *Yeshivat har etzion's israel koschitzky virtual beit midrash*, July 6, 1999, <http://yucs.org/~cypess/parsha/yhe/43-masei-parsha59.txt>.
- RAWLS, *Two Concepts of Rules*, in *Contemporary Utilitarianism* 59- 98 (M. Bayles ed.), 1968

- RAZ J., *The Morality of Freedom*, Oxford, 1986
- REGGIANI C., *Storia della letteratura giudaico-ellenistica*, Sesto San Giovanni, Mimesis Edizioni, 2009,
- RHEINSTEIN M., *Common law - Equity*, ED, VII, 1960, 915
- RICCIONI A., *La codificazione del diritto penale inglese: James Fitzjames Stephen e il Criminal Draft Code*, in *Historia et ius - rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna*, 3/2013
- ROBERT M. O'NEIL, *Freedom of Expression and Public Affairs in Australia and the United States: Does a Written Bill of Rights Really Matter?*, in *22 Fed. L. Rev.*, 1994
- ROBINSON P., *Criminal Lam Defenses*. vol. 1, SL Paul. Muin. 1934
- ROBINSON P., *Mens Rea*, in *M. L. R.*, 1999
- ROBINSON P.H., *Hybrid Principles for the Distribution of Criminal Sanctions*, in *82 Northwestern University Law Review*, 1987; 19
- ROBINSON P.H., *Structure and Function in Criminal Law*, Oxford, 1997
- ROMANO M., *Commentario sistematico del Codice Penale*, Vol. I, 3 ed., 2004
- ROSEN, *The Excuse of Self-Defense: Correctinga Historical Accident on Behalf of Battered Women Who Kill*, in *36 Am. U. L. Rev.*, 1986; 11
- ROSENBERG & ROSENBERG, *"Perhaps What Ye Say Is Based Only on Conjecture"—Circumstantial Evidence, Then and Now*, in *31 Hous. L. Rev.*, 1995; 1371
- ROSENBERG & ROSENBERG, *Guilt: Henry Friendly Meets the Maharal of Prague*, in *90 Mich. L. Rev.* 1991; 604
- ROSENBERG & ROSENBERG, *In the Beginning: The Talmudic Rule Against Self-Incrimination*, in *63 N.Y.U. L. Rev.*, 1988; 955, 1017-41
- ROSENBERG & ROSENBERG, *Lone Star Liberal Musings on "Eye for an Eye" and the Death Penalty*, in *Utah L. Rev.*, 1998; 505
- ROXIN D., *The Dogmatic Structure of Criminal Liability in the General Part of the Draft Israeli Penal Code - A Comparison with German Law*, in *30 Israel Law Review*, 1996
- RUBENSTEIN, *Israel's Piecemeal Constitution*, in *16 Scripta Hierosolymitana (Studies in Israel Legislative Problems)*, 1966
- RUBINSTEIN, *Constitutional Law*, 1968
- RUBINSTEIN, *Israel's Partial Constitution: The Basic Laws*, in *Jewish Virtual Library*, 2009
- SALTER RICHARD C., TAFARI IKAEL, *Encyclopedia of Religion*, in *11 NY, Macmillan*, 2005
- SANFORD H.S., *The Different Systems of Penal Code in Europe: also, a Report on the Administrative Changes in France, since the Revolution of 1848*, Washington 1854
- SASSOON D., *The Israel Legal System*, in KITTRIE N. (a cura di), *Comparative Law of Israel and the Middle East*, 1971
- SCARLATTI P., *L'idea di codice nel pensiero di Jeremy Bentham*, in *Teoria del Diritto e dello stato. Rivista Europea di Cultura e Scienza Giuridica*, n. 2, 2005
- SCHERMAN, *Commentary to Exodus*, Georgia, 2006
- SCHERMAN, *Commentary to Leviticus*, Georgia, 2006

- SCHNEIDER I., *Aḥmad Ġawdat Paša*, in Michael Stolleis (ed.) (a cura di), *Juristen: ein biographisches Lexikon; von der Antike bis zum 20. Jahrhundert*, 2nd edition, München, Beck, 2001
- SCHOPP, R., *Automatism, Insanity and the Psychology of Criminal Responsibility*. New York: Cambridge University Press, 1991
- SCHREIBER A., *The Jurisprudence of Dealing with Unsatisfactory Fundamental Law: A Comparative Glance at the Different Approaches in Medieval Criminal Law, Jewish Law and the United States Supreme Court*, in 11 *Pace L. Rev.*, 1991; 535
- SCHROTH U., *Probleme und Resultat der Hermeneutik Diskussion in Einföhrung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, A. Kaufmann, W. Hassener, eds., (Heidelberg, 1977) 188
- SEIDMAN GUY I., *The Origins of Accountability: Everything I Know About Sovereign's Immunity, I Learned from King Henry III*, in 49 *St. Louis U. L.J.*, 2005; 393
- SEIDMAN, *A Sourcebook of the Criminal Law of Africa*, 1966
- SHACHAR Y., *The Sources of the Criminal Code Ordinance 1936*, in 7 *Iyunei Mishpat*, 1979; 75
- SHACHAR, *The Reasonable Person and Criminal Law*, in 39 *HaPraklit*, 1989; 78
- SHACHAR, *The Sources of the Criminal Code Ordinance 1936*, in 7 *Iyunei Mishpat*, 1979; 75
- SHARPE J.A., *Crime in early modern England 1550 - 1750*, 1984
- SHARPE J.A., *The people and the law in B. Reay (ed), Popular culture in seventeenth-century England*, 1985
- SHELEF L., *The Future of Tradition- Customary Law, Common Law and Legal Pluralism*, Leon Shaskolsky Sheleff, 2000
- SILVING H., *Constituent Elements of Crime*, Springfield, 1967
- SIMON E., RESNIKOFF I. & MOTZKIN L., *The first hebrew primer* 167 (3d ed. EKS Publishing Co. 1992).
- SISTER GRACE W. WALLE, *Doing Justice: A Challenge for Catholic Law Schools*, in 28 *St. Mary's L.J.* 1997, 625
- SMART J. & WILLIAMS B., *Utilitarianism: For And Against*, 1973
- SMITH J., *Conspiracy under the Criminal Law Act 1977*, in *CLR*, 1977
- SMITH J.C. - HOGAN B., *Criminal Law*, (9. ed), London, 1999
- SMITH J.C., *Intent: A Reply*, in *Criminal Law Review*, 1978
- SMITH J.C., *Jusification and Excuse in the Criminal Law*, London: Stevens, 1989
- SMITH J.C., *The Element of Chance in Criminal Liability*, in *Criminal Law Review*, 1971; 63
- SMITH K.J.M. & WHITE S., *An Episode in Criminal Law Reform through Private Initiative in The Kife of The Law, Proceedings of the Tenth British Legal history Conference*, Oxford 1991
- SMITH K.J.M., *James Fitzjames Stephen, portrait of a Victorian rationalist*, Cambridge, 1988
- SMITH K.J.M., *Lawyers, Legislators and Theorists. Development in English Criminal Jurisprudence 1800-1957*, Oxford, 1998
- SMITH, J., *Liability for omissions in the criminal law*, in *Legal Studies* (Blackwell Publishing) 1984

- STEIN P., *Roman Law in European History*, Cambridge, 1999
- STEPHEN J. F., *A Digest of the Criminal Law (Crimes and Punishments)*, London 1877
- STEPHEN J. F., *A General View of the Criminal Law of England*, London and Cambridge 1863
- STEPHEN J. F., *A History of the Criminal Law of England*, London 1883
- STEPHEN J.F., *A Penal Code in Fortnightly Review*, 1877
- STEPHEN P. GARVEY, *Is It Wrong to Commute Death Row? Retribution, Atonement, and Mercy*, in 82 *N.C. L. Rev.* 2004; 1319
- STEPHEN P. GARVEY, *Punishment as Atonement*, in 46 *Ucla L. Rev.*, 1999; 1801
- STEPHEN P., *History of the Criminal Law of England*, vol. 2, 1883
- STRAUSS L., *Filosofia e legge: contributi per la comprensione di Maimonide e dei suoi predecessori*, Firenze, Giuntina, 2003
- STUART D., *Mens Rea, Negligence and Attempts*, in *Criminal Law Review*, 1968; 647
- TEDESCHI G., *Insufficiency of the Legal Norm and Loyalty of the Interpreter*, in 1 *The Israel Academy of Sciences and Humanities, Proceedings*, Jerusalem, 1964 (in ebraico)
- TEDESCHI G., *Obiter Dictum - An Adjudicated Rule?*, in 20 *HaPraklit*, 1964; 99
- TEDESCHI G., *On the Principle of Stare Decisis in Studies in Israel Law* (2nd ed.), 1959 (in Hebrew)
- THE AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the Law of Torts*, St. Paul, 1934; vol. 2, 769
- THE BABYLONIAN LAWS 77 (G.R. Driver & John C. Miles eds. & trans., Oxford 1960)
- TONIATTI R., *Israele: una Costituzione a tappe*, 1992
- TRACTATE SANHEDRIN 37a-37b
- TURNER C., *Kcny's Outline of Criminal Law* 19th (ed. Cambridge) Cambridge University Press, 1966
- TURNER, *The Mental Element in Crimes at Common Law*, in *The Modern Approach to Criminal Law* (London, ed. by Radzinowicz and Turner, 1945) 195
- ULPIANUS, 11 *Digestus* 4
- UVELELER L. & BRONZNICK N., *HA YESOD, Fundamentals of hebrew* 1998
- VAN CAENEGEM R.C., *The Birth of the English Common Law*, Cambridge, 1988
- VENTRELLA MANCINI C., *Tempo divino e identità religiosa. Culto rappresentanza simboli dalle origini all'VIII secolo*, Torino 2012
- VINCIGUERRA S., *Diritto Penale Inglese Comparato*, 2 ed., CEDAM, 2002,
- WALKER, N., *Crime and Insanity in England Volume one: The Historical Perspective*. Edinburgh: Edinburgh University Press., 1968
- WALKER, WALKER, *The english legal system*, 1980
- WAYNE R. LAFAVE & AUSTIN W. SCOTT, *Substantive Criminal Law*, vol. 2, St. Paul, West, 1986
- WEST'S ENCYCLOPEDIA OF AMERICAN LAW, (edition 2), 2016
- WILLIAMS G., *Criminal Law: The General Part* (2nd ed.), 1961
- WILLIAMS G., *Oblique Intention*, in 46 *Cambridge Law Journal*, 1987; 417
- WILLIAMS G., *Textbook of Criminal Law*, (2 ed.), London, 1983

- WILLIAMS G., *The Mental Element in Crime, The Law Commission's Report No. 89: The Meaning of Terms*, in *Criminal Law Review*, 1978; 588
- WILLIAMS G., *The Problem of Reckless Attempt*, in *Criminal Law Review*, 1983; 365
- WILLIAMS G., *The Sanctity of Life and the Criminal Law*, New York, 1974
- WILLIAMS G., *The theory of excuses*, in *CLR*, 1982
- WILLIAMS G., *The Theory of Excuses*, in *Crim. L Rev.*, 1982; 732
- WILLIAMS J., *Mistake of Fact*, in *63 Can. Bar Rev.*, 1985; 597
- WILLIAMS, *Criminal Law, The General Part* (2nd ed.), 1961
- WILLIAMS, GLANVILLE, *Recklessness Redefined*, in *CLJ*, 1981, 252
- WILLSON M. J., *A View of Justice in Shakespeare's The Merchant of Venice and Measure for Measure*, in *70 Notre Dame L. Rev.* 1995, 695
- WILSON Q., "What Works?" Revisited: New Findings on Criminal Rehabilitation, in *61 Pub. Int.*, 1980; 10
- WINFIELD P.H. & JOLOWICZ J.A., *On Tort*, (14th ed. by W.V.H. Rogers), 1975
- WITKON, *Some Reflections on Judicial Law-making* in *2 Is.L.R.*, 1967; 479
- WRIGHTSON K. and LEVINE D., *Poverty and piety in an English village: Terling, 1525 - 1700*, 1979
- WRIGHTSON K., *Two concepts of order justices; constables and jurymen in seventeenth-century England*, in J. Brewer and J. Styles (eds), *An ungovernable people: the English and their law in the seventeenth and eighteenth centuries*, 1980
- YADIN, *More on Construction of Knesset Statutes*, in *26 HaPraklit*, 1970; 358
- YANAI N., *Politics and Constitution Making in Israel: Ben Gurion's Position in the Constitutional Debate Following the Foundation of the State*, in ELAZAR D. J. (a cura di), *Constitutionalism. The Israel and American Experiences*, 2009
- ZAMIR I., *Judicial Review of Statutes*, in *1(2) Mishpat Umimshal*, 1993, 395

PRONUNCE

A.G. v. Segal (1955) 9 P.D. (Piske Din) 393 - 432
Abu Ravia v. Attorney General (1963) 17 P.D. 2913, 2926
Afanjar v. The State of Israel, (1979) 33(iii) P.D. 141
Ajami v. Attorney General, (1959) 13 P.D. 421 - 431
Alphacell Ltd v. Woodward (1972) A. C. 824
American Cyanamid Co. v. Lepetit S.p. A. (1962) 16 P.D. 788, 799
Anonymous v. Attorney General, (1962) 16 P.D. 2397 - 2041
Anonymous v. Attorney General, (1960) 14 P.D. 310
Arutz and Lupo v. The State of Israel (1980) 34(i) P.D. 679
Ashwal v. Attorney General, (1952) 6 P.D. 1116
Attorney General v. Kaminsky, (1955) 9 P.D. 54
Attorney General v. Patniev, (1949-50) 2 P.D. 424
Attorney General v. Zlotolov (1955) 3 P.M. 204
Attorney General v. Greenwald, (1958) 12 P.D. 2017 - 2069
Attorney General v. Segal (1955) 9 P.D. 393
Avnat v. The State of Israel (1992) 46 (i) P.D. 1 - 6
Azuales v. The State of Israel (1996)

Azulai v. The State of Israel (1983) 37(ii) P.D. 565 - 578
Bakal v. State of Israel (1980) 34 (iv) P.D. 548
Bar-Hai v. Steiner (F.H.) (1966) (IV) 20 P.D.
Biton v. State of Israel 1042/04
Blumenthal v. United States, 88 F. (2d) 522, 530 (C. C. A. 8th, 1937);
Bourne (1952) 36 Cr. App. R. 125
Buronovsky v. Chief Rabbis of Israel (1971) 25(i) P.D. 7 - 21.
Lawrence v. State of Israel C. A. 119/93 48(4) PD 1, 30 - 32
Levinshtein v. State of Israel. C. A. 1599-08
Poriadin v. State of Israel. C. A. 70/04
Pakovitz v. State of Israel C.A. 3338/99 54(5) PD 667, 694 - 695
YossefDahan & DavidBen Haroush v. State of Israel C.A. 377/67 (1969) 23(i) P.D. 197.
Elimelech v. State of Israel C.A. 5446/99 56(4) PD 49
Iluz v. State of Israel C.A. 552/68 23(1) PD 377, 390
Veitzman v. State of Israel C.A.P. 3626/01 56 (3) PD 187
Mizrahi Bank v. Migdal CA 1908/94 [1995] PD 49(4), 221.
Caldwell 1981 1 All. E. R., 961
Callow v. Tillstone (1900) 83 LT, 411
Chang Wing - Siu (1985) A.C., 168
Christenson v. State, 402 S.E.2d 41, 50 (Ga. 1991)
Clarkson (1971) 3 All E.R. 344
Court of Appeal in R. v. Cole (1993) CLR 300
Cundy v, Le Cocaq, 1884, 13 Q. B. D. 207
Cunningham 1957, 2 Q.B. 396
D. P. P. v. Majewski (1972) 2 All E.R. 142
D. P. P. v. Morgan (1976) A. C. 182, pp. 236 - 237
D. P. P. v. Stonehouse
D.P.P. v. Doot (1973) AC 807
Davies (1954) A.C. 378
Deutsch v. A.G. (1954) 8 P.D. 456
Edgmon v. State 702 P. 2d. 643, 645 (Alaska, 1985):
Eisman v. The State of Israel, (1990) 44(iii) P.D.485.
Electric Company v. Farscht (1985) 39 (iii) P.D.1, p. 6.
Endel v. The State of Israel (1991) 45 (v) P. D. 276 - 288.
Eshed v. Attorney General (1954) 8 P.D. 785, 798.
F. v. West Berkshire Health Authority, p. 564 - 565
Field (1972) CLR 435
Forman and Ford (1988) CLR 677
Gamal v. Attorney General (1959) 13 P.D. 692.
Gaugham (1990) CLR 880
Graham (1982) 74 Cr. App. R. 235
Ziv v. Gubernik and Another, H.C. 10/48 1 Pesakim Elionim 33
Karbutli v. Minister of Defense and Others, H.C. 7/48 1 Peskakim Elionim 9
Heyman v. Beck, 17 H.C. 77/63 P. D. 2503
Hall v. Brooklands Auto Racing Club (1933) 1 K.B. 205, 224
Harding v. Price (1948) in TURNER J. W. C. A. LL. ARMITAGE (a cura di), *Cases on criminal law*, III ed., 1964

Hayes, 852 F.2 d p. 356 (*Bright, C.J.,dissenting*).
Bergman v. Minister of Finance HCJ 98/69 [1969], *Isr SC* 23(1) 693
Schnitzer v. The Chief Military Censor HJC 680/88 [1989] *Isr SC* 42(2) 617
Kol Ha'Am Ltd v. Minister of the Interior HJC 73/53 [1953] *Isr SC* 7 851
Hudson and Taylor (1971) 2 Q.B. 202
Iluz and Alias v. The State of Israel, (1969) 23 (i) P.D. 377, 388
Isaacs v. State of Israel (1973) 27(i) P.D.371
Isan v. A.G (1966) (III) 20 P.D. 102
Jacobovitz v. Attorney General (1952) 6 .P.D. 514, 517
Jacobovitz v. Attorney General (1952) 6 P.D. 514, 554
Johnson v. Youden e R. v. Roberts and George (1997) CLR 209
Kemp (1957) 1 Q.B. p. 399
Kochabi v. Baker (1957) 11 P.D. 225
Korematsu v. United States, 323 U.S. 214 (1944)
Levi v. A.G. (1965) (IV) 19 P.D. 156
Lockyer v. Andrade, 538 U.S. 63 (2003)
Lord Blackburn (1878) 3 *App. Cas.* 1155 - 1206
Mandelbrot v. A.G. (1956) 10P.D.281
Mandelbrot v. Attorney General (1956) 10 P.D. 281
Marmont v. State, 48 *Ind.* 21, 31 (1874)
McBoyle v. U.S. 283 (1931)
McCrone v. Riding (1938) 1 All E.R. 157, 158
Mizrachi v. State of Israel (1981) 35(iv) P.D. 421
Mordechai Vannunu v. The State of Israel, (1990) 44 (iii) P.D. 265
Naim Beno v. A.G. (1967) 21(i) P.D. 561
National River Authority v. Wright Engineering Ltd (1994) CLR 453
Palmer v The Queen [1971] A.C. 814, 832
Palmer v. R. (1971) A.C. 831
People v. Cohn, 358 Ill. 326, (1934)
Permanent Investments in Israel Co. Ltd. v. Selver (1963) 17 P.D., 1655
Petters and Parfitt (1995) CLR 501;
Prof Kurt Sita v. Attorney General, (1961) 15 P.D.1373.
R v Beckford (1988) 1 AC 130
R v. Pommel (1995)2 Cr. App. R. 607
R. v. Dudley and Stevens, (1884) 14 Q.B. 273
R. v. Hammersley and others (1958) CLR 470
R. v. Hudson (1965) 1 All E.R. 721
R. v. Mohan, (1975)
R. v. Tolson (1889)
R.v. Moloney [1985] 1 All E.R. 1025
Regina v. Hancock and Shankland (H.L.(E.)), (1986) 2 W.L.R. 357
Roper v. Taylor's Central Garages,(1951) 2 T.L.R. 284
Rosenbaum v. Rosenbaum (1949) 2 P.D. 235
Rotenstreich v. A.G. (1953) 7 P.D. 58
Deutsch v. A.G. (1954) 8 P.D. 456 e (1954-1958) 2 S.J. 92
Porat v. A.G. (1955) 9 P.D. 1013
Russel (1933) VLR 59

Scarlett (1994) 98 Cr. App. R. 290
Shapira v. State of Israel (1982) 36 (i) P.D. 337
Sherras v. De Rutzen (1895) 1 Q.B. 918
Shmuel Borochoy v. Zeev Yefet (1985)39 (iii)P.D.205 - 214.
Shmulevitz v. The State of Israel (1973) 27(ii) P.D.598
State of Israel v. Be'erietal (1994)48 P.D.302
State of Israel v. Giter (1963) 17 P.D. 2073
State of Israel v. Peretz (1975) 29 (ii) P.D. 544
State of Israel v. Raphael (1968) (II) 22 P.D. 749
State of Israel v. Rofeh (1972) (II) 26 P.D. 713
State v. Rouse, 451 S.E.2d 543, 562 (N.C. 1994)
State v. Shurn, 866 S.W.2d 447, 464 (Mo. 1993)
State v. Williams 484 P. 2d. 1167 (Washington, 1971)
State v. Williams, 484 P.2d 1167, 1171 (Wash. Ct. App. 1971)
Stern v. Shamit (1958) 12 P.D. 421
Thompson v. State, 581 So.2d 1216, 1243 (Ala. Crim. App. 1991)
Tolson (1889) 23 Q. B. D. 168
Tzur v. The State of Israel (1979) 33(iii) P.D. 626
Weeks v. State, 24 Ala. App. 198, i99, 132 So. 87o, 871 (1931)
Weinberg v. A G. (1965) 19(i) P.D. 150
Weingarten v. The State of Israel (1978) 32 (ii) P.D. 29
Williams (Gladstone) (1984) 78 Cr. App. R. 276