

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI “ROMA TRE”
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

CORSO DI DOTTORATO IN DISCIPLINE GIURIDICHE
CURRICULUM DISCIPLINE PUBBLICISTICHE
(XXXI CICLO)



Dottorato in Discipline Giuridiche

Tesi di Dottorato
in
Diritto penale

**DALLA TIPICITÀ DEL FATTO ALLA TIPICITÀ
DELL’AUTORE NELLA PIÙ RECENTE LEGISLAZIONE
PENALE**

Relatore: Chiar.mo
Prof. Mario Trapani

Candidato: Dott.
Lorenzo Brizi

Coordinatore: Chiar.mo
Prof. Giuseppe Grisi

ANNO ACCADEMICO 2017-2018

*A Mamma,
con incondizionato amore.*

*Ad Antonella,
per esserci ritrovati, quella sera,
dopo lunghi silenzi.*

INDICE

<i>Introduzione</i>	XI
---------------------------	----

CAPITOLO I LA DIMENSIONE “ARTIFICIALE” DEL DIRITTO PENALE DI NUOVA GENERAZIONE

SEZIONE I DIRITTO PENALE “ARTIFICIALE” E TENSIONI CON I PRINCIPI FONDAMENTALI DEL SISTEMA PUNITIVO

1. <i>L'incessante ampliamento dello “spettro punitivo”</i>	- 15 -
2. <i>Tensioni, “vecchie” e “nuove”, tra la più recente legislazione e gli “assi portanti” del diritto penale.</i>	- 21 -
2.1. <i>A) Le frizioni con il principio della riserva di legge</i>	- 24 -
2.2. <i>B) Con il principio di (necessaria) determinatezza della fattispecie e di offensività del reato.</i>	- 30 -
2.3. <i>C) Con il principio di (necessaria) offensività del reato.</i>	- 35 -

SEZIONE II LA “PERSONA UMANA” NELLE DINAMICHE DELLA (PIÙ RECENTE) TIPICITÀ PENALE

1. <i>Dalla “tipicità del fatto” alla “tipicità d'autore”: l'erompere dell'individuo-reo pericoloso quale ratio, esclusiva, dell'incriminazione.</i>	- 39 -
2. <i>L'illecito omissivo improprio quale veicolo per il reinserimento di logiche d'autore.</i>	- 42 -

2.1. <i>Profili strutturali della responsabilità per omesso impedimento dell'evento: la posizione di garanzia e le "ascendenze ideologiche" sovrastanti la sua ricostruzione.....</i>	- 44 -
2.2. <i>"Formalismo" e "sostanzialismo" nella ricostruzione della posizione di garanzia.</i>	- 47 -
2.3. <i>Gli "ambiti" della posizione di garanzia del sindaco. In particolare, la responsabilità per omesso impedimento di eventi lesivi derivanti da "insidie stradali".....</i>	- 50 -
2.3.1. <i>La responsabilità per omesso impedimento dell'evento morte per mancato esercizio di poteri impeditivi tra indici normativi e profili sostanziali.</i>	- 53 -
2.3.2. <i>Profili critici relativi alla costruzione di una posizione di garanzia in capo al sindaco: il "cortocircuito" interno al reato omissivo improprio....</i>	- 56 -
2.3.3. <i>(Segue). B) Il "cortocircuito" interno al principio di separazione tra politica ed amministrazione.</i>	- 57 -
2.3.4. <i>Dal principio di separazione tra politica ed amministrazione al "dominio della politica sull'amministrazione". Le funzioni "taumaturgiche" del "Sindaco-Leviatano".....</i>	- 58 -
3. <i>Tensioni tra "fatto" e "autore" nella parte generale del codice penale. A) La recidiva, il recidivo.</i>	- 59 -
3.1. <i>La recidiva "intermedia": dalla riforma del 1974 alla riforma di cui alla l. "ex" Cirielli.</i>	- 62 -
3.2. <i>Regime facoltativo e discrezionalità del giudice</i>	- 65 -
3.3. <i>La recidiva ed il nuovo giudizio di bilanciamento delle circostanze.....</i>	- 71 -
3.4. <i>Un trattamento sanzionatorio più mite. Il limite assoluto degli aumenti di pena.....</i>	- 74 -
3.5. <i>La recidiva "di ritorno": la riforma di cui alla l. 251 del 2005.....</i>	- 77 -
3.6. <i>La recidiva, ovvero l'"autore-già-reo".....</i>	- 81 -

4. <i>Un ultimo incursus: la disciplina della prescrizione tra diritto penale dell'amico e diritto penale del nemico.</i>	- 83 -
---	--------

CAPITOLO II
“OGGETTIVISMO” E “SOGGETTIVISMO”
NEL DIRITTO PENALE ITALIANO

SEZIONE I
IL “CONTESTO” ITALIANO DEL DIRITTO PENALE DEL FATTO.

1. <i>Oggettivismo e soggettivismo nell'ambito del diritto penale: cenni.</i>	- 89 -
2. <i>Il “contesto”. Oggettivismo e soggettivismo nell'esperienza italiana.</i>	- 93 -
3. <i>Il principio di necessaria offensività del reato.</i>	- 97 -
3.1. <i>Il fondamento codicistico del principio di offensività.</i>	- 98 -
3.2. <i>Il fondamento costituzionale del principio di offensività.</i>	- 101 -
3.3. <i>La “duplice dimensione” del principio di offensività.</i>	- 104 -
4. <i>Una conferma alla concezione realistica del reato: l'esclusione della punibilità per “particolare tenuità del fatto” ex art. 131-bis c.p.</i>	- 106 -

SEZIONE II
IL “TESTO” DEL DIRITTO PENALE DEL FATTO ITALIANO.
VERSO LA ROTTURA DELL'EQUILIBRIO

1. <i>Premessa.</i>	- 114 -
2. <i>Dall'oggettivismo al soggettivismo. Capitolo I: l'arricchimento soggettivo della fattispecie.</i>	- 115 -
2.1. <i>L'esempio del reato continuato; rectius della continuazione di reati.</i>	- 117 -
2.2. <i>Ricostruzione del concetto legislativo. Analisi (critica) dei sentieri dogmatici percorsi. A) l'indirizzo “misto” soggettivo-oggettivo.</i>	- 118 -

2.3. (Segue). B) <i>L'indirizzo finalistico o teleologico. Discrasie normative e ossimori valutativi: superamento di un "dogma".</i>	- 122 -
2.4. <i>Il "medesimo disegno criminoso" in considerazione della sua "struttura" e della sua "dinamica applicativa".</i>	- 125 -
3. <i>Dall'oggettivismo al soggettivismo. Capitolo II: verso un diritto penale del tipo d'autore?</i>	- 129 -
4. <i>Un passo indietro. Cenni alle dottrine tedesche del "tipo d'autore": da Erik Wolf a Gunter Jakobs.</i>	- 132 -

CAPITOLO III

IL "DATO PERSONALISTICO" QUALE ELEMENTO STRUTTURALE DELLA FATTISPECIE INCRIMINATRICE.

SEZIONE I

I DELITTI "CONTRO" I MINORI, OSSIA IL REO-PEDOFILO

1. <i>Premessa</i>	- 138 -
2. <i>L'ipotesi di "fruizione" di attività sessuali con minorenni. Esclusione.</i>	- 140 -
3. <i>La detenzione di materiale pornografico. L'erompere, indiscutibile, del "reo-pedofilo" nella scelta d'incriminazione.</i>	- 142 -
3.1. <i>Detenzione di materiale pornografico e "nuove tecnologie". Il reo-pedofilo nella rete e il fronte (ulteriormente) avanzato di tutela della giurisprudenza</i>	- 143 -
4. <i>La fattispecie di "pornografia virtuale". Prolegomeni critici nel passaggio dalla realtà alla virtualità.</i>	- 146 -
4.1. <i>Il riferimento alla Convention on Cybercrimes di Budapest, alla Relazione esplicativa e alle Direttive europee: vincoli, indicazioni e (dis)orientamenti per l'interprete nazionale</i>	- 150 -

- 4.2. *(Tentativo di) esclusione della rilevanza penale della pornografia “apparentemente” e “totalmente” virtuale per il tramite del dato testuale - 153 -*
- 4.3. *(Segue). E per il tramite (dell'impossibilità) del richiamo alla “dignità umana del minore” quale interesse protetto dall'art. 600-quater.1 c.p. .- 156 -*
- 4.4. *Principio di frammentarietà penale e considerazioni conclusive in ordine ai materiali pedopornografici penalmente. (Proposta di) Scissione tra le rappresentazioni “ad elaborazione virtuale” e le rappresentazioni “artificiali” - 160 -*

SEZIONE II

I REATI A C.D. DOLO SPECIFICO, OSSIA IL “REO-RIBELLE”

1. *Brevi cenni sulle funzioni del c.d. dolo specifico. - 165 -*
2. *Il dolo specifico come elemento “fondante” la responsabilità penale nelle fattispecie a “condotta neutra” - 167 -*
- 2.2. *Brevissimo: conferme da alcuni dei più recenti indirizzi interpretativi. A) Primo “incursus”: le teorie in tema di “doppia misura” della colpa.....- 171 -*
- 2.3. *B) Secondo “incursus”: la nozione di “medesimo disegno criminoso”...- 173 -*
- 2.4. *C) Terzo, ed ultimo, “incursus”: la coscienza e volontà della condotta. .- 175 -*
3. *La “duplice anima” del c.d. dolo specifico: per una interazione tra reo, reato e realtà. Una possibile conferma dall'art. 270-sexies c.p. - 177 -*
4. *I reati “a finalità di terrorismo”: necessitas non habet legem? - 178 -*
5. *La ricerca di una “prova contraria” nei reati a “finalità di terrorismo”: la strada del c.d. dolo specifico. - 181 -*
6. *Ulteriori ambiti problematici: le ipotesi delittuose di cui agli artt. 270-quater, 270-quater.1 e 270-quinquies c.p. - 183 -*
7. *I reati contro il patrimonio quale nuova ipotesi di diritto penale del tipo d'autore? L'esempio della rapina. - 189 -*

7.1. *Per un ritorno al fatto nell'ambito dei delitti contro il patrimonio. A) L'interesse giuridico tutelato; B) la nozione di profitto.* - 193 -

SEZIONE III

LA NORMATIVA IN MATERIA DI IMMIGRAZIONE CLANDESTINA, OSSIA IL “REO-STRANIERO”

1. *Premessa.....* - 201 -

2. *L'aggravante della clandestinità.....* - 203 -

 2.1. *La demolizione dell'aggravante di cui all'art. 61 n. 11.bis c.p.....* - 205 -

3. *Il reato di clandestinità.....* - 209 -

 3.1. *Le “ragioni” della Consulta.....* - 210 -

Bibliografia..... 214

INTRODUZIONE

Addentrandosi all'interno della selva oscura della più recente legislazione penale, infatti, non si può fare a meno di constatare come la figura del "delinquente", autore del reato, abbia assunto il ruolo di protagonista principale della vicenda punitiva. Con una sorta di "rivoluzione silenziosa", quel rapporto di necessaria interdipendenza funzionale che lega la persona umana al fatto da questa commesso sta sempre più prepotentemente sfumando in vista di una assorbente, se non esclusiva, valorizzazione delle *caratteristiche personali* delle quali il reo è portatore. Se è innegabile come ogni fattispecie astratta di reato delineata dal legislatore "celi", al suo interno, un tipo (normativo) di autore e che le codificazioni penali di ogni epoca storica risultino caratterizzate dalla previsione di "fattispecie sintomatiche", orientate soggettivamente, al fine di attuare forme di controllo penale e di gestione del rischio rispetto a soggetti "pericolosi", è del pari incontestabile come la più recente produzione normativa stia mettendo "a dura prova" i tradizionali tratti somatici del diritto penale del fatto e del danno concreto, rilevante in quanto offensivo dell'interesse giuridico sotteso alla disposizione penale incriminatrice.

Si tratta di un fenomeno che, a dispetto dell'apparente veste individualizzante alla quale sembrerebbe proiettare una più compiuta (o pretesa) elaborazione del principio di colpevolezza, affonda le proprie radici in delle logiche di assoluta spersonalizzazione e stigmatizzazione del reo-colpevole.

In questo "nuovo" sentiero interpretativo, la «persona umana», da sempre «al centro del diritto penale», non risulta più il "veicolo" per consentire al sistema penale di "attrarre" quelle condotte che, contrarie ai precetti legali, abbiano cagionato una lesione all'interesse giuridico sotteso alla fattispecie incriminatrice, ma diviene centro di esclusiva analisi per la costruzione della fattispecie penale.

L'autore-reo, altrimenti detto, non è più chiamato a "intercettare" il "suo" reato per divenirne componente necessaria, ma rappresenta esso stesso la *ratio*, l'essenza dell'incriminazione o dell'aggravamento di pena.

L'impressione ricavabile dalla più recente legislazione penale è quella di aver voluto attuare una vera e propria "caccia" agli "individui irresponsabili"; una guerra nei

confronti delle *Unpersonen* che ha finito con l'attraversare, trasversalmente, ogni settore del diritto penale.

Di questi passaggi semantici, che da un diritto penale del fatto stanno conducendo, inarrestabilmente, ad un diritto penale più squisitamente proiettato verso le dinamiche "personali" dell'autore-reo, si cercherà di dar conto nel corso della presente trattazione.

Dopo una generale introduzione (di cui al Capitolo I) sulle tensioni riscontrabili tra la più recente legislazione penale ed i principi fondamentali del diritto penale, si affronteranno quegli ambiti interpretativi ove, maggiormente, si è chiamati a fare i conti con una "tipicità del fatto" sempre più evanescente, se non del tutto assente.

In questo ambito, particolare attenzione verrà mostrata al reato omissivo improprio. Se qui, invero, la tipicità del fatto è saldamente legata, *ex art. 40*, secondo comma, c.p., ad un fatto-reato nel quale si rende necessario rintracciare i tradizionali elementi costitutivi del reato (condotta, nesso causale ed evento), la più recente elaborazione giurisprudenziale sta orientando la ricostruzione dell'istituto verso una valorizzazione preponderante, se non esclusiva, delle caratteristiche soggettive del soggetto omissivo.

Di poi, nell'ambito della tradizionale, quanto discussa, dialettica tra "oggettivismo" e "soggettivismo" nell'ambito del diritto penale, si cercherà di mettere in luce le caratteristiche del c.d. diritto penale soggettivo, nella sua duplice veste del diritto penale della volontà e del diritto penale del tipo d'autore.

Così, una volta impostata la semantica argomentativa, sarà possibile procedere ad una più consapevole, ed elaborata, indagine dei tradizionali ambiti interpretativi nei quali sembrerebbe riemergere, con forza, la figura del "delinquente"- "reo" quale *ratio*, esclusiva, dell'incriminazione.

In particolare, si analizzerà la materia dei delitti "contro" i minori, da sempre al centro di un ampio quanto articolato dibattito nella fissazione di un esatto punto di equilibrio da una tutela (necessariamente) rafforzata da riconoscere al minore ed il rispetto dei tradizionali principi di materialità ed offensività del reato.

Dunque, e in conclusione, si analizzerà la categoria dei reati c.d. a dolo specifico, in ispecie quelle fattispecie nelle quali l'elemento intenzionale si aggancia a condotte

perfettamente “neutre” dal punto di vista materiale; e, quindi, la recente normativa in materia di immigrazione clandestina.

Così, al cospetto di questa “nuova” e copiosa legislazione penale, che sta mettendo a dura prova ed a repentaglio i tradizionali criteri interpretativi, si tratterà di stabilire se simili fattispecie debbano essere accettate, quasi in spirito di rassegnazione, in quanto chiamate a contrastare fenomeni delittuosi altrimenti incontrastabili; ovvero se non sia possibile rintracciare dei criteri interpretativi che consentano di ristabilire un equilibrio all’interno di una tipicità, materiale, se non dimidiata, sicuramente gravemente compromessa.

CAPITOLO I
**LA DIMENSIONE “ARTIFICIALE” DEL DIRITTO PENALE
DI NUOVA GENERAZIONE**

“Ho già deprecato nei miei scritti quella che io chiamo la nomorrea penale, anatemizzata fin dai tempi di Seneca come pernice della Repubblica. Questa malattia si fece gigante in Francia, ove sotto Napoleone III accrebbe di parecchie centinaia il numero dei fatti a delitto; e in tal guisa familiarizzando il popolo con la giustizia criminale lo demoralizzò ed aiutò i comunardi. Questa malattia minaccia di divenire contagiosa in Italia per lo zelo di alcuni ufficiali ai quali occorre che ai fatti si imponga la veste di delitti per condurli sotto la propria signoria.”

(FRANCESCO CARRARA, *Un nuovo delitto*, in *Opuscoli di diritto criminale*, 3^a ed., Prato, 1889, vol. IV, p. 522)

SEZIONE I

**DIRITTO PENALE “ARTIFICIALE” E TENSIONI CON I PRINCIPI
FONDAMENTALI DEL SISTEMA PUNITIVO**

SOMMARIO: 1. L’incessante ampliamento dello “spettro punitivo” - 2. Tensioni, “vecchie” e “nuove”, tra la più recente legislazione e gli “assi portanti” del diritto penale - 2.1. A) Le frizioni con il principio della riserva di legge - 2.2. B) Con il principio di (necessaria) determinatezza della fattispecie e di offensività del reato - 2.3. C) Con il principio di (necessaria) offensività del reato.

1. L’incessante ampliamento dello “spettro punitivo”.

Costituisce, oggi, un dato ormai sufficientemente acquisito quello per cui l’attuale fisionomia del diritto penale si stia sempre più allontanando dagli schemi tipici del c.d. diritto penale “classico”¹.

L’ipertrofico movimento espansionista del sistema punitivo determinato da (non meglio precisate) esigenze securitarie² tese a tutelare una società, ormai, calata in un apocalittico «*habitus* di tipo emergenziale»³, ha colpito ogni settore del diritto penale determinando una disfunzionale proliferazione di fattispecie incriminatrici.

Senza voler ripercorrere le “cause scatenanti” di quell’ansia di regolamentazione che condotto alla creazione di una «marea di leggi»⁴ (*Gesetzesflut*) trasformando la società giuridica odierna «in una *law-saturated society*, in una società strapiena di

¹ G. MARINUCCI, *Soggettivismo e oggettivismo nel diritto penale. Uno schizzo dogmatico e politico criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 12

² Sui diversi volti che hanno assunto le risposte penali al bisogno collettivo di sicurezza, A. MASSARO, *Salute e sicurezza nei luoghi di detenzione: coordinate di un binomio complesso*, in *La tutela della salute nei luoghi di detenzione. Un’indagine di diritto penale intorno a carcere, REMS e CPR*, Roma TrE-Press, 2017, 64 ss. Sulla sicurezza come «finzione sociale», relegata ad un valore meramente simbolico e inoperante nel diritto penale, S. MOCCIA, *L’odierna funzione di “controllo” e “orientamento” della dottrina*, in *Criminalia*, 2013, 410. *Amplius*, M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, 3558; D. PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 547; A. CAVALIERE, *Può la “sicurezza” costituire un bene giuridico o una funzione del diritto penale?*, in *Crit. dir.*, 2009, 43 ss.; G. INSOLERA, *Sicurezza e ordine pubblico*, in *Ind. pen.*, 2010, 27.

³ S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, II^a ed., Esi, Napoli, 2011, p. 1.

⁴ P. NOLL, *Gesetzgebungslehre*, Reinbek bei Hamburg, Rowohlt, 1973, p. 113.

diritto»⁵, sembrerebbe possibile ascrivere il vertiginoso aumento della produzione legislativa in materia penale a due fondamentali fattori, tra loro necessariamente complementari.

Anzitutto, non può fare a meno di segnalarsi il passaggio che ha condotto dallo Stato liberale allo Stato sociale. In un contesto in cui l'obiettivo precipuo assunto dallo Stato era quello di perseguire e di garantire il più alto grado e livello di benessere della collettività (secondo le politiche del *Welfare State*), sembrava costituire un "logico corollario" la necessità, da parte del legislatore, dapprima di dilatare, progressivamente, le maglie operative degli interessi giuridici già esistenti; poi, di ampliare il catalogo di quegli interessi ritenuti meritevoli (e, per questo, "bisognosi") di tutela. Obiettivi di (maggior) tutela, fatti propri da uno Stato "interventista" e "dirigista", che sono stati garantiti anzitutto attraverso l'utilizzo dello strumento penale. Ciò non solo per la forte carica simbolica della quale lo strumento punitivo-penale è dotato, in quanto capace di "tranquillizzare" la società "inqueta" rispetto alle multifattoriali e recenti forme (e formule) di criminalità; ma anche per utilizzarne la sua formidabile carica repressivo-coercitiva, tanto in chiave personale che reale⁶. È proprio in questo periodo storico, ad esempio, che si registra un vertiginoso aumento e moltiplicarsi delle fattispecie incriminatrici modellate su veri e propri "comandi", attraverso le quali lo Stato da mero "spettatore" delle gesta altrui diviene "scenografo" e "sceneggiatore" delle decisioni dei consociati⁷. Un

⁵ La felice espressione è di S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, Feltrinelli, 2006, p. 9.

⁶ Non può certamente condividersi, al riguardo, l'affermazione di L. HULSMAN, *Défense sociale nouvelle et critères de décriminalisation*, in *Aspects nouveaux de la pensée juridique-Recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, vol. II, Paris, Marc Ancel, 1975, p. 25, secondo cui l'utilizzo, in un simile "mutato" contesto giuridico, del diritto penale rappresenterebbe una logica conseguenza del fatto che «l'impiego della sanzione penale è l'unica misura di diritto pubblico adottabile senza sottostare all'obbligo costituzionale da indicare i mezzi per finanziarla»: anche volendo tralasciare il profilo, per così dire, "umano" connesso all'inflizione della pena da parte dello Stato, non può fare a meno di rilevarsi, infatti, come la sanzione criminale abbia un costo, particolarmente notevole, per la Società intera. Maggiormente probanti sembrerebbero essere, allora, le considerazioni di F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Bologna, Il Mulino, 1990, p. 11, il quale addita, tra gli altri fatto, la "causa" dell'esplosione delle fattispecie incriminatrici all'interno dello Sociale a «pigrizia, nel senso che dichiarare criminale una condotta indesiderabile è certamente la via più comoda e attraente»

⁷ «In altri termini, lo Stato moderno, lungi dal limitarsi alla funzione puramente negativa di armonizzare gli interessi degli individui e di dirimerne i conflitti, esplica un'azione eminentemente attiva, che è intesa a trasformare le condizioni di vita e anche la coscienza del popolo per assicurarne il progresso e spesso anche per indirizzarlo a determinate finalità. Lo Stato moderno, oltretutto tutore dell'ordine pubblico, è e vuole essere maestro ed educatore del popolo». In questi termini,

contesto, dunque, nel quale l'illecito omissivo⁸, prima, e l'illecito colposo⁹, poi, da ipotesi di responsabilità dotate di un carattere, per così dire, "eccezionale" o, comunque, "subalterno" rispetto ai "reati d'azione", si traducono in un ordinario strumento di intervento punitivo¹⁰.

Ulteriore fattore "scatenante" una simile ansia di regolamentazione da parte dello Stato moderno può essere rintracciato, poi, in quella forte accelerazione subita dal progresso tecnologico-scientifico. Si tratta di uno di quei grandi «temi della modernità» che «gli ordinamenti e la scienza giuridica di tutto il mondo si trovano oggi di fronte alla necessità di risolvere»¹¹ e che, sembrerebbe, prima ancora che porre un problema di "modello" di diritto penale adottare rispetto alle più recenti (ed

efficacemente, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, a cura di L. Conti, Milano, Giuffrè, 2003, p. 7.

⁸ Sulla "fecondità" delle fattispecie omissive in un contesto ordinamentale ispirato ai principi di solidarietà e, dunque, di "salvaguardia" degli altrui interessi, F. GIUNTA, *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 624, il quale rileva come «la dogmatica dell'omissione [...] non è una dogmatica ideologicamente neutra (ammesso che esista una dogmatica ideologicamente neutra); in essa l'opzione ideologica – intesa a considerare come prevalente l'impronta individualistica dei diritti di libertà o, all'opposto, la dimensione solidaristica della tutela penale – risulta particolarmente evidente, se non addirittura necessaria per superare le imperfezioni della dimensione codicistica». Per un efficace quadro di sintesi delle caratteristiche che il reato omissivo viene ad assumere in considerazione del "contesto" sociale nel quale esso viene inserito, si veda F. MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001, p. 337. Per un inquadramento storico, A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, Vol. I, *Profili introduttivi e politico-criminali*, Padova, Cedam, 1988, p. 374 ss.

⁹ Sul processo di incessante codificazione delle regole cautelari, G. MARINUCCI, *Il ruolo delle regole scritte di diligenza nell'era dello sviluppo tecnico*, in ID., *La colpa. Studi*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 295; ID., *La responsabilità colposa: teoria e prassi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 1.

¹⁰ *Amplius*, sulla «incessante moltiplicazione tanto dei reati omissivi quanto di quelli colposi, (...) sia a livello di tipizzazione astratta delle fattispecie incriminatrici sia a livello prasseologico», per tutti, A. MASSARO, *La responsabilità colposa per omesso impedimento di un fatto illecito altrui*, Napoli, Jovene, 2013, p. 103 e ss.

¹¹ Si tratta dell'*Incipit* del celebre lavoro di F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 3, il quale collocava, con straordinaria preveggenza, tra i grandi "problemi della modernità «i problemi legati innanzitutto al progresso tecnologico-scientifico e all'incontrollato sviluppo economico proprio, in particolare, dei paesi industrializzati dell'emisfero occidentale: dall'inquinamento, finora inarrestabile, del suolo, delle acque e dell'atmosfera, all'inquinamento radioattivo, agli interventi sui fondamenti genetici della vita, alle manipolazioni genetiche degli alimenti (cibi transgenici), ai problemi creati dalle nuove "frontiere" della medicina, alla mancanza di certezze della scienza, alle forme patologiche nuove dell'attività economica, ai fenomeni dell'illegalità legati alla crescente disoccupazione e al divario sempre più marcato tra Paesi ricchi e Paesi poveri, ai danni legati all'uso incontrollato e "illecito" degli strumenti informatici, a tutti gli altri fenomeni riconducibili alla "crisi" mondiale della civilizzazione tecnico-scientifica».

“evolutive”) forme di criminalità¹² (*lato sensu* intesa), hanno certamente accelerato il fenomeno della “penalizzazione a tappeto”. Fenomeno che ha coinvolto prima “modelli tipologici di reato” come, ad esempio, la crescita esponenziale delle regole di prudenza nell’ambito dell’illecito colposo¹³; poi, determinato – ancora una volta – il proliferare di interventi normativi volti non solo a “rimaneggiare” fattispecie incriminatrici per “aggiornarle” alle esigenze della “modernità” ma, più incisivamente, ad introdurre nell’ordito codicistico fattispecie di nuovo conio.

Tra i temi della modernità che hanno, inevitabilmente, inciso sull’attuale ed odierno sistema punitivo, implementando ed accrescendo l’area del penalmente rilevante, non si può non prendere in considerazione anche l’incessante processo di integrazione europea. Dall’originario assetto dei Trattati istitutivi, nessuno mai avrebbe potuto immaginare che le Istituzioni europee riuscissero ad avere, nel diritto penale – ambito in cui il dogma della sovranità era «il più duro a resistere, il più duro a morire»¹⁴ –, una capacità “invasiva” così penetrante e trasversale¹⁵. È ormai un dato indiscutibile quello secondo cui «la normativa e i principi sovranazionali» abbiano rimesso «in discussione le scelte nazionali di penalizzazione, sia imponendo la disapplicazione di norme incriminatrici (o sanzioni), sia configurando obblighi di tutela penale che incidono su fondamentali opzioni di politica criminale»¹⁶, capaci, talvolta, anche di produrre degli effetti “peggiorativi” (*in malam partem*) nei

¹² Si tratta, come ampiamente noto, della prospettiva fatta propria da F. STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., p. 4.

¹³ Sull’incidenza della “modernità” rispetto all’espansione dell’illecito colposo (oltre che quello omissivo), Cfr., ancora e per tutti, A. MASSARO, *La responsabilità colposa per omesso impedimento del fatto illecito altrui*, cit., p. 106

¹⁴ M. GALLO, *Luci ed ombre su un sistema penale europeo*, in *Ambito e prospettive di uno spazio giuridico-penale europeo*, a cura di S. Moccia, Napoli, Jovene, 2004, p. 315.

¹⁵ Per una descrizione dei passaggi che hanno condotto alla creazione di una politica europea in materia penale, prima attraverso normative *extra*-penali ma, ciononostante, in grado di condizionare il nucleo di disvalore attorno al quale si sviluppato i precetti normativi nazionali; poi, per il tramite di sempre più penetranti obblighi di criminalizzazione, si vedano, nella complessità della letteratura sorta sul tema, V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, Dike, 2012, p. 7, spec., p. 106; A. BERNARDI, *L’europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 11; ID., *Il diritto penale tra unificazione europea e cultura nazionali*, in *Pol. dir.*, 2005, p. 246 ss. Sullo specifico tema degli obblighi di tutela penale, C. SOTIS, *Obblighi comunitari di tutela e opzione penale: una dialettica perpetua?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 171 ss.; ID., *Il diritto senza codice*, Milano, Giuffrè, 2007, spec. p. 167 ss.

¹⁶ G. GRASSO, *Introduzione. Diritto penale ed integrazione europea*, in *Lezioni di diritto penale europeo*, a cura di G. Grasso e R. Sicurella, Milano, Giuffrè, 2007, p. 95-96.

confronti della posizione dei singoli cittadini, rispetto a quelli che, altrimenti, deriverebbero dall'applicazione della normativa nazionale.

Il contributo dell'Unione europea verso l'elaborazione di nuovi precetti penali costituisce un dato ormai inoppugnabile. Basti pensare all'introduzione, nel nostro ordinamento, del "micro-sistema" della responsabilità "amministrativa" da reato delle persone giuridiche; alle ipotesi di *insider trading*, di autoriciclaggio oppure, ancora, alla copiosa normativa in materia di abusi di mercato. Una incidenza, quella delle Istituzioni europee, oggi ancor più preponderante in quanto capace di intervenire anche rispetto ad ambiti del tutto estranei rispetto alla matrice economico-finanziaria "tipica" dell'operato dell'Unione: si pensi alle direttive in materia di tema di negazionismo, di pedopornografia, oppure, ancora, in materia di regolamentazione della tutela dell'embrione.

Il "dato della realtà" che, più di ogni altra cosa, emerge dal, sia pur breve, carteggio fornito, è quello secondo cui ogni fenomeno giuridicamente rilevante risulta, così, presidiato da una sanzione criminale¹⁷: il diritto penale finisce con il perdere il suo carattere frammentario per divenire uno strumento onnicomprensivo e totalizzante¹⁸, in cui lo spazio di libertà del singolo si riduce drasticamente sino a diventare un "miraggio" al punto che, oggi, «è davvero raro rintracciare condotte che possano dirsi con certezza estranee all'operatività dell'ordinamento penale»¹⁹. Per tal via, l'affermazione secondo cui ad essere frammentario non è più il diritto penale ma ad essere «frammentaria ora è la libertà»²⁰, non assume più il carattere "provocatorio" del quale era stata dotata, ma finisce con il tradursi in una solida e ferma constatazione di fatti.

¹⁷ Sembrerebbe così cadere la felice metafora, ispirata al carattere eccezionale delle norme incriminatrici, di A. FIORELLA, voce *Reato in generale*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, Milano, Giuffrè, 1987, p. 773, secondo cui «i reati costituiscono tante isole nel mare dell'ordinamento giuridico, quali punti di emersione o meglio cuspidi rappresentative di momenti di disvalore particolarmente elevati».

¹⁸ Sulla perdita del carattere frammentario del diritto penale, anzitutto C.E. PALIERO, *Minima non curat praetor. Iperrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Cedam, 1985, 159 ss.

¹⁹ F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Bologna, Il Mulino, 1990, p. 11

²⁰ «È la libertà – cioè l'area di liceità penale – che sussiste in virtù di specifiche eccezioni, di specifici privilegi. Mentre l'illiceità penale diventa il *prius*». Così, ancora, F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale.*, cit., p. 12.

La vertiginosa «dismisura dei sistemi penali»²¹ si è anzitutto tradotta in una “fuga dal codice” attraverso il proliferare ed il moltiplicarsi di leggi, normative, disposizioni, porzioni di disposizioni collocate anzitutto *extra codicem*. Il c.d. “diritto penale complementare” da realtà, per così dire, periferica e ancillare ha viceversa assunto un ruolo del tutto centrale²² determinando una un “ribaltamento” dell’equazione, propria di un ideale illuministico, “sistema penale”=“codice penale”; concetti oramai non più coincidenti²³, momenti di un dialogo molto più ampio e composito.

Il catalogo dei reati è, oggi, divenuto sostanzialmente ingestibile e ingovernabile. Così, da un lato, nel momento della “genesi” normativa, si assiste al moltiplicare dei fenomeni di doppia e plurima tipicità che rappresentano un’emblematica testimonianza di un sistema punitivo del tutto irrazionale²⁴, in quanto priv(at)o di quelle esigenze di unità e coordinamento (quantomeno al suo) interno che dovrebbero caratterizzarlo; un sistema incapace di essere adeguatamente coordinato, in spregio a quel principio di unità e coordinamento interno che dovrebbe caratterizzare ogni sistema giuridico che voglia definirsi come tale. Dall’altro, nel momento – per così dire – della “fruizione” di simili prodotti normativi, si registra una inevitabile lesione di quelle esigenze di “accessibilità” e “conoscibilità” che dovrebbero caratterizzare, più che in ogni altro ambito giuridico, la materia dei delitti e delle pene²⁵. Un effetto di “disorientamento”²⁶, si potrebbe anche dire, in grado di

²¹ Mutuando le parole di E. RESTA, *La dismisura dei sistemi penali*, in *Il diritto penale minimo: la questione criminale tra riduzionismo e abolizionismo*, a cura di A. Baratta, Napoli, Jovene, 1985, p. 475 ss.

²² Sulla progressiva espansione del diritto penale complementare, C. FIORE, *Prospettive della riforma penale. il ruolo della legislazione speciale*, in *Democrazia e diritto*, 1977, p. 685 s.s.; E. MUSCO, *Consensus e legislazione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p.153 s.s.

²³ Sul punto, L. STORTONI – T. PADOVANI, *Il diritto penale delle fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Bologna, Il Mulino, 2002, p. 23-24.

²⁴ M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale. Contributo allo studio del concorso apparente di norme*, Torino, Giappichelli, 1997, p. 119 ss.

²⁵ Rileva, al riguardo, E. MUSCO, *Consensus e legislazione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 81, come la «continua, massiccia, penetrante e martellante produzione di fattispecie di reato (...) accrescono la confusione ed in fondo intaccano anche la praticabilità» del sistema; con la conseguenza per cui «il panpenalismo imperante negli attuali *standards* di produzione normativa non può non indiziare una situazione di sofferenza della (e nella) gestione della vita associata».

²⁶ «Perdere la certezza del diritto significa perdere la sicurezza dell'agire, il senso del rapporto con il prossimo, la misura del rapporto tra il singolo e l'istituzione che lo guida»: così, S. PULIGA, *La*

colpire non solo il “privato cittadino”²⁷, «ma altresì gli stessi uffici statali» i quali, chiamati «a fornire chiare direttive di condotta, si trovano nell’incertezza» anzitutto di individuare la “normativa applicabile” e, quand’anche tale primo *screening* sortisse l’effetto desiderato, «pressati dal timore che le loro indicazioni e scelte siano sconfessate da un successivo giudizio penale», saranno indotti a fornire delle indicazioni «in stretta aderenza al tenore letterale, spesso pur nella contraddittorietà del testo normativo, in spregio a un’interpretazione teleologica che guardi alla funzionalità di sistema»²⁸.

Conseguenza “paradossale”, allora, di una simile copertura “generalizzata” dell’illegalità è quella di rendere l’ipertrofia penale uno strumento del tutto funzionale e confacente alle esigenze dell’illegalità, consentendo al “vero-reo”, colui che delinque consapevolmente e volontariamente, di sottrarsi ad una (magari giusta) punizione²⁹.

2. Tensioni, “vecchie” e “nuove”, tra la più recente legislazione e gli “assi portanti” del diritto penale.

L’irrazionalità di un sistema in continua espansione ha, più incisivamente, restituito all’interprete delle fattispecie di reato decisamente eccentriche, per struttura e per caratteristiche descrittive, rispetto a quelle che funzionarono da modello per la

certezza del diritto: un valore “classico” ed assoluto, in *La certezza del diritto. Un valore da ritrovare*, Atti del Convegno di Firenze (2- 3 ottobre 1992), Milano, Giuffrè, 1993, p. 12.

²⁷ La difficoltà del singolo di orientarsi nell’odierno magma normativo è sottolineata, con particolare incisività, da F. SGUBBI, *Il diritto penale incerto e efficace*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 1197, quando afferma, nel manifesto intento di “ribaltare” le acquisizioni cui era giunta la Corte Costituzionale con la sentenza 359 del 1988: «La realtà, ben nota a tutti noi, è che più ci si informa e più si è disorientati: qualunque argomento giuridico si voglia approfondire, all’esito dello studio la soluzione è sempre più incerta. Il cittadino è chiamato necessariamente ad una produzione giuridica secondaria, cioè a *produrre certezza* visto che la legge non la fornisce. Si tratta di un onere di creazione giuridica per riconquistare privatisticamente e pattizamente la certezza della norma di comportamento.

²⁸ R. WENIN, *Disposizioni sull’addestramento nell’uso di armi: un sintomo della degenerazione della coerenza sistemica?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1902.

²⁹ Sull’effetto di “ridondanza” dell’ipertrofia punitiva, capace di produrre paradossi non solo «normativi» ma anche «viventi», E. RESTA, *Nemici e criminali*, in *Pena, controllo sociale e modernità nel pensiero di David Garland*, a cura di A. Ceretti. *Atti del convegno in onore di David Garland*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 100.

costruzione dell'intera teoria generale del reato³⁰. Si è chiamati sempre più spesso, infatti, a “fare i conti” con ipotesi delittuose di incerta provenienza, sempre più spesso frutto di una imprecisa formulazione linguistica, capaci di “ribaltare”, alcune volte, alcuni degli assiomi sui quali si è venuta a fondare, oggi, la costruzione dell'illecito penale: basti pensare al proliferare di un vero e proprio diritto penale “della prevenzione”, in cui la soglia della rilevanza penale viene anticipata dal legislatore ad un momento in cui il pericolo di messa in lesione nei confronti dell'interesse giuridico tutelato è talmente lontana da legittimare il dubbio sul *se*, poi, effettivamente quella lesione (meglio: quel pericolo di lesione) si potrebbe verificare.

Ad un attento sguardo sull'odierno diritto penale, sembrerebbe dunque che un «intero mondo di concetti, di categorie e di garanzie (...)», propri di quel modello “ideale” di diritto penale, siano da relegarsi «al ruolo di un grande racconto di antichi uomini bianchi»³¹; resi inoperativi o, quantomeno, attenuati nella loro portata “precettiva” al fine di una più compiuta tenuta dell'intero sistema.

La gamma dei principi o, se si preferisce, delle garanzie penalistiche costituiscono in effetti un osservatorio privilegiato per analizzare il loro grado di vincolatività, l'ambito di applicazione e la stessa loro struttura nel momento in cui venga presa in considerazione la categoria dei cc.dd. delitti artificiali. Con classificazioni che variano a seconda dell'analisi svolta³², si è soliti distinguere, avendo riguardo alla loro modalità di “manifestazione” tra *principi espressi*, definibili tali in quanto menzionati *per tabulas* da specifiche e precise proposizioni normative, e *principi impliciti*, cioè quelle garanzie ricavabili attraverso una lettura “evolutiva” di una certa disposizione ovvero per il tramite del coordinamento sistematico di una

³⁰ Si tratta della convincente notazione di A. VALLINI, *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale*, Torino, Giappichelli, 2003, p. 4.

³¹ Si tratta della (sconsolata) riflessione di F. SGUBBI, *Osservando oggi il diritto penale. Brevi riflessioni*, in *Scritti in onore di L. Stortoni*, a cura di M. Mantovani, F. Curi, S. Tordini Cagli, V. Torre e M. Caianiello, Bologna, Bononia University Press, 2016, p. 83 ss., introdotta quale *incipit* di un'analisi volta ad analizzare i più salienti “scollamenti” dai principi generali del diritto penale ravvisabili nella recente legislazione criminale.

³² Rileva, infatti, N. BOBBIO, voce , in *Noviss dig. it.*, come con l'espressione “principi generali del diritto”, «si intendono spesso cose molto diverse, anche se non sempre ce ne rendiamo conto». Ed infatti, «Uno dei maggiori risultati della rinnovata discussione sui principii è certamente la consapevolezza della varietà di forme in cui si presentano, onde si fa strada la convinzione che molte divergenze sulla loro natura e sulla loro origine e sul loro fondamento dipendono esclusivamente dal fatto che i diversamente opinanti intendono, pur usando la stessa espressione, fenomeni diversi».

pluralità di articoli di legge³³; distinzione alla quale è stata, poi, avvicinata la categoria dei *principi ispiratori*, da intendersi quali «finalità essenziali di un determinato ordinamento giuridico in un determinato campo di rapporti»³⁴. In relazione al “raggio d’ampiezza” è possibile distinguere i principi *generali* dell’ordinamento dai principi di carattere, per così dire, *settoriale*, in quanto valevoli per uno specifico sottosistema normativo. In termini di efficacia, poi, un valido criterio capace di guidare l’interprete verso l’opera di sistematizzazione dei principi dell’ordinamento potrebbe essere quello che si affida alla dicotomia tra principi *assiomatici* (o *dimostrativi*) e principi ad *efficacia argomentativa* (o di *indirizzo politico*), da un lato³⁵; principi *rivolti al legislatore* e principi *rivolti all’interprete* della norma penale, dall’altro. In considerazione della loro cogenza, da ultimo, sembrerebbe possibile distinguere tra principi di carattere *inderogabile* e principi, viceversa, *passibili di deroghe* purché, come più volte rilevato dalla Corte costituzionale, l’eccezione posta dal legislatore sia capace di superare un vaglio positivo di ragionevolezza.

Muovendo dalla variegata gamma di principi che possono essere fatti “emergere” in maniera più o meno diretta, più o meno immediata, all’interno dell’ordinamento penale, sembrerebbe così possibile cercare di “misurare” le tensioni derivanti dal

³³ Sulla distinzione tra principi espressi e principi inespressi, anzitutto A. FALZEA, *Dogmatica giuridica e diritto civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, p. 735 ss., ID., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, vol. I, *Teoria generale del diritto*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 223 ss. Sulla contrapposizione *de qua* e sulla sua progressiva acquisizione ad opera della giurisprudenza della Corte costituzionale, G. VASSALLI, *I principii generali del diritto nell’esperienza penalistica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, . 701-702.

³⁴ G. VASSALLI, *I principii generali del diritto nell’esperienza penalistica*, cit., p. 704, il quale, avendo riguardo esclusivo al diritto penale, fa rientrare nell’ambito della suddetta categoria il principio di difesa sociale da un lato e il rispetto del singolo in quanto persona umana dall’altro.

³⁵ Sulla distinzione, per tutti, M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, Cedam, 2006, p. 26 ss. Categoria alla quale taluno ha affiancato, di recente, anche la categoria dei “caratteri del diritto penale”. Così, ad esempio, secondo D. PULITANÒ, *Diritto penale. Parte generale*, V^a ed., Torino, Giappichelli, 2013, pp. 49-50, la frammentarietà del diritto penale lungi dall’essere considerata alla stregua di un “principio” del diritto penale ne rappresenterebbe, appunto, un mero “carattere” assorbito nel principio di legalità. Impostazione analoga è seguita, di recente, anche da S. CANESTRARI – L. CORNACCHIA – G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, II^a ed., Bologna, Il Mulino, 2017, p. 102. Sulla indiscutibile valenza del principio di frammentarietà quale canone ermeneutico in punto di incriminazione e in chiave interpretativa, G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VII^a ed., Bologna, Zanichelli, 2014, p. 32; C.E. PALIERO, *Minima non curat praetor. Ipertropia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, Cedam, 1985, p. 159 ss.

diritto penale artificiale³⁶; progetto di analisi che consentirà, in un secondo momento, di “mettere a fuoco” quel particolare angolo prospettico dal quale la presente indagine sviluppare il proprio percorso.

2.1. A) *Le frizioni con il principio della riserva di legge*

Sono gli “assi portanti”, dunque, le stesse “fondamenta” del sistema penale a subire delle (più o meno) marcate lesioni.

A venire in rilievo è, anzitutto, il principio della riserva di legge. Considerato quale baluardo del pensiero illuministico votato ad una più compiuta delimitazione tra i poteri dello Stato in materia penale, l'impronta “classica” voleva ergerlo a valore “assoluto”³⁷, privo di qualsivoglia contaminazione da parte di fonti secondarie, in quanto contrastanti con quei dettami garantistici³⁸ ricavabili, per via interpretativa, dall'art. 25, secondo comma, Cost. Anzi, in un contesto interpretativo volto a garantire il monopolio assoluto al Parlamento nella produzione di fonti in materia penale³⁹, si è da alcuni dubitato della compatibilità dei decreti legge⁴⁰ e dei decreti legislativi⁴¹ quali legittime fonti di norme penalmente rilevanti⁴².

³⁶ In realtà, è opportuno rilevare come la multifattoriale gamma di principi dotati di rilevanza penale abbia subito delle nuove e sempre crescenti “sollecitazioni” da parte del “nuovo” Diritto penale europeo, inteso tanto in senso ampio (in particolare, avendo riguardo al “sistema CEDU”) quanto in senso stretto (cioè, al diritto proprio dell'Unione europea). Sull'incidenza degli ordinamenti sovranazionali verso una “nuova quotazione” dei principi in materia penale, si rinvia, anzitutto, a V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., p. 138 ss., il quale, in particolare, testimonia quel *surplus* di precettività fornito dall'interpretazione delle Corti europee con riferimento al principio di retroattività della legge penale favorevole, al principio di colpevolezza ed al principio di proporzionalità. Cfr., poi, senza alcuna pretesa di esaustività, V. MANES, *I principi penalistici nel network multilivello: trapianto, palingenesi, cross-fertilization*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 839 ss.

³⁷ Aderiscono ad una visione “assoluta” della riserva di legge, tra gli altri G. DELITALA, *Cesare Beccaria e il problema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, p. 968; M. TRAPANI, voce *Legge penale. Le fonti*, in *Enc. Giur.*, vol. XVII, Treccani, p. 4, per cui va intesa «in modo rigidamente assoluto»

³⁸ Sulla *ratio* di garanzia sottesa al principio della riserva di legge, *ex plurimis*, M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, vol. I, Giappichelli, Torino, 2014; F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XIX, Utet, Torino, 1977, 40, il quale sottolinea come «l'importanza e il fondamento della riserva di legge in campo penale emergono (...) in modo netto ove si ponga l'accento sul significato di massima garanzia che essa presenta per il cittadino; garanzia necessaria data l'incidenza della sanzione penale sul bene fondamentale della libertà personale».

³⁹ Come rilevato da G. DELITALA, *Cesare Beccaria e il problema penale*, cit., p. 948, «la sola ragione che giustifica la scelta del potere legislativo come unico detentore del potere normativo in materia penale, risiede nella rappresentatività di quel potere, nel suo essere espressione non di una

La realtà normativa attuale, tuttavia, ha mostrato tutte le criticità di un modello che, come in effetti rilevato da alcuni, è sembrato essere “disancorato dalla realtà”⁴³: così, da un lato non può non ravvisarsi come tanto la decretazione d’urgenza⁴⁴ –

stretta oligarchia, ma dell’intero popolo, che attraverso i suoi rappresentanti, si attende che l’esercizio avvenga non già arbitrariamente, ma per il suo bene e nel suo interesse».

⁴⁰ Sul punto, ancora G. CARBONI, *L’inosservanza dei provvedimenti dell’autorità*, cit., p. 263 ss. G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale. Vol. 1. Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica*, III^a ed., Milano, Giuffrè, 2001, p. 104; S. VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano*, vol. I, II^a ed., Padova, Cedam, 2009, p. 135 ss. Con nettezza, esclude la possibilità – sul piano dei principi – che un decreto legge possa intervenire in materia penale G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, vol. I, II^a ed., Torino, Giappichelli, 2012, p. 242-243; V. MAIELLO, “*Riserva di codice*” e decreto legge in materia penale: un (apparente) asso avanti ed uno indietro sulla via del recupero della centralità del codice, in *La riforma della parte generale*, a cura di A. Stile, Napoli, 2003, p. 173, il quale, tra l’altro, ritiene la decretazione d’urgenza contrastante il «principio della (necessaria) conoscibilità della norma incriminatrice», giacché «la mancata previsione di un periodo di *vacatio* rende potenzialmente non conoscibili, ovvero problematicamente conoscibili dai destinatari, i precetti contenuti nel decreto legge».

⁴¹ Riserve critiche rispetto all’utilizzo del Decreto Legislativo in materia penale sono state manifestate, di recente, da C. CUPELLI, *La legalità delegata. Spunti su riserva di legge e delega legislativa nelle tendenze attuali del diritto penale*, in *Critica del diritto*, 2004, p. 99 ss.; ID., *L’insider trading e la legalità “delegata”*: spunti sulla ammissibilità del ricorso al decreto legislativo in materia penale, in *Cass. pen.*, 2004, p. 241; ID., *Un difficile compromesso. Ancora in tema di rapporti tra la legge delega e riforma del codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 1346 ss., ove, in particolare, viene evidenziata l’inconciliabilità logica, prima ancora che giuridica, tra quei “principi e criteri direttivi” che caratterizzano, ex art. 76 Cost., siffatto strumento normativo, con le caratteristiche tipiche dell’illecito penale, quale illecito di modalità di lesione: «l’indicazione – per quanto precisa – di una *meta di tutela* non potrà mai adeguatamente surrogare *tutta* la necessaria tipicità del fatto, rimanendo così la piena determinazione della fattispecie in qualche misura affidata al Governo, chiamato a modularne, secondo i propri dettami, i precisi confini» (*Ibidem*, pp. 1354-1355). In questo senso, già G. CARBONI, *L’inosservanza dei provvedimenti dell’autorità*, Giuffrè, Milano, 1970, p. 250 ss.; F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, cit., pp. 40-41; E. MUSCO, *L’illusione penalistica*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 172 ss.; F.C. PALAZZO, voce *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, Utet, Torino, 1993, p. 347 Nella manualistica, per tutti, G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VII^a ed., Zanichelli, Bologna, 2014, pp. 55-56.

⁴² *Contra*, nel senso della compatibilità degli atti legislativi del Governo quali possibili fonti del diritto penale, sia pur sotto angolazioni diverse, M. ROMANO, Sub Art. 1, in *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Art. 1-84, III^a ed. rinnovata e ampliata, Giuffrè, Milano, 2004, p. 35; M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, vol. I, cit., pp. 37-38; G. CONTENUTO, *Corso di diritto penale*, vol. I, Laterza, Bari, 1996, p. 36; S. VINCIGUERRA, *Profili sistematici dell’adempimento del dovere imposto da una norma giuridica*, Giuffrè, Milano, 1971, p. 29 ss.

⁴³ La notazione è di M. ROMANO, *Repressione della condotta antisindacale. Profili penali*, p. 170, il quale rileva come «il rigore della riserva assoluta, sicuramente da condividere nella sua istanza ideologica, non lo è più nel contesto di uno *standard* normativo come quello attuale (...) non è invece realistico né praticabile nel contesto di una normazione penale che persiste a penetrare in ogni settore con una organicità e una capillarità degni di miglior causa».

⁴⁴ Tradizionalmente, l’utilizzo della decretazione d’urgenza è stata giustificata dalla dottrina nell’esigenza di procedere ad un «tempestivo allestimento di normative, rispetto alle quali i tempi lunghi della procedura parlamentare rischierebbero di privarle di concreta efficacia rispetto a fenomeni particolarmente gravi ed allarmanti, tali da dar luogo a situazioni (...) di vera e propria emergenza»: così, G. DE FRANCESCO, *Diritto penale. I fondamenti*, vol. I,

quantomeno, sino alla sentenza della Corte costituzionale n. 360 del 1996⁴⁵ – che la legislazione delegata abbiano costituito un *ordinario* strumento d'intervento in materia penale; dall'altro, sono venute a moltiplicarsi la tipologia (e, forse, la stessa qualità) di fonti chiamate a/capaci di incidere nella materia penale⁴⁶.

Dall'altro si registrano, nell'ordinamento giuridico, delle (nuove) fonti di produzione certamente irriducibili ad un modello unitario. Alla legge del Parlamento – che, in materia penale, può a buon diritto essere considerata come La fonte “per eccellenza” – sono stati avvicinati non solo gli atti aventi forza di legge (decreto legge e decreto legislativo), ma anche – da alcuni – le leggi regionali⁴⁷, i regolamenti governativi⁴⁸ e la consuetudine, nonché una ulteriore variegata eterogeneità di

⁴⁵ in *Giur. cost.*, 1996, p. 3147, con nota di S.M. CICONETTI, *La sent. n 360 del 1996 della Corte costituzionale e la fine della reiterazione dei decreti legge: tanto tuonò che piovve*. Per una più ampia e dettagliata analisi del percorso giurisprudenziale della Corte costituzionale, C. CUPELLI, *La legalità delegata*, cit., p. 137 ss.

⁴⁶ Sulla “complessità” delle fonti nell'attuale sistema multilivello, M. ROMANO, *Complessità delle fonti e sistema penale. Leggi regionali, ordinamento comunitario, Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 538 ss. Per una efficace chiaro e dettagliato carteggio dei fenomeni di “integrazione” tra normativa di rango primario e le molteplici e variegati ipotesi di fonti di carattere secondario e para-secondarie, V. MANES, *L'eterointegrazione della fattispecie penale mediante fonti subordinate, tra riserva “politica” e specificazione “tecnica”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 81 ss.

⁴⁷ La dottrina è del tutto concorde, oggi, nell'escludere che le regioni possano intervenire nella costruzione di condotte penalmente rilevante. Confronta, per tutti, S. VINCIGUERRA, *Le leggi penali regionali. Ricerca sulla controversa questione*, Milano, Giuffrè, 1974 e, recentemente, è ritornato sul tema C. RUGA RIVA, *Regioni e diritto penale. Interferenze, casistica e prospettive*, Milano, Cuem, 2008, p. ; ID., *Diritto penale e leggi regionali dopo la riforma del titolo V Cost.: esiste ancora il monopolio punitivo statale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 648 ss.; M. ROMANO, *Complessità delle fonti e sistema penale. Leggi regionali, ordinamento comunitario, Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 536 ss. Di recente, sul tema, F. CONSULICH, *Diritto penale “locale”? L'efficacia scriminante di norme di liceità di fonte regionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1283 ss. *Contra*, tuttavia, M. TRAPANI, voce *Legge penale*, cit., p. 10, secondo il quale un intervento regionale in materia penale sarebbe perfettamente compatibile con la *ratio* di garanzia sottesa alla riserva di legge. Discorso diverso, invece, la possibilità che la Regione possa intervenire, con propria legge, “in funzione scriminante”. A fronte della posizione favorevole manifestata da autorevole dottrina (tra cui, P. NUVOLONE, *Responsabilità penale per inquinamento idrico e leggi regionale*, in *Il diritto penale degli anni settanta*, Padova, Cedam, 1982, p. 341 ss. e, nella manualistica, G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 57), la dottrina è sufficientemente concorde nel disconoscere una simile possibilità. Sul punto, anzitutto I. CARACCIOLI, *L'esercizio di un diritto*, Milano, Giuffrè, 1965, p. 98 ss.; A. PAGLIARO, voce *Legge penale*, in *Enc. Dir.*, XXIII, 1973, p. 328

⁴⁸ Non si vuole, ovviamente, fare riferimento alle numerose ipotesi in cui una fonte di carattere regolamentare sia chiamata a “riempire” di contenuto precetti normativi altrimenti difficilmente inquadrabili in sede di normazione primaria: un simile apporto, infatti, non solo deve ritenersi indispensabile in determinati campi di disciplina, caratterizzati dalla particolare incidenza di elementi di natura tecnica; ma può considerarsi, tra l'altro, del tutto compatibile e coniugabile con la natura, assoluta, della riserva di legge. (Sulla possibilità che l'intervento della fonte regolamentare nella perimetrazione delle condotte penalmente rilevanti possa considerarsi perfettamente conciliabile con la natura assoluta della riserva di legge, G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, vol. I, cit., p. 235. Nella medesima direzione, tra gli altri, G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale. Vol. 1. Le*

“prodotti giuridici”, la cui collocazione nel sistema delle fonti appare già di per se stessa problematica. La potestà regolamentare dei Comuni, ad esempio, assume un ruolo di primo piano nel c.d. diritto penale urbanistico⁴⁹; le Circolari ministeriali e, in taluni settori, delle agenzie ministeriali o delle Autorità indipendenti hanno una diretta capacità di incidenza nel settore penale come accade con riferimento con riferimento alle circolari dell’Agenzia delle Entrate in ambito penale-tributario⁵⁰ oppure, ancora, al ruolo della Consob nell’ambito del diritto penale del mercato finanziario. Una complessità delle fonti che si è spinta, oggi, “ben oltre” simili schemi quando le ordinanze contingibili ed urgenti adottabili dai Sindaci comunali sono state utilizzate quale momento di certificazione e di minaccia dello strumento punitivo, al punto che , da alcuni, si è intravista la genesi di un vero e proprio «diritto penale municipale»⁵¹.

norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica, III^a ed., Milano, Giuffrè, 2001, p. 104 ss.). Laddove, infatti, il regolamento si limiti ad una mera elencazione tassativa di elementi, o dati, sulla base del rinvio elaborato dalla normativa primaria, il suo apporto non si traduce in una nuova valutazione normativa della condotta oggetto di incriminazione quanto, piuttosto, si risolve in una forma di integrazione – appunto – di carattere meramente tecnico. Si pensi alla “classica” esemplificazione dell’apporto “tecnico” fornito, in materia di sostanze stupefacenti, ai Decreti del Ministero della Salute cui spetta il compito di aggiornare le Tabelle indicanti l’esatto significato e tipologia delle sostanze da considerarsi “ad effetto drogante” e, per ciò stesso, chiamate a delineare il perimetro applicativo delle fattispecie incriminatrici previste dal D.P.R. 309 del 1990. Apporto integrativo, questo, visto dalla dottrina come valido «punto di equilibrio tra il profilo della riserva di legge e quello (...) della “tassatività”»: le scelte di fondo relative alla incriminazione rimangono di monopolio del legislatore, mentre rimane affidata alla fonte normativa secondaria la possibilità di specificare dal punto di vista tecnico il contenuto di elementi di fattispecie già delineati in sede legislativa»: in questi termini, G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 54.

⁴⁹ Si pensi, ad esempio, al reato di lottizzazione abusiva di cui all’art. 44 del d.P.R. 380 del 2001 (c.d. Testo unico dell’edilizia), la cui area perimetrale discende, inevitabilmente, dal piano regolatore generale adottato dal singolo Comune, agli accordi di programma tra Comune, Regione e privati sino ad arrivare, da ultimo, ai singoli permessi di costruire.

⁵⁰ Rileva, incisivamente, come in materia tributaria «le circolari ministeriali o della Guardia di Finanza» si pongano «al vertice della gerarchia delle fonti, ben al di sopra della legge e della Costituzione, semplicemente perché contengono quella precisa e specifica regola di condotta che la legge non è in grado di assicurare», F. SGUBBI, *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 1195.

⁵¹ Si tratta della espressione utilizzata anzitutto da C. RUGA RIVA, *Il lavavetri, la donna col burqa e il Sindaco. Prove atecniche di “diritto penale municipale”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 133 ss., il quale bene evidenzia come, nell’attuale contesto “multi-normativo”, la minaccia della pena finisca con l’essere allocata secondo un’ottica del tutto sganciata dalla tutela, pregnante, di interessi giuridici ma avendo esclusivamente riguardo all’«organo più efficiente (*id est* più duro) nella tutela di interessi e valori». Sul tema, Cfr. altresì G. SALCUNI, “*Ondate*” *securitarie e “argini” garantistici: il declino della riserva di legge nelle (il)logiche scelte del pacchetto sicurezza*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 2671 ss.

L'introduzione di nuove fattispecie criminose e la modifica di istituti di parte generale *inaudita altera parte* ha reso sempre più attuali le considerazioni volte ad evidenziare, prima ancora che una «crisi della legge»⁵², la «crisi dello Stato». Così, nel fornire interpretazioni ispirate all'esigenza di conservare buona parte dell'ordinamento penale esistente onde metterlo al riparo da una declaratoria di illegittimità costituzionale che, trasversalmente, colpirebbe ogni settore dell'attuale assetto punitivo, la riserva di legge da "assoluta" è stata dapprima "trasformata" in una riserva di carattere relativo⁵³; poi, è stata ritenuta, con un ossimoro certamente seducente e da alcuni ritenuto persino «imbarazzante»⁵⁴, una riserva di carattere solo "tendenzialmente assoluto"⁵⁵. In quest'ultimo senso, si è ritenuto di poter concedere alla fonte sub legislativa, «in settori particolarmente tecnici e in rapporto per esempio a precise esigenze di aggiornamento» un contributo ai fini della «descrizione dell'illecito» onde potergli garantire «quella precisione di espressione e quella puntualizzazione della regola di condotta che emergono quali obiettivi di uno sviluppo obbligato del principio di legalità rettammente inteso»⁵⁶.

⁵² Sulla «situazione di grave crisi» in cui versa «la legalità penale», anzitutto G. FIANDACA, *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-istituzionale*, in *Il diritto penale tra legge e giudice*, Cedam, Padova, 2002, p. 3 s. Sul punto, la bibliografia è vastissima: Cfr., senza pretesa di esaustività, F.C. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio fondamentale*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. XXXVI, 2007, p. 1293; ID., *Sistema delle fonti e legalità penale*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 277 ss.; C. CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge in materia penale*, Esi, Napoli, 2012. Sulla crisi della legalità in materia processuale, T. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in *Ind. pen.*, 1999, p. 527.

⁵³ La tesi della relatività della riserva di legge è sposata, sia pur con diverse sfumature tali da rendere la "relatività" della riserva qualitativamente e quantitativamente diversa, da B. PETROCELLI, *Norma penale e regolamento*, in *Scritti De Marsico*, vol. II, 1960, p. 399; PECORARO-ALBANI, *Riserva di legge. Regolamento. Norma penale in bianco*, in *ivi*, p. 285; ESPOSITO, *Irretroattività e legalità delle pene nella nuova Costituzione*, in *Scritti Carnelutti*, Padova, 1950, p. 511; G. MARINI, voce *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Enc. dir.*, vol. XXVIII, Milano, Giuffrè, 1978, p. 954; G. PARODI –GIUSTINO, *Sulla legittimità costituzionale della legislazione penale in materia di stupefacenti*, in *Ind. pen.*, 1978, p. 382.

⁵⁴ M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 83.

⁵⁵ M. ROMANO, *Repressione della condotta antisindacale. Profili penali*, Milano, Giuffrè, 1974, p. 171; ID., *Sub Art. 1*, in *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Art. 1-84, III^a ed., Milano, Giuffrè, 2004, p. 37; D. PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, Giuffrè, 1976, p. 317.

⁵⁶ Testualmente, M. ROMANO, *Sub Art. 1*, cit., p. 37. Apporto integrativo, questo, visto dalla dottrina dunque come valido «punto di equilibrio tra il profilo della riserva di legge e quello (...) della "tassatività": le scelte di fondo relative alla incriminazione rimangono di monopolio del legislatore, mentre rimane affidata alla fonte normativa secondaria la possibilità di specificare dal punto di vista

Rispetto al descritto “snaturamento” delle fonti in materia penale, la strada imboccata dalla migliore dottrina sembrerebbe dunque essere quella di pervenire ad un superamento dei postulati assolutistici della riserva di legge. I fattori di crisi della legge, dunque, andrebbero considerati quali “meri dati di fatto”, delle conseguenze fisiologiche ed ineliminabili, rispetto ai quali l’interprete dovrebbe limitarsi a prenderne atto, quasi in spirito di rassegnazione. Si tratta di una ricostruzione che, sebbene autorevolmente sostenuta e validamente argomentata, sembrerebbe tuttavia attuare una confusione di piani: quello politico, da un lato, quello costituzionale, dall’altro. Non v’è chi non veda come, in effetti, l’attuale contesto normativo costituisca il risultato di vicende di carattere eminentemente politico⁵⁷, rintracciabile nel ruolo sostanzialmente “autoreferenziale” dei partiti politici, nel ridimensionamento del ruolo delle minoranze⁵⁸, nell’incapacità – trasversale – del Parlamento «di compiere scelte politico criminali coerenti e definite»⁵⁹. Sembrerebbe trattarsi, dunque, di degenerazioni della prassi che, però, non sembrerebbero essere andate a toccare l’*essenza* della riserva di legge, così come modellata e costruita nel suo volto costituzionale. Ad essere in crisi, detto altrimenti, non è il *fondamento* della riserva di legge ma solo il suo *funzionamento*. Dunque, piuttosto che celebrare le esequie della riserva di legge in materia penale – ossia, quel ramo più sensibile dell’ordinamento giuridico – sembrerebbe doversi riaffermare e, forse anche, *difendere* con maggior vigore e tenacia⁶⁰.

tecnico il contenuto di elementi di fattispecie già delineati in sede legislativa»: in questi termini, G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 54.

⁵⁷ Rileva infatti G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2007, p. 260, come i fattori di crisi siano «accentuati nel contesto italiano» a causa di «trasformazioni ed involuzioni del sistema politico»

⁵⁸ Sulla «acuta crisi della attività legislativa parlamentare», F.C. PALAZZO, *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 230 ss.

⁵⁹ G. FIANDACA, *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-istituzionale*, in *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova, Cedam, 2002, p. 3 ss.

⁶⁰ Cfr., ad esempio, la “strenua difesa” elaborata da E. DOLCINI, *Leggi penali “ad personam”, riserva di legge e principio costituzionale di eguaglianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 51 ss. La medesima esigenza è fatta propria anche da C. CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli, Esi, 2012, p. 53, quando rileva come i fattori di crisi della legge «not[i], evidenti, talora macroscopic[i] ed incontestabili, ma non incontrastabili». Dello stesso Autore, Cfr., ID, *Il problema della legalità penale. Segnali in controtendenza sulla crisi della riserva di legge*, in *Giur. cost.*, 2015, p. 181. , quando rileva come, rispetto alla riserva di legge, piuttosto che contestarne il fondamento si debba «rivalutare, adeguandolo alle mutate esigenze politiche e contestuali, il profilo procedurale, troppo spesso svilito nella comoda prassi degli atti aventi forza di legge quali fonti privilegiate del diritto penale contemporaneo e di un’acritica adesione alle spinte

2.2. B) Con il principio di (necessaria) determinatezza della fattispecie e di offensività del reato.

Spostandosi dal piano del “chi punisce” alle modalità attraverso cui viene redatta la fattispecie incriminatrice, non si può fare a meno di constatare le feroci lesioni inferte al principio di necessaria determinatezza, o tassatività della fattispecie, prima; di offensività del reato, poi.

Come ampiamente noto, il principio di determinatezza/tassatività⁶¹ della fattispecie penale, quale risvolto sostanziale del principio di legalità, si radica sull'importanza della chiarezza linguistica da accordare nella formulazione degli elementi costitutivi dell'illecito penale⁶². Ciò, al fine di rendere percepibile la linea di confine tra la strada del “lecito” e quella dell'illecito; tra quanto rientra nella sfera di libertà da concedersi al cittadino e quanto, invece, è destinato invece a ricadere

sovrarazionali». Per fare questo, prosegue l'Autore, si dovrebbe «restituire al principio della riserva di legge nuova lingua, attraverso un indispensabile sforzo di ammodernamento e consolidamento, così da renderlo idoneo a fronteggiare le nuove formidabili sfide della complessità giuridica, nella consapevolezza del suo insuperabile valore quale presidio di libertà e democrazia».

⁶¹ Come ampiamente noto, sebbene sia frequente, in dottrina l'impiego dei termini di “determinatezza” e “tassatività” della fattispecie come concetti, tra loro, assolutamente speculari e sinonimici, non si è mancato di rilevare come, in realtà, sia possibile proporre una separazione concettuale tra gli stessi. In questo senso, si è rilevato come mentre la “determinatezza” atterrebbe alla tecnica legislativa di formulazione della fattispecie incriminatrice, la “tassatività” concernerebbe il divieto, per il giudice, di applicare la norma penale ai casi da essa non espressamente previsti. Sul punto, per tutti, F.C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale. La fattispecie*, Padova, Cedam, 1979, p. 3. Cfr., tuttavia, la posizione espressa da G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 54, secondo i quali sarebbe, in realtà, possibile introdurre una vera e propria “tripartizione” tra il principio di precisione, rivolto al legislatore, il principio di “tassatività”, rivolto all'interprete quale divieto di applicazione analogica delle norme penali, ed il principio di “previsione”, il quale denoterebbe l'esigenza di elevare a reato solo quei fatti suscettibili di essere provati nel processo. In senso adesivo, anche A. DI MARTINO, *Determinatezza e divieto di analogia*, in *Dizionario sistematico di diritto penale*, a cura di F. Giunta, Milano, Giuffrè, 2008, p. 35. *Contra*, per tutti, O. DI GIOVINE, *Considerazioni su interpretazione, retorica e deontologia in diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 110.

⁶² In questo senso, si è anche parlato di “significatività” della fattispecie penale, a voler sottolineare, appunto, alla capacità delle espressioni linguistiche utilizzate dal legislatore di essere comprese dal destinatario del precetto: G. LICCI, *Ragionevolezza e significatività come parametri di determinatezza della norma penale*, Milano, Giuffrè, 1989, p. 1. Dalla considerazione secondo cui il linguaggio utilizzato dal legislatore abbia il primario obiettivo di orientare il singolo destinatario della norma, si è arrivati ad individuare, poi, un secondo parametro della determinatezza: quello della ragionevolezza della fattispecie, nel senso che questa deve essere corrispondente alle *rationes* delle diverse norme destinate a disciplinare una determinata materia. Per un accoglimento di simile impostazione, Cfr., anche, M. CENTINI, *Il principio di determinatezza: significatività e ragionevolezza della clausola “senza giustificato motivo”*, in *Giur. cost.*, 2004, p. 4709.

nell'oggetto del relativo divieto (o del comando) normativo⁶³. Operazione, questa, che si rende indispensabile non solo per garantire la libertà del cittadino il quale, pre-calcolando l'area del penalmente rilevante potrà, di conseguenza, "orientare" la propria condotta, ma anche per far sì che il giudice possa muoversi, nel momento pratico-applicativo della norma, entro quei confini rigorosamente segnati dal legislatore. Breve: il principio di determinatezza/tassatività della fattispecie penale è in grado di porre una "duplice garanzia" in favore del cittadino-destinatario della norma penale; da un lato, nei confronti del legislatore, dall'altro nei confronti del giudice, quale si impedisce, per tal via, di procedere ad una eventuale interpretazione analogica della fattispecie incriminatrice.

Sebbene la (necessaria) determinatezza/tassatività rientri nella categoria dei principi inespresi, la migliore dottrina ha avuto modo di rintracciare nelle maglie del Testo costituzionale più di un referente al quale poter "agganciare" simile postulato onde poterlo ergere – appunto – al piano dei "principi" fondamentali in materia penale. Ricostruzioni che, per inciso, hanno anche trovato accoglimento nella giurisprudenza della Corte costituzionale, sebbene, come ampiamente noto, questa abbia quasi sempre respinto le questioni sollevate sotto questo peculiare profilo⁶⁴.

Secondo la dottrina più recente, infatti, il principio di tassatività non solo troverebbe il proprio fondamento nell'art. 25, secondo comma, Cost.⁶⁵, ma

⁶³ È, questa, una delle fondamentali funzioni attribuite da G. DE FRANCESCO, *Diritto penale. I fondamenti*, II^a ed., Giappichelli, Torino, 2011, p. 101. «La determinatezza/tassatività viene a rappresentare un aspetto di non poco momento del rapporto tra autorità ed individuo, dal momento che, se essa si attenua, l'ordinamento testimonia uno scarso rispetto per la libertà individuale, poiché non mette l'individuo nella condizione di orientarsi con piena consapevolezza nella scelta di una condotta». In questi termini, S. MOCCIA, *La "promessa non mantenuta". Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, Esi, 2001, p. 17, il quale, incisivamente, rileva come la «soddisfazione di tali esigenze dovrebbe stare particolarmente a cuore al legislatore dello stato di diritto e, di converso, quando esse vengono ad essere disattese, ciò rappresenta, obiettivamente, un passo indietro dell'ordinamento rispetto ai canoni che impone lo stesso stato di diritto» (*Ibidem*, p. 18).

⁶⁴ Atteggiamento di chiusura da ascrivere, verosimilmente, anzitutto alla difficoltà di stabilire, in rapporto alle diverse fattispecie incriminatrici, il confine tra sufficiente determinatezza-indeterminatezza tollerabile e indeterminatezza confliggente con il principio di tassatività; poi, anche per evitare di creare vuoti di tutela e di entrare in conflitto con il legislatore. In questi termini, G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 87.

⁶⁵ F.C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza*, cit., p. 104; ID., *Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziali del principio di determinatezza-tassatività in materia penale*, in *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, a cura di A.M. Stile, Napoli, Jovene, 1991, p. 48.

costituirebbe anche la “proiezione” di ulteriori disposizioni⁶⁶ costituzionali. Oltre al(l’ormai tradizionale) richiamo all’art. 13, secondo comma, Cost.⁶⁷, non è mancato chi ha ritrovato nello stesso principio di irretroattività della legge penale, prima, nel principio di uguaglianza, poi, il valore fondante della determinatezza/tassatività della fattispecie penale. Laddove, infatti, ci si trovasse al cospetto di una disposizione “vaga”, costruita su elementi costitutivi “imprecisi” nella delimitazione del loro raggio di operatività, il “rischio” che si correrebbe sarebbe quello per cui l’interprete, chiamato a “riempire di significato” simili contenitori linguistici, finirebbe con il forgiare sempre *ex post*, successivamente dunque alla realizzazione del fatto, la dinamica applicativa della fattispecie. Dal che, inevitabilmente, ne conseguirebbe una lesione del principio di uguaglianza di cui all’art. 3 Cost., in considerazione del fatto che l’interpretazione fornita dal giudice potrebbe non trovare corrispondenza nella interpretazione fornita da altro interprete; con il conseguente rischio per cui, pur in presenza di un fatto storico identico, si addivenga a soluzioni interpretativo-applicative diametralmente opposte.

Nonostante la consacrazione a principio fondamentale del sistema punitivo, al punto di essere considerata quale espressione dello spirito della stessa Costituzione⁶⁸, non è mancato chi, più recentemente, ha rilevato come il principio di (necessaria) determinatezza, o tassatività, della fattispecie penale rappresenti, nel contesto della “post-modernità”, una «utopia dello stato di diritto»⁶⁹. Nell’attuale assetto normativo,

⁶⁶ In ambito sovranazionale, come ampiamente noto, il principio di determinatezza della fattispecie penale è stato compendiato nella formula «qualità della legge»; espressione che, tra l’altro, comprenderebbe al suo interno anche l’accessibilità e la prevedibilità delle conseguenze giuridiche derivanti dalla infrazione della fattispecie penale. Sull’evoluzione interpretativa di questo concetto, per tutti, G. DE VERO, *La giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Delitti e pene nella giurisprudenza delle Corti europee*, a cura di G. de Vero e G. Panebianco, Torino, Giappichelli, 2007, p. 17; nonché G. PANEBIANCO, *La variabile consistenza delle garanzie penali nella politica criminale europea*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 1724.

⁶⁷ Così come la Costituzione richiede, al fine di meglio tutelare la libertà dei cittadini, la determinatezza delle norme di legge nel momento in cui vengano comminate le misure cautelari personali, *a fortiori* – e a maggior ragione – quella medesima esigenza dovrebbe esser richiesta anche rispetto a quelle norme che prevedono le sanzioni non più “strumentali” ma “finali”, quali appunto le stesse pene. In questi termini, per tutti, F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale. Vol. I, Nozione e aspetti costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1965, p. 278, nota 220.

⁶⁸ Si tratta della espressione utilizzata da F.C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza*, cit., p. 49-50, e, ancor prima, P. NUVOLONE, *Le leggi penali e la Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1953, p. 12

⁶⁹ E. SCHMIDHÄUSER, *Strafgesetzliche Bestimmtheit: eine rechtsstaatliche Utopie*, in *Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1987, p. 231.

infatti, il principio di determinatezza sembrerebbe essersi tradotto da principio «statico» – rivolto, come rilevato, all’attività normativa del legislatore – a principio di carattere eminentemente «dinamico», nel senso che la sua concretizzazione ed attuazione richiede, necessariamente, «l’intermediazione del giudice che con la sua opera di ricostruzione della norma tramite la spirale ermeneutica diventa il vettore della determinatezza»⁷⁰. Si tratta di considerazioni che, tra l’altro, riecheggiano in maniera sin troppo eloquente nei più recenti orientamenti della Corte costituzionale che, a fronte dell’incertezza del contesto interpretativo di riferimento, ha attribuito (o imposto) al giudice il compito di “sperimentare” tentativi di rilettura del testo controverso, prima di sollevare una questione di legittimità costituzionale⁷¹.

Senza entrare nella complessa, e quanto mai delicata, materia degli obblighi di interpretazione conforme, volendo limitarsi a delineare i fattori di “crisi” del principio di determinatezza/tassatività della fattispecie penale, non può fare a meno di rilevarsi un costante e sempre più frequente utilizzo a fattispecie aperte, formulate tramite il ricorso a clausole generali, carenti sotto il profilo descrittivo e rimesse, per questo, all’opera – si potrebbe dire – “intuitiva” dell’interprete al fine di colmare e, dunque, “arricchire” la disposizione normativa viziata di “incompletezza”⁷².

L’introduzione di «prodotti normativi molto spesso frettolosi, imprecisi e avulsi dal più generale contesto di destinazione»⁷³, ammantati da una «veste giuridica» che

⁷⁰ In questi termini, efficacemente, G. AMARELLI, *Legge penale e giudice: un vecchio rapporto alla ricerca di un nuovo equilibrio*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 410.

⁷¹ Su tali profili, Cfr. l’ampia analisi di M. BERTOLINO, *Dalla Costituzione al giudice penale interprete-fonte*, in *Jus*, 2012, p. 485 ss. Molti incisivamente, G. MANNOZZI, *Le parole del diritto penale: un percorso ricostruttivo tra linguaggio per immagini e lingua giuridica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, p. 1467, rileva come simili argomentazioni finiscano, inevitabilmente, con l’attribuire all’interprete – e, anzitutto, al Giudice – il compito di procedere ad un’opera di “risemantizzazione” del lessico giuridico. Operazione, questa, che se – rileva l’Autrice – ha condotto, da una parte, alla “cancellazione” di talune fattispecie criminose; dall’altro, ha tuttavia costituito il “salvacondotto” per procedere ad opere di “nuova incriminazione”. Fenomeno, quest’ultimo, particolarmente evidente con riferimento al concetto di “rischio”, divenuto ormai crocevia di esigenze punitive (e, soprattutto, applicative) sino a qualche tempo fa rimaste inesplorate.

⁷² Come efficacemente rilevato da G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 119, «La violazione del principio di precisione contraddice in definitiva il principio della divisione dei poteri, consentendo al giudice di invadere lo spazio riservato al legislatore. Lo “Stato delle leggi” rischierebbe così di trasformarsi in uno “Stato dei giudici”»

⁷³ Testualmente, A. MASSARO, *Omicidio stradale e lesioni personali stradali gravi o gravissime: da un diritto penale “frammentario” a un diritto penale “frammentato”*, in *Dir. pen. cont.*, 20 maggio 2016, p. 2. Rileva uno «scadimento qualitativo della legislazione, testimoniato da norme mal costruite, vaghe e generiche, talvolta confuse», G. FIANDACA, *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-costituzionale*, in *Foro It.* vol. I, 2000, p. 137 ss. da prendere : F.

«mostr[a] delle crepe già sul piano letterale»⁷⁴ ha posto la dottrina anzitutto di fronte ad un problema di “lettura” delle più recenti fattispecie incriminatrici, anzitutto per chiarirne la loro portata operativa. Si pensi a quel *diabolico* meccanismo di incriminazione costituito dall’art. 600-*quater.1* c.p. che estende la punibilità delle “condotte” previste dalle disposizioni precedenti anche alle ipotesi in cui i prodotti pornografici siano di carattere “virtuale”. Chiunque si accinga alla lettura delle proposizioni linguistiche che compongono la disposizione *de qua*, infatti, non può esimersi dal manifestare un senso di insoddisfazione nei confronti di una normativa che non dice tutto quello che, viceversa, dovrebbe (in quanto chiamata a) dire: si tratta di una disposizione certamente “mal congegnata”, «oltremodo oscura»⁷⁵, che non brilla per chiarezza né, tantomeno, per precisione⁷⁶, capace, per questo, di minare la stessa certezza applicativa della fattispecie⁷⁷. Un prodotto normativo, in breve, frutto di una imprecisa formulazione linguistica capace di trasformare simile fattispecie in *ordigno linguistico indecifrabile* e, per questo, ingovernabile nella sua assoluta discrezionalità; con la conseguenza per cui la rilevanza penale di simili immagini corra il rischio di essere rimessa al “fiuto”, alla “sensibilità” del singolo fruitore della rappresentazione, impedendo di bloccare la dinamica applicativa della disposizione *de qua* entro un’area perimetrale certa ed empiricamente verificabile.

Il difetto riscontrabile nella formulazione linguistica delle più recenti fattispecie incriminatrici pone non solo un problema di carattere, per così dire, “interno” alla loro (autonoma) sfera di operatività ma anche e, forse soprattutto, “esterno”, teso ad

MANTOVANI, *Criminalità sommersa e cecità politico-criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 1220

⁷⁴ *Eadem*, p. 2, ove l’Autrice evidenzia, non a caso, come «alcune delle più recenti novelle legislative abbiano richiesto fin da subito l’intervento della Corte di cassazione a Sezioni unite, senza considerare il cospicuo numero di questioni “post riforma” approdate alla Corte costituzionale»

⁷⁵ L. PISTORELLI, *Attenzione spostata sulla perversione del reo*, cit., 51.

⁷⁶ Per tutti, M. BERTOLINO, *Il minore vittima di reato*, Giappichelli, 2010, 119.

⁷⁷ Il “vizio di omissione” che inficia l’art. 600-*quater.1* c.p. riguarda un profilo tanto quantitativo che qualitativo. Con riferimento al primo aspetto, infatti, non si comprende il “grado” di virtualità che devono avere le rappresentazioni pornografiche: se esse debbano essere “parzialmente” virtuali ovvero sia possibile che acquisiscano rilevanza anche quelle “totalmente” virtuali. Dal punto di vista qualitativo, invece, si tratta di stabilire quale sia il grado di elaborazione tecnica richiesto: se sia necessario che l’immagine, ancorché virtuale, risulti in grado di suggerire, inequivocabilmente, la presenza di un minore colto nel compimento di atti sessuali; ovvero se non sia sufficiente anche una rappresentazione “grossolana”, realizzata mediante tecniche grafiche inadeguate a suggerire un elevato grado di realismo.

accertare la loro linea di confine rispetto a ipotesi delittuose già presenti nel tessuto codicistico di parte speciale. Valga, per tutti, l'esempio dell'ancora oggi problematico rapporto tra l'art. 270 e la fattispecie "gemella" di cui all'art. 270-bis c.p.: la sostanziale omogeneità tra le due fattispecie⁷⁸, infatti, ha sollevato un problema di loro "coordinamento" al fine di evitare il sedimentarsi del dubbio per cui l'art. 270-bis c.p. sia stato introdotto al solo scopo di attuare un inasprimento sanzionatorio⁷⁹ di carattere simbolico-repressivo⁸⁰.

2.3. C) Con il principio di (necessaria) offensività del reato.

Le più evidenti tensioni della produzione normativa in materia penale si registrano con riferimento al rispetto del canone della offensività del reato. Si tratta di un principio che, come ampiamente noto, non trova un espresso riconoscimento né a livello codicistico né a livello costituzionale⁸¹ ma che non ha impedito alla migliore dottrina⁸², in aperta critica nei confronti delle concezioni puramente formali del reato⁸³, di rintracciare, tanto all'interno del codice penale⁸⁴ (prima) che della Carta

⁷⁸ F. STELLA, *La tutela penale della società*, in *Il diritto penale in trasformazione*, a cura di G. Marinucci, E. Dolcini, Giuffrè, Milano, 1985, p. 83.

⁷⁹ La fattispecie, in questo modo, si iscriverebbe a pieno nel solco della legislazione dell'emergenza il cui tratto costitutivo caratterizzante, come noto, viene proprio individuato nella logica repressiva a finalità intimidatoria. Sull'analisi di simili profili, si veda, per tutti, S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Esi, Napoli, 1992, p. 250 ss.

⁸⁰ Di questo avviso, ad esempio, A. MANNA, *L'influenza della legislazione dell'emergenza sui diritti fondamentali del cittadino: aspetti penali sostanziali*, in *Arch. pen.*, 1983, p. 648.

⁸¹ Circostanza, quest'ultima, testimoniata dai numerosi tentativi di "codificare" l'offensività quale principio espresso del sistema punitivo: Cfr., M.N. MASULLO, *Aspettando l'offensività. Prove di scrittura del principio nelle proposte di riforma del codice penale*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1772; F. MANTOVANI, *Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 313 ss.

⁸² Per un efficace quadro di sintesi sugli orientamenti manifestati con riferimento al principio di offensività, per tutti, G. PANUCCI, *Il principio di necessaria offensività: dalla concezione realistica del reato ai più recenti orientamenti giurisprudenziali*, in *Temi penali*, a cura di M. Trapani, A. Massaro, Torino, Giappichelli, 2013, 74 ss.

⁸³ Attraverso le quali l'illiceità del fatto viene edificata sulla base della semplice rispondenza del fatto concreto al modello legale di riferimento. In questo senso, in particolare, B. PETROCELLI, *L'antigiuridicità*, III^a ed., Padova, Cedam, 1955, p. 118, e, ancor prima, ART. ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale. Contributo alle teorie generali del reato e della pena*, Fratelli Bocca, 1913, p. 477.

costituzionale⁸⁵ (poi), una serie di disposizioni per consentire di “trasformare” il canone della offensività da principio meramente programmatico a «vera e propria “componente strutturale” del reato»⁸⁶. Una operazione ermeneutica – certamente non indiscussa⁸⁷ – che ha restituito una “nuova” dimensione dell’illecito penale, da

⁸⁴ Sul fondamento codicistico del principio di offensività, individuato nella disposizione di cui all’art. 49, secondo comma, c.p., “finalmente” emancipata dalla lettura che ne aveva intravisto un mero doppiopone negativo della disposizione sul delitto tentato, anzitutto M. GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., p. 434 ss.; ID., *Il dolo. Oggetto e accertamento*, in *Studi Urbinati*, 1951-1952, p. 272 ss.; ID., voce *Dolo*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano, Giuffrè, 1964, p. 781 ss.; C. FIORE, *Il reato impossibile*, Napoli, Jovene, 1959, p. 22 ss. Per analoghe ricostruzioni, Cfr., inoltre, M. SINISCALCO, *La struttura del delitto tentato*, Giuffrè, Milano, 1959, p. 131 ss.; E. GALLO, *Il delitto di attentato nella teoria generale del reato*, Milano, Giuffrè, 1966, p. 99; V. PATALANO, *Significato e limiti della dottrina del reato di pericolo*, Napoli, Jovene, 1974, p. 76.

⁸⁵ Ciò, nel tentativo di edificare una teoria generale del reato ispirata ad una concezione dell’illecito penale quale entità «idone[a] ad offendere un valore costituzionalmente significativo»: in questi termini, F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, cit., p. 92. Sul fondamento costituzionale del principio di offensività, anche E. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell’onore*, Milano, Giuffrè, 1974, p. 116 ss.; F. MANTOVANI, *Il principio di offensività del reato nella Costituzione*, in *Scritti in onore di C. Mortati*, vol. IV, *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1977, p. 447; T. PADOVANI – L. STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Bologna, Il Mulino, 2002, p. 90 ss. Nella manualistica, per tutti, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, X^a ed., Padova, Cedam, 2017, p. 184 ss. *Contra*, nel senso che la mancanza di precisi ed univoci indici testuali renderebbe la ricostruzione nel senso della necessaria offensività del reato una forzatura interpretativa, G. ZUCALÀ, *Sul preteso principio di necessaria offensività del reato*, in *Studi in memoria di G. Delitala*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1984, p. 1700 ss.

⁸⁶ Così, M. CATENACCI, *Note introduttive allo studio delle fattispecie penali*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 93. *Ex plurimis*, sul punto, A. MALINVERNI, *L’offesa nella teoria del reato (Un metodo di interpretazione)*, in *Studi in onore di G. Vassalli*, a cura di M.C. Bassiouni, A.R. Latagliata, A.M. Stile, vol. I, *Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale 1945-1990*, Milano, Giuffrè, 1991, p. 160, secondo il quale «l’offesa è elemento essenziale e costante di tutti i reati». In senso analogo, già G. VASSALLI, *Considerazioni sul principio di offensività*, in *Scritti in memoria di U. Pioletti*, Milano, Giuffrè 1982, p. 35, quando rileva come l’offensività del reato costituisca «un’esigenza altrettanto essenziale quanto la sua tipicità»; nonché C. FIORE, *Il principio di offensività*, in *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 68.

⁸⁷ In effetti, sebbene il principio di offensività sia stato oggetto di una sempre più convinta e diffusa adesione tanto in dottrina che in giurisprudenza, ancora oggi sono numerose le critiche mosse nei confronti di simile ricostruzione. Così, da alcuni (G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 505; P. NUVOLONE, *Il sistema di diritto penale*, Cedam, Padova, 1982, p. 106; G. FIANDACA, *L’offensività è un principio codificabile?*, in *Foro it.*, vol. V, 2001, c. 1), si è anzitutto rilevato come una simile ricostruzione finirebbe con il porsi in contrasto con i principi di *legalità* e di *certezza* del diritto, giacché l’assenza di parametri normativi “oggettivi” finirebbe con il trasformare il giudice in arbitro della responsabilità o della irresponsabilità dell’agente. Ancora, si è rilevato come il principio di offensività si tradurrebbe in una vera e propria superfetazione giuridica (F. STELLA, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, p. 3 ss.; E. MORSELLI, *Condotta ed evento nella disciplina del tentativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 49): nei casi di assoluta inoffensività del fatto (tra l’altro, di infrequente verifica concreta) la non punibilità dell’agente lungi dal derivare dall’art. 49, secondo comma, c.p. dovrebbe essere predicata in considerazione della mancata integrazione del requisito della “tipicità” del reato, sicché si avrebbe, in simili ipotesi, un fatto “apparentemente conforme” al tipo. Per una recente costruzione critica nei confronti del principio di offensività, M. CATERINI, *Reato impossibile e offensività. Un’indagine critica*, Esi, Napoli, 2004, p. 186 ss.

intendersi, ora, quale «fatto umano riferibile al suo autore, conforme ad un modello descritto dall'ordinamento e lesivo di un interesse penalmente protetto»⁸⁸. Un fatto *materiale e offensivo*, dunque, irriducibile ad una mera censura sull'autore di quel reato, sulla disobbedienza manifestata rispetto alle istanze “supreme” dell'ordinamento giuridico, sul carattere, sulle intenzioni o sull'immoralità espressa attraverso la realizzazione di un comportamento penalmente rilevante⁸⁹. L'obiettivo che il rimprovero penale sia rivolto all'agente per ciò che ha fatto e non per ciò che è, come persona, è stato ulteriormente rafforzato ponendo un decisivo argine tanto all'attività legislativa che all'opera interpretativa del giudice⁹⁰. Nel primo senso, il principio di offensività (c.d. *in astratto*) introdurrebbe un *criterio di conformazione legislativa* rispetto ai fatti astrattamente punibili potendo operare, dunque, quale *strumento di controllo delle scelte di criminalizzazione* elaborate dal legislatore⁹¹. Il principio di offensività *in concreto*, invece, vale a delineare il ruolo del giudice quale interprete della norma penale⁹², essendo chiamato a fornire una *interpretazione restrittiva* della disposizione penale, tutte le volte in cui pur avendo il legislatore correttamente “modellato” la figura legale al principio di offensività, risultino

⁸⁸ Testualmente, G. MARINI, voce *Reato*, in *Enc. giur.*, vol. XXVI, Treccani, 1991, p. 1.

⁸⁹ «Il reato non si esaurisce insomma nella pura e semplice disobbedienza al dovere [...]: deve possedere una carica di disvalore, più o meno intenso a seconda della entità dell'aggressione realizzata contro l'interesse o gli interessi che l'ordinamento intende salvaguardare». Così, egregiamente, M. GALLO, *Niente cappello di Gessler*, in www.rivistacriticadeldiritto.it, 6 febbraio 2012. Analogamente, anche M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 4/2013, p. 17.

⁹⁰ Sulla duplice dimensione del principio di offensività del reato, G. NEPPI MODONA, *Il lungo cammino del principio di offensività*, in *Studi in onore di M. Gallo. Scritti degli Allievi*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 102; nonché M. GALLO, *Le dottrine generali del reato*, in *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1996, pp. 20-21. Sulle molteplici dimensioni del principio di offensività, da ultimo, V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 242.

⁹¹ Cfr., C. Cost., 10 luglio 2002, n. 354, in www.cortecostituzionale.it, che, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale del secondo comma dell'art. 688 c.p. (ubriachezza in luogo pubblico aggravata dalla circostanza per cui l'autore avesse già riportato condanne per delitto non colposo contro la vita o l'incolumità individuale), rileva come la disposizione citata si ponga «in aperta violazione del principio di offensività del reato, che nella sua accezione astratta costituisce un limite alla discrezionalità legislativa in materia penale (...)»

⁹² Sottolinea E. DOLCINI, *Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio. Riflessioni in tema di fonti, diritto penale minimo, responsabilità degli enti e sanzioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 16, come il principio di offensività «interess[i] proprio l'interprete» che dovrà utilizzarlo «come criterio di selezione all'interno dei significati letterali della norma» e non «come strumento di dilatazione della [sua] area applicativa».

sussumibili, attraverso una interpretazione letterale, anche vicende concrete incapaci di esprimere quel pregiudizio che aveva inteso cristallizzare con quella fattispecie⁹³. Ebbene, quel lungo cammino volto ad inserire l'offensività tra gli elementi costitutivi essenziali del reato, sembrerebbe oggi subire delle forti, talvolta anche evidenti, battute d'arresto. Non è più la lesione (o la messa *effettiva* in pericolo) di un bene giuridico a rappresentare il fondamento della sanzione penale, ma è, al contrario, il sospetto di reati (meglio: la *possibilità* che si realizzino reati) a costituire il canone guida delle scelte di politica criminale. La fattispecie incriminatrice non viene più a strutturarsi su di un nesso di pertinenzialità, o prossimità, tra la condotta tenuta e il danno (o pericolo) provocato, ma si incentra verso un meccanismo di tutela "per il futuro" che, tuttavia, sembrerebbe essere difficilmente compatibile con i canoni dell'offensività del reato.

⁹³ Un efficace e quanto mai espressivo ambito in cui la Corte costituzionale ha avuto modo di "applicare" i traguardi ermeneutici ricavati attraverso l'enucleazione del duplice ruolo del principio di offensività è costituito, ancora oggi, dalla sentenza n. 265 del 7 luglio 2005, in cui è stata dichiarata infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 707 c.p. che prevede il reato di «*Possesso ingiustificato di chiavi alterate o di grimaldelli*». La Corte, dopo aver sottolineato la compatibilità della fattispecie *de qua* sotto il profilo dell'offensività *in astratto* (non ritenendo, pertanto, fondate le censure che ravvisavano nell'art. 707 c.p. una disposizione volta ad incriminare la mera pericolosità soggettiva del reo) ha sottolineato come sia compito del giudice di merito procedere ad una attenta e ponderata riflessione circa la *concreta* pericolosità della condotta tenuta dal soggetto "meramente" detentore di strumenti di effrazioni, valutando la specifica attitudine offensiva degli stessi nonché tutte le circostanze (di luogo e di tempo) che accompagnano la condotta onde poter valutare l'idoneità offensiva della stessa condotta. Per maggiori approfondimenti, Cfr., R. CALISTI, *Il sospetto di reati. Profili costituzionali e prospettive attuali*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 49 ss.

SEZIONE II

LA “PERSONA UMANA” NELLE DINAMICHE DELLA (PIÙ RECENTE) TIPICITÀ PENALE

SOMMARIO: 1. Dalla “tipicità del fatto” alla “tipicità d’autore”: l’erompere dell’individuo-reo pericoloso quale ratio, esclusiva, dell’incriminazione – 2. L’illecito omissivo improprio quale veicolo per il reinserimento di logiche d’autore - 2.1. Profili strutturali della responsabilità per omesso impedimento dell’evento: la posizione di garanzia e le “ascendenze ideologiche” sovrastanti la sua ricostruzione. - 2.2. “Formalismo” e “sostanzialismo” nella ricostruzione della posizione di garanzia - 2.3. Gli “ambiti” della posizione di garanzia del sindaco. In particolare, la responsabilità per omesso impedimento di eventi lesivi derivanti da “insidie stradali” - 2.3.1. La responsabilità per omesso impedimento dell’evento morte per mancato esercizio di poteri impeditivi tra indici normativi e profili sostanziali - 2.3.2. Profili critici relativi alla costruzione di una posizione di garanzia in capo al sindaco: il “cortocircuito” interno al reato omissivo improprio - 2.3.3.(Segue).B)Il “cortocircuito” interno al principio di separazione tra politica ed amministrazione. - 2.3.4. Dal principio di separazione tra politica ed amministrazione al “dominio della politica sull’amministrazione”. Le funzioni “taumaturgiche” del “Sindaco-Leviatano” - 3.Tensioni tra “fatto” e “autore” nella parte generale del codice penale. A) La recidiva, il recidivo - 3.1. La recidiva “intermedia”: dalla riforma del 1974 alla riforma di cui alla l. “ex” Cirielli. - 3.2. Regime facoltativo e discrezionalità del giudice - 3.3. La recidiva ed il nuovo giudizio di bilanciamento delle circostanze - 3.4. Un trattamento sanzionatorio più mite. Il limite assoluto degli aumenti di pena - 3.5. La recidiva “di ritorno”: la riforma di cui alla l. 251 del 2005 - 3.6.La recidiva, ovvero l’”autore-già-reo” - 4. Un ultimo incursus: la disciplina della prescrizione tra diritto penale dell’amico e diritto penale del nemico.

1. Dalla “tipicità del fatto” alla “tipicità d’autore”: l’erompere dell’individuo-reo pericoloso quale ratio, esclusiva, dell’incriminazione.

Uno dei dati della realtà che, nell’odierno proliferare di fattispecie incriminatrici, desta – con preoccupazione – l’attenzione dell’interprete, è l’innegabile (oltre che

deprecabile) spostamento del baricentro punitivo “dal fatto”, materialmente posto in essere, “all’autore” che, del delitto, si è reso autore.

Addentrandosi all’interno della selva oscura della più recente legislazione penale, infatti, non si può fare a meno di constatare come la figura del “delinquente”, autore del reato, abbia assunto il ruolo di protagonista principale della vicenda punitiva. Con una sorta di “rivoluzione silenziosa”, quel rapporto di necessaria interdipendenza funzionale che lega la persona umana al fatto da questa commesso sta sempre più prepotentemente sfumando in vista di una assorbente, se non esclusiva, valorizzazione delle *caratteristiche personali* delle quali il reo è portatore⁹⁴. Se è innegabile come ogni fattispecie astratta di reato delineata dal legislatore “celi”, al suo interno, un tipo (normativo) di autore e che le codificazioni penali di ogni epoca storica risultino caratterizzate dalla previsione di “fattispecie sintomatiche”, orientate soggettivamente, al fine di attuare forme di controllo penale e di gestione del rischio rispetto a soggetti “pericolosi”⁹⁵, è del pari incontestabile come la più recente produzione normativa stia mettendo “a dura prova” i tradizionali tratti somatici del diritto penale del fatto e del danno concreto⁹⁶, rilevante in quanto offensivo⁹⁷ dell’interesse giuridico sotteso alla disposizione penale incriminatrice.

Si tratta di un fenomeno che, a dispetto dell’apparente veste individualizzante alla quale sembrerebbe proiettare una più compiuta (o pretesa) elaborazione del principio di colpevolezza, affonda le proprie radici in delle logiche di assoluta spersonalizzazione e stigmatizzazione del reo-colpevole.

In questo “nuovo” sentiero interpretativo, la «persona umana», da sempre «al centro del diritto penale», non risulta più il “veicolo” per consentire al sistema penale di “attrarre” quelle condotte che, contrarie ai precetti legali, abbiano cagionato una

⁹⁴ Illuminanti, al riguardo, le considerazioni di E. RESTA, *Tra responsabilità e pena*, in *La bilancia e la misura. Giustizia, sicurezza e riforme*, a cura di S. Anastasia, M. Palma, Franco Angeli, 2001, 197-198, il quale rileva come il «nervo scoperto» della più recente produzione normativa sia quello di rendere «impercettibili i confini tra l’essere e il comportarsi».

⁹⁵ Sul punto, T. PADOVANI, *Spunti polemici e digressioni sparse sulla codificazione penale*, in *Il diritto penale alla svolta di fine millennio. Atti del convegno in ricordo di Franco Bricola (Bologna, 18-20 maggio 1995)*, a cura di S. Canestrari, Giappichelli, 1998, 97.

⁹⁶ Per tutti, G. MARINUCCI, *Soggettivismo e oggettivismo nel diritto penale. Uno schizzo dogmatico e politico-criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 2 ss.

⁹⁷ Sulle “lesioni” inferte al principio di offensività dalla più recente legislazione in materia penale, F. SGUBBI, *Osservando oggi il diritto penale: brevi riflessioni*, in *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bononia University Press, 2017, 84 ss.

lesione all'interesse giuridico sotteso alla fattispecie incriminatrice, ma diviene centro di esclusiva analisi per la costruzione della fattispecie penale.

L'autore-reo, altrimenti detto, non è più chiamato a "intercettare" il "suo" reato per divenirne componente necessaria, ma rappresenta esso stesso la *ratio*, l'essenza dell'incriminazione o dell'aggravamento di pena.

L'impressione ricavabile dalla più recente legislazione penale è quella di aver voluto attuare una vera e propria "caccia" agli "individui irresponsabili"; una guerra nei confronti delle *Unpersonen* che ha finito con l'attraversare, trasversalmente, ogni settore del diritto penale⁹⁸.

Dalla parte generale, in cui si stagliano, in primo piano, le modifiche normative apportate alla disciplina della recidiva⁹⁹, della prescrizione¹⁰⁰ e della legittima difesa domiciliare¹⁰¹, sino ad arrivare alla parte speciale che rappresenta, indubbiamente, il terreno privilegiato per registrare le più tumultuose derive verso un diritto penale del tipo d'autore. L'edificazione di nuove fattispecie criminose, guidate dall'agenda mediatica, costituisce, invero, il terreno più agevole per strumentalizzare il diritto penale in chiave simbolica e, nel contempo, per registrare "rivoluzioni" in atto ai tradizionali equilibri e principi regolatori della materia penale.

Non sembrerebbero potersi spiegare i draconiani livelli di pena previsti per la neo-introdotta fattispecie di omicidio stradale¹⁰² se non avendo riguardo alla (maggiore) pericolosità insita nel "pirata della strada"; la moltiplicazione delle fattispecie associative non può essere giustificata se non avendo riguardo alla più insidiosa

⁹⁸ Cfr. l'ampia ed approfondita analisi di E.M. AMBROSETTI, *L'eterno ritorno del tipo d'autore nella recente legislazione e giurisprudenza penale*, in *Trattato breve di diritto penale. Temi contemporanei. Per un manifesto del neouilluminismo penale*, a cura di G. Cocco, Cedam, 2016, 81 ss.

⁹⁹ Rileva, non a caso, T. PADOVANI, *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, in *Guida dir.*, 1, 2006, 32-33, come il recidivo rappresenti «un tipo normativo d'autore (...) da isolare e da abbattere». Per ampie considerazioni critiche, Cfr. altresì M. PAVARINI, *La neutralizzazione degli uomini inaffidabili. La nuova disciplina della recidiva e altro ancora sulla guerra alle Unpersonen*, in *Studi quest. crimin.*, 2006, 7 ss.

¹⁰⁰ D. PULITANO, *Lo sfaldamento del sistema penale e l'ottica amico-nemico*, in *Quest. Giust.*, 2006, 745 ss.

¹⁰¹ Sul punto, si vedano le considerazioni di V. MILITELLO, *La proporzione nella nuova legittima difesa: morte o trasfigurazione?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 831; A. GAMBERINI, *Percorsi autoritari ed esiti simbolici nella riforma della legittima difesa*, in *La legislazione penale compulsiva*, a cura di G. Insolera, Cedam, 2006, 67 ss.

¹⁰² A. MASSARO, *Omicidio stradale e lesioni personali stradali gravi o gravissime: da un diritto penale "frammentario" a un diritto penale "frammentato"*, in *Dir. pen. cont.*, 20 maggio 2016.

caratterizzazione criminale che il “mafioso” e il “terrorista”¹⁰³ acquisiscono per il loro operare all’interno di una organizzazione.

Ambiti interpretativi, tra loro, del tutto eterogenei che presentano almeno due costanti. Anzitutto, quella rispondere al “problema della criminalità” (e, più in generale, alle multifattoriali forme di “rischio” per la collettività¹⁰⁴) attraverso una spiccata valorizzazione della *pericolosità soggettiva* degli *individui-criminali* che, in concreto, vengono in rilievo¹⁰⁵. Poi, il fatto che la “reazione” ai fenomeni in questione avviene, nella maggior parte dei casi, attraverso dei prodotti normativi frutto di una imprecisa formulazione linguistica¹⁰⁶ capace di trasformare simili fattispecie in ordigni linguistici indecifrabili e, per questo, ingovernabili nella loro assoluta discrezionalità.

2. L’illecito omissivo improprio quale veicolo per il reinserimento di logiche d’autore.

La suggestione potrebbe validamente radicarsi avendo non solo riguardo al più recente movimento della legislazione penale, ma anche prendendo in considerazione istituti di parte generale o elaborazioni teoriche ove, attraverso l’interpretazione che sovente ne è stata fornita, viene attribuita una particolare – ma non ancora esclusiva – rilevanza alla “persona umana”. Fenomeni che, tuttavia, potrebbero (e devono) essere considerati come “eccentrici” rispetto ai canoni del diritto penale soggettivo grazie alla ricerca di una “prova contraria”, di un appiglio materiale-oggettivo in un contesto d’incriminazione (altrimenti e irrimediabilmente) di carattere eminentemente “soggettivo”.

¹⁰³ G. FLORA, *Verso un diritto penale del tipo d’autore?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 562. Con riferimento al passaggio dal fatto all’autore nei “reati a finalità di terrorismo”, sia consentito il rinvio a L. BRIZI, *L’illecito penale costruito ex latere subjecti: la “finalità di terrorismo” alla prova del diritto penale del fatto*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, 1/2017, 23 ss.

¹⁰⁴ Sul ruolo giocato dalle esigenze di “difesa della società” relativamente all’allocazione delle scelte punitive – tanto in chiave di politica-legislativa, quanto quale canone capace di “guidare” le scelte dell’interprete – F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell’illegalità penale*, Il Mulino, 1990, 47 ss., nonché C.E. PALIERO, *La maschera e il volto. Percezione sociale del crimine ed “effetti penali” dei media*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 467 ss.

¹⁰⁵ Tendenza efficacemente descritta da F. GIUNTA, *Verso una nuova pericolosità sociale (perennemente in cerca d’autore)*, in *Pericolosità e giustizia penale*, a cura di M. Pavarini, E. Dolcini, Bononia University Press, 2013, 79 ss.

¹⁰⁶ Per tutti, S. MOCCIA, *La promessa non mantenuta. Ruolo e prospettive del principio di tassatività/determinatezza nel sistema penale italiano*, Esi, 2001, 21 ss.

Emblematici, in tal senso, sembrerebbero essere il meccanismo di incriminazione previsto dall'art. 40, secondo comma, c.p., e le teorie del c.d. *Gesinnungsstrafrecht*.

Quanto al reato omissivo improprio, senza entrare nel merito di quel processo di «criminalizzazione di secondo grado»¹⁰⁷ che si realizza attraverso il ricorso alla clausola di equivalenza di cui all'art. 40, secondo comma, c.p. si deve rilevare come il reato omissivo improprio prima ancora che porre un problema di causalità, impone all'interprete di incentrarsi sulle caratteristiche – giuridiche – del soggetto “omittente”¹⁰⁸.

Il tentativo di considerare l'omissione impropria alla stessa stregua di un reato omissivo proprio¹⁰⁹ – o a soggettività ristretta¹¹⁰ –, nonostante sia mosso dal lodevole intento di “bloccare” entro schemi tipologici maggiormente “certi” tale meccanismo di incriminazione¹¹¹, non fa che certificare la suggestione: è il soggetto autore del reato a interessare al diritto, non il fatto da questi posto in essere¹¹². Si tratta di una suggestione che, poi, troverebbe conferma in alcuni atteggiamenti giurisprudenziali ove, dalla previa qualificazione di un soggetto quale “garante” rispetto al bene giuridico leso, viene riconosciuta – automaticamente – una responsabilità materiale per il fatto che, in concreto, si è verificato¹¹³.

¹⁰⁷ L. RISICATO, *La partecipazione mediante omissione a reato commissivo. Genesi e soluzione di un equivoco*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1995, 1268; EAD., *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole generali di incriminazione suppletiva*, Milano, 2001.

¹⁰⁸ Per tutti, F. GIUNTA, *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, in *Dir. pen. e proc.*, 1999, p. 620.

¹⁰⁹ *Ex plurimis*, P. NUVOLONE, *L'omissione nel diritto penale italiano. Considerazioni generali introduttive*, in *Ind. pen.*, 1982, 434; G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979, 23-24; A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze, 1985, 37; A. GARGANI, *Ubi culpa, ibi omissio. La successione di garanti in attività inosservanti*, in *Ind. pen.*, 2000, 582.

¹¹⁰ D.P. DEMURO, *Il bene giuridico proprio quale contenuto dei reati a soggettività ristretta*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1998, 846.

¹¹¹ Il rilievo è di A. PAGLIARO, *Il reato*, in *Trattato di diritto penale. Parte generale*, diretto da C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, Milano, 2007, 193.

¹¹² La suggestione sembrerebbe trovare una eloquente conferma nella tanto “temuta” *Herrschaftstheorie* elaborata da B. SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1971; ID., *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1979, per i cui necessari approfondimenti si rinvia ad A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, Bologna, 2009, 144 ss. Per ampie valutazioni critiche, Cfr., N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità nelle società per azioni. Posizioni di garanzia societarie e poteri giuridici di impedimento*, Milano, 2003, 44 ss..

¹¹³ Un affievolimento degli elementi materiali del fatto per effetto della previa ascrizione di una *Garantenstellung* in capo al soggetto omittente si registra anzitutto con riferimento alle ipotesi di

Ovviamente, in simili ipotesi si è ben lontani dal configurare una ipotesi di diritto penale soggettivo *sub specie* di diritto penale del tipo di autore. Nonostante, infatti, la soggettività attiva costituisca il *prius* logico di tale modello di incriminazione, il fatto di reato viene ancora in considerazione “*ex latere obiecti*” e la qualifica soggettiva assume rilevanza in quanto proiettata nella configurazione concreta di un fatto. Detto altrimenti, nella fattispecie complessa delineata dall’art. 40, secondo comma, c.p., la persona umana non si sostituisce ma si affianca.

2.1. Profili strutturali della responsabilità per omesso impedimento dell’evento: la posizione di garanzia e le “ascendenze ideologiche” sovrastanti la sua ricostruzione.

La fattispecie entro cui la responsabilità del sindaco viene ricondotta dalla sentenza che qui si annota è quella del c.d. reato omissivo improprio, tale dovendosi considerare, secondo la dottrina tradizionale, l’ipotesi in cui al *non facere* segua la verifica di un evento¹¹⁴. Senza entrare nel merito di quel processo di «criminalizzazione di secondo grado»¹¹⁵ che si realizza attraverso il ricorso alla

responsabilità medica oppure, ancora, nei più recenti arresti giurisprudenziali che hanno ritenuto il Sindaco di un Ente Locale responsabile, *per omissionem*, anche di eventi lesivi la vita l’incolumità individuale. Per le problematiche di un simile modello di iscrizione della responsabilità in ambito medico, Cfr., A. MASSARO, *Principio di affidamento e responsabilità per colpa nell’attività medico-chirurgica in équipe*, in *Temi penali*, a cura di M. Trapani, A. Massaro, Torino, 2013, 204. Con specifico riferimento alla posizione del Sindaco di un Ente Locale, sia consentito il rinvio a L. BRIZI, *La responsabilità penale del Sindaco di un Ente Locale per omesso impedimento dell’evento morte tra “cortocircuiti” normativi ed ossimori valutativi*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 7-8, 2016.

¹¹⁴ Mentre il reato omissivo proprio, dunque, consisterebbe nel mancato compimento di un’azione giuridicamente dovuta, senza che dallo stesso derivino delle conseguenze sulla sfera giuridica altrui, il reato omissivo improprio, viceversa, si sostanzierebbe nella produzione di un evento tipico ai sensi della fattispecie commissiva base. Al criterio, ripreso *ex plurimis* nella dottrina italiana da T. PADOVANI, *Diritto penale*, X^a ed., Milano, Giuffrè, 2012, p. 141 e da A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, vol. I, Padova, Cedam, 1988, p. 67 e ss., si affianca una ulteriore distinzione, proposta dalla letteratura più recente, che, viceversa, tende a valorizzare la tecnica di tipizzazione legislativa. Sarebbero, in quest’ottica, *propri* i reati omissivi direttamente configurati tali dal legislatore penale; *impropri*, quelli ricavabili attraverso la clausola di equivalenza di cui all’art. 40, secondo comma, c.p. In questo senso, *ex multis*, G. FIANDACA, voce *Omissione (diritto penale)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VIII, 1994, p. 549; G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, Milano, Giuffrè, 1983, p. 5 e ss.; A. MASSARO, *La responsabilità colposa per omesso impedimento di un fatto illecito altrui*, Napoli, Jovene, 2013, p. 229 e ss. Nella manualistica, per tutti, G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VII^a ed., Bologna, Zanichelli, 2014, p. 619-620. *Contra*, A. CADOPPI – M. ZANOTTI, *Il reato omissivo*, in *Introduzione al sistema penale*, vol. II, Torino, Giappichelli, 2001, p. 68.

¹¹⁵ L. RISICATO, *La partecipazione mediante omissione a reato commissivo. Genesi e soluzione di un equivoco*, in «Riv. it. dir. e proc. pen.», 1995, p. 1268; EAD., *Combinazione e interferenza di*

clausola di equivalenza di cui all'art. 40, secondo comma, c.p. e la possibilità che essa venga ricondotta, al pari del tentativo o del concorso di persone nel reato, nell'ambito della categoria delle forme di manifestazione dell'offesa penalmente rilevante¹¹⁶, è bene, piuttosto, rilevare come la disposizione *de qua* sollevi dal punto di vista strutturale problemi di non facile soluzione.

Se la questione relativa all'esatta individuazione dell'ambito applicativo della clausola di equivalenza potrebbe definirsi "risolta" in favore della soluzione che ritiene convertibili, sia pur non senza incertezze, solamente le fattispecie causali "pure"¹¹⁷, maggiori problemi ed incertezze si incontrano, viceversa, nella ricostruzione dell'obbligo giuridico di impedire l'evento che costituisce, a ben vedere, la caratteristica "saliente" dell'art. 40, secondo comma, c.p. Nell'economia del reato omissivo improprio, infatti, prima ancora di accertare se l'omittente abbia "condizionato" l'evento attraverso il mancato compimento di un'azione giuridicamente "dovuta", risulta necessario procedere alla individuazione del soggetto "attivo" del reato, titolare del relativo obbligo giuridico di impedimento dell'evento¹¹⁸.

forme di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole generali di incriminazione suppletiva, Milano, Giuffrè, 2001.

¹¹⁶ Si tratta di una assimilazione compiuta da L. RISICATO, *La partecipazione mediante omissione a reato commissivo*, cit., p. 1268. In termini analoghi anche G. DE VERO, *Le forme di manifestazione del reato in una prospettiva di nuova codificazione penale*, in AA. VV., *Valore e principi della codificazione penale: le esperienze italiana, spagnola e francese a confronto*, Padova, Cedam, 1995, p. 195 e ss.; ID., *Disvalore d'azione e imputazione dell'evento in un'aggiornata costruzione separata dei tipi criminosi*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini – C.E. Paliero, vol. II, *Teoria del reato. Teoria della pena*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 1498-1499.

¹¹⁷ Si tratta di un'acquisizione ormai sufficientemente condivisa dalla letteratura giuridica. Cfr., *ex plurimis*, L. RISICATO, *La partecipazione mediante omissione a reato commissivo*, cit., p. 1278. Nella manualistica, per tutti, G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 628, che, tuttavia, escludono la possibilità di convertire in ipotesi omissive i reati causali puri posti a tutela di interessi patrimoniali argomentando non già dalla "struttura" di tali reati quanto, piuttosto, dalla "funzione" svolta all'interno dell'ordinamento dal reato omissivo improprio. *Contra*, tuttavia, G. DE FRANCESCO, *Diritto penale. I fondamenti*, II^a ed., Torino, Giappichelli, 2011, p. 190. Ulteriore problema si pone, poi, rispetto alle fattispecie in cui il legislatore costruisce il disvalore del fatto non solo sulla produzione di un evento ma anche sulle modalità tipologiche della condotta come accade, ad esempio, nella truffa. Per un efficace quadro di sintesi dell'ampio ed articolato dibattito sorto al riguardo, nonché per l'analisi della posizione giurisprudenziale, tradizionalmente favorevole a ritenere configurabile un "artificio o raggio" anche attraverso il silenzio maliziosamente serbato, si veda, di recente, E. MEZZETTI, *Reati contro il patrimonio*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, Milano, Giuffrè, 2013, p. 395 e ss.

¹¹⁸ Per tutti, F. GIUNTA, *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, in *Dir. pen. e proc.*, 1999, p. 620.

L'importanza della "soggettività omissiva"¹¹⁹ è testimoniata da quanti considerano la fattispecie di cui all'art. 40, secondo comma, c.p. alla stregua non già di un reato comune quanto, piuttosto, di un reato "proprio"¹²⁰. Non il *quivis de populo*, in quest'ottica, sarebbe da considerarsi destinatario di un così ampio e penetrante obbligo, ma solo un soggetto "particolarmente qualificato" che, nella disponibilità dei mezzi di cui dispone, sembrerebbe essere l'*unico* in grado di adempiere a siffatta pretesa¹²¹.

Nonostante l'unanimità di vedute registrabili in ordine al ruolo di assoluta *primauté* da riconoscersi al procedimento interpretativo valevole ad individuare il soggetto "omittente"¹²², maggiori problemi si scontano, tuttavia, in ordine all'individuazione dei "criteri" alla stregua dei quali circoscrivere da un lato le situazioni tipiche suscettibili di creare degli obblighi di attivarsi e, dall'altro, valevoli a specificare il soggetto concretamente inciso dal relativo obbligo.

È possibile, in via di prima approssimazione, imputare tali discrasie interpretative ad almeno due fattori. Un primo fattore deriva, come del resto non si è mancato di sottolineare, dalla "tradizionale" indeterminatezza¹²³ della clausola di cui all'art. 40,

¹¹⁹ Rileva A. PAGLIARO, *Il reato*, in *Trattato di diritto penale. Parte generale*, diretto da C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, Milano, Giuffrè, 2007, p. 193, come l'esatta ricostruzione dell'obbligo giuridico di impedimento dell'evento consenta di «evitare eccessive estensioni della responsabilità» che, inevitabilmente, caratterizzano il meccanismo di incriminazione di cui all'art. 40, secondo comma, c.p.

¹²⁰ In questi termini, *ex multis*, P. NUVOLONE, *L'omissione nel diritto penale italiano. Considerazioni generali introduttive*, in *Ind. pen.*, 1982, p. 434; G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, Giuffrè, 1979, pp. 23-24; M. ROMANO, *Sub Art. 40*, in *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, III^a ed., Milano, Giuffrè, 2004, p. 378; A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze, Nardini, 1985, p. 37; D.P. DEMURO, *Il bene giuridico proprio quale contenuto dei reati a soggettività ristretta*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1998, p. 846 ss.; A. GARGANI, *Ubi culpa, ibi omissio. La successione di garanti in attività inosservanti*, in *Ind. pen.*, 2000, p. 582.

¹²¹ Cfr., sul punto, G. DE FRANCESCO, *Diritto penale. I fondamenti*, cit., 2011, p. 191-192.

¹²² La costruzione del reato omissivo improprio quale fattispecie a "soggettività ristretta", sembrerebbe rispondere, poi, alla esigenza di «compensare il divario tra la causalità reale dell'azione e la causalità normativa dell'omissione». In questi termini, G. FIANDACA, voce *Omissione*, cit., p. 558. Più in generale, sul problema relativo alla "causalità dell'omissione", si vedano, C.E. PALIERO, *La causalità nell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992, p. 821 e ss.; ID., *Causalità e probabilità tra diritto e medicina legale*, in *ivi*, 2015, p. 1507 e ss.; M. DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione "per aumento del rischio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, p. 32 e ss.; G. MARINUCCI, *Causalità reale e causalità ipotetica nell'omissione impropria*, in *ivi*, 2009, p. 523 e ss., nonché l'ormai "tradizionale" studio di F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, II^a ed., Milano, Giuffrè, 2000, spec. p. 377 e ss.

¹²³ Come rilevato da F. GIUNTA, *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, cit., p. 621, si tratta di una questione che, a ben vedere, affonderebbe le proprie radici nella «tecnica legislativa utilizzata per la configurazione dei delitti omissivi». Sui problemi, viceversa, sollevati con riferimento alla compatibilità della disposizione con il principio della riserva

secondo comma, c.p., che finisce con l'attribuire all'interprete l'esclusivo compito di individuarne il contenuto applicativo essenziale della disposizione.

Di non minore rilevanza, poi, sembrerebbero essere anche le "istanze ideologiche" registrabili in ordine al "ruolo" da attribuire al reato omissivo improprio.

Il passaggio dallo stato liberale allo stato sociale ha inevitabilmente determinato una radicale palinogenesi dei compiti propri del diritto penale che da mero "spettatore" delle gesta altrui diviene "scenografo" e "sceneggiatore" delle decisioni dei consociati¹²⁴.

Al paradigma, proprio di una ideologia liberale, per cui lo Stato può imporre ai consociati di *astenersi* dal compiere determinate condotte al fine di non invadere la sfera giuridica altrui, si affianca (prima) e sovrasta (poi) la richiesta di *intervenire* al fine di meglio proteggere beni giuridici altrui, in quanto ritenuti "meritevoli" di ottenere una tutela rafforzata in considerazione dell'incapacità del soggetto titolare.

Inevitabili le "ricadute" sul piano dell'"ambito di estensione" della fattispecie di omesso impedimento: alla stregua della prima impostazione risulterebbe necessario delimitare gli obblighi giuridicamente rilevanti *ex art. 40* secondo comma c.p. solo a quelli predeterminati dalla legge (e soltanto da essa); la seconda impostazione, ispirata a logiche di stampo prettamente solidaristico, dovrebbe "ammettere", per così dire, la possibilità di lasciare al giudice la successiva opera di concretizzazione degli obblighi incombenti sui garanti¹²⁵.

2.2. "Formalismo" e "sostanzialismo" nella ricostruzione della posizione di garanzia.

I profili "ideologici" qui succintamente riassunti, riproducono, per molti aspetti, le opzioni interpretative che, per lungo tempo, si sono contese il campo nella

assoluta di legge, F.C. PALAZZO, voce *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VIII, 1993, p. 354; ID., *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 269-270.

¹²⁴ Si richiamano, in questo modo, le parole di F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, a cura di L. Conti, Milano, Giuffrè, 2003, p. 7. Per un efficace quadro di sintesi delle caratteristiche che il reato omissivo viene ad assumere in considerazione del "contesto" sociale nel quale esso viene inserito, si veda F. MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001, p. 337.

¹²⁵ Cfr., sul punto, l'ampia ed articolata analisi condotta da F.C. PALAZZO, *Op. ult. cit.*, p. 271.

ricostruzione della *Garantenstellung*: la teoria formale, da un lato, e la teoria funzionale dall'altro.

Espressione del liberalismo ottocentesco, la *formelle Rechtspflichtstheorie* individua nella legge, nel contratto e nella precedente attività pericolosa il fondamento della giuridicità dell'obbligo giuridico d'impedimento dell'evento¹²⁶. La teoria, pur avendo il conclamato merito di ancorare l'obbligo di garanzia, in ossequio al principio di legalità¹²⁷, ad un fondamento giuridico-formale, non risulterebbe essere da sola in grado di "selezionare" quali siano gli obblighi *extra-codicistici* in grado di trasformarsi in altrettanti obblighi di impedimento dell'evento¹²⁸ finendo, in ultima analisi, con il subordinare la punibilità *ex art. 40*, secondo comma, c.p., a valutazioni espresse in altri rami dell'ordinamento, non sempre assimilabili alle esigenze proprie del diritto penale¹²⁹.

Per rimediare alle "insufficienze" della teoria formale¹³⁰ ed alle incongruenze applicative cui essa, in alcuni casi limite¹³¹, poteva condurre, un diverso approccio interpretativo ha fatto leva, viceversa, al "contenuto" ed alla "funzione" svolta all'interno dell'ordinamento dal reato omissivo improprio.

¹²⁶ È, questo, il c.d. trifoglio, la cui prima elaborazione si deve ad A. FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, Giessen, 1840, p. 24, così come citato da N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni. Posizioni di garanzia societarie e poteri giuridici di impedimento*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 39. Per l'accoglimento di tale impostazione nella letteratura italiana, si vedano, sia pur con sfumature alquanto differenti relativamente al novero di fonti suscettibili di "creare" obblighi giuridici di impedimento dell'evento, G. BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale*, XI^a ed., Padova, Cedam, 1982, p. 280; R. PANNAIN, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, IV^a ed., Torino, Utet, 1967, p. 383; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 259 e ss.; I. CARACCIOLI, voce *Omissione (Diritto penale)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XI, 1965, p. 895; A. PAGLIARO, *Il reato*, cit., p. 196.

¹²⁷ In questi termini, F. MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, cit., p. 339.

¹²⁸ F. GIUNTA, *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, cit., p. 644. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 642, rilevano, in effetti, come «non ogni obbligo *extrapenale* di attivarsi [sia] automaticamente suscettivo di convertirsi in un obbligo di impedire l'evento (...) rilevante ai sensi di una fattispecie omissiva impropria».

¹²⁹ G. FIANDACA – E. MUSCO, *Op. ult. cit.*, p. 642.

¹³⁰ Come efficacemente rilevato da C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, IV^a ed., Torino, Utet, 2013, p. 265, «l'individuazione delle fonti su cui può radicarsi l'assunzione di una posizione di garante (...) è idonea solo ad una preliminare *delimitazione* degli obblighi di garanzia; ma non fornisce criteri discretivi atti a stabilire in quali casi l'obbligo stesso concretamente insorga».

¹³¹ Ragionando alla stregua della *sola* impostazione "formale" delle fonti dell'obbligo, ci si potrebbe domandare su chi ricada l'obbligo giuridico di impedire la morte del fanciullo nel caso in cui i genitori, "ingaggiata" una *baby-sitter*, siano usciti dall'appartamento prima del suo arrivo e prima dell'orario a decorrere dal quale sarebbe nato il rapporto contrattuale tra le parti; oppure, ancora, all'ipotesi in cui questa abbia preso in affidamento il bambino ma sulla base di un contratto invalido.

Muovendo dall'idea secondo cui esisterebbero, nel contesto legislativo vigente, interessi giuridici "privi" di una tutela giuridica "piena"¹³² e in considerazione, poi, dell'incapacità del titolare di proteggerli adeguatamente¹³³, la clausola di equivalenza di cui all'art. 40, secondo comma, c.p., risponderebbe all'istanza solidaristica di attribuire ad alcune categorie di soggetti il compito di "colmare" tale *deficit* di tutela. L'obbligo giuridico di impedimento, in quest'ottica, deriverebbe non tanto (o non solo) dalla esistenza di fonti formali, quanto dallo speciale "vincolo di protezione" che si creerebbe, in via fattuale, tra il bene da tutelare ed il soggetto garante.

Anche tale ricostruzione teorica non ha mancato di suscitare perplessità in conseguenza della (inevitabile) "frizione" cui essa conduce con le esigenze della legalità «sotto il duplice profilo sia della fonte *non legislativa* sia del *contenuto indeterminato* degli obblighi di impedimento»¹³⁴. Fondare, infatti, una posizione di garanzia sulla base di una "situazione di fatto" esistente tra garante-garantito, finirebbe con l'attribuire al(l'esclusivo) "fiuto" del giudice il compito di valutare l'*an* ed il *quomodo* dell'obbligo giuridico di impedimento dell'evento, con conseguente lesione del principio della riserva di legge in materia penale¹³⁵.

La dialettica tra formalismo e sostanzialismo nella ricostruzione della c.d. *Garantenstellung*, sembrerebbe oggi trovare il proprio punto di sintesi¹³⁶ nella concezione 'mista', formale-funzionale¹³⁷ che, pur accogliendo i principali traguardi della concezione funzionale, ritiene imprescindibile legare l'esistenza di una posizione di garanzia ad un previo riconoscimento normativo. L'esistenza di una fonte formale risulterebbe essere il primo passaggio, necessario ma non ancora sufficiente, in vista della ricostruzione di un obbligo giuridico di impedimento dell'evento: la posizione di

¹³² Cfr., sul punto, F. SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova, Cedam, 1975, p. 130, il quale, al termine di un'ampia ed articolata indagine storico-ricostruttiva, giunge a ritenere come la responsabilità omissiva sia costruita in guisa tale da riconoscere una tutela rafforzata in favore di interessi che pur trovando un riconoscimento nella Carta Costituzionale non beneficerebbero di una tutela "autonoma" pienamente soddisfacente.

¹³³ G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 644.

¹³⁴ C.F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 272.

¹³⁵ Si vedano, sul punto, anche S. CANESTRARI – L. CORNACCHIA – G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, Il Mulino, 2007, p. 370.

¹³⁶ Come rileva M. ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., p. 363, «la teoria formale e la teoria funzionale dell'obbligo di impedire l'evento necessitano di reciproca integrazione; se la prima, infatti, non pone in evidenza il contenuto materiale dell'obbligo giuridico, la seconda corre il rischio di dimenticare la dimensione normativa necessaria alla nascita della posizione di garanzia».

¹³⁷ *Ex multis*, F. MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità penale*, cit., p. 337 e ss. Analogamente, anche N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, cit., p. 50 e ss.

garanzia intanto può ritenersi operante, in quanto la “doverosità” d’intervento “preesista”, sulla base di una fonte giuridica, rispetto alla situazione di pericolo che il *Garant* è chiamato a neutralizzare¹³⁸. Occorre inoltre che si tratti di un obbligo sufficientemente specifico¹³⁹ e rispetto al quale lo stesso garante sia dotato degli strumenti necessari per impedire l’evento¹⁴⁰.

In un’ottica “contenutistico-funzionale”, poi, si è soliti distinguere tra gli obblighi di garanzia, suscettibili di fondare una responsabilità ai sensi dell’art. 40, secondo comma, c.p. in considerazione della disponibilità, in capo al garante, di “poteri d’impedimento” dell’evento, ed i meri obblighi di sorveglianza¹⁴¹. In quest’ultimo caso, il soggetto omissivo sarebbe dotato solo di poteri di vigilanza ma non anche di strumenti impeditivi risultando, dunque, impossibile poter addivenire ad una responsabilità per omesso impedimento dell’evento.

2.3. Gli “ambiti” della posizione di garanzia del sindaco. In particolare, la responsabilità per omesso impedimento di eventi lesivi derivanti da “insidie stradali”.

Nonostante i tentativi, diversamente modulati, di “bloccare” entro schemi sufficientemente certi l’individuazione delle posizioni di garanzia, la suggestione ricavabile dalla casistica giurisprudenziale sembrerebbe essere quella secondo cui l’art. 40, secondo comma, c.p., si presti a fornire un catalogo “aperto” e pressoché indeterminabile di garanti¹⁴².

¹³⁸ A. MASSARO, *La responsabilità colposa per omesso impedimento di un fatto illecito altrui*, cit., pp. 262-263.

¹³⁹ A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell’impresa*, cit., p. 203.

¹⁴⁰ Sulla rilevanza dei “poteri impeditivi”, si vedano N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, cit., p. 50; ID., *Posizioni di garanzia e colpa d’organizzazione nel diritto penale del lavoro*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2009, p. 150; I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, Giappichelli, 1999. Nella manualistica, Cfr., A. MANNA, *Corso di diritto penale. Parte generale*, III^a ed., Padova, Cedam, 2015, p. 275, nonché, sia pur con sfumature differenti, G. DE FRANCESCO, *Diritto penale. I fondamenti*, cit., p. 191 e ss.

¹⁴¹ Per tutti, I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, cit., p. 76.

¹⁴² Così, D. PULITANÒ, *Diritto penale. Parte generale*, VI^a ed., Torino, Giappichelli, 2015, p. 221.

Dal medico, tradizionalmente riconosciuto come titolare «di una posizione di garanzia *ex lege* discendente dagli articoli 2 e 32 Cost.»¹⁴³, ai sindaci ed agli amministratori delle società per azioni, responsabili per l'omesso impedimento di reati societari o a danno della società in considerazione della «serie numerosa di strumenti giuridici»¹⁴⁴ valevoli ad impedire la commissione di reati, la ricostruzione della c.d. *Garantenstellung* si arricchisce di nuovi ed ulteriori contenuti in considerazione delle specificità che, di volta in volta, caratterizzano l'accadimento concreto ed il soggetto della cui responsabilità trattasi.

È quanto accade con riferimento specifico alla posizione di garanzia ricostruita a carico del sindaco di un ente locale dove è dato registrare una casistica giurisprudenziale particolarmente ampia¹⁴⁵.

Dal settore degli appalti pubblici, dove viene riconosciuta una posizione di garanzia sull'operato dell'appaltatore¹⁴⁶, alle problematiche ambientali connesse alla gestione dei rifiuti e degli impianti di depurazione¹⁴⁷, la responsabilità commissiva mediante omissione del sindaco è stata riconosciuta anche in caso di eventi pregiudizievoli nei confronti della vita e dell'incolumità dei consociati.

È certamente quest'ultimo l'ambito interpretativo maggiormente problematico. Ciò non solo per la delicatezza degli interessi che vengono in gioco, ma anche (e soprattutto) perché si tratta di stabilire se il mancato esercizio di poteri impeditivi (pur oggettivamente) esistenti in capo al sindaco, sia per ciò solo in grado di giustificare un

¹⁴³ In questo senso, si veda Cass., Sez. IV pen., 1 dicembre 2004, n. 9739, in *Diritto&Giustizia*, 2005, p. 75 e ss., con nota di G. IADECOLA, *Il medico è sempre garante della salute*; e in *Cass. pen.*, 2006, p. 2158 e ss., con nota di A. ROLATI, *L'accertamento del rapporto di causalità ed il ruolo della colpa come fatto nella responsabilità professionale medica*.

¹⁴⁴ F. CENTONZE, *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omesso impedimento degli illeciti societari. (Una lettura critica della recente giurisprudenza)*, in *Riv. soc.*, 2012, pag. 317 e ss.

¹⁴⁵ Particolarmente efficace la casistica giurisprudenziale delineata da A. BOIDO, *La posizione di garanzia*, in *Commentario sistematico del diritto penale. Il reato*, opera diretta da M. Ronco, II^a ed., Bologna, Zanichelli, 2007, pp. 335-336.

¹⁴⁶ Cfr., Cass., Sez. IV pen., 29 novembre 2005, n. 14180, in *Dejure*, secondo cui: «L'affidamento in appalto dell'esecuzione di opere pubbliche comunali implica che il sindaco assume la veste di committente, che non esclude in capo allo stesso il mantenimento della posizione di garanzia in riguardo alle situazioni di pericolo, da lui conosciute, esistenti nell'area interessata dai lavori dati in appalto e temporaneamente sospesi dall'impresa appaltatrice, perché il sindaco è titolare di poteri autoritativi che gli consentono di supplire all'eventuale inerzia o all'impossibilità concreta di agire sollecitamente da parte dell'appaltatore». Analogamente, di recente, Cass., sez. IV pen., 29 marzo 2016, n. 17010, in *ivi*.

¹⁴⁷ Si veda, al riguardo, l'ampia ed articolata analisi condotta da G. MARCONI, *Rappresentanza politica e responsabilità per omissione impropria. Il paradigma degli enti locali territoriali*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 129 e ss., al quale si rinvia, inoltre, per la giurisprudenza citata.

ampio e quanto mai evanescente dovere di protezione nei confronti dei consociati rispetto a situazioni di pericolo che potrebbero cagionare loro un danno.

Al quesito, la giurisprudenza ha ritenuto di dover fornire una risposta positiva anzitutto con riferimento alle ipotesi di morte o lesioni quale conseguenza di incidenti cagionati dalla mancata manutenzione stradale.

Dietro la “rassicurante” affermazione secondo cui non sia rinvenibile nell’odierno assetto normativo un obbligo di protezione in capo al sindaco che sia tale da renderlo garante di ciascuno dei beni giuridici primari di ogni singolo cittadino¹⁴⁸, non sono mancate pronunce che hanno viceversa riconosciuto una posizione di controllo in capo all’organo di governo in considerazione dei suoi poteri organizzativi, politici ed amministrativi.

In questi termini, è stata sovente ricostruita una responsabilità per omesso impedimento di eventi lesivi della vita e dell’incolumità personale dei consociati derivati da “insidie stradali”, tali dovendosi considerare l’ipotesi in cui il territorio comunale destinato al transito ed alla sosta di veicoli e pedoni presenti una insidia o un trabocchetto che sia inevitabile con l’uso della normale diligenza e costituisca fonte di pericolo per la incolumità degli utenti i quali facciano ragionevole affidamento sulla sua regolarità¹⁴⁹.

Ipotesi nelle quali, dunque, emergerebbe una posizione di garanzia (anche) nei confronti del sindaco nel caso in cui, pur conosciuta la situazione di pericolo, non abbia adottato alcun provvedimento volto alla “messa in sicurezza” della zona incriminata o, più radicalmente, ad inibirne l’accesso¹⁵⁰.

¹⁴⁸ In questi termini, Cass., Sez. IV pen., 16 gennaio 1998, n. , con nota di I. LEONCINI, *Strade comunali: obbligo del sindaco di controllarne la pericolosità*, in *Dir. pen. e proc.*, 1998, p. 1409 e ss., dove si rileva come tale obbligo sarebbe difficilmente «esigibile considerata l’enorme varietà delle situazioni e la indefinita possibilità dei pericoli che ai cittadini possono derivare dal quotidiano e multiforme atteggiarsi e svolgersi della vita quotidiana dei membri della comunità». In dottrina, Cfr., L. PACIFICI, *Riflessi penalistici del principio di separazione tra politica e amministrazione*, Napoli, Jovene, 2014, p. 6.

¹⁴⁹ Per un’ampia disamina della materia, si rinvia ad A. DI LANDRO, *Le “insidie stradali” e la responsabilità colposa dei dirigenti e degli amministratori pubblici locali: punti fermi e questioni ancora aperte nella giurisprudenza di legittimità*, in *penalecontemporaneo.it*, 8 luglio 2011.

¹⁵⁰ Cfr., Cass., Sez. IV pen., 16 gennaio 1998, cit., ancora secondo cui, in tali ipotesi, il «Sindaco è tenuto a porre rimedio alla situazione di pericolo eliminandone la fonte od anche apprestando adeguate protezioni, ripari, cautele ed opportune segnalazioni fino ad interdire l’uso della strada o di altro spazio con l’esercizio dei poteri ordinatori in via contingibile ed urgente».

2.3.1. *La responsabilità per omesso impedimento dell'evento morte per mancato esercizio di poteri impeditivi tra indici normativi e profili sostanziali.*

Il mancato esercizio di poteri impeditivi sembrerebbe, poi, costituire (uno) dei presupposti in presenza dei quali viene riconosciuta una posizione di garanzia in capo al sindaco dalla sentenza in commento.

Questi, più nello specifico, avrebbe “condizionato”, attraverso la sua omissione, la verifica della morte della giovane donna dapprima non esercitando un potere impeditivo volto a negare la concessione dell’area per lo svolgimento del concerto; poi, per non aver adottato poteri di controllo e di sorveglianza sull’operato dei suoi dirigenti. Di fronte, infatti, all’inerzia di questi nella predisposizione di cautele atte a scongiurare l’evento morte, il sindaco avrebbe dovuto sostituirsi agli organi di concreta gestione, in vista dell’adozione di una delibera con la quale eliminare la situazione di pericolo e rendere la zona maggiormente sicura.

Il riconoscimento di una posizione di garanzia in capo al sindaco, avviene attraverso una commistione tra dati normativi e profili sostanziali.

Fondamento giuridico dell’obbligo è anzitutto l'art. 50 del Testo Unico degli Enti Locali che definisce il primo cittadino come organo responsabile dell'amministrazione del Comune¹⁵¹. Si tratta di una disposizione che, sebbene ponga un generale ed ampio obbligo a carico del sindaco, deve necessariamente essere coordinata con il successivo art. 107 Tuel che, in attuazione del principio di separazione tra politica ed amministrazione, individua la responsabilità degli apparati burocratici dell’organizzazione pubblica¹⁵².

¹⁵¹ Il primo comma della disposizione citata, stabile infatti che «Il sindaco e il presidente della provincia sono gli organi responsabili dell'amministrazione del comune e della provincia».

¹⁵² Vale la pena riportare il contenuto dei primi tre commi della disposizione di cui all’art. 107 Tuel: «Spetta ai dirigenti la direzione degli uffici e dei servizi secondo i criteri e le norme dettati dagli statuti e dai regolamenti. Questi si uniformano al principio per cui i poteri di indirizzo e di controllo politico- amministrativo spettano agli organi di governo, mentre la gestione amministrativa, finanziaria e tecnica è attribuita ai dirigenti mediante autonomi poteri di spesa, di organizzazione delle risorse umane, strumentali e di controllo.

Spettano ai dirigenti tutti i compiti, compresa l'adozione degli atti e provvedimenti amministrativi che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, non ricompresi espressamente dalla legge o dallo statuto tra le funzioni di indirizzo e controllo politico-amministrativo degli organi di governo dell'ente o non rientranti tra le funzioni del segretario o del direttore generale, di cui rispettivamente agli articoli 97 e 108.

Sono attribuiti ai dirigenti tutti i compiti di attuazione degli obiettivi e dei programmi definiti con gli atti di indirizzo adottati dai medesimi organi, tra i quali in particolare, secondo le modalità stabilite dallo statuto o dai regolamenti dell'ente: a) la presidenza delle commissioni di gara e di

Tale principio, come ampiamente noto, nella elaborazione che ne è stata fornita a seguito della sua prima “consacrazione” negli interventi legislativi degli anni novanta¹⁵³, si ripropone l’obiettivo di soddisfare un modello amministrativo il più possibile “neutrale” e “terzo” rispetto all’andamento della “macchina amministrativa”¹⁵⁴, in attuazione dei principi di buon andamento e di imparzialità della pubblica amministrazione di cui all’art. 97 Cost¹⁵⁵. La reciproca integrazione, infatti, tra un modello, quello politico, teso necessariamente al perseguimento di interessi di parte ed un modello, quello amministrativo, scevro da condizionamenti della maggioranza e caratterizzato da un alto grado di tecnicità e specializzazione¹⁵⁶, sembrerebbe proporsi l’obiettivo di spogliare il sindaco di ruoli, compiti e funzioni che, *funditus*, non sembrerebbero dover riguardare la sua caratterizzazione politica. La delimitazione dei poteri del sindaco attuata da tale ultima disposizione viene, tuttavia, considerata dalla sentenza in commento un dato non decisivo ai fini della valutazione di una sua “irresponsabilità” per il fatto verificatosi. Se è vero, infatti, che

concorso; b) la responsabilità delle procedure d'appalto e di concorso; c) la stipulazione dei contratti; d) gli atti di gestione finanziaria, ivi compresa l'assunzione di impegni di spesa; e) gli atti di amministrazione e gestione del personale; f) i provvedimenti di autorizzazione, concessione o analoghi, il cui rilascio presupponga accertamenti e valutazioni, anche di natura discrezionale, nel rispetto di criteri predeterminati dalla legge, dai regolamenti, da atti generali di indirizzo, ivi comprese le autorizzazioni e le concessioni edilizie; g) tutti i provvedimenti di sospensione dei lavori, abbattimento e riduzione in pristino di competenza comunale, nonché i poteri di vigilanza edilizia e di irrogazione delle sanzioni amministrative previsti dalla vigente legislazione statale e regionale in materia di prevenzione e repressione dell'abusivismo edilizio e paesaggistico-ambientale; h) le attestazioni, certificazioni, comunicazioni, diffide, verbali, autenticazioni, legalizzazioni ed ogni altro atto costituente manifestazione di giudizio e di conoscenza; i) gli atti ad essi attribuiti dallo statuto e dai regolamenti o, in base a questi, delegati dal sindaco».

¹⁵³ Per un efficace quadro di sintesi delle “tappe” che hanno condotto alla progressiva valorizzazione del principio di separazione tra politica e pubblica amministrazione, Cfr., L. PACIFICI, *Riflessi penalistici del principio di separazione tra politica e amministrazione*, Napoli, Jovene, 2014, p. 30 e ss.

¹⁵⁴ Particolarmente efficace, per la comprensione del principio, l’adagio di F. MERUSI, *I rapporti tra governo e amministrazione*, in *L’amministrazione e la Costituzione*, a cura di S. Cassese, G. Arabia, Bologna, Il Mulino, 1993, p. 25 e ss.: «se si vuole che l’amministrazione sia imparziale, questa non può essere diretta da forze esterne, perché la direzione esterna dell’amministrazione, è di per sé sinonimo di parzialità e un’amministrazione parziale è un’amministrazione inefficiente. Se l’esecutivo deve ritornare un potere dello Stato occorre separare il governo e, più in generale, la direzione politica dall’amministrazione».

¹⁵⁵ C. COLAPIETRO, *Governo e amministrazione. La dirigenza pubblica tra imparzialità e indirizzo politico*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 5 e ss.; S. MONZANI, *Il principio di separazione tra funzione di indirizzo politico e funzione di gestione quale valore di rango costituzionale funzionale alla realizzazione dei principi di buon andamento ed imparzialità dell’azione amministrativa*, in *Foro amm.*, 2014, p. 119 e ss.

¹⁵⁶ *Amplius*, sul significato del principio nella scissione di “ruoli”, “competenze” e “funzioni” tra politica ed amministrazione, A. PATRONI GRIFFI, *Dimensione costituzionale e modelli legislativi della dirigenza pubblica*, Napoli, Jovene, 2002, p. 75 e ss.

la norma distingue tra poteri di indirizzo e di controllo politico amministrativo, demandati agli organi di governo, e poteri di concreta gestione demandati agli organi amministrativi, ciò non esclude, ad avviso della Suprema Corte, che il primo cittadino debba svolgere un ruolo di controllo sull'operato di questi ultimi¹⁵⁷.

Il riconoscimento di una posizione di garanzia del sindaco viene poi valorizzato attraverso il richiamo al concetto di "gestore del rischio" così come individuato dalla sentenza *Thyssenkrupp*¹⁵⁸ e che riecheggia, per certi aspetti, quell'indirizzo interpretativo, elaborato dalla dottrina tedesca, che ravvisa una posizione di garanzia nei confronti di chi abbia «la signoria sull'accadimento concreto»¹⁵⁹.

La teoria, sia pur elaborata nell'ambito del diritto penale dell'impresa per individuare gli obblighi suscettibili di determinare una responsabilità omissiva dell'imprenditore, potrebbe trovare una sua autonoma validità applicativa anche rispetto alla posizione del sindaco. Una volta riconosciuto un potere direttivo ed organizzativo di questi rispetto all'operato dei propri dirigenti, la *Garantenstellung* di questi ben potrebbe essere individuata, da un punto di vista funzionale, attraverso il richiamo ad un ampio quanto slabbrato concetto di "dominio sull'amministrazione"¹⁶⁰, in considerazione delle potenzialità lesive che si stagliano nei confronti di beni giuridici appartenenti alla collettività. Il sindaco, infatti, in quanto titolare di funzioni che gli consentono di esercitare un vero e proprio potere di direzione e controllo nei confronti della "macchina amministrativa" da questi governata, sarebbe, in quest'ottica, chiamato ad intervenire al fine di scongiurare o, quantomeno, ridurre al minimo la possibilità che si verificino eventi pregiudizievoli nei confronti dei consociati,

¹⁵⁷ Dovere di controllo che, come già precisato, si tradurrebbe in un dovere di attivazione del sindaco nel caso in cui gli siano note situazioni, non derivanti da contingenti ed occasionali emergenze tecnico-operative che pongano in pericolo la salute delle persone. Cfr., sia pure in materia di responsabilità per non aver impedito la commissione di reati ambientali, Cass., Sez. III pen., 27 giugno 2013, n. 37544, in *Dejure*.

¹⁵⁸ Cass., Sez. Un. pen., 18 settembre 2014, n. 38343.

¹⁵⁹ Si allude alla c.d. *Herrschaftstheorie* elaborata da B. SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, Göttingen, Schwartz, 1971; ID., *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Köln-Berlin-Bonn-München, Duncker & Humblot, 1979, così come citato da A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, Bononia University Press, Bologna, 2009, p. 144, al quale si rinvia per i necessari approfondimenti della teoria.

¹⁶⁰ Il riferimento è, ancora una volta, a B. SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, cit., p. 89, che individua nel dominio sull'impresa (*Verbandsherrschaft*), il presupposto della posizione di garanzia dell'imprenditore rispetto alle condotte dei propri dipendenti.

2.3.2. *Profili critici relativi alla costruzione di una posizione di garanzia in capo al sindaco: il “cortocircuito” interno al reato omissivo improprio.*

L'impostazione alla stregua della quale la sentenza in commento finisce con il riconoscere una posizione di garanzia in capo al sindaco, nonostante poggi su dati normativi sufficientemente univoci, non convince del tutto.

La dottrina che con maggiore attenzione si è occupata del tema, ha anzitutto avuto modo di rilevare come il riconoscimento generalizzato di una posizione di garanzia in capo al sindaco, finisca con il contrastare con alcuni dei “capisaldi” della teoria dell'illecito omissivo improprio.

Accogliendo l'assunto secondo cui, da un punto di vista funzionale, la posizione di garanzia risponda al precipuo obiettivo di predisporre una tutela “rafforzata” a beni giuridici in considerazione dell'incapacità del titolare di apprestarvi adeguata protezione, si finirebbe con il giungere alla paradossale conclusione secondo cui la collettività “governata” dal sindaco sia composta da soggetti radicalmente o, comunque, parzialmente incapaci¹⁶¹. In quest'ottica, il sindaco, in quanto organo di vertice della macchina politica ed amministrativa della comunità, sarebbe chiamato a proteggere la *communitas civium* al fine di renderla immune dai rischi e dalle insidie che caratterizzano la società e, dunque, anche dai reati commessi dagli stessi cittadini¹⁶².

Quand'anche si dovesse riconoscere la possibilità di edificare una posizione di garanzia nei confronti di soggetti “capaci”¹⁶³, tale ricostruzione interpretativa non cesserebbe di suscitare perplessità. Il rapporto di protezione che si instaurerebbe tra il sindaco ed i consociati finirebbe infatti con il tradursi in una prestazione difficilmente esigibile «attesa l'eccessiva indeterminatezza della sfera di controllo da esercitare e l'impossibilità di focalizzare l'obbligo di sorveglianza su beni individuati e previamente censiti come bisognevoli di tutela»¹⁶⁴. Come efficacemente rilevato,

¹⁶¹ G. MARCONI, *Rappresentanza politica e responsabilità per omissione impropria*, cit., p. 92.

¹⁶² Ancora, sul punto, G. MARCONI, *Op. ult. cit.*, p. 93.

¹⁶³ Contro una tale possibilità, N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità nelle società per azioni*, cit., pp. 74-75, il quale ritiene come simile soluzione (definita dall'Autore come eccessivamente “paternalistica” nella visione dei rapporti Stato-cittadino), finisca inevitabilmente con il contrastare «con il principio di libertà da una parte e di personalità della responsabilità penale dall'altra».

¹⁶⁴ G. MARCONI, *Op. ult. cit.*, p. 93.

infatti, la posizione di garanzia deve corrispondere a «specifiche istanze di protezione, che si traducono in relazioni bilaterali tra garante e bene, onde non è immaginabile una posizione di garanzia diretta alla salvaguardia di tutti i beni di tutti i consociati»¹⁶⁵.

2.3.3. (Segue). B) Il “cortocircuito” interno al principio di separazione tra politica ed amministrazione.

L’orientamento che tende a costruire una posizione di garanzia in capo al sindaco di un ente locale *anche* per gli eventi lesivi della vita e dell’incolumità individuale dei consociati, finirebbe con l’instaurare una sorta di «dominio della politica sull’amministrazione»¹⁶⁶ da parte di questi, conferendogli compiti e incarichi che, ad una più attenta analisi, non sembrerebbero essere ad esso riconducibili anche (e forse: soprattutto) in forza di quel principio di separazione tra politica e amministrazione precedentemente richiamato.

Se, infatti, obiettivo di tale principio risulta essere, in ultima analisi, quello di rispondere all’esigenza di evitare “ingerenze” tra le parti – politiche e tecnico-amministrative – che entrano in gioco nel perseguimento dell’interesse pubblico, sarebbe del tutto contraddittorio, se non paradossale, “esigere” tale immistione quando ci si sposti sul piano della costruzione di obblighi di garanzia.

La validità operativa di tale principio non sembrerebbe in effetti essere “intaccata” dalla presenza di disposizioni che, come, ad esempio, proprio quella di cui all’art. 50 Tuel, attribuiscono all’organo di governo un obbligo di controllo suscettibile, *prima facie*, di ingenerare una responsabilità omissiva in caso di sua mancata attuazione.

Tale disposizione, infatti, nell’affermare, nel primo comma, che «il sindaco e il presidente della provincia sono gli organi responsabili dell’amministrazione del comune e della provincia», sembrerebbe introdurre un dovere di controllo in capo

¹⁶⁵ Così, L. PACIFICI, *Riflessi penalistici del principio di separazione tra politica e amministrazione*, cit., p. 8. Più in generale, sul punto, Cfr., G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, cit., p. 197; L. BISORI, *L’omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e giurisprudenza italiane*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1997, p. 1373.

¹⁶⁶ L’espressione è di S. CASSESE, *Il nuovo regime dei dirigenti pubblici italiani: una modificazione costituzionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 1341.

all'organo di governo «non già *atomistico* ma *sintetico*»¹⁶⁷. Il dovere di vigilanza da esercitare nei confronti dei dirigenti comunali, in quest'ottica, dovrebbe riguardare non i singoli atti adottati da questi quanto, piuttosto, la “gestione dell'ufficio” *lato sensu* considerato, con conseguente responsabilità del sindaco in caso di mancata realizzazione degli obiettivi programmatici fissati dalla compagine governativa¹⁶⁸ e non, dunque, per il mancato assolvimento dei compiti funzionali attribuiti ai dirigenti. Il principio di separazione tra politica ed amministrazione, detto altrimenti, sembrerebbe far sì che il controllo sulle fonti di rischio rientri nell'ambito della sfera di competenza dei dirigenti. Ipotesi rispetto alle quali il sindaco manterrebbe sì un dovere di sorveglianza ma insuscettibile di fondare una responsabilità per omesso impedimento dell'evento stante la mancanza di *concreti* (ed attuali) poteri impeditivi idonei ad evitare eventi del tipo di quelli che si sono in concreto verificati¹⁶⁹.

2.3.4. Dal principio di separazione tra politica ed amministrazione al “dominio della politica sull'amministrazione”. Le funzioni “taumaturgiche” del “Sindaco-Leviatano”.

In conclusione, siffatto orientamento sembrerebbe finire con l'attribuire al sindaco delle vere e proprie competenze “divinatorie”, in forza di un ideale “irrealistico” che vede in questi una sorta di organo onnisciente ed onnipresente nella episodicità degli eventi che caratterizzano la vita della collettività. Il richiamo, infatti, ad una «gestione del rischio» del quale il sindaco sarebbe titolare, finirebbe con lo “svuotare” di contenuto la “giuridicità” dell'obbligo¹⁷⁰ richiesta dall'art. 40, secondo comma, c.p. in

¹⁶⁷ L. PACIFICI, *Riflessi penalistici del principio di separazione tra politica e amministrazione*, cit., p. 148-149.

¹⁶⁸ Cfr., sul punto, L. PACIFICI, *Le conseguenze del principio di separazione tra politica e amministrazione sulla responsabilità penale omissiva degli organi di governo*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 2663.

¹⁶⁹ Sulla impossibilità che gli obblighi di sorveglianza o di attivarsi vengano a costituire obblighi giuridici di impedimento, cfr. I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, cit., p. 96; N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità nelle società per azioni*, cit., p. 51-52.

¹⁷⁰ L'indeterminatezza della ricostruzione viene evidenziata da M. MAIWALD, *Grundlagenprobleme der Unterlassungsdelikte*, in *Jus*, 1981, p. 473-480, le cui osservazioni critiche sono ampiamente riportate da N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità nelle società per azioni*, cit., p. 44.

considerazione del fatto che la rilevanza della condotta omissiva viene esclusivamente fatta desumere dal potere “naturalistico” di impedimento esistente in capo a questi¹⁷¹, prescindendo dall’effettiva titolarità degli stessi.

Il rischio è, dunque, quello di finire con l’“idealizzare” la posizione di *primauté* dell’organo di governo, ricercando in lui quelle stesse funzioni “taumaturgiche” che, nel passaggio dallo stato di natura alla società civile, erano state attribuite al Leviatano.

L’elaborazione di “macchine artificiali”, in grado di “salvare” le sorti degli individui dal *caos* ingenerato dallo “stato di natura” e dai “rischi” che esso comporta, potrebbe avvenire solo a costi (e paradossi) particolarmente elevati: l’estensione, pressoché illimitata, degli “obblighi di impedimento” penalmente rilevanti.

3. Tensioni tra “fatto” e “autore” nella parte generale del codice penale. A) La recidiva, il recidivo.

Rispetto alla parte generale, il settore nel quale è stata, con maggior vigore, evidenziata una tumultuosa deriva verso gli schemi del diritto penale del tipo d’autore, riguarda – e non a caso – la materia della recidiva. *Non a caso*, perché la materia *de qua* è stata illustrata da sempre, tanto dalla manualistica che dagli studi monografici svolti sul tema, partendo anzitutto dal *fondamento dell’istituto*, al fine di stabilire se gli aggravamenti di pena da essa previsti fossero da ricollegarsi ad una maggior colpevolezza insita nel nuovo fatto commesso dall’agente; ovvero, e piuttosto, dovessero raccordarsi ad una “mera” maggior pericolosità (soggettiva) manifestata dal reo, una sua più intensa caparbità criminale quale espressione di una indole ribelle nei confronti dell’ordinamento in una dimensione proiettata al futuro¹⁷².

È noto come, secondo l’impostazione derivante dalla Scuola Classica, la recidiva veniva collocata nell’ambito di una visione di carattere eminentemente oggettivo: *ratio* e fondamento dell’istituto venivano fatte poggiare su di un maggior grado

¹⁷¹ In questi termini, ancora, N. PISANI, *Op. ult. cit.*, p. 45 e ss.

¹⁷² In argomento cfr. per tutti E.M. AMBROSETTI, *Recidiva e recidivismo*, Padova, Cedam, 1997, 9 ss. Da una prospettiva storica v. D. BRUNELLI, *Recidiva e Scuola Positiva nella disciplina del codice Rocco*, in *Dir. pen. XXI sec.*, 2011, 333 ss.

colpevolezza ascrivibile al reo; il recidivo, cioè, commettendo un secondo reato dopo e nonostante la precedente condanna, avrebbe dimostrato da una parte la insufficienza della pena già scontata e dall'altra parte la propria insensibilità rispetto alla sentenza di condanna, il proprio disprezzo per l'ordinamento giuridico e la società civile. Questi, dunque, gli argomenti addotti a sostegno degli aggravamenti sanzionatori previsti e/o prevedibili¹⁷³. Dall'altro lato si collocava una qualificazione giuridica di tipo "soggettivo" dell'istituto, che riconduceva la recidiva ad una situazione di carattere esclusivamente interno alla persona del reo. Costui, delinquendo nuovamente dopo la precedente condanna, avrebbe dimostrato nient'altro se non una maggior pericolosità sociale¹⁷⁴.

La recidiva, nell'ottica fatta poi propria dalla Scuola Positiva, veniva per tal via ad essere inquadrata quale una delle quattro forme specifiche di pericolosità contemplate dal codice penale, sottolineandone così la funzione essenzialmente special-preventiva assegnata al connesso trattamento sanzionatorio più severo¹⁷⁵. In effetti, come ebbe a scrivere il Carrara, nella disciplina dell'istituto della recidiva, «vi è qualcosa di più che il fatto di due delitti, e che la mera proclività criminosa», rilevando, poi, come proprio da questo punto di partenza «incominciano le discordie»¹⁷⁶

Una logica bifronte¹⁷⁷, quella della recidiva, che emerse in tutta la sua problematicità proprio con l'avvento del codice Rocco che, in aperta rottura con la precedente codificazione, introduceva una disciplina votata al massimo rigore

¹⁷³ Emblematica di tale posizione è la ricostruzione fornitaci da A. R. LATAGLIATA, *Contributo allo studio della recidiva*, Napoli, Jovene, 1958, p. 242, secondo il quale la recidiva deve essere considerata una «circostanza della colpevolezza», in quanto riflette «un diverso grado di disobbedienza ad un medesimo comando, disobbedienza caratteristica di una certa personalità»

¹⁷⁴ Per una recente ed efficace sintesi sul punto, cfr. G.L. GATTA, *La recidiva nella recente giurisprudenza di legittimità*, in R. Garofoli-T. Treu (diretto da), Treccani. Il Libro dell'anno del Diritto 2012, Roma, 2012, 179 ss.

¹⁷⁵ In questi termini, facendo riferimento all'edizione del manuale precedente alla riforma del 1974, F. ANTOLISEI, op. cit., 1960, p. 483: «La ragione giustificatrice dell'aumento di pena in caso di recidiva deve ravvisarsi nel fatto che la ricaduta nel reato dimostra una volontà persistente nel delinquere e, perciò, una maggiore capacità criminale. Il recidivo può essere punito di più perché palesa una notevole inclinazione al delitto: perché il suo comportamento autorizza il timore di ulteriori reati nell'avvenire. [...] Neppure può affermarsi che la recidiva implichi un aumento del quantum della colpevolezza, secondo la tesi sostenuta da vari autori, giacché nessuna delle note da cui dipende l'intensità del dolo o la gravità della colpa si riscontra nel fatto di colui che ricade nel reato».

¹⁷⁶ F. CARRARA, *Stato della dottrina sulla recidiva*, in *Opuscoli di diritto criminale*, V ed., 1989, p. 129.

¹⁷⁷ Parlano di "Giano bifronte", tra gli altri, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte Generale*, Padova, Cedam, 2016, p. 636. *Amplius*, E.M. AMBROSETTI, *Recidiva e recidivismo*, Padova, Cedam, 1997, p. 9 ss.

sanzionatorio, restia ad atteggiamenti indulgenziali nei confronti di manifestazioni e fenomeni criminali che, per il loro ripetersi nel tempo, dovevano necessariamente e prontamente essere debellati nonché neutralizzati¹⁷⁸.

Con riferimento alla sua collocazione sistematica, la recidiva viene inquadrata nella teoria del reo e non in quella del reato, nonostante essa sia configurata nel codice penale come circostanza aggravante; in quanto tale, non potendo essere accomunata a quelle forme di pericolosità qualificata che fino alla riforma del 1986 avevano dato luogo a presunzioni di pericolosità.

La disciplina di cui all'art. 99 c.p., può, entro gli schemi del codice Rocco, essere definita come «la manifestazione di una capacità criminale particolarmente qualificata dalla persistente volontà a delinquere del recidivo, ma nello stesso tempo la ricaduta nel reato manifesta proprio l'attitudine a commettere ulteriori reati in futuro».¹⁷⁹

La recidiva, calata in un contesto volto a garantire una più efficace difesa della collettività contro le più variegate forme di delinquenza¹⁸⁰, viene strutturata sui due poli di un "inflexibile" automatismo nella sua applicazione da parte del giudice, da un lato, ed una "feroce" e penetrante incidenza sul trattamento sanzionatorio, dall'altro.

Il "marchio" nei confronti dell'"individuo-già-reo" finisce, poi, con l'amplificarsi laddove si ponga mente al fatto che gli aumenti "draconiani" in questione potevano essere predisposti grazie ad un mero controllo burocratico, teso ad accertare, cioè, l'esistenza di precedenti condanne nel casellario giudiziario; prescindendo, dunque, da qualsivoglia indagine volta ad approfondire il peso del recidivismo nella nuova manifestazione criminosa¹⁸¹.

¹⁷⁸ G. D. PISAPIA, *Riflessioni in tema di recidiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, p. 973.

¹⁷⁹ M. BERTOLINO, p.

¹⁸⁰ Non è un caso, al riguardo, che la recidiva venne espressamente accomunata, nei Lavori Preparatori, alle dichiarazioni di abitudine, professionalità e tendenza a delinquere nel quadro di «una più valida difesa contro i delinquenti maggiormente pericolosi». Cfr., *Relazione del Guardasigilli*, 147 ss.

¹⁸¹ Unica eccezione rispetto alle ipotesi di recidiva non specifica tra delitti e contravvenzioni.

3.1. La recidiva “intermedia”: dalla riforma del 1974 alla riforma di cui alla l. “ex” Cirielli.

Nel quadro di uno più spiccato potenziamento del potere discrezionale, la riforma del 1974 consentì di smussare quel senso di smarrimento registratosi, all’indomani della codificazione Rocco, rispetto ai canoni “classici” di un diritto penale (quantomeno orientato al) del fatto: vengono, infatti, ridotti gli aumenti di pena connessi alla contestazione della recidiva e viene “definitivamente” abolito ogni automatismo nella produzione dei suoi effetti. Il giudice, così, veniva chiamato ad effettuare un duplice giudizio nei confronti del recidivo¹⁸²: dapprima, era chiamato a valutare *se* potesse effettivamente considerarsi sussistente la recidiva, in considerazione delle peculiarità del caso specifico; poi, a misurare *come* la stessa sia in grado di incidere ai fini della dosimetria finale della pena. Una recidiva maggiormente “spoglia” ma capace di consentire una più approfondita valutazione sul *se* e sul *come* un individuo-già-reo potesse considerarsi maggiormente riprovevole “per il sol fatto di” essere ricaduto nel reato, attraverso (anche) una più spiccata valorizzazione delle componenti materiali dell’illecito.

Successivamente alla caduta del regime fascista, quando entrò in vigore la Costituzione repubblicana, i suoi principi profondamente innovatori diedero tutt’altro respiro al sistema di difesa sociale, lo studio della personalità del reo cominciò a muoversi in un terreno assai diverso rispetto a quello di inizio secolo, non più permeato dalle concezioni della criminologia positivista.

Le valutazioni sulla personalità del reo ed il trattamento sanzionatorio del recidivo messe davanti allo specchio della Costituzione si mostrano in tutta la loro contrarietà ai principi della personalità della responsabilità penale e soprattutto della finalità rieducativa della pena, sanciti dall’art. 27 al primo e terzo comma.

La responsabilità penale si lega direttamente alla personalità del reo e viene eletta la colpevolezza a criterio fondamentale del diritto penale. Da ciò deriva l’esigenza di

¹⁸² Rileva M. BERTOLINO, p. 1135, come «La riforma del 1974, con l’obiettivo primario di attenuare l’implacabile rigorismo dell’art. 99 c.p., apre al giudice ampi spazi di discrezionalità, primo fra tutti quello di una decisione sulla recidiva che non può discendere meccanicamente dalla semplice esistenza di una precedente condanna, ma deve trovare senso nelle correlazioni psicologiche e di valore fra quest’ultima e il nuovo reato, pur rimanendo tuttora controversa – come si è visto, la questione dei criteri guida della discrezionalità».

adattare la sanzione comminata alle trasformazioni che il reo subisce durante la sua espiazione, per incoraggiarlo a rispettare i principi etici sottesi alle norme giuridiche¹⁸³.

Alla luce di tutto ciò la recidiva del codice penale del 1930 era ormai un istituto per molti aspetti anacronistico, che non poteva più esistere in quelle superate forme illiberali e afflittive. Già a partire dalla seconda metà degli anni Quaranta vennero elaborati i primi progetti di riforma, che si concretizzarono solo negli anni Settanta con il d.l. 11 Aprile 1974 n. 99, intitolato «Provvedimenti urgenti sulla giustizia penale», convertito in legge 7 Giugno 1974, n. 220¹⁸⁴.

Lo scopo primario era quello di mitigare l'eccessivo rigore sanzionatorio dell'originario codice Rocco. In particolare si incise, a vario titolo, sulla corretta commisurazione della pena mediante una serie di innovazioni quali: l'inclusione di tutte le circostanze nel giudizio di bilanciamento ex art. 69 c.p.; una maggior indulgenza nell'ambito di istituti quali la continuazione e la sospensione condizionale della pena; soprattutto si apportò la più incisiva modificazione al regime della recidiva: il suo declassamento da obbligatoria a facoltativa¹⁸⁵.

Dimostrazione questa di quanto gli automatismi del codice Rocco non potevano trovare più alcuno spazio nel sistema penale delineatosi dopo l'entrata in vigore della Costituzione, del canone dell'art. 27 terzo comma che imponeva una pena adattabile alla personalità del reo, la cui analisi soggettiva acquista rilevanza primaria. Quando il principio di colpevolezza ha assunto il ruolo fondamentale di canone per la graduazione della pena, questa ha dovuto abbandonare il suo carattere presuntivo per lasciare al giudice il potere di valutare discrezionalmente il fatto di reato da un punto di vista concreto. Per l'inasprimento di pena conseguente alla dichiarazione di recidiva non è più sufficiente la sola esistenza di documenti processuali, trovando ora fondamento nell'eventuale maggior colpevolezza dimostrata dal reo in seguito alla precedente condanna. Spetta al giudice ricostruire l'origine della nuova condotta criminosa, apprezzando il suo legame più o meno intenso con quella precedente e con i caratteri costitutivi della personalità del reo. Quest'ultima diventa elemento

¹⁸³ L. MAZZA, *Recidiva*, in *Enciclopedia del diritto*, op. cit., pp. 69 e ss.

¹⁸⁴ Per una globale ed onnicomprensiva analisi dell'intervento riformatore, Cfr., E. DOLCINI, *La recidiva riformata. Ancora più selettivo il carcere in Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 515 ss.

¹⁸⁵ D. GENTILE DONATI, *La recidiva*, op. cit. p. 7.

essenziale per la configurazione della recidiva stessa, in quanto la precedente condanna (intesa solo come atto giudiziale) non è che un semplice presupposto in grado di conferire alla nuova azione criminosa il senso della maggior gravità. In vero non è sufficiente un qualsiasi giudicato che accerti in via definitiva l'esistenza di un preesistente reato, fonte della semplice certezza legale di quel primo episodio antigiuridico, ma occorre un *quid pluris*¹⁸⁶. Ai sensi dello stesso art. 99 la dichiarazione di recidiva esige una precedente sentenza penale di condanna irrevocabile; così a nulla rileva un'antecedente sentenza di non doversi procedere per concessione del perdono giudiziale, o a una sentenza di assoluzione per mancanza di imputabilità benché in questi casi sia implicito l'accertamento del fatto costitutivo di reato. Nondimeno non ha alcuna rilevanza la concreta esecuzione della pena, atteso che l'art. 106 c.p. in materia di effetti dell'estinzione del reato o della pena¹⁸⁷ stabilisce che ai fini della recidiva si deve tener conto anche delle condanne per le quali sia intervenuta una causa di estinzione del reato o della pena, dimostrando l'autonomia del significato giuridico della condanna dall'effettiva espiazione della pena.

La condanna acquista quindi importanza ove intesa quale accertamento definitivo di colpevolezza e il nuovo reato si colloca all'interno dell'esperienza giuridica del reo, contrapposto solo allo specifico precetto di legge violato, ma anche al significato connaturato alla condanna; il reo infatti dimostra, con la reiterazione della condotta, un «ostinato disprezzo per la legge e al prestigio dello Stato»¹⁸⁸.

In questo contesto la colpevolezza del recidivo risiede proprio nel significato da assegnare ad una caratteristica esperienza di vita che appartiene alla personalità dell'individuo, arricchendo la sua attitudine a comprendere il contenuto del divieto imposto dalla legge ed a conoscere il disvalore della sua condotta¹⁸⁹.

¹⁸⁶ L. MAZZA, *Recidiva*, op. cit. p. 79

¹⁸⁷ Art. 106: “Agli effetti della recidiva e della dichiarazione di abitudine o di professionalità nel reato, si tiene conto altresì delle condanne per le quali è intervenuta una causa di estinzione del reato o della pena.

Tale disposizione non si applica quando la causa estingue anche gli effetti penali.”

¹⁸⁸ V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, op. cit. p. 750

¹⁸⁹ R. LATAGLIATA, *Contributo*, op. cit. pp. 252 e ss.

Sul ruolo della colpevolezza quale fondamento della sanzione penale si tornerà in seguito, nell'ambito del dibattito circa la natura giuridica dell'istituto in esame¹⁹⁰.

3.2. Regime facoltativo e discrezionalità del giudice

Prima di esaminare nello specifico tutte le salienti modifiche apportate dalla novella del 1974, occorre soffermarsi sull'aspetto più controverso del nuovo regime della recidiva: la generalizzata facoltatività della sua applicazione. Abbiamo già accennato come tale nuovo regime trovi la sua ragion d'essere nell'attenuazione del rigore sanzionatorio e nell'adeguamento della pena alla personalità del reo in ragione del canone di individualizzazione dettato dall'art. 27 terzo comma della Costituzione. Tuttavia tale opzione di politica criminale non andò esente da critiche ad opera di coloro che lamentavano un'eccessiva dilatazione del potere discrezionale del giudice, tale addirittura da configurare «un caso di "sovranità giurisdizionale", sottratta persino all'obbligo di motivazione (che sarebbe comprensibile solo se la legge prevedesse, quanto meno, degli indici di massima)»¹⁹¹.

Se da una parte l'accentuarsi del potere discrezionale del giudice può essere considerato del tutto in linea con i principi fondamentali di un sistema penale moderno¹⁹², d'altro canto l'assoluta omissione da parte del legislatore dell'indicazione dei parametri ai quali il giudice possa far riferimento per fondare il proprio giudizio ha certamente accresciuto i motivi di incertezza riguardo un istituto già di per sé complesso.

Infatti l'individuazione dei parametri richiesti dipendeva dalla scelta di ricondurre l'istituto alla sfera della pericolosità o a quella della colpevolezza, facendo così

¹⁹⁰ V. *infra* par. 6. "Fondamento e natura giuridica della recidiva".

¹⁹¹ P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, 2° ed., Padova, 1982, p. 336.

¹⁹² ID. *Antinomie fossili e derivazioni nel codice penale italiano*, in *Bollettino dell'istituto di diritto e procedura penale dell'Università degli Studi di Pavia*, 1960-1961, ora in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, vol. I, Padova, 1969, p. 707. L'Autore afferma inoltre in uno scritto di molti anni prima che «il potere discrezionale in materia di pene non può, quindi, esser ragionevolmente eliminato, a meno di non voler tornare agli schemi di un diritto penale primordiale, che la scienza giuridica e la coscienza sociale ormai rifiutano decisamente».

riaffiorare tutti quei problemi, che da sempre hanno accompagnato la recidiva, legati al suo fondamento giuridico e alla sua natura¹⁹³.

Il legislatore novella l'art. 99¹⁹⁴ in *primis* sostituendo il termine “soggiace” con “può essere sottoposto”, comportando non solo il passaggio dal regime obbligatorio alla *regula juris* della facoltatività, ma anche la conseguente abrogazione dell'art. 100.

Quest'ultimo articolo individuava nella disomogeneità nell'elemento psicologico e nell'assenza di una medesima indole nei reati quei parametri sulla cui base il giudice poteva valutare la recidiva.

Analogia indicazione manca completamente nel riformato art. 99, ove viene invece consacrata la regola di una generalizzata facoltatività.

Leggendo integralmente il nuovo testo dell'articolo il senso di tale facoltatività potrebbe sembrare esprimersi tanto nell'aggravio di pena, quanto nella contestazione della circostanza.

L'equivoca interpretazione nasce dalla disciplina della recidiva facoltativa così come sancita dall'abrogato art. 100, il quale dava al giudice la facoltà di “*escludere la recidiva*”; la formula appariva assai chiara anche alla luce della Relazione del Guardasigilli sul libro I del Progetto definitivo: «Nel primo progetto era detto che il giudice aveva facoltà, nei casi anzidetti, di escludere gli aggravamenti di pena. La dizione si prestava, forse, al dubbio se, pur esclusi gli aggravamenti, dovesse essere ugualmente dichiarata la recidiva [...], il nuovo testo elimina ogni perplessità, parlando esplicitamente di esclusione della recidiva»¹⁹⁵.

¹⁹³ E. M. AMBROSETTI, *Recidiva e recidivismo*, CEDAM, Padova, 1997, p. 6.

¹⁹⁴ Art. 99: “*Chi, dopo essere stato condannato per un reato, ne commette un altro, può essere sottoposto a un aumento fino ad un sesto della pena da infliggere per il nuovo reato. La pena può essere aumentata fino ad un terzo: 1) se il nuovo reato è della stessa indole; 2) se il nuovo reato è stato commesso nei cinque anni dalla condanna precedente; 3) se il nuovo reato è stato commesso durante o dopo l'esecuzione della pena, ovvero durante il tempo in cui il condannato si sottrae volontariamente all'esecuzione della pena. Qualora concorrano più circostanze fra quelle indicate nei numeri precedenti, l'aumento di pena può essere fino alla metà. Se il recidivo commette un altro reato, l'aumento della pena, nel caso preveduto dalla prima parte di questo articolo, può essere fino alla metà e, nei casi preveduti dai numeri 1) e 2) del primo capoverso, può essere fino a due terzi; nel caso preveduto dal numero 3) dello stesso capoverso può essere da un terzo ai due terzi.*

In nessun caso l'aumento di pena per effetto della recidiva può superare il cumulo delle pene risultante dalle condanne precedenti alla commissione del nuovo reato”.

¹⁹⁵ *Relazione del Guardasigilli sul libro I del Progetto definitivo*, n. 111.

Nelle aule di giustizia della Corte di Cassazione andò consolidandosi l'orientamento secondo il quale il legislatore del 1974 nel generalizzare il regime di facoltatività non ha inteso allargare i confini dell'art. 100, optando invece per la sua abrogazione e intervenendo sui singoli commi dell'art. 99. Con la nuova formulazione di questo articolo «il legislatore non ha voluto rendere facoltativa la contestazione della recidiva, che continua, a questo riguardo ad essere regolata dalla normativa anteriore, ma ha inteso soltanto conferire al giudice di merito il potere di non aumentare la pena per effetto della recidiva contestata; non si tratta, cioè, di facoltà di esclusione della recidiva la quale, quindi, continua in conseguenza della contestazione a qualificare più gravemente il reato ad ogni effetto, ma di facoltà di non apportare alla pena da infliggere per il reato commesso l'aumento di pena corrispondente al tipo di recidiva contestata»¹⁹⁶. Ne deriva che il passaggio dall'obbligo alla facoltà si riferisce unicamente ad un effetto della recidiva: gli aumenti di pena; restano integre dunque tutte le conseguenze ulteriori ad essa legate, nel senso che avrebbero continuato ad operare *ipso iure* gli altri effetti a questa collegati (c.d. effetti "minori")¹⁹⁷, quali ad es. la determinazione della competenza per territorio, la prescrizione, la durata della custodia preventiva e via dicendo¹⁹⁸.

In conformità con questa interpretazione, parte della dottrina riteneva che si sarebbe configurata un'inammissibile discrezionalità bifasica ove fosse stata rimessa al potere del giudice non solo la ricerca degli elementi sui quali fondare l'aumento di

¹⁹⁶ Cass. Sez. V, 22 novembre 1974 (ric. Caccavaro), in *Riv. it. di dir. e proc. pen.*, 1976, p. 303.

Nello stesso senso la sentenza Cass. Sez. V, 18 dicembre 1974 (ric. Milo), in *Mass. dec. pen.*, 1976, p. 184, m. 129.843, nella quale si specificano i margini dell'apprezzamento del giudice, al quale è rimessa solo «la facoltà di escludere in concreto che l'imputato sia meritevole di essere assoggettato ad una pena maggiore per effetto della recidiva». Di identica portata la sentenza Cass. Sez. VI, 5 settembre 1974 (ric. Mele), in *Mass. dec. pen.*, 1976, p. 163, m. 130.148: «[...]devesi più correttamente parlare, non tanto di facoltatività della recidiva (la cui contestazione rimane pur sempre obbligatoria), ma di facoltatività dell'aumento di pena. Il primo problema che il giudice deve porsi non è, quindi, di esclusione o meno della recidiva, bensì – ferma questa restando – di scelta circa l'opportunità o meno di aumentare la pena. Egli, infatti, non è più vincolato all'opinione preventiva ed astratta della maggiore capacità a delinquere e pericolosità del reo espresse dalla ricaduta nel reato, ma è tenuto a stabilire volta per volta se effettivamente la recidiva sia espressione d'insensibilità etica e di pericolosità e giustifichi, perciò, la maggiore punizione del reo; o se invece, per l'occasionalità della ricaduta, per i motivi che la determinarono, per il lungo intervallo di tempo tra il precedente reato ed il nuovo, per la diversità di indole delle varie manifestazioni delinquenziali, per la condotta in genere tenuta dal reo, quella insensibilità e quella pericolosità non siano riscontrabili».

¹⁹⁷ D. GENTILE DONATI, *La recidiva*, op. cit. p. 8

¹⁹⁸ R. BERTONI, *La riforma penale dell'Aprile 1974 nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1976, p. 1396.

pena, ma anche l'ulteriore facoltà di non applicare la circostanza una volta che ne sono stati individuati i presupposti. Un simile *arbitrium iudicis* sarebbe costituzionalmente illegittimo¹⁹⁹.

Sulla base di tale orientamento al giudice sarebbe stato conferito il potere di escludere l'aggravio della pena ogniqualvolta avesse rilevato che la reiterazione delle azioni criminose non fosse indice di un'insensibilità al rimprovero derivante dalla precedente condanna (sintomatico di un'accentuata colpevolezza dell'autore) e di una maggiore capacità a delinquere dell'agente (essendo il nuovo reato indice della sua inclinazione a delinquere)²⁰⁰.

Senza soffermarsi sull'ostico dibattito circa la natura giuridica della recidiva, vale a dire se questa possa o meno essere considerata una circostanza aggravante, basti qui tener a mente che le suddette pronunce della Corte di Cassazione muovo dal presupposto (esplicitamente dichiarato) che la recidiva rientri a pieno titolo tra le circostanze aggravanti in senso tecnico, continuando a svolgere tale ruolo in relazione alle molteplici finalità del processo²⁰¹.

Proprio sulla base di questo assunto si contrappone alla tesi restrittiva un'unica sentenza della Corte di Cassazione, nella quale risulta espressamente enunciato un diverso orientamento interpretativo derivante da altra parte della dottrina²⁰². Secondo questa linea di pensiero le suddette interpretazioni restrittive innanzi tutto sarebbero in netto contrasto con le finalità di indulgenza e *favor rei* che caratterizzano l'intera riforma del 1974, al punto da far derivare dalla novella un

¹⁹⁹ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, op. cit. p. 652. Inoltre sottolinea Mantovani che il fondamento di un sistema penale garantista risiede soprattutto nel principio di legalità, il quale risulterebbe irrimediabilmente leso da un potere discrezionale così vasto concesso ai magistrati; addirittura l'Autore auspica un ritorno all'obbligatorietà della recidiva, anche se limitatamente all'identità dell'indole dei reati ed alla temporaneità (*Il problema della criminalità. Compendio di scienze criminali*, Padova, 1984, p. 599).

²⁰⁰ G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 4° ed., Milano, Giuffrè, 2012. In questo senso la cit. Sent. Cass. Sez. VI, 5 settembre 1974 (ric. Mele).

²⁰¹ V. in particolare Sent. Cass. Sez. V, 22 novembre 1974 (rel. Caccavaro) m. 129.836; Vianelli, m. 129.838; Ronchini, m. 129.840.

²⁰² Tra gli altri R. BERTONI, op. cit., p. 1396; C. PEDRAZZI, *La nuova facoltatività della recidiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, p. 304; S. BENNIS, *Fondamento e natura della recidiva*, in *Giustizia Penale*, 1978, c. 474; A. MELCHIONDA, *Recidiva e regime di procedibilità*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1987, p. 70; G. MARINI, *Lineamenti del sistema penale*, Milano, 1993, p. 895; M. VIRGILIO, *Della recidiva, dell'abitudine e professionalità nel reato e della tendenza a delinquere*, in *Codice penale, Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, a cura di F. BRICOLA, V. ZAGREBELSKY, Torino, 1996, p. 867

trattamento per il reo più sfavorevole di quello previsto nella vigenza dell'art. 100 c.p.²⁰³.

L'aspetto più saliente della pronuncia è però costituito dal rilievo che prendendo le mosse dal presupposto che la recidiva sia una circostanza aggravante, esiste una forte contraddittorietà nel sostenere i limitati effetti derivanti dalla sua contestazione. Infatti «non si vede perché dovrebbe configurarsi soltanto per la recidiva, l'anomala costruzione giuridica di una circostanza aggravante che può non comportare alcun aumento di pena, pur continuando a restare tale, poiché il giudice è sempre obbligato a contestarla e a mantenerla ferma»²⁰⁴.

Dunque se consideriamo la recidiva quale circostanza aggravante non è possibile che la sua esclusione incida unicamente sulla misura della pena e non anche sugli altri effetti che le sono connessi. Per pervenire ad una simile conclusione bisognerebbe inquadrare l'istituto nella più ampia categoria della capacità a delinquere del reo, in conformità poi con quanto viene disciplinato dall'art. 133 c.p., e quindi con la possibilità di intervenire solo sulla misura della pena, ma non sugli altri effetti ad essa collegati²⁰⁵.

Tale tesi risulta però viziata nelle fondamenta da un manifesto concettualismo, partendo dalla premessa, indimostrata, che la recidiva è una circostanza aggravante e che quindi la relativa disciplina non può derogare da quella tipica, descritta dal codice per le circostanze²⁰⁶.

Benini pone poi l'accento su un altro problema di coerenza che si pone sul piano processuale: la giurisprudenza sembra unanime nel sostenere l'obbligatorietà della contestazione della recidiva nella fase istruttoria, tenendo conto che la facoltà

²⁰³ Così la Sent. Cass. Sez. I, 13 gennaio 1976 (ric. Tosto), in *Il Foro italiano*, 1976, II, c. 137, dalle motivazioni: «D'altro canto, dai resoconti dei lavori parlamentari relativi alla conversione in legge del d.l. 11 aprile 1974, n. 99 (specie, relazioni dell'on. Mazzola e del sen. De Carolis) emerge con sufficiente evidenza che, con la modifica dell'art. 99 e l'abrogazione dell'art. 100 cod. pen., si è inteso rendere sempre facoltativa l'aggravante della recidiva, restando questa come semplice «fatto storico», qualora il giudice ritenga di escluderla, quale circostanza aggravante. Diversamente opinando, non solo sarebbe, senza ragioni plausibili, ridotta la portata innovatrice della legge 1974 n. 220 ma, almeno nei casi di recidiva facoltativa previsti dal vecchio testo dell'art. 100 cod. pen., all'imputato verrebbe fatto un trattamento meno favorevole».

²⁰⁴ Sent. Cass. Sez. I, 13 gennaio 1976 (ric. Tosto), in *Il Foro italiano*, 1976, II, c. 137.

²⁰⁵ R. BERTONI, *La riforma penale dell'Aprile 1974 nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, op. cit., p. 1397.

²⁰⁶ BOSCHI, *Osservazioni a Cass. 11 dicembre 1974*, in *Il Foro italiano*, 1976, II, p. 7

concessa al giudice dall'art. 99 spetti al giudice del dibattimento²⁰⁷. Partendo però dall'assunto che la recidiva è una circostanza aggravante del reato²⁰⁸ questa potrebbe essere contestata solo quando il Pubblico Ministero pervenga al riguardo ad un giudizio positivo in merito, poiché l'attestazione della sussistenza di tale aggravante si collega non solo a presupposti predeterminati, ma anche a una valutazione di tipo discrezionale²⁰⁹. Così la possibilità di aumentare o meno la pena sarebbe però anticipata alla valutazione del giudice istruttore o dell'organo dell'accusa, vanificando invece il potere discrezionale assegnato al giudice del dibattimento.

La problematica circa la compatibilità tra le esigenze della contestazione dell'accusa e la particolare natura facoltativa di una circostanza aggravante esplica i suoi effetti sul piano processuale, ma sul punto la dottrina ha sottolineato come è necessario tener distinta «la prospettiva processuale, caratterizzata da una provvisorietà di effetti, da quella sostanziale, tendenzialmente definitiva»²¹⁰.

In conclusione la giurisprudenza, dopo tale iniziale contrasto, si è univocamente orientata nel senso che la nuova formula dell'art. 99 avesse inteso conferire al giudice unicamente il potere di non aumentare la pena per effetto della recidiva da contestarsi obbligatoriamente. Inoltre, pur convenendo che l'intento che ha mosso il legislatore della novella del 1974 è stato di attenuare la rigidità del sistema precedente e di realizzare quindi in maniera più incisiva il principio dell'individuazione del trattamento sanzionatorio, stabilito dall'art. 27 Cost., sembra che tali finalità possano essere egualmente raggiunte seguendo tale teoria restrittiva sugli effetti della contestazione della recidiva, la quale non può mai ridursi a mero «fatto storico» con un ulteriore svilimento della componente etica del nostro ordinamento penale.

²⁰⁷ V. Cass. Sez. V, 22 novembre 1974 (ric. Caccavaro), in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1976, p. 303.

²⁰⁸ Cass. 13 gennaio 1976, Tosto, cit.

²⁰⁹ S. BENINI, *Fondamento e natura della recidiva*, in *Giustizia Penale*, 1978, c. 475.

²¹⁰ C. PEDRAZZI, *La nuova facoltatività della recidiva*, op. cit., p. 303. L'autore poi prosegue: «Che la contestazione della recidiva sia, come prima, doverosa ogni volta che possano ricorrerne gli estremi, è affermazione di indiscutibile esattezza. Di conseguenza, in quanto ritualmente contestata, la recidiva, come in passato, produrrà gli effetti processuali suoi propri, [...]. Una volta però che al momento della decisione, alla chiusura dell'istruttoria o della fase dibattimentale, il giudice abbia esercitato il potere discrezionale, tanto dilatato dalla riforma, nel senso di disapplicare la recidiva, l'elisione degli effetti non potrà che essere integrale». Sulla necessaria distinzione tra le istanze processuali dal diritto sostanziale è concorde F. DASSANO, op. cit., p. 140.

3.3. *La recidiva ed il nuovo giudizio di bilanciamento delle circostanze*

In virtù della nuova formulazione dell'art. 99 il legislatore non esegue più un giudizio *ex ante* circa l'esistenza e la quantità del disvalore della recidiva, ma queste devono essere accertate in concreto dal giudice.

L'ordinamento non valuta più di per sé il tradimento di colui che commette un nuovo reato nei confronti dell'ammonizione contenuta nella precedente condanna comminatagli, ma collega sempre, mediante l'individuazione di determinati nessi modali e temporali, il precedente giudicato e l'esperienza giudiziaria che ne è derivata con la concreta fattispecie della nuova condotta criminosa²¹¹.

In questo nuovo contesto ben si comprende la *ratio* dell'art. 6 del d.l. n. 99 del 1974, il quale, modificando gli ultimi commi dell'art. 69²¹², permette alla recidiva di entrare a far parte delle circostanze aggravanti compatibili con le attenuanti ai fini del giudizio di bilanciamento. Finalmente anche le circostanze inerenti la persona del colpevole possono essere incluse nel giudizio di bilanciamento²¹³, scardinando così anche quella concezione della recidiva quale circostanza troppo grave per essere mitigata da qualsiasi altra attenuante. Già secondo i compilatori del codice Rocco il giudizio in questione si ispirava all'esigenza di un'individualizzazione massima della pena, operazione svolta in concreto dal giudice attraverso una completa conoscenza della personalità del reo e non solo della gravità del reato²¹⁴.

²¹¹ L. MAZZA, *Recidiva*, in *Enciclopedia del diritto*, op. cit. p. 109.

²¹² Art. 69, IV comma: "*Le disposizioni precedenti si applicano anche alle circostanze inerenti alla persona del colpevole ed a qualsiasi altra circostanza per la quale la legge stabilisca una pena di specie diversa o determini la misura della pena in modo indipendente da quella ordinaria del reato*". V comma: "*In tal caso, gli aumenti e le diminuzioni di pena si operano a norma dell'art. 63, valutata per ultima la recidiva*".

²¹³ Vedi art. 70, ult. comma c.p.: "*Le circostanze inerenti alla persona del colpevole riguardano la imputabilità e la recidiva*".

²¹⁴ A. ROCCO, *Relazione*, cit., p. 123. Le regole dettate per il concorso eterogeneo di circostanze «sono ispirate al concetto fondamentale della necessità che il giudice abbia una visione completa ed organica del colpevole e del reato da questo commesso, in modo che la pena da applicare in concreto sia, per quanto possibile, il risultato di un giudizio complessivo e sintetico sulla personalità del reo e sulla gravità del reato, anziché l'arido risultato di successive operazioni aritmetiche».

Tuttavia non si vedeva come fosse possibile raggiungere tale risultato escludendo tutte le circostanze che di fatto inerivano la personalità del reo, quali appunto l'imputabilità e la recidiva, prevista dall'art. 69, quarto comma²¹⁵.

Con la riforma del 1974 si confermano dunque gli orientamenti della dottrina tradizionale, eliminando l'aspetto contestato. Ma nel tener fuori la recidiva dal giudizio di bilanciamento però, il codice del 1930 aveva posto l'accento sulla differenza sostanziale esistente tra questo istituto e le altre circostanze comuni o speciali²¹⁶; la nuova normativa invece è stata contestata da parte della dottrina proprio perché non aveva addotto le motivazioni che avevano condotto il legislatore a ritenere superati gli scrupoli del codice del 1930, facendo rientrare l'operazione nell'ambito di ragioni di natura esclusivamente politica²¹⁷.

Alcuni hanno ravvisato nella nuova disciplina il pericolo di «illogici bilanciamenti»²¹⁸, ritenendo che la dichiarazione di equivalenza o di prevalenza, con la recidiva, di una circostanza dovrà essere limitata ai soli casi in cui effettivamente l'elemento attenuante giustifichi la non applicazione dell'aumento di pena derivante dal riconoscimento della qualità di recidivo²¹⁹.

Si tratta in generale di un'innovazione in linea con lo spirito della riforma, definita un «atto di fiducia nella magistratura italiana»²²⁰, in quanto si traduce in una voluta maggior libertà per i giudici ai quali vengono conferiti poteri immensi; ovviamente proprio tale caratteristica ha generato preoccupazioni circa il pericolo di indebolimento del valore deterrente della legge penale e della certezza del diritto.

Nell'esercizio del potere discrezionale in tema di recidiva il giudice compie un doppio passaggio logico: il primo volto all'accertamento del dato di disvalore, il secondo diretto a misurare il grado di specificità di questo disvalore. Nell'ambito di questo secondo passaggio vengono in considerazione due elementi: l'aumento di

²¹⁵ C. MULLIRI, *La recidiva nel giudizio di bilanciamento delle circostanze in senso tecnico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, p. 1321.

²¹⁶ A. ROCCO, *Relazione.*, op. cit., p. 124

²¹⁷ C. MULLIRI, op. cit., p. 1326.

²¹⁸ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, op. cit. p. 425

²¹⁹ E. M. AMBROSETTI, *Recidiva e recidivismo*, op. cit. p. 141.

²²⁰ V. MELE, *Il regime delle circostanze e la nuova disciplina della recidiva nel D.L. 11 aprile 1974*, in *Giustizia penale*, II, 1975, c. 504.

pena in concreto per effetto della circostanza aggravante, e la valutazione del «peso» della circostanza stessa in presenza di altre circostanze di segno opposto. Dunque il nuovo giudizio di bilanciamento opera su un fattore che a sua volta è costituito già da un doppio passaggio discrezionale. Quel che desta preoccupazione è dunque che il giudice una volta superato positivamente il primo accertamento, sia più propenso a far prevalere la recidiva seppur in presenza di elementi di segno opposto; nonché, d'altro canto, che il giudice tenda a risolvere in senso negativo già il primo passaggio per evitare di dover far cadere la circostanza nel secondo. Dunque benché la nuova disciplina dell'art. 69 c.p. si armonizza con la ricostruzione in chiave soggettiva della recidiva, resta vivo il pericolo che sommando passaggi logici di tipo diverso ma sempre di natura discrezionale si renda evanescente l'effettivo controllo del dato di disvalore con conseguente riduzione della garanzia, per il destinatario della norma, di una sostanziale parità di trattamento²²¹.

Parte della dottrina sostiene invece che esistano delle barriere che si contrappongono alla pretesa illimitata discrezionalità, il cui corretto esercizio può essere controllato dalla Cassazione mediante l'analisi della rispondenza formale della motivazione giudiziale.

Il potere discrezionale può allora essere guidato e ispirato dalle stesse norme di diritto positivo che prevedono i singoli istituti: la valutazione del magistrato costituisce il proseguimento di quella attuata in astratto dalla legge per essere adattata alla singola fattispecie²²². Secondo Mazza «Ciò consente di affermare che nel nostro sistema è demandato alla Cassazione anche il controllo sulla logicità della motivazione che sorregge l'esercizio in concreto del potere discrezionale (art. 132 c.p.; art. 524 c.p.p.) per stabilirne la conformità o meno con lo spirito dell'ordinamento e con l'intrinseco significato di ciascuna situazione concreta»²²³.

In questo senso l'Autore sostiene che non vi sia alcun doppio passaggio logico nell'applicazione della recidiva, ma un'unica valutazione di carattere discrezionale. Alla base della recidiva non vi sono tante valutazioni quante sono le regole *ad hoc*, bensì un unico apprezzamento che risponde alla *ratio* della previsione normativa

²²¹ F. DASSANO, op. cit., pp. 136-137.

²²² A.R. LATAGLIATA, *Indipendenza della valutazione discrezionale ai fini della sospensione condizionale della pena e della recidiva*, in *Massimario penale*, 1977, p. 307.

²²³ L. MAZZA, op. cit., p. 110.

specifica: la legge considera in maniera unitaria tutti gli elementi che costituiscono la recidiva e attribuisce al giudice il potere di trovare la decisione conforme all'ordinamento per la valutazione della singola situazione. Riportando la fattispecie concreta ad un principio generale, la valutazione discrezionale del giudice acquista un fondamento di obiettiva validità²²⁴.

3.4. Un trattamento sanzionatorio più mite. Il limite assoluto degli aumenti di pena

La riforma del 1974 inaugura inoltre un trattamento sanzionatorio più mite: vengono sensibilmente ridotti gli aumenti di pena fissati per la recidiva aggravata nelle sue diverse forme dalla metà ad un terzo; lo stesso per i casi più gravi di recidiva reiterata, nei quali il minimo dell'aumento di pena scende dalla metà ad un terzo.

Sono stati eliminati i limiti minimi rigidi nell'inasprimento di pena previsti per le ipotesi di concorso di più circostanze (di cui ai nn. 1, 2, 3, dell'art. 99, secondo comma) rientranti della recidiva aggravata e negli altri casi di recidiva reiterata, ad eccezione della fattispecie prevista dal n. 3 del secondo comma dell'art. 99.

Sempre in questa prospettiva di ammorbidimento della severità sanzionatoria, è stato reintrodotta un limite generale agli aumenti di pena, la quale non può mai superare il cumulo delle pene risultante dalle condanne precedenti alla commissione del nuovo reato. Come ricordiamo questa non è affatto una novità, perché tale limite era già presente nel previgente codice Zanardelli²²⁵ al fine di mitigare la misura dell'aggravio di pena. È stato così introdotto il quinto comma dell'art. 99 per cui *“in nessun caso l'aumento di pena per effetto della recidiva può superare il cumulo delle pene risultante dalle condanne precedenti alla commissione del nuovo reato”*.

È proprio quest'ultima norma ad assumere il maggior significato ai fini di una valutazione delle scelte compiute dalla riforma del 1974.

²²⁴ L. MAZZA, op. cit., p. 111.

²²⁵ Ricordiamo l'art. 80, ult. comma: *“In nessun caso l'aumento stabilito nelle disposizioni precedenti può applicarsi in misura superiore alla più grave delle pene anteriormente inflitte; e ove si tratti di pene pecuniarie, per determinare tale misura si fa ragguglio secondo le norme stabilite nell'art. 19”*.

Parte della dottrina sostiene che l'introduzione di tale limite confermerebbe una visione dell'istituto in una prospettiva di tipo essenzialmente retributivo. La disposizione dimostrerebbe infatti che l'ordinamento, nel disciplinare la recidiva, non prenda in alcun modo in considerazione il futuro ai fini di un giudizio prognostico di pericolosità, ma «considera contenutisticamente il passato, consacrato nella sentenza di condanna definitiva, cioè a dire la natura e l'entità delle violazioni in essa documentate ed il tipo di rapporto e di valore che intercede fra i fatti coperti dal giudicato e la nuova manifestazione criminosa»²²⁶.

Altra parte ha invece asserito che il legislatore con tale disposizione avrebbe sancito il principio per cui, nell'ambito del trattamento sanzionatorio riservato a chi ricade nel reato, il fine della rieducazione del reo non può mai condurre ad aumenti di pena contrastanti con il fondamentale principio di colpevolezza²²⁷. Si tratta di quell'indirizzo dottrinario che vede, ai fini della commisurazione della pena, la colpevolezza per il singolo fatto come limite massimo rispetto ad una pena finalizzata alla rieducazione, in sintonia con il canone dell'art. 27 terzo comma che sancisce proprio tale principio.

Così anche in merito al ruolo rivestito dall'ultimo comma dell'art. 99 vi è chi ha sostenuto che tale prescrizione vada letta semplicemente in una prospettiva di mitigazione del trattamento sanzionatorio del recidivo, così come era previsto nell'analogia disposizione del codice Zanardelli²²⁸. Altri invece hanno asserito che si tratta di un ruolo del tutto diverso rispetto alla riferita statuizione del primo codice unitario: il nuovo quadro da cui si muovono le scelte del legislatore è quello costituzionale, rinvenendo la ragion d'essere della nuova disposizione nel principio di retribuzione, che superata una certa soglia perde di ogni senso e «scade a mera vendetta»²²⁹.

Le modalità di disciplina risultano estremamente lineari: il limite introdotto all'ultimo comma dell'articolo vale per tutti i limiti edittali stabiliti a carico delle varie ipotesi di recidiva; questi potranno quindi operare integralmente solo se

²²⁶ L. MAZZA, voce *Recidiva*, op. cit., p. 107.

²²⁷ (per un completo esame di tale posizione dottrinale si veda più avanti).

²²⁸ E. M. AMBROSETTI, *Recidiva e recidivismo*, op. cit. p. 138.

²²⁹ L. MAZZA, voce *Recidiva*, op. cit., p. 106.

risultano inferiori, o pari, al cumulo delle pene irrogate con le condanne precedenti o all'entità di una eventuale unica condanna antecedente. Ancora una volta si tratta di meccanismi che fanno affiorare determinazioni inerenti la qualificazione dell'istituto in esame e la sua natura giuridica. Nota Dassano come il riferimento alla "*commissione del nuovo reato*" sia presente anche nel primo comma dell'art. 99, quando vengono definiti gli elementi caratterizzanti la recidiva. Tuttavia mentre qui il richiamo ha il semplice scopo di qualificare il presupposto per la configurazione della recidiva, nell'ultimo comma invece il termine afferisce non alla struttura dell'istituto, ma al piano delle conseguenze sanzionatorie. Dunque poiché l'applicazione delle pena deve riferirsi alla fattispecie concreta, anche all'effetto del cumulo di pene risultante dalle condanne precedenti opera lo stesso criterio²³⁰. In questo senso ciò che conta per il legislatore non è tanto la gravità delle condanne antecedenti o del nuovo reato, quanto la loro rilevanza sulla determinazione dell'aumento di pena per la nuova azione criminosa, in base al «reciproco rapporto di gravità»²³¹: così una volta stabilita la pena-base da applicare per il nuovo illecito, il giudice discrezionalmente determina l'aggravio di pena tutte le volte in cui i limiti edittali di recidiva raggiungibili per effetto della misura concreta della pena-base risultino, in rapporto con le vecchie condanne, di entità pari o inferiore a queste ultime.

La *ratio* della limitazione non deve essere ricondotta unicamente ad una funzione di garanzia e *favor rei*, in quanto ciò che rileva è che il giudizio di recidiva risulta del tutto svincolato in concreto dalla capacità a delinquere, basata sul mero riscontro della gravità e della natura del nuovo reato commesso.

Fondamento del limite «assoluto» di recidiva è il disvalore attribuito alle precedenti condanne, intenso non solo quale entità storica o dato naturalistico, ma come elemento strutturale della disciplina della recidiva. Ancora una volta il legislatore non volge lo sguardo al futuro bensì al passato, al tipo di «rapporto» tra i fatti già coperti dal giudicato e fatto nuovo da giudicare²³².

²³⁰ F. DASSANO, *Recidiva e potere discrezionale del giudice*, Torino, 1981, p. 98.

²³¹ F. DASSANO, *Recidiva e potere discrezionale del giudice*, op. cit., p. 103.

²³² L. MAZZA, voce *Recidiva*, op. cit., p. 107.

Una valutazione globale del sistema degli aumenti di pena previsti per la recidiva mette in luce come il «gradualismo nella significatività della recidiva» si attua mediante meccanismi di proporzionalità, basati sull'entità e il peso contenutistico delle precedenti condanne, a poco rilevando l'effettiva pericolosità del soggetto²³³.

3.5. La recidiva “di ritorno”: la riforma di cui alla l. 251 del 2005.

Come si è avuto modo di rilevare nei precedenti paragrafi di questo capitolo, alla base della riforma attuata con la l. 251 del 2005, recante “*Modifiche al codice penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di attenuanti generiche, di recidiva, di giudizio di comparazione delle circostanze di reato per i recidivi, di usura e di prescrizione*” – la c.d. legge “ex-Cirielli” – , è possibile individuare una volontà legislativa volta a rivitalizzare un istituto che pareva destinato a ricoprire una sempre minore rilevanza pratica. Abbiamo visto come sul legislatore del 2005 abbia avuto una forte influenza la politica criminale statunitense, che ha condotto all'approvazione, in un numero sempre maggiore di Stati e a livello federale, delle leggi c.d. “*three strikes and you're out*”, finalizzate ad una vera e propria neutralizzazione del condannato recidivo, considerato come un nemico pubblico da relegare ai margini della società.

Sin da subito i primi commentatori della legge ex-Cirielli hanno messo in luce la chiara ispirazione autoritativa della novella, volta al potenziamento dell'istituto della recidiva, ricollegandovi molteplici effetti negativi che si riverberano tanto sul piano processuale quanto esecutivo: non solo, infatti, vengono introdotti consistenti e automatici aumenti del *quantum* delle pene irrogabili e viene previsto un inasprimento delle regole (quali quelle in tema di circostanze attenuanti generiche, di bilanciamento delle circostanze eterogenee e di disciplina del reato continuato) che concorrono alla stessa determinazione giudiziale della pena; ma viene istituita per il recidivo tutta una serie di restrizioni e di ostacoli in tema di permessi premio, di detenzione domiciliare, di semilibertà, di affidamento in prova al servizio sociale e di sospensione dell'esecuzione della pena. Senza mancare di menzionare i più

²³³ F. DASSANO, *Recidiva e potere discrezionale del giudice*, op. cit., p. 106.

sfavorevoli riflessi che sono stati stabiliti anche nell'ambito della nuova disciplina sull'interruzione della prescrizione, introducendo un maggior prolungamento dei termini massimi di estinzione dei reati nei confronti di alcuni casi specifici di recidiva.

Tutti ciò ha fatto (giustamente) pensare ad una riforma in realtà volta ad introdurre una sorta di "doppio binario" costruito più sul tipo di autore piuttosto che sul fatto di reato²³⁴.

Le perplessità "di principio" si sono poi moltiplicate, sino a trasformarsi in angosciose certezze, quando si è passati a scandagliare nel dettaglio la portata pratica delle innovazioni. Lo scenario definitivo è quello di un istituto ridotto a sembianze del tutto "irricognoscibili", perché indecifrabile è la logica che lo ispira. L'intervento del 2005 ha messo in piedi un pasticciato groviglio normativo che comprende frammenti della vecchia rigida recidiva obbligatoria e frammenti della smidollata recidiva del 1974, i quali disperatamente cercano la loro collocazione in un mosaico a cui sembrano non appartenere. Tutti gli antichi quesiti su fondamento e natura giuridica si risolvono e vanno ad intrecciarsi con spicchiole questioni interpretative fomentate da un testo normativo tecnicamente impresentabile²³⁵.

Tutte le figure della recidiva sono ancora riproposte: semplice, monoaggravata (specifica, infraquinquennale, a pena espiata), pluriaggravata, reiterata. Ad esse si aggancia in prima battuta un reticolo di effetti sanzionatori non agevolmente decifrabili, spesso sovrapposti o intrecciati, tutti sensibilmente incrementati rispetto al testo del 1974, sino a toccare vette neppure raggiunte dal testo originario del codice Rocco (due terzi di aumento della pena base per la recidiva reiterata monoaggravata!).

La principale novità sembra consistere nella misura fissa degli aumenti, prevista per tutti i casi salvo quello della recidiva monoaggravata, in cui la pena «può essere aumentata fino alla metà» (art. 99, comma 2, c.p.), con un'escursione che dovrebbe

²³⁴ G. FLORA, *Verso un diritto penale del tipo d'autore?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, pp. 559 e ss. Secondo D. BRUNELLI, *Frammenti storici e attuali della recidiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 5 «l'operazione appare subito velleitaria e pericolosa; velleitaria, perché ci si affidava ad uno strumento poco credibile, sfibrato dalle ingiurie del tempo e intrinsecamente "debole"; pericolosa, perché foriera di acuire disuguaglianze e discriminazioni, oltretutto in una condizione già drammatica del sistema carcerario».

²³⁵ Cfr., D. BRUNELLI, *Frammenti storici e attuali della recidiva*, cit., p. 5.

essere letta, però, nel senso di un aumento «da un terzo alla metà», visto che per la recidiva semplice l'aumento fisso è di un terzo della pena base (art. 99, comma 1, c.p.).

Il compromesso tra la recidiva obbligatoria del codice Rocco e quella interamente facoltativa del 1974 è attuato su un modello “senza qualità”, anche se non incostituzionale secondo la Corte²³⁶: l'*an* della recidiva è rimesso alla discrezionalità del giudice - almeno secondo l'opinione più diffusa attorno ad un testo comunque ambiguo²³⁷-, ma il *quantum* è tendenzialmente fisso²³⁸.

È tracciata poi una figura di recidiva certamente obbligatoria anche nell'*an* in relazione al circuito dei delitti ritenuti particolarmente “infamanti” (indicati nell'art. 407, comma 2, lett. a, c.p.p.), i cui contorni sono descritti in modo così equivoco dal comma 5 dell'art. 99, da ingenerare problemi liberamente solubili in base ai gusti personali dell'interprete.

Tra le altre questioni, per esempio, non si capisce, né se il delitto qualificato debba essere quello “espressivo”²³⁹, o quello “fondante” della recidiva, ovvero se debbano entrambi appartenere a tale novero²⁴⁰, né quali siano, comunque, le figure di recidiva che si trasformano in obbligatorie, se tutte quattro²⁴¹, se solo la reiterata²⁴², se la reiterata e la monoaggravata²⁴³.

I frammenti del passato non sono limitati, peraltro, al parziale recupero della recidiva obbligatoria, perché il legislatore del 2005 ha inteso incidere anche sull'altro

²³⁶ Corte cost., sent. n. 9/2008

²³⁷ Per la tesi secondo cui in base alla lettera della norma («l'aumento della pena è ...») la recidiva pluriaggravata (art. 99, comma 3) e quella reiterata (art. 99, comma 4) sarebbero anche obbligatorie nell'*an*, T. PADOVANI, *Commento dell'art. 4 l. 5 dicembre 2005, n. 251*, in *Leg. pen.*, 2006, 445.

²³⁸ D. BRUNELLI, *Frammenti storici e attuali della recidiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, definisce tale soluzione « indubbiamente “originale”, nella quale però il legislatore non si accorge che così un giudice recalcitrante difficilmente “riterrà” la recidiva, proprio perché potrebbe essere disincentivato dalla misura (fissa ed eccessiva) dell'aumento; la riforma, perciò, rischia di rimanere sulla carta, e, se, invece, il legislatore si fosse accorto dell'inconveniente, allora non si tratterebbe di miopia, ma di una censurabile astuzia, quella di chi sceglie la strada della “facciata” e della comunicazione ad effetto».

²³⁹ Cass., Sez. II, 6 luglio 2009, in *Ced Cass.*, 244668; Cass., Sez. I, 9 dicembre 2009, in *Ced Cass.*, 246254.

²⁴⁰ Questa interpretazione è “raccomandata” dalla Corte costituzionale (ord. n. 171 del 2009).

²⁴¹ Cass., Sez. I, 9 dicembre 2009, in *Ced Cass.*, 246254..

²⁴² Cass., Sez. II, 6 luglio 2009, in *Ced Cass.*, 244668.

²⁴³ G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 457

caposaldo dell'automatismo, rappresentato dalla partecipazione dell'aggravante della recidiva al

giudizio di bilanciamento *ex art. 69 c.p.* Anche sotto questo profilo il recupero è parziale e limitato, perché viene sottratta al giudizio la sola recidiva reiterata (art. 99, comma 4), seppur facoltativa nell'*an*, e solo nel senso che non ne può essere decretata la minusvalenza rispetto a concorrenti circostanze attenuanti («vi è divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti»).

Il disegno di mostrare un volto terribile e “collerico” al recidivo “incorreggibile” è poi completato dagli ulteriori effetti negativi che si rifrangono nel sistema, per la verità senza alcuna chiarezza di contenuti, conseguenti alla riconosciuta recidiva reiterata: la cervelotica limitazione della concedibilità delle attenuanti generiche per taluni dei reati “infamanti” (art. 62 *bis*, comma 2, c.p.) e l'altrettanto cervelotico limite minimo all'aumento di pena per il cumulo giuridico (art. 81, comma 4, c.p.) (32).

La scommessa sulla recidiva, e in particolare la presunzione di “incorreggibilità” del delinquente recidivo reiterato, irrompono così sui due strumenti simbolo della “mitezza” del sistema sanzionatorio, con l'idea di sottrarre dalle mani del giudice l'impiego di “benefici” dei quali questi “tipi di autore” sarebbero per definizione immeritevoli.

L'irrecuperabilità del recidivo reiterato colpevole dei reati “infamanti” compresi nel catalogo di cui all'art. 407, comma 2, lett. a), c.p.p. è poi talmente “assoluta” e insuperabile per il giudice, che egli sarebbe stato obbligato a rimanere insensibile, non solo di fronte ad una realizzazione dolosa non particolarmente intensa, ma anche di fronte ad una condotta susseguente al reato rivelatrice di un insperato, tardivo, estremo ripensamento del vissuto delinquenziale, eventualmente compiuta nel corso del processo celebrato a distanza di anni dall'ultimo fatto commesso. Qui la clava rabbiosamente usata dal legislatore del 2005 era talmente irragionevole che la Corte costituzionale l'ha dovuta stoppare²⁴⁴.

Né finisce così: la recidiva, soprattutto se reiterata, sparge ora effetti preclusivi nei campi più disparati del processo e dell'esecuzione della pena, quali, tra gli altri il c.d. patteggiamento allargato, la sospensione dell'esecuzione delle pene detentive brevi, i

²⁴⁴ Corte cost., sent. n. 183/2011

benefici penitenziari; effetti, anch'essi disciplinati con tecnica tale da lasciare aperta una miriade di questioni interpretative, per esempio, sul tipo di recidiva rilevante, sul momento della sua venuta ad esistenza, sulla necessità di una previa sua "dichiarazione" giudiziale.

Difficile, se non impossibile, in quest'ottica, tracciare un fondamento giuridico della recidiva che le consenta di restituire una qualsivoglia impalcatura dommatica certa ed empiricamente verificabile²⁴⁵. Del tutto comprensibile, allora l'implacabile conclusione cui perviene la migliore dottrina, alla quale si deve buona parte dell'*excursus* svolto: «La recidiva (reiterata) funge così da spartiacque tra un diritto penale (ancora) della speranza e del futuro per il reo e un diritto penale della prigione come luogo di neutralizzazione del delinquente, che preferisce retrocedere all'antico, definitivamente separando il bene dal male, per scaraventare il nemico della società in un girone infernale senza ritorno»²⁴⁶.

3.6. La recidiva, ovvero l'"autore-già-reo".

Il film della recidiva nella versione italiana offre, al termine di questo breve e succinto racconto, scene raccapriccianti circa la formazione della politica penale e circa le modalità tecniche impiegate per attuare le scelte, soprattutto se raffrontate con la cautela e la ponderazione con cui le prime immagini dell'età codicistica presentavano la questione, ponendosi l'angoscioso interrogativo circa l'opportunità di punire maggiormente il delinquente che fosse ricaduto nel reato.

²⁴⁵ Alla luce dell'analisi che abbiamo condotto, risulta indiscutibile l'irrazionalità del sistema, non essendo possibile uscire dall'alternativa secca che abbiamo prospettato all'inizio: o per rispettare il principio di proporzione in sede di commisurazione si mantiene ferma l'idea che la recidiva avente effetti diretti si ispira a una ratio di maggiore colpevolezza, ma allora, proprio perché la valutazione che si compie in ordine alla sua esistenza rileva anche ai fini della recidiva avente effetti indiretti, si deve concludere che la valutazione di maggiore colpevolezza opera anche rispetto a istituti che invece si ispirano a una valutazione di maggiore capacità a delinquere; oppure, per "salvare" la razionalità del sistema e mantenere un legame tra la valutazione che si compie per la recidiva avente effetti diretti e quella relativa alla recidiva avente effetti indiretti, si interpreta la recidiva con effetti diretti in chiave di maggiore capacità a delinquere, ma allora sarà quest'ultima interpretazione a valicare i limiti tracciati dal principio di proporzione e a porsi in contrasto con la Costituzione. Così, R. BARTOLI, *Lettura funzionale e costituzionale della recidiva e problemi di razionalità del sistema*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1695.

²⁴⁶ D. BRUNELLI, *Frammenti storici e attuali della recidiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2012

Allora si constatava che la materia poneva «la mente» di fronte alla «sorpresa d[i] una tale confusione di principii, [...] venuta dallo spavento ragionevole che produceva lo aumento incessante delle recidive per lo passato, [...] dalla quale difficile riesce lo strigarsi, senza la calma della riflessione e la costanza ed austerità di scientifica fede [...]»²⁴⁷, e si cercava, con quei mezzi, di tener distinte le competenze del «giure penale» dalla rabbia delle folle, dai sentimenti di vendetta, dalle reazioni istintive ai fenomeni criminosi.

Anzi, il più solido fondamento della recidiva veniva dai classici ravvisato nella razionalità del principio di eguaglianza, che imponeva di stabilire pari trattamento nella condizione dei delinquenti e, dunque di riparare con equilibrati strumenti giuridici all'errore "inevitabile" commesso dal giudice con l'infliggere al reo una pena insufficiente per il primo reato²⁴⁸; affermazione che suonerà paradossale ai giorni nostri, quando lo stesso principio di uguaglianza viene calpestato da una reazione legislativa iraconda e irrazionale, che porta a costruire per i recidivi recinti penali capaci di castighi ferrei e inflessibili, senza che si sia neppure minimamente individuato il fattore che giustifichi il cieco "inasprimento dei tormenti", né quali limiti giuridici la recidiva deve incontrare.

Le scene da "tipo d'autore" che confusamente si vanno disegnando, ispirate da una insensata "ribellione" legislativa contro i giudici, rischiano di rivolgersi contro i loro stessi autori, incapaci finanche di segnare con tracce chiare e definite i connotati della nuova politica penale; la discrezionalità decisionale dei giudici ne esce incongruamente implementata, in uno con il disorientamento dei destinatari dei rafforzati precetti, poiché le lacune dei testi normativi su cui essi si vanno centellinando sono così marchiane da consentire piena libertà d'azione alle più diverse "legittime" interpretazioni.

²⁴⁷ BRUSA, *Studi sulla recidiva*, cit., 14; aggiungeva ancora, contro la «fretta» delle iniziative legislative, che «i dubbi cui dà luogo il bisogno di assortire convenientemente le qualità di castighi, non hanno in sé ragion sufficiente perché il legislatore corra ad abbattere l'edificio esistente della recidiva, ovvero perché ei muova racconciarli, mentre ignora se possa rappezzarsi, dove siano ad applicarsi i rimedi e quale abbia ad essere l'indole di questi».

²⁴⁸ Per il riassunto delle critiche a simile impostazione, che mette in luce come la ripetizione del reato dopo la condanna può essere determinato dalle ragioni più varie, psicologiche, sociali, morali, e non già solo dall'insufficienza della pena precedentemente irrogata, si può vedere PUGLIA, *Della recidiva*, cit., 732 ss.

Nessuno stupore, dunque, che le applicazioni giurisprudenziali più diffuse del nuovo sistema della recidiva realizzino una sorta di “resistenza” alle (supposte e sbandierate) scelte legislative di marca securitaria, come se il diavolo nell’ansia di fornire le pentole

si fosse dimenticato di imporre i coperchi. Del resto, come già segnalato in dottrina²⁴⁹, neppure è sicuro che la riforma del 2005 sia espressione consapevole e razionale di una linea politico-criminale - per quanto sbagliata, perché inevitabilmente destinata a produrre solo iniquità e disfunzioni – che vede nella pena carceraria una forma di controllo sociale e nel recidivo un “nemico” da abbattere sistematicamente e senza riserve, e non costituisca piuttosto un episodico stornir di fronde, squallidamente dettato soltanto da istintiva propensione alla spettacolarizzazione della politica, per fini di basso consenso elettorale.

Di sicuro, però, rimane che la recidiva si conferma argomento niente affatto “sterile”, ma terreno vivo e praticato, che funge da cartina di tornasole oggi rivelatrice dello stato drammatico in cui versa il sistema della giustizia penale e da metro sensibile di una politica penale, innanzitutto carente di serietà. I frammenti che abbiamo disordinatamente repertato, traendoli da un coacervo variegato ed inestricabile, sembrano offrircene la riprova.

4. *Un ultimo incursus: la disciplina della prescrizione tra diritto penale dell’amico e diritto penale del nemico.*

Si è già avuto modo di evidenziare come le lesioni inferte ai principi del diritto penale del fatto, e del danno concreto, abbiano attraversato ampie fette della normativa italiana in materia penale più recente. Lesioni che, in particolare, hanno finito con l’incidere anche, e soprattutto, su alcuni istituti di parte generale.

Dalla parte generale, in cui si stagliano, in primo piano, le modifiche normative apportate alla disciplina della recidiva²⁵⁰, della prescrizione²⁵¹ e della legittima difesa

²⁴⁹ V.B. MUSCATIELLO, *La recidiva*, cit., 154 ss

²⁵⁰ Rileva, non a caso, T. PADOVANI, *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, in *Guida dir.*, 1, 2006, 32-33, come il recidivo rappresenti «un tipo normativo d’autore (...) da isolare e da abbattere». Per ampie considerazioni critiche, Cfr. altresì M. PAVARINI,

domiciliare²⁵², sino ad arrivare alla parte speciale che rappresenta, indubbiamente, il terreno privilegiato per registrare le più tumultuose derive verso un diritto penale del tipo d'autore. Non sembrerebbero potersi spiegare i draconiani livelli di pena previsti per la neo-introdotta fattispecie di omicidio stradale²⁵³ se non avendo riguardo alla (maggiore) pericolosità insita nel "pirata della strada"; la moltiplicazione delle fattispecie associative non può essere giustificata se non avendo riguardo alla più insidiosa caratterizzazione criminale che il "mafioso" e il "terrorista"²⁵⁴ acquisiscono per il loro operare all'interno di una organizzazione.

Ambiti interpretativi, tra loro, del tutto eterogenei che presentano almeno due costanti. Anzitutto, quella rispondere al "problema della criminalità" (e, più in generale, alle multifattoriali forme di "rischio" per la collettività²⁵⁵) attraverso una spiccata valorizzazione della *pericolosità soggettiva* degli *individui-criminali* che, in concreto, vengono in rilievo²⁵⁶. Poi, il fatto che la "reazione" ai fenomeni in questione avviene, nella maggior parte dei casi, attraverso dei prodotti normativi frutto di una imprecisa formulazione linguistica²⁵⁷ capace di trasformare simili

La neutralizzazione degli uomini inaffidabili. La nuova disciplina della recidiva e altro ancora sulla guerra alle Unpersonen, in *Studi quest. crimin.*, 2006, 7 ss.

²⁵¹ D. PULITANÒ, *Lo sfaldamento del sistema penale e l'ottica amico-nemico*, in *Quest. Giust.*, 2006, 745 ss.

²⁵² Sul punto, si vedano le considerazioni di V. MILITELLO, *La proporzione nella nuova legittima difesa: morte o trasfigurazione?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 831; A. GAMBERINI, *Percorsi autoritari ed esiti simbolici nella riforma della legittima difesa*, in *La legislazione penale compulsiva*, a cura di G. Insolera, Cedam, 2006, 67 ss.

²⁵³ A. MASSARO, *Omicidio stradale e lesioni personali stradali gravi o gravissime: da un diritto penale "frammentario" a un diritto penale "frammentato"*, in *Dir. pen. cont.*, 20 maggio 2016.

²⁵⁴ G. FLORA, *Verso un diritto penale del tipo d'autore?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 562. Con riferimento al passaggio dal fatto all'autore nei "reati a finalità di terrorismo", sia consentito il rinvio a L. BRIZI, *L'illecito penale costruito ex latere subjecti: la "finalità di terrorismo" alla prova del diritto penale del fatto*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, 1/2017, 23 ss.

²⁵⁵ Sul ruolo giocato dalle esigenze di "difesa della società" relativamente all'allocazione delle scelte punitive – tanto in chiave di politica-legislativa, quanto quale canone capace di "guidare" le scelte dell'interprete – F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Il Mulino, 1990, 47 ss., nonché C.E. PALIERO, *La maschera e il volto. Percezione sociale del crimine ed "effetti penali" dei media*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 467 ss.

²⁵⁶ Tendenza efficacemente descritta da F. GIUNTA, *Verso una nuova pericolosità sociale (perennemente in cerca d'autore)*, in *Pericolosità e giustizia penale*, a cura di M. Pavarini, E. Dolcini, Bononia University Press, 2013, 79 ss.

²⁵⁷ Per tutti, S. MOCCIA, *La promessa non mantenuta. Ruolo e prospettive del principio di tassatività/determinatezza nel sistema penale italiano*, Esi, 2001, 21 ss.

fattispecie in ordigni linguistici indecifrabili e, per questo, ingovernabili nella loro assoluta discrezionalità.

Entra a far parte di questa fitta trama rivoluzionaria anche la disciplina in materia di prescrizione, rispetto alla quale è possibile effettuare solo un qualche rapido cenno.

Seguendo la lucida e brillante analisi svolta dal Pulitanò, occorre evidenziare come la riforma della prescrizione presenti tutte le luci e tutte le ombre della logica di un intervento normativo dai contorni inesatti, dalle maglie “schizofreniche”, in cui la logica dell’amico si fonde, sino a scomparire, in uno con una logica esclusivamente nemicale portata avanti dal legislatore di riforma.

La riscrittura della disciplina della prescrizione ha fomentato ragguardevoli perplessità già con riguardo alla scelta di riferire il tempo necessario a prescrivere al massimo della pena edittale previsto per ciascun reato: per questa via, la prescrizione è diventata un istituto ‘mobile’, esposto ai repentini mutamenti legislativi, così da esporsi ad una precarietà temporale che incide sulla certezza di un istituto che, riguardando lo ius puniendi, richiederebbe, invece, una sufficiente stabilità. Che si tratti di un rischio di instabilità tutt’altro che virtuale è comprovato dal fatto che, ogni qual volta si è in presenza di una vera o presunta emergenza criminale, il legislatore provvede quasi sempre ad innalzare le cornici edittali, allo scopo di ostentare la muscolarità dell’intervento repressivo (che tende, peraltro, il più delle volte, ad autoalimentarsi dei propri insuccessi)²⁵⁸.

²⁵⁸ Cfr., C. PIERGALLINI, *Il fondamento della prescrizione nel diritto penale (ancora una volta) all’esame della Consulta*, in *Giur. Cost.*, 2014, p. 2371, il quale rileva come «Nel ritagliare queste deroghe, il legislatore è incappato in un vistosissimo errore, evocativo di un approccio quasi dilettantistico nella redazione della norma. Il raddoppio generalizzato, per tali reati, del tempo necessario a prescrivere ha fatto segnare un irragionevole scavalco del termine di prescrizione riservato ad alcune omologhe figure di reato doloso. Così, il disastro ferroviario colposo, punito con una pena massima di dieci anni, si prescrive in venti anni, mentre per l’omologa figura dolosa (più grave), per la quale è comminata la pena massima di quindici anni di reclusione, il tempo necessario a prescrivere coincide con detto limite massimo edittale, eventualmente dilatabile a diciotto anni in presenza di un atto interruttivo. Stessa dissimmetria per il reato di incendio. Punito con la reclusione da tre a sette anni (art. 423 comma 1), l’incendio doloso si prescrive nel termine di sette anni. La fattispecie colposa è punita con la pena della reclusione da uno a cinque anni (art. 449 comma 1): dunque, sarebbe stata destinata a prescriversi in sei anni (ex art. 157 comma 1), ma, per effetto della citata deroga, si prescrive, invece, in dodici anni. Fin troppo agevole rilevare l’irragionevolezza dell’esito: prima della riforma del 2005, il termine di prescrizione, imperniato sul sistema per fasce di reati, era identico (dieci anni) per la fattispecie di incendio doloso e colposo.»

La logica dell'amico, così, si evidenzia nel drastico abbassamento del tempo di prescrizione per moltissimi delitti di notevole gravità, come ad esempio per i delitti di corruzione, di bancarotta, di falsità documentali, e nel possibile abbassamento conseguente all'esclusione delle circostanze aggravanti, eccezion fatta per quelle ad effetto speciale.

Effetti di maggior rigore, sia pur solo teorico, si ritrovano viceversa nel lieve aumento dei tempi di prescrizione per le contravvenzioni e in aumenti spropositatamente lunghi per alcuni, in realtà estremamente pochi, delitti: quelli in materia di criminalità organizzata, ad esempio, è anche escluso un tetto massimo del prolungamento a seguito di atti interruttivi.

I profili dell'amico e del nemico convergono nella disciplina della prescrizione, caratterizzata da forti differenziazioni del termine massimo per categorie soggettive: così, viene previsto un prolungamento fino a un quarto per gli incensurati ed equiparati; misure molto maggiori per le diverse tipologie di recidiva qualificata.

È stato efficacemente evidenziato, così, come la riforma abbia introdotto una disciplina della «prescrizione selettiva»²⁵⁹: è la situazione soggettiva a costituire metro ed ago della bilancia del calcolo dei termini di prescrizione. Così, ad esempio, nell'ambito della disciplina del concorso di persone del reato, ispirato ad una logica di carattere eminentemente unitario e non differenziato, ben potrebbe accadere che il reato abbia ad estinguersi per alcuni correi, non per altri.

Non è questa, certamente, la sede per valutare le lesioni che, un simile effetto, potrebbe provocare con riferimento al principio di uguaglianza. Ciò che, viceversa, vale la pena evidenziare è come la legge *ex-Cirielli*, rappresenti – anche valutata alla luce delle considerazioni precedentemente svolte in materia di recidiva – quell'intervento riformatore che, sia pur toccando istituti per così dire periferici, sia di grande rilievo ed impatto anzitutto nei confronti della giustizia penale quotidiana.

La legge in parola, invero, finisce con l'essere, nello stesso momento, tanto *ad personam* che *contra personam*: da un lato il rigore teoricamente elevatissimo nei confronti dei recidivi e, dall'altro, un predominante lassismo nella disciplina della prescrizione.

²⁵⁹ D. PULITANÒ, *Lo sfaldamento del sistema penale e l'ottica amico-nemico*, in *Quest. giust.*, 2006, p. 749.

Con il che non può non registrare un sistematico e pericolo, anche in quest'ambito, slittamento verso gli incerti lidi del diritto penale d'autore, il quale differenzia categoria soggettive oltre a quanto sia logicamente, e giuridicamente, accettabile, in un diritto penale del fatto.

CAPITOLO II
“OGGETTIVISMO” E “SOGGETTIVISMO”
NEL DIRITTO PENALE ITALIANO

«La vera misura dei delitti è il danno alla nazione, e però errarono coloro che credettero vera misura dei delitti è l'intenzione di chi li commette»

(C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di Venturi, 1965, p. 22)

«Il diritto di proibire certe azioni, e dichiararle delitto, si attribuisce all'autorità sociale come mezzo di mera difesa dell'ordine esterno: non per il fine del perfezionamento interno;... i pensieri, i vizi, e i peccati, quando non turbano l'ordine esterno, non possono dichiararsi delitti civili»

(F. CARRARA, *Programma del corso di diritto penale*, 4^a ed., 1871, p. 32 s)

SEZIONE I

IL “CONTESTO” ITALIANO DEL DIRITTO PENALE DEL FATTO.

SOMMARIO: 1. Oggettivismo e soggettivismo nell’ambito del diritto penale: cenni - 2. Il “contesto”. Oggettivismo e soggettivismo nell’esperienza italiana. - 3. Il principio di necessaria offensività del reato. - 3.1. Il fondamento codicistico del principio di offensività. - 3.2. Il fondamento costituzionale del principio di offensività. - 3.3. La “duplice dimensione” del principio di offensività. - 4. Una conferma alla concezione realistica del reato: l’esclusione della punibilità per “particolare tenuità del fatto” ex art. 131-bis c.p.

1. *Oggettivismo e soggettivismo nell’ambito del diritto penale: cenni.*

In un celebre saggio degli anni '50, Marcello Gallo ebbe a scrivere che la «persona umana è al centro del diritto penale»²⁶⁰. Scolpita nella formula secondo cui “l’illecito penale è un illecito personale”²⁶¹ e ribadita da quanti, a lungo, hanno motivato proprio partendo da un simile assunto l’impossibilità di ritenere le persone giuridiche penalmente (e direttamente) responsabili²⁶², la categoria del soggetto attivo del reato – come ricorda il Maestro - «accompagna dall’inizio alla fine lo svolgersi del rapporto penale» ponendosi, con esso, in un «rapporto di interdipendenza funzionale che ne condiziona reciprocamente le caratteristiche strutturali»²⁶³.

²⁶⁰ M. GALLO, *La persona umana nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1956, 422.

²⁶¹ M. RONCO, *L'imputazione del torto penale*, in *Scritti in memoria di G. Marini*, a cura di S. Vinciguerra e F. Dassano, Napoli, 2010, 829. *Amplius*, A. FIORELLA, voce *Responsabilità penale*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIX, 1988, 1291-1292.

²⁶² Sull'impronta “antropomorfa” del sistema penale così come delineato dal codice Rocco nonché per l’analisi dei “tradizionali” indici testuali dai quali veniva fatto discendere il principio dell’irresponsabilità delle persone giuridiche, Cfr., C.F. GROSSO, voce *Responsabilità penale*, in *Noviss. Dig. It.*, 1968, vol. XV, 710 ss.; F. BRICOLA, *Il costo del principio societas delinquere non potest nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1970, p. 955; M. ROMANO, *Societas delinquere non potest (Nel ricordo di Franco Bricola)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 1031 ss.

²⁶³ M. GALLO, *La persona umana*, cit., 423.

Si tratta di affermazioni particolarmente evocative che, nonostante si prestino ad interpretazioni antitetiche, rappresentano un punto di osservazione privilegiato per descrivere la trasformazione che da un diritto penale del fatto ha condotto, già a partire dagli anni '30, verso un diritto penale del tipo d'autore.

In effetti, i "modi" attraverso cui tale formula può essere recepita all'interno di un sistema penale sono molteplici e irriducibili ad un modello unitario.

In un teorema del diritto penale improntato sul fatto e sul danno concreto²⁶⁴, infatti, la "persona umana" costituisce il veicolo per consentire al sistema penale di "attrarre" quelle condotte che, contrarie ai precetti legali, abbiano cagionato una lesione all'interesse giuridico sotteso alla fattispecie incriminatrice.

Si tratta di una impronta oggettivistica, per così dire, avalutativa e neutrale, immune da contaminazioni antropologiche di carattere etico nella individuazione dei fatti concretamente punibili. In un simile "modello", come egregiamente rilevato, «non è il reato ad essere identificato attraverso il reo, ma il contrario. È il reo ad essere definito e individuato attraverso la "fattispecie" di reato; si identifica attraverso *tipi di azione* e non *tipi di autore*, puntando l'attenzione su *comportamenti* dannosi e non su *soggetti pericolosi*»²⁶⁵.

È, in estrema sintesi, il modello di diritto penale oggettivo puro. Scopo di un simile modello di diritto penale è quello di apprestare un'adeguata tutela a determinati beni giuridici: fulcro di questo sistema è costituito, come ampiamente noto, dalla lesione effettiva del bene protetto dalla norma penale incriminatrice; dal disvalore dell'evento che viene posto a carico dell'agente senza alcun riferimento ai fatti fattori di ordine soggettivo²⁶⁶. Un sistema, quello definito come oggettivo puro, in grado di "condizionare" e "illuminare" l'intera struttura del reato.

Seguendo gli schemi rigidi di un simile sistema, invero, l'attribuzione dell'evento finale si avrà, a carico dell'agente, sulla sola scorta del nesso di causalità materiale tra la condotta tenuta e l'evento prodotto; si conteranno, altresì, numerosi e frequenti

²⁶⁴ Per tutti, G. GRASSO, *L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1986, 689 ss.

²⁶⁵ E. RESTA, *La secolarizzazione della colpa. Note sugli autori del reato*, in *Storia d'Italia. Annali XII – La criminalità*, Torino, 1997, 124.

²⁶⁶ In questi termini, per tutti, P. NUVOLONE, *I fini e i mezzi della scienza del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1948, p. 38 e ss., ora in ID., *Trent'anni di diritto e procedura penale*, vol. I, Padova, Cedam, 1969, p. 152.

casi di responsabilità oggettiva, se non, addirittura, ipotesi di responsabilità per fatto altrui²⁶⁷.

Ma non solo. Un diritto penale oggettivo puro, invero, tenderà anche a conferire al nesso causale la sua massima espansione, finendo con l'identificare la causa dell'evento con la mera *conditio sine qua non*, mentre, segnatamente, non conoscerà alcuna effettiva distinzione tra dolo, colpa e responsabilità oggettiva²⁶⁸.

Di poi, la gravità del reato verrà ad incentrarsi solo ed esclusivamente sulla lesione oggettiva e a tale criterio troveranno ispirazione tutte le circostanze aggravanti ed attenuanti del reato. Non potrà, da ultimo, esservi spazio per l'istituto del delitto tentato, né avrà senso parlare degli istituti dell'*aberratio ictus e delicti*. La stessa disciplina del concorso di persone del reato finirà con il trasformare la propria pene: avranno solo ed esclusivamente cittadinanza le ipotesi di concorso materiale imperniate sull'accertamento di un contributo causale e oggettivo del complice alla realizzazione del fatto criminoso.

La locuzione di "persona umana", sul versante opposto, può essere intesa, come noto, anche in una diversa accezione. Non più come riferibilità di un fatto al soggetto che ne risulta essere l'autore ma quale centro di esclusiva analisi per la costruzione della fattispecie penale.

In quest'ottica, simile formula può essere utilizzata per designare le ipotesi in cui l'illecito penale viene costruito, appunto, *ex latere subiecti*, avendo, altrimenti detto, riguardo non già al fatto di reato posto in essere e al disvalore obiettivo da esso prodotto, quanto, piuttosto, ai profili, per così dire, "caratteriali" del soggetto che ne risulta essere l'autore²⁶⁹.

²⁶⁷ Rileva, poi, N. MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale. L'illecito commissivo doloso e colposo*, Milano, Giuffrè, 1983, p.2, come «L'imputazione avviene, infatti, sulla base del puro e semplice nesso causale tra la condotta dell'agente e l'evento lesivo, salvo i casi eccezionali in cui addirittura si prescinde dall'accertamento dello stesso rapporto di causalità materiale».

²⁶⁸ Cfr., NUVOLONE, *I fini e i mezzi della scienza del diritto penale*, cit., p. 152, il quale osserva come «al centro del sistema staranno l'azione e l'evento, cioè le estrinsecazioni materiali, oggettive della condotta». Sul ruolo della condotta in un sistema penale legato al fatto, V., altresì, M. SPASARI, voce *Condotta*, in *Enc. dir.*, vol. VIII, Milano, Giuffrè, 1961, p. 838

²⁶⁹ Per un'ampia ed articolata analisi sui "modi" attraverso i quali la teoria del "tipo di autore" si è imposta nella letteratura giuridica, si rinvia al quadro tratteggiato da G. BETTIOL, *Azione e colpevolezza e nelle teorie dei "tipi" di autore*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1942, 5.

Nell'ambito del "soggettivismo" è possibile scorgere almeno due modelli di costruzione dell'illecito²⁷⁰. Può essere fornita una valorizzazione esclusiva all'elemento psicologico del reato, senza che esso riesca a trovare adeguata "copertura" nell'ambito dell'elemento oggettivo; oppure può farsi riferimento al modo di essere del soggetto agente, al suo modo di essere percepito all'interno della collettività²⁷¹.

Così, in un diritto penale soggettivo puro, è la colpevolezza dell'autore ad assumere un ruolo preminente rispetto al momento della lesione all'interesse tutelato: il fatto appare «quale mero sintomo dell'atteggiamento colpevole dell'agente e non come fatto realmente offensivo»²⁷²; di talché prevarrà un approccio metodologico del bene giuridico, in forza del quale l'interesse protetto non rileva come oggetto di una lesione effettiva ma, prima ancora, quale obiettivo di tutela: viene meno così ogni ragione di lasciare impunito il delitto tentato e si perviene, poi al risultato di ammettere la punizione dello stesso reato impossibile.

Lo stesso giudizio di causalità materiale tra azione ed evento finisce per essere caratterizzato da momenti soggettivistici attraverso l'accoglimento della teoria della causalità adeguata o della causalità umana, giacché tutte e due ispirate ad un obiettivo ed esigenza di garantire una personalizzazione della responsabilità penale. Prevarranno le circostanze aggravanti o attenuanti fondate su particolari stati soggettivi e, da ultimo, con riferimento alla disciplina del concorso di persone del reato assumerà un rilievo decisivo la compartecipazione morale e l'accento finirà con lo spostarsi sul momento soggettivo della partecipazione piuttosto che sul contributo causale realizzato dal singolo concorrente nella produzione dell'evento lesivo.

In ogni caso, si avrebbe a che fare con un disvalore di carattere propriamente "soggettivo", volto a reprimere la direzione della volontà del soggetto agente, nel primo caso; la sua stessa personalità, nel secondo.

²⁷⁰ Sul "doppio significato" del concetto di "soggettivismo", Cfr., LISTZ, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, in *Straf. Aufs. und Vorträge*, Bd.!, 1905, p. 159. il quale si domandava: «è il giudizio giuridico sulla direzione della volontà al momento del fatto, oppure è la valutazione etica sull'atteggiamento volitivo, sulla costante forma del carattere?»

²⁷¹ Per le "direttrici" del diritto penale soggettivo, con ampi richiami alla letteratura tedesca, G. MARINUCCI, *Soggettivismo e oggettivismo nel diritto penale. Uno schizzo dogmatico e politico-criminale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, 2 ss.

²⁷² In questi termini, ancora, N. MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale*, cit., p. 3.

Il diritto penale subisce, così, un'opera di «spiritualizzazione»²⁷³. Il fatto di reato diviene un mero “sintomo” di una pericolosità (già) manifestata dal reo; l'evento, rispolverando antiche teorie, finisce con il degradare ad una mera *occasio*, un *Produkt des Zuffals*²⁷⁴, rappresentando nient'altro se non un sintomo che, per il diritto penale, si traduce in un “bisogno” di punire.

2. Il “contesto”. Oggettivismo e soggettivismo nell'esperienza italiana.

Diametralmente opposto il clima registrabile in Italia nella costruzione del diritto penale tra i poli opposti dell'oggettivismo e del soggettivismo.

Siamo nella seconda metà del '700 periodo nel quale ha trionfato il modello penale liberale: *il diritto penale del fatto*. Un modello che è stato restituito, in tutto il suo splendore, dalla monumentale penna di Francesco Carrara, poggiatasi sulla poderosa opera del Suo “*Programma del corso di diritto criminale*”. Qui si legge una, tra le tante, affermazione che rappresenta un baluardo nell'impalcatura del diritto penale del fatto: «Il diritto di proibire certe azioni, e dichiararle delitto, si attribuisce all'autorità sociale come mezzo di *mera difesa dell'ordine esterno: non per il fine del perfezionamento interno;... i pensieri, i vizi, e i peccati, quando non turbano l'ordine esterno, non possono dichiararsi delitti civili*».

È una visione laica fatta propria anche dai codici del 1889 e del 1930: si punisce, invariabilmente, non la mera intenzione di delinquere, bensì *fatti e solo fatti offensivi di beni giuridici individuali o collettivi*.

Lo ha ricordato anche il Manzini, il massimo commentatore dei due codici. Sino all'ultimo ha infatti sottolineato che «i delitti sono classificati in base al criterio della loro *oggettività giuridica* (già accolto dal codice del 1889), e quindi secondo «*l'interesse giuridico leso o esposto a pericolo mediante il fatto incriminato*»,

²⁷³ Si richiama l'espressione utilizzata da WÜRTENBERGER, *La situazione spirituale della scienza spiritualistica in Germania*, Milano, 1965, utilizzata dall'Autore proprio per criticare la deriva “eticizzante” che verrebbe a radicarsi in ossequio a simili correnti teoriche.

²⁷⁴ Si tratta della conclusione cui arriva D. ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff*, Berlin, 1973, 173, come citato da N. MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale. L'illecito commissivo doloso e colposo*, Milano, 1989, 32.

mentre «è stato rigettato punisce gli interni moti dell'animo, bensì il danno o il pericolo per gli interessi che esso protegge»²⁷⁵.

Sulla scorta di simili premesse, sono stati costruiti i formanti essenziali attorno ai quali è stato costruito l'illecito penale.

Si tratta di principi che, poi e consequenzialmente, sono stati "recepiti" dalla Carta costituzionale finendo, per tal guisa, con il restituire l'attuale volto dell'illecito penale, così come studiato e tramandato nei corsi Universitari.

È di tutta evidenza come, in un diritto penale "classico", ispirato al modello del diritto penale del fatto, primo connotato essenziale dell'illecito penale è il *principio di materialità* il quale trova riconoscimento nella stessa disposizione che cristallizza il *principio di legalità* in materia penale: l'art. 25, secondo comma, Cost., nella parte in cui fa riferimento al "fatto commesso".

I due principi, quello di legalità e di materialità, sebbene edificati attorno alla medesima disposizione costituzionale, si "completano" a vicenda, ponendosi tra di loro in un rapporto di reciproca integrazione e scambio applicativo e valutativo.

Se per il principio di legalità, il giudizio sulla sussistenza del reato dovrebbe limitarsi alla valutazione della corrispondenza tra il fatto concretamente posto in essere e quello astrattamente previsto dal Legislatore – per cui, la mancata integrazione degli elementi costitutivi la fattispecie punitiva vale ad escludere la configurabilità del reato –, il principio di materialità consente di attribuire rilevanza penale solo a quei fatti che si siano materializzati in un determinato contesto spazio-temporale²⁷⁶.

È necessario, altrimenti detto, che il fatto umano assuma una certa rilevanza nel mondo esterno e sia parimenti suscettibile di valutazione da parte della collettività, in quanto dotato di "riscontri" oggettivi²⁷⁷. Da qui, il fondamentale divieto, posto dal principio di materialità, di rendere penalmente rilevanti meri "atteggiamenti interiori" del soggetto agente, manifestazioni di volontà non estrinsecatesi in "atto",

²⁷⁵ V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, Vol. IV, 1981, p. 3-4.

²⁷⁶ Così, efficacemente, G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, vol. I, II^a ed., Giappichelli, 2012, 117.

²⁷⁷ Per tutti, G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/1983, 1209.

idee, stati d'animo, sentimenti e passioni (*cogitationis poenam nemo patitur*)²⁷⁸ o, più in generale, “connotati d'autore”²⁷⁹.

Il principio di materialità, sebbene abbia un'evidente portata garantistica soprattutto nel momento in cui finisce con il consacrare il principio liberale di intangibilità della sfera privata²⁸⁰, potrebbe tuttavia condurre ad un *eccesso di criminalizzazione*²⁸¹. Se, infatti, fosse sufficiente, ai fini della responsabilità penale, procedere alla mera “sussunzione” del fatto concreto alla fattispecie astrattamente prevista dal legislatore (principio di *legalità*) ed appurare la “percepibilità esterna” del contegno umano tenuto (principio di *materialità*), gli esempi paradigmatici del furto del chiodo arrugginito e dell'acino d'uva acquisirebbero certamente rilevanza penale, risultando meritevoli di sanzione nonostante l'esiguo (se non nullo) disvalore globale del fatto. Anzi, a voler ragionare *esclusivamente* secondo gli schemi del solo principio di materialità, nel furto dell'acino d'uva potrebbe essere applicata la circostanza aggravante della “violenza sulle cose” prevista dall'art. 625, comma 1, n. 2.

La parziale “incompletezza” del principio di materialità viene ad essere in qualche modo “colmata” ed integrata proprio attraverso il *principio di offensività del reato*, per il cui tramite viene introdotta una *ulteriore* delimitazione dell'area di configurazione dell'illecito penale.

Secondo il principio di (necessaria) offensività del reato, infatti, possono assumere rilevanza penale non (“semplicemente”) quei fatti che siano conformi al modello descrittivo delineato dalla astratta fattispecie incriminatrice ed ai connotati tipici del principio di materialità, ma solo quei fatti capaci di determinare un pregiudizio, in

²⁷⁸ Si tratta di uno degli elementi fondanti il c.d. *diritto penale del fatto*, già teorizzato nella seconda metà dell'800 da F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, IV^a ed., 1871, 32 ss., quando scriveva: «il diritto di proibire certe azioni, e dichiararle delitto, si attribuisce all'autorità sociale come mezzo di mera difesa dell'ordine esterno: non per il fine di perfezionamento interno» sottolineando, poi, come «i pensieri, i vizi, e i peccati, quando non turbano l'ordine esterno, non possono dichiararsi delitti civili».

²⁷⁹ Il principio è stato ribadito da C. Cost, 28 luglio 2010, n. 249, in www.cortecostituzionale.it, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'aggravante della clandestinità di cui all'art. 61, n. 11-bis, c.p.

²⁸⁰ L. CORNACCHIA, *Offensività*, in S. CANESTRARI – L. CORNACCHIA – G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, II^a ed., Il Mulino, 2017, 232.

²⁸¹ Si veda l'efficace analisi condotta, al riguardo, da M. DONINI, *La sintassi del rapporto fatto/autore nel “Progetto Grosso”*, in *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul Progetto Grosso*, a cura di A.M. Stile, Jovene, 2003, 56 ss.

termini di lesione o di messa in pericolo²⁸², nei confronti dell'interesse tutelato dalla stessa. Detto altrimenti, per poter muovere un rimprovero penale, occorre avvicinare ad una valutazione (formale) di conformità tra "tipo descrittivo" e fatto materialmente commesso, una analisi maggiormente "penetrante", di natura *sostanziale*²⁸³, tesa a verificare che il fatto realizzato sia altresì lesivo dell'interesse tutelato dalla norma penale incriminatrice.

Si tratta della c.d. concezione *realistica* del reato²⁸⁴ che, in aperta critica nei confronti delle concezioni puramente formali²⁸⁵, parte dall'assunto secondo cui l'interesse giuridico sotteso alla norma incriminatrice costituisca un dato *antecedente* e *preesistente* alla valutazione compiuta dal Legislatore e, per questo, dotato di una dimensione autonoma ed indipendente rispetto alla disposizione destinata a "receperlo"²⁸⁶. Da qui, la possibilità di registrare una "asimmetria", uno scarto tra il fatto concretamente posto in essere e la conseguente lesione all'interesse giuridico: nonostante gli elementi di fattispecie siano stati (tanto sul piano dell'elemento oggettivo che dell'elemento soggettivo) integrati, dovrebbe essere esclusa la rilevanza penale del fatto realizzato per l'impossibilità di arrecare l'offesa

²⁸² Mentre nel primo caso (c.d. illecito *di danno*) il momento consumativo del reato viene a coincidere con la definitiva ed irreversibile distruzione dell'interesse giuridico tutelato dalla disposizione incriminatrice; nel secondo (c.d. illecito *di pericolo*), la consumazione del reato retroagisce ad un momento antecedente alla verifica del danno risultando dunque sufficiente, ai fini della riconducibilità a fattispecie, la semplice messa in pericolo dell'interesse giuridico oggetto di protezione da parte dell'ordinamento. Sulla contrapposizione tra reati di danno e reati di pericolo, Cfr., per tutti, G. GRASSO, *L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2/1986, 689 ss.

²⁸³ Rileva F.C. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/1998, 352, come il principio di offensività, se "confrontato" con i principi di legalità, colpevolezza e con la finalità rieducativa della pena, è «contrassegnato da uno spiccato carattere "contenutistico"» in quanto «concerne gli oggetti della tutela e dunque i contenuti della norma incriminatrice».

²⁸⁴ Artefice di simile indirizzo è M. GALLO, *Il dolo. Oggetto e accertamento*, in *Studi Urbinate*, 1951-1952, 272 ss.; ID., voce *Dolo*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Giuffrè, 1964, 781 ss., ampiamente sviluppato, poi, da G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, Giuffrè, 1965, *passim*.

²⁸⁵ Attraverso le quali l'illiceità del fatto viene edificata sulla base della semplice rispondenza del fatto concreto al modello legale di riferimento. In questo senso, in particolare, B. PETROCELLI, *L'antigiuridicità*, III^a ed., Cedam, 1955, 118, e, ancor prima, ART. ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale. Contributo alle teorie generali del reato e della pena*, Fratelli Bocca, 1913, 477.

²⁸⁶ Sul punto, A. FIORELLA, voce *Reato in generale (Diritto penale)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVII, Giuffrè, 1987, 790. In senso parzialmente critico, M. ROMANO, *La legittimazione delle norme penali: ancora su limiti e validità della teoria del bene giuridico*, in *Criminalia*, 2011, 40 ss.

“cristallizzata” dal legislatore con la predisposizione di quella disposizione incriminatrice.

Dalla reciproca integrazione dei principi di legalità, materialità ed offensività del reato emergerebbe, dunque, una “nuova” dimensione dell’illecito penale, quale «fatto umano riferibile al suo autore, conforme ad un modello descritto dall’ordinamento e lesivo di un interesse penalmente protetto»²⁸⁷. Un fatto *materiale e offensivo*, dunque, irriducibile ad una mera censura sull’autore di quel reato, sulla disobbedienza manifestata rispetto alle istanze “supreme” dell’ordinamento giuridico, sul carattere, sulle intenzioni o sull’immoralità espressa attraverso la realizzazione di un comportamento penalmente rilevante²⁸⁸.

3. Il principio di necessaria offensività del reato.

Suggello finale dell’impronta oggettivistica del nostro diritto penale è il rango costituzionale del *principio di offensività* (non c’è reato senza offesa ai beni giuridici), che - come ha statuito la Corte Costituzionale - vincola legislatore e interprete²⁸⁹.

L’offesa all’interesse protetto dalla fattispecie (materialmente) realizzata, in quest’ottica, diviene una componente *costitutiva ed essenziale* del reato²⁹⁰, divenendo oggetto di specifico accertamento in sede giudiziale, al pari degli altri elementi del

²⁸⁷ Testualmente, G. MARINI, voce *Reato*, in *Enc. giur.*, vol. XXVI, Treccani, 1991, 1.

²⁸⁸ «Il reato non si esaurisce insomma nella pura e semplice disobbedienza al dovere [...]: deve possedere una carica di disvalore, più o meno intenso a seconda della entità dell’aggressione realizzata contro l’interesse o gli interessi che l’ordinamento intende salvaguardare». Così, M. GALLO, *Niente cappello di Gessler*, in www.rivistacriticadeldiritto.it, 6 febbraio 2012. Analogamente, anche M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, 4/2013, 17.

²⁸⁹ *Amplius, infra*.

²⁹⁰ *Ex plurimis*, A. MALINVERNI, *L’offesa nella teoria del reato (Un metodo di interpretazione)*, in *Studi in onore di G. Vassalli*, a cura di M.C. Bassiouni, A.R. Latagliata, A.M. Stile, vol. I, *Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale 1945-1990*, Giuffrè, 1991, 160, secondo il quale «l’offesa è elemento essenziale e costante di tutti i reati». In senso analogo, già G. VASSALLI, *Considerazioni sul principio di offensività*, in *Scritti in memoria di U. Pioletti*, Giuffrè, 1982, 35, quando rileva come l’offensività del reato costituisca «un’esigenza altrettanto essenziale quanto la sua tipicità»; nonché C. FIORE, *Il principio di offensività*, in *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Giuffrè, 1996, 68.

reato (condotta, nesso causale ed evento) ai fini della dichiarazione di responsabilità penale dell'imputato²⁹¹.

3.1. Il fondamento codicistico del principio di offensività.

Secondo la concezione realistica del reato, l'esigenza per cui il reato esprima una effettiva e concreta lesione (o messa in pericolo) dell'interesse protetto dalla singola disposizione incriminatrice violata emergerebbe dalla disposizione di cui all'art. 49, secondo comma, c.p. che esclude la responsabilità penale dell'agente «*quando per l'inidoneità dell'azione o per l'inesistenza dell'oggetto di essa, è impossibile l'evento dannoso o pericoloso*».

Per lungo tempo, la disposizione *de qua* è stata letta quale mero “doppione negativo” dell'art. 56 c.p. il quale rende viceversa punibili, a titolo di delitto tentato, gli atti che siano «*idonei e diretti in modo non equivoco*» alla realizzazione di un certo risultato criminoso. Data la (apparente) identità tra le due proposizioni linguistiche, si è rilevato come l'art. 49, secondo comma, c.p. sarebbe una disposizione meramente *complementare* all'art. 56 c.p., in quanto chiamata ribadire la irrilevanza penale del c.d. tentativo inidoneo²⁹²; dotata, tuttavia, di carattere *integrativo*, in quanto consentirebbe l'applicazione di una misura di sicurezza.

Ad una simile interpretazione sono state rivolte numerose riserve critiche²⁹³, nel tentativo di fornire una lettura in grado di “emancipare” l'art. 49, secondo comma, c.p., dalla funzione meramente chiarificatrice (dunque: *ad abundantiam*) della

²⁹¹ *Contra*, per tutti, F. STELLA, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/1973, p. 3.

²⁹² Si tratta della nota ricostruzione di F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, V^a ed., Giuffrè, 1963, 369 ss. (nelle ultime edizioni del manuale, tuttavia, sembrerebbe ravvisarsi la possibilità di ergere l'art. 49, secondo comma, c.p. a principio generale dell'ordinamento); F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto penale: il reato*, vol. I, 1943, 179 ss.; P. NUVOLONE, *Recensione a Neppi Modona, Il reato impossibile*, in *Ind. pen.*, 1/1967, 48 ss. Di recente, M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Art. 1-84, Giuffrè, 2004, 511.

²⁹³ Per una più ampia e dettagliata panoramica delle teorie che criticano l'identificazione del reato impossibile alla stregua di un “doppione negativo” dell'art. 56 c.p., si veda G. PANUCCI, *Il principio di necessaria offensività: dalla concezione realistica del reato ai più recenti orientamenti giurisprudenziali*, in *Temi penali*, a cura di M. Trapani, A. Massaro, Giappichelli, 2013, 74 ss.

disciplina del delitto tentato onde poterle garantire una valenza ed un significato del tutto autonomi.

Oltre alla difficoltà di spiegare, da un punto di vista logico, l'atteggiamento di un legislatore che decida di esplicitare (per ricostruire quello che si pretenderebbe essere un unico concetto giuridico) *in negativo* ciò che, in un secondo momento, definisce *in positivo*²⁹⁴, è stato efficacemente rilevato come la somiglianza linguistica tra le due disposizioni sia più apparente che reale²⁹⁵.

A venire in considerazione è, anzitutto, il termine "evento" il quale può essere inteso, in astratto, tanto in una accezione *naturalistica* (quale modificazione del mondo esterno, percepibile con i sensi, quale conseguenza di una condotta) che *giuridica* (quale offesa all'interesse tutelato dalla disposizione penale incriminatrice)²⁹⁶. Se l'evento la cui "non verifica" costituisce presupposto negativo del delitto tentato deve certamente intendersi in una accezione *naturalistica*; viceversa, il riferimento ad un evento «dannoso o pericoloso» contenuto nell'art. 49,

²⁹⁴ M. GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., 434. *Mutatis mutandis*, si tratta della medesima censura rivolta da chi ha cercato di "liberare" il caso fortuito (art. 45 c.p.) da quella lettura che ne ha intravisto un mero "doppione negativo" del giudizio di prevedibilità/evitabilità proprio della colpa per "elevatorlo" a "valvola di sicurezza" dell'intero sistema penale. Sul punto, M. TRAPANI, *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, vol. I, Giappichelli, 2006, 78, nonché A. MASSARO, *La responsabilità colposa per omesso impedimento di un fatto illecito altrui*, Jovene, 2013, 223 ss., la quale, non a caso, "affianca" all'art. 45 c.p. proprio l'art. 49, secondo comma, c.p. (*Ibidem*, 225): la prima disposizione, infatti, «impedisce che si pervenga a risultati contrastanti con il carattere personale della responsabilità penale»; la seconda, «esclude la rilevanza penale di condotte che, eccezionalmente, risultino carenti del requisito dell'offesa all'interesse tutelato dalla fattispecie incriminatrice».

²⁹⁵ Ulteriore incongruenza della impostazione criticata atterrebbe al piano delle conseguenze sanzionatorie derivanti dal suo accoglimento. In effetti, posto che l'art. 56 c.p. si riferisce esclusivamente ai *delitti* – escludendo, dunque, la possibilità che una contravvenzione possa arrestarsi allo stadio del tentativo – mentre l'art. 49, secondo comma, c.p. al *reato* in generale, potrebbe verificarsi un vero e proprio "paradosso sanzionatorio". Laddove, infatti, l'agente abbia posto in essere degli *atti idonei e diretti in modo non equivoco a realizzare una contravvenzione*, il soggetto agente dovrebbe andare esente da sanzione penale stante l'esclusione delle contravvenzioni dal raggio di operatività dell'art. 56; viceversa, laddove gli *atti diretti a compiere un illecito contravvenzionale siano risultati, in concreto, inidonei*, ne deriverebbe la possibilità di applicare al reo una misura di sicurezza. Dunque, si finirebbe con il sanzionare più gravemente il fatto che desta un minor allarme sociale; viceversa si escluderebbe qualsivoglia ipotesi di responsabilità per il fatto maggiormente grave. Sul punto, ancora, M. GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., 434-435; ID., voce *Dolo*, cit., 787; G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, cit., 22-23.

²⁹⁶ Sulla contrapposizione, per tutti, M. GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., 235 ss.; D. SANTAMARIA, voce *Evento*, in *Enc. dir.*, vol. XVI, Giuffrè, 1967, 118 ss.

secondo comma, c.p. sembrerebbe testimoniare la volontà del legislatore di assumere il concetto di evento in una dimensione prettamente *giuridica*²⁹⁷.

Ulteriore profilo differenziale si riscontra nel fatto che mentre l'art. 49, secondo comma, c.p. parla di “azione” inidonea, l'art. 56 c.p. puntualizza la sua attenzione sul concetto di “atti” idonei. Si tratta di termini che, pur assimilabili tra di loro, debbono restare assolutamente distinti, in quanto se è pur vero che nei casi di reati unisussistenti la condotta penalmente rilevante può essere il prodotto di un unico atto tenuto dall'agente (con il che, i concetti di “azione” ed “atto” tenderanno a sovrapporsi tra di loro); nella maggior parte dei casi l'azione costituisce la risultante di una pluralità di atti variamente modulati nell'ambito di un medesimo *iter* esecutivo senza che ciò ne vada ad intaccare il suo carattere unico ed unitario²⁹⁸. Pertanto, la circostanza secondo cui l'art. 49, secondo comma, c.p. utilizzi l'espressione di “azione” piuttosto che quella di “atti”, sembrerebbe implicare che il fatto criminoso sia stato integralmente realizzato dal soggetto agente secondo quanto previsto dal modello astrattamente delineato dal legislatore. “Azione” che, tuttavia, si è rilevata inidonea a cagionare l'evento dannoso o pericoloso: dunque a realizzare, in concreto, l'offesa all'interesse protetto dalla disposizione incriminatrice²⁹⁹.

Muovendo da simili premesse, si è arrivati alla conclusione secondo cui la disposizione di cui all'art. 49, secondo comma, c.p. lungi dal costituire una disposizione di carattere “marginale”, mero “doppione negativo” del delitto tentato, si trasformerebbe in una «norma-chiave» dell'intero sistema punitivo³⁰⁰. L'art. 49,

²⁹⁷ La stessa locuzione di «evento dannoso o pericoloso» compare anche nell'art. 43 c.p. nella parte in cui viene fornita la nozione del delitto doloso. Sulla necessità di interpretare l'espressione codicistica nel senso di “evento giuridico”, M. GALLO, voce *Dolo*, cit., 782; C.F. GROSSO, voce *Dolo* (*Diritto penale*), in *Enc. Giur.*, vol. XII, Treccani, 1989, 2.

²⁹⁸ G. DE FRANCESCO, *Diritto penale. I fondamenti*, II^a ed., Giappichelli, 2011, 179.

²⁹⁹ Così, M. GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., 435: «Ciò vuol dire che, nel nostro ordinamento, il requisito dell'offesa non è (...) insito in un fatto che riproduca le note descrittive proprie di una figura criminosa, ma esprime l'esigenza che tale fatto, oltre a possedere i connotati formali tipici, si presenti, anche nel caso concreto e non unicamente in astratto, carico del significato in forza del quale è assunto come fattispecie produttiva di conseguenze giuridiche».

³⁰⁰ M. GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., 435. Sebbene il principio di offensività sia stato oggetto di una sempre più convinta e diffusa adesione tanto in dottrina che in giurisprudenza, ancora oggi sono numerose le critiche mosse nei confronti di simile ricostruzione. Si è anzitutto rilevato (G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, VII^a ed., 2014, 505; P. NUVOLONE, *Il sistema di diritto penale*, Cedam, 1982, 106; G. FIANDACA, *L'offensività è un principio codificabile?*, in *Foro it.*, vol. V, 2001, c. 1) come una simile ricostruzione finirebbe con il porsi in contrasto con i principi di legalità e di certezza del diritto, giacché l'assenza di parametri normativi

secondo comma, c.p., nella parte in cui viene effettuato il richiamo al concetto di «*inidoneità dell'azione*», rappresenterebbe la consacrazione a livello normativo del principio di necessaria offensività del reato³⁰¹. Il reato diviene, dunque, un «fatto offensivo tipico»³⁰², nel senso che si dovrà escludere la rilevanza penale di quei fatti che, pur riconducibili entro gli schemi della fattispecie astrattamente prevista dal legislatore, risultino carenti sotto il profilo dell'offesa all'interesse protetto.

3.2. Il fondamento costituzionale del principio di offensività.

Come precedentemente rilevato, a differenza degli altri principi fondamentali della materia penale, il principio di offensività *non* trova una *espressa* enunciazione nemmeno a livello costituzionale³⁰³. Ciò non ha tuttavia impedito alla dottrina, nel tentativo di edificare una teoria generale del reato ispirata ad una concezione dell'illecito penale quale entità «idone[a] ad offendere un valore costituzionalmente significativo»³⁰⁴, di rintracciare nella Carta fondamentale delle disposizioni dalle

“oggettivi” finirebbe con il trasformare il giudice in arbitro della responsabilità o della irresponsabilità dell'agente. Ancora, si è rilevato come il principio di offensività si tradurrebbe in una vera e propria superfetazione giuridica (F. STELLA, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/1973, 3 ss.; E. MORSELLI, *Condotta ed evento nella disciplina del tentativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/1998, 49): nei casi di assoluta inoffensività del fatto (tra l'altro, di infrequente verifica concreta) la non punibilità dell'agente lungi dal derivare dall'art. 49, secondo comma, c.p. dovrebbe essere predicata in considerazione della mancata integrazione del requisito della “tipicità” del reato, sicché si avrebbe, in simili ipotesi, un fatto “apparentemente conforme” al tipo. *Amplius*, di recente, M. CATERINI, *Reato impossibile e offensività. Un'indagine critica*, Esi, 2004, 186 ss.

³⁰¹ Si tratta di una lettura patrocinata *ex plurimis* da M. SINISCALCO, *La struttura del delitto tentato*, Giuffrè, 1959, 131 ss.; C. FIORE, *Il reato impossibile*, Jovene, 1959, 22 ss.; E. GALLO, *Il delitto di attentato nella teoria generale del reato*, Giuffrè, 1966, 99; V. PATALANO, *Significato e limiti della dommatica del reato di pericolo*, Jovene, 1974, 76.

³⁰² F. MANTOVANI, *Il principio di offensività del reato nella Costituzione*, in *Scritti in onore di C. Mortati*, vol. IV, *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale*, Giuffrè, 1977, 447.

³⁰³ Circostanza, del resto, testimoniata dai numerosi tentativi di “codificare” l'offensività quale principio espresso del sistema punitivo: Cfr., M.N. MASULLO, *Aspettando l'offensività. Prove di scrittura del principio nelle proposte di riforma del codice penale*, in *Cass. pen.*, 5/2005, 1772; F. MANTOVANI, *Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/1997, 313 ss.

³⁰⁴ Testualmente, F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XIX, Utet, 1973, 92.

quali poter desumere il fondamento (appunto) costituzionale del principio di offensività³⁰⁵.

A venire in rilievo è, anzitutto, il c.d. *argumentum libertatis* ricavabile dall'art. 13 Cost., il quale considera la libertà personale come un diritto «*inviolabile*», consentendone delle limitazioni nei soli casi e modi previsti dalla legge. La circostanza secondo cui la sanzione penale (soprattutto quella detentiva) vada ad intaccare un bene di tale rilevanza costituzionale, dovrebbe dunque indurre a ritenere che questa possa essere comminata solo per la tutela di interessi anch'essi dotati di rilevanza costituzionale³⁰⁶; interessi per i quali abbia senso il “sacrificio” inflitto per il tramite della pena. Il che significa, dunque, che un reato potrà essere qualificato come tale solo in quanto abbia cagionato una offesa ad un interesse costituzionalmente rilevante.

L'assunto secondo cui il principio di offensività abbia una rilevanza costituzionale viene, poi, ancorato alla funzione rieducativa della pena delineata dall'art. 27, terzo comma, Cost.: questa rimarrebbe gravemente compromessa o, quantomeno, frustrata laddove fosse possibile comminare la sanzione penale per fatti radicalmente inoffensivi. Da un lato, infatti, il soggetto agente, non riuscendo a cogliere il disvalore insito nel proprio comportamento, individuerrebbe nella sanzione un atto del tutto “arbitrario” con il conseguente rischio di aumentare il suo senso di “ribellione” nei confronti dell'ordinamento; dall'altro lato, la sanzione penale si tradurrebbe in una sorta di reazione alla mera disubbidienza manifestata nei confronti del precetto penale³⁰⁷. Una sanzione, dunque, sganciata dal “fatto” materialmente commesso che finirebbe per poggiare sulla mera pericolosità (soggettiva) del reo³⁰⁸.

³⁰⁵ *Contra*, nel senso che la mancanza di precisi ed univoci indici testuali renderebbe la ricostruzione nel senso della necessaria offensività del reato una forzatura interpretativa, G. ZUCCALÀ, *Sul preteso principio di necessaria offensività del reato*, in *Studi in memoria di G. Delitala*, vol. III, Giuffrè, 1984, 1700 ss.

³⁰⁶ Per l'argomento in questione, V., soprattutto, F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, cit., 15-16, il quale rileva come «la massima restrizione della libertà personale, qual è quella che opera in via effettiva o potenziale tramite la sanzione penale, non può essere posta in essere se non come *extrema ratio*» e, cioè, «soltanto in presenza della violazione di un bene, il quale, se pure non di pari grado rispetto al valore della (libertà personale) sacrificato, sia almeno dotato di rilievo costituzionale».

³⁰⁷ F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, cit., 82.

³⁰⁸ Analoghe considerazioni sono state poi ricavate dalla distinzione, operata dal secondo e dal terzo comma dell'art. 25 Cost., tra pene e misure di sicurezza in combinato disposto con le funzioni ad esse attribuite dall'art. 27, terzo comma, Cost.: si tratterebbe di una distinzione in parte superflua, in

L'acquisizione secondo cui "non c'è reato senza offesa", che già emerge in maniera sufficientemente chiara dalle disposizioni citate, è stata poi corroborata per il tramite di ulteriori indici costituzionali. A tal proposito, è stato attribuito un significato maggiormente "pregnante" all'espressione «*fatto commesso*» di cui all'art. 25, secondo comma, Cost. La disposizione *de qua*, in quest'ottica, sembrerebbe richiedere non solo la messa al bando rispetto ad incriminazioni di atteggiamenti puramente interiori (in omaggio al principio *cogitationis poenam nemo patitur*) o che attengano ad uno *status* soggettivo dell'autore del reato, ma, più incisivamente, che l'incriminazione avvenga solo nei confronti di fatti *materiali* ed *offensivi* dell'interesse protetto dalla norma incriminatrice³⁰⁹. Ancora, indicazioni verso una concezione "realistica" del reato potrebbero essere tratte da una lettura (ulteriormente) evolutiva dell'art. 27, primo comma, Cost. Il legislatore costituente, infatti, nel richiedere il carattere "*personale*" della responsabilità penale sembrerebbe essersi voluto "spingere oltre" il "mero" rifiuto delle ipotesi di responsabilità per fatto altrui o di responsabilità oggettiva dal circuito del diritto penale, sino a vietare forme di strumentalizzazione dell'individuo per fini di politica criminale attraverso anticipazioni della soglia di punibilità³¹⁰. Non è mancato chi, poi, ha ricavato la costituzionalizzazione del principio di offensività attraverso il richiamo all'art. 21 Cost. che, nel sancire la libertà di manifestazione del pensiero, sembrerebbe essere in grado di tutelare l'individuo contro forme di incriminazione che abbiano ad oggetto comportamenti del tutto inidonei ad offendere un interesse altrui; la sanzione, in simili ipotesi, andando ad incidere su una condotta del tutto "neutra" dal punto di

parte illogica laddove fosse possibile sanzionare con una pena un fatto inoffensivo. Infatti, un simile risultato non solo renderebbe particolarmente arduo "giustificare" la *ratio* della distinzione operata dal legislatore, ma finirebbe poi con l'attribuire alla pena una funzione meramente preventiva, basata su di un giudizio di pericolosità tipico invece delle misure di sicurezza. Così, in particolare, M. GALLO, *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1/1969, 8, il quale rileva come sia particolarmente difficile spiegare come una soluzione del genere «si concili con un sistema costituzionale, che, dando espresso rilievo alla distinzione tra pene e misure di sicurezza, assegna all'uno e all'altro tipo di sanzione compiti e finalità ben distinti». Analogamente, anche G. NEPPI MODONA, voce *Reato impossibile*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XI, Utet, 1996, 271.

³⁰⁹ Ancora, sul punto, F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., 83. Sottolinea l'importanza di attribuire alla nozione di "fatto" di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., il «pregnante significato di *fatto offensivo di un "bene"*» anche E. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Giuffrè, 1974, 116 ss.

³¹⁰ F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 184.

vista della sua portata offensiva, si tradurrebbe in una indebita compromissione del principio di libertà di pensiero³¹¹.

3.3. La “duplice dimensione” del principio di offensività.

L’indagine volta ad “ancorare” la concezione realistica del reato a parametri normativi capaci di garantire una certa “stabilizzazione” del principio di offensività, se da un lato certifica la suggestione secondo cui l’offesa all’interesse giuridico «rappresenti, nel nostro sistema, una vera e propria “componente strutturale” del reato»³¹²; dall’altro ha consentito alla dottrina di sviluppare ulteriormente il portato garantistico del principio. Argomentando, infatti, dal fondamento, codicistico e costituzionale, del principio di offensività del reato, si è rilevato come il canone secondo cui “non c’è reato senza offesa” possa esplicare i propri effetti entro una “duplice direzione”³¹³: tanto nei confronti del *legislatore* (offensività *in astratto*), che nei confronti degli *organi giudicanti* (offensività *in concreto*).

In *astratto*, il principio di offensività si traduce in un *strumento di controllo delle scelte di criminalizzazione* del legislatore al quale si “impone” di prevedere fattispecie incriminatrici che esprimano un contenuto lesivo di uno o più beni giuridici. Più incisivamente, il principio di offensività, nella sua dimensione astratta, preclude la strada verso forme di “*diritto penale del dovere*”³¹⁴, in cui il reato si

³¹¹ In questi termini, T. PADOVANI – L. STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Il Mulino, 2002, 90 ss.

³¹² Così, M. CATENACCI, *Note introduttive allo studio delle fattispecie penali*, Giappichelli, 2012, 93.

³¹³ G. NEPPI MODONA, *Il lungo cammino del principio di offensività*, in *Studi in onore di M. Gallo. Scritti degli Allievi*, Giappichelli, 2004, 102; nonché M. GALLO, *Le dottrine generali del reato*, in *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Giuffrè, 1996, 20-21. Una recente (in parte critica) disamina dell’argomento è svolta da V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., 242; D. PULITANÒ, voce *Offensività del reato (principio di)*, in *Enc. dir.*, Annali VIII, Giuffrè, 2015, 665 ss.

³¹⁴ Per una efficace ed articolata contrapposizione tra i caratteri propri del diritto penale del dovere e del diritto penale ispirato al principio di offensività del reato, Cfr., in particolare, F. MANTOVANI, *Il principio di offensività*, cit., 447 ss.; ID., *Diritto penale. Parte generale*, cit., 182 ss.; nonché, F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, cit., 82 ss.

configura quale mera violazione di un dovere di ubbidienza, o di fedeltà³¹⁵, alle norme statuali al fine di ottenere l'adesione a modelli di comportamento imposti dal legislatore. Ancora, il principio di offensività consente di sbarrare il percorso nei confronti di un diritto penale soggettivistico³¹⁶, in cui viene attribuita rilevanza penale alla semplice "manifestazione esteriore" della volontà, senza che ad essa abbia riscontro una messa in pericolo dell'interesse protetto dalla norma penale incriminatrice.

Viene in questo modo introdotto un *criterio di conformazione legislativa* rispetto ai fatti astrattamente punibili. Criterio la cui violazione può determinare una declaratoria di illegittimità costituzionale per contrasto con quelle disposizioni che, precedentemente analizzate, testimonierebbero l'esigenza per cui il reato sia inscindibilmente legato ad un contenuto offensivo tipico³¹⁷ già sul piano della astratta qualificazione normativa.

La funzione di garanzia del principio di offensività non si esplica solamente nei confronti del legislatore, intervenendo anche a delineare il ruolo del giudice quale interprete della norma penale³¹⁸. Può infatti accadere che il legislatore pur avendo, in

³¹⁵ La configurazione teorica del reato quale mera violazione di un dovere di fedeltà nei confronti dello Stato costituisce espressione di un *diritto penale di tipo soggettivo* tipico dei regimi totalitari, in cui l'illecito penale viene costruito avendo riguardo non già al fatto di reato posto in essere e al disvalore obiettivo da esso prodotto, quanto, piuttosto al "tipo d'autore" che, in concreto, viene in rilievo. In quest'ottica, a venire in rilievo ai fini della individuazione della responsabilità penale non è il "fatto di furto" quanto, piuttosto, il "ladro": colui il quale, cioè, con il proprio comportamento abbia manifestato un senso di ostilità e di ribellione nei confronti delle istanze etiche dello Stato totalitario. In generale, sui caratteri propri della figura del c.d. "tipo d'autore", fondamentale è l'opera di C.A. CALVI, *Tipo criminologico e tipo normativo d'autore. I. La tipologia soggettiva della legislazione italiana. II. Tipologia soggettiva e politica criminale moderna*, Cedam, 1967, 530 ss. Cfr., inoltre, A. BARATTA, *Positivism giuridico e scienza del diritto penale. Aspetti teoretici e ideologici dello sviluppo della scienza penalistica tedesca dall'inizio del secolo al 1933*, Giuffrè, 1966, 61 ss.

³¹⁶ Sui diversi modi di intendere il concetto di "diritto penale soggettivo", si vedano, per tutti, G. MARINUCCI, *Soggettivismo e oggettivismo nel diritto penale. Uno schizzo dogmatico e politico-criminale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1/2011, 2 ss.; A. MANNA, *La giustizia penale fra otto e novecento: la disputa tra soggettivismo e oggettivismo*, in *Ind. pen.*, 2/2006, 509 ss.

³¹⁷ Cfr., C. Cost., 10 luglio 2002, n. 354, in www.cortecostituzionale.it, che, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale del secondo comma dell'art. 688 c.p. (ubriachezza in luogo pubblico aggravata dalla circostanza per cui l'autore avesse già riportato condanne per delitto non colposo contro la vita o l'incolumità individuale), rileva come la disposizione citata si ponga «in aperta violazione del principio di offensività del reato, che nella sua accezione astratta costituisce un limite alla discrezionalità legislativa in materia penale (...)

³¹⁸ Sottolinea E. DOLCINI, *Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio. Riflessioni in tema di fonti, diritto penale minimo, responsabilità degli enti e sanzioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/1999, 16, come il principio di offensività «interess[i] proprio l'interprete» che

punto di incriminazione, correttamente “modellato” la figura legale al principio di offensività, risultino compatibili, attraverso una interpretazione letterale, anche vicende concrete incapaci di esprimere quel pregiudizio che aveva inteso cristallizzare con quella fattispecie. In tali circostanze, il giudice sarà chiamato a fornire una *interpretazione restrittiva* della disposizione penale, procedendo all’applicazione della sanzione solo per quei fatti che abbiano determinato una effettiva offesa (o messa in pericolo) dell’interesse tutelato. Pertanto, nel caso in cui la condotta non risulti in grado di porre a repentaglio l’interesse giuridico sotteso alla disposizione (pur oggettivamente) violata, il giudice di merito sarà chiamato ad assolvere l’imputato inquadrando il fatto da questi commesso entro il predicato proprio del reato impossibile di cui all’art. 49, secondo comma, c.p.³¹⁹

4. *Una conferma alla concezione realistica del reato: l’esclusione della punibilità per “particolare tenuità del fatto” ex art. 131-bis c.p.*

Nel panorama giuridico odierno la concezione realistica del reato sembrerebbe uscire ulteriormente rafforzata per effetto della introduzione dell’art. 131-bis c.p. il quale prevede una generale causa di non punibilità nel caso in cui il fatto in concreto commesso sia caratterizzato da una «particolare tenuità».

dovrà utilizzarlo «come criterio di selezione all’interno dei significati letterali della norma» e non «come strumento di dilatazione della [sua] area applicativa».

³¹⁹ Un efficace e quanto mai espressivo ambito in cui la Corte costituzionale ha avuto modo di “applicare” i traguardi ermeneutici ricavati attraverso l’enucleazione del duplice ruolo del principio di offensività è costituito, ancora oggi, dalla sentenza n. 265 del 7 luglio 2005, in cui è stata dichiarata infondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 707 c.p. che prevede il reato di «*Possesso ingiustificato di chiavi alterate o di grimaldelli*». La Corte, dopo aver sottolineato la compatibilità della fattispecie *de qua* sotto il profilo dell’offensività *in astratto* (non ritenendo, pertanto, fondate le censure che ravvisavano nell’art. 707 c.p. una disposizione volta ad incriminare la mera pericolosità soggettiva del reo) ha sottolineato come sia compito del giudice di merito procedere ad una attenta e ponderata riflessione circa la *concreta* pericolosità della condotta tenuta dal soggetto “meramente” detentore di strumenti di effrazioni, valutando la specifica attitudine offensiva degli stessi nonché tutte le circostanze (di luogo e di tempo) che accompagnano la condotta onde poter valutare l’idoneità offensiva della stessa condotta. Per maggiori approfondimenti, Cfr., R. CALISTI, *Il sospetto di reati. Profili costituzionali e prospettive attuali*, Giuffrè, 2003, 49 ss.

L'istituto in questione si inserisce nel solco di un più ampio progetto di riforma dell'intero sistema sanzionatorio penale³²⁰, nella duplice esigenza di garantire il rispetto del principio di proporzionalità nell'inflizione della sanzione penale³²¹ e di deflazione processuale. Nello specifico, attraverso l'art. 131-*bis* c.p. viene introdotto un meccanismo attraverso il quale garantire una articolata e complessa opera di c.d. *depenalizzazione in concreto*³²²: al giudice, infatti, viene attribuito il potere di escludere la punibilità per quei fatti che, pur integranti gli estremi costitutivi tipici della fattispecie legale, dunque oggettivamente sussistente, risultino dotati di una carica offensiva particolarmente "tenue"³²³. "Esiguità" dell'offesa che, nell'ottica del legislatore di riforma, renderebbe del tutto ingiustificato l'esercizio dell'azione penale, prima, e l'irrogazione della sanzione, poi³²⁴: la sanzione criminale, pur astrattamente comminabile, viene considerata, in concreto, uno strumento non necessario in quanto inadeguata (per eccesso) alle caratteristiche del fatto commesso: non ogni fatto appare suscettibile di assumere rilevanza per l'ordinamento penale, ma solo quel fatto che, capovolgendo i termini di riferimento, sia dotato di una "particolare gravità".

Se è innegabile che l'istituto della tenuità del fatto sia precipuamente rivolto al giudice e che questi sia stato dotato di ampi margini di manovra nella valutazione della tenuità del fatto, l'art. 131-*bis* c.p. non si traduce, tuttavia, in una sorta di

³²⁰ Per una analisi organica dell'intervento riformatore, si veda F.C. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (a proposito della legge n. 67/2014)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2014, 1693 e ss., nonché M. RONCO, *I decreti delegati al Governo in tema di riforma del sistema sanzionatorio*, in *Arch. pen.*, 2/2014, 609 ss.

³²¹ Come efficacemente sottolineato da F.C. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Giappichelli, 2016, 615., scopo dell'art. 131-*bis* c.p. è quello di evitare «che venga punito un fatto la cui gravità concreta sia inferiore alla pena minima che sarebbe irrogabile dal giudice per quella fattispecie».

³²² Così, R. BARTOLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 6/2015, 660. Analogamente, anche G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, Laterza, 2017, 93, il quale parla di «governo giudiziale della punibilità» (*Ibidem*, 97). *Contra*, tuttavia, T. PADOVANI, *Un intento deflattivo dal possibile effetto boomerang*, in *Guida dir.*, 15/2015, 15.

³²³ Al riguardo, la *Relazione allo schema di decreto legislativo recante disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto*, 23 dicembre 2014, parla di fatto "immeritevole" di pena data l'esiguità della lesione all'interesse tutelato dalla norma penale incriminatrice.

³²⁴ Si tratta di un aspetto efficacemente valorizzato da Cass., Sez. Un. pen., 25 febbraio 2016, n. 13682, in *penalecontemporaneo.it*, 29 aprile 2016, con nota di E. ANDOLFATTO, *Le Sezioni Unite sull'applicabilità del nuovo art. 131-bis c.p. alle contravvenzioni stradali (art. 186, commi II e VII, c.d.s.)*, quando rilevano come «scopo primario» della disposizione sia quello di «espungere dal circuito penale fatti marginali, che non mostrano bisogno di pena e, dunque, neppure la necessità di impegnare i complessi meccanismi del processo».

“cambiale in bianco”³²⁵. La “delega” attraverso la quale è stato attribuito al giudice il compito di eliminare dal circuito punitivo i fatti bagatellari in concreto è stata, infatti, ritagliata dal legislatore da una fitta ed articolata serie di requisiti e presupposti applicativi³²⁶.

Anzitutto, l’art. 131-*bis* c.p. non opera nei confronti di qualsiasi tipologia criminosa ma si applica solo ai reati per i quali è prevista la *pena detentiva non superiore, nel massimo, a cinque anni*³²⁷; ovvero, ancora, ai reati per i quali è prevista la pena pecuniaria, sola o congiunta con quella detentiva³²⁸. La rispondenza del fatto commesso a tale requisito di carattere formale costituisce tuttavia una tappa necessaria ma non ancora sufficiente per consentire al giudice di giungere ad una declaratoria di non punibilità. Il primo comma dell’art. 131-*bis* c.p., infatti, precisa come la punibilità possa essere esclusa «quando, per le modalità della condotta e per l’esiguità del danno o del pericolo»³²⁹, sussistano due ulteriori “*indici-criteri*” costituiti dalla «particolare tenuità dell’offesa» e dal «comportamento non abituale».

Quanto al primo, il legislatore individua una serie di “elementi” in presenza dei quali debba escludersi la esiguità del fatto commesso. L’offesa non può ritenersi, in ogni caso, tenue laddove l’agente abbia agito «per motivi abietti o futili, o con

³²⁵ Analogamente, F. BASILE, *L’enorme potere delle circostanze sul reato; l’enorme potere dei giudici sulle circostanze*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 4/2015, 1743.

³²⁶ Per un’ampia analisi dei requisiti costitutivi dell’art. 131-*bis* c.p., A. GULLO, *La particolare tenuità del fatto ex art. 131-bis c.p.*, in *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, a cura di S. Quattrocolo, Giappichelli, 2015, 14 ss.; R. BORSARI, *La codificazione della tenuità del fatto tra (in)offensività e non punibilità*, in www.la legislazione penale.eu, 15 marzo 2016, 17 ss.

³²⁷ Particolarmente critico, sul punto, T. PADOVANI, *Un intento deflattivo*, cit., 20, il quale ha efficacemente rilevato come il legislatore avrebbe dovuto avere riguardo al minimo edittale posto che questo «esprime la soglia di indefettibilità cui è ancorata la tutela, e quindi il disvalore necessariamente riconosciuto all’offesa». La fissazione del limite massimo di cinque anni cui subordinare l’operatività dell’istituto è stata oggetto di una eccezione di incostituzionalità da Trib. Nola, ordinanza 14 gennaio 2016, in *Dir. pen. cont.*, 22 dicembre 2016, con nota di S. SANTINI, *L’articolo 131-bis c.p. al vaglio della Corte Costituzionale: irragionevole la sua mancata estensione alla ricettazione di particolare tenuità ex art. 648, comma 2, c.p.?*

³²⁸ Il quarto comma del medesimo articolo precisa poi che «ai fini della determinazione della pena detentiva (...) non si tiene conto delle circostanze» a meno che non si tratti di circostanze per le quali la legge preveda una pena di specie diversa da quella prevista per il reato-base, ovvero ad effetto speciale. Rispetto a queste ultime, la stessa disposizione stabilisce che non si debba tener conto del giudizio di bilanciamento di cui all’art. 69 c.p.

³²⁹ Entrambe le condizioni in parola dovranno essere valutate, stabilisce sempre il primo comma dell’art. 131-*bis* c.p., ai sensi dell’art. 133, primo comma c.p.; disposizione che disciplina gli indici ai quali il giudice, nell’esercizio del potere discrezionale attribuitogli dall’art. 132 c.p., dovrà attenersi ai fini della commisurazione, in concreto, della pena.

crudeltà, anche ai danni di animali» ovvero abbia «adoperato sevizie» o «profittato delle condizioni di minorata difesa della vittima, anche con riferimento all'età della stessa» oppure, infine, quando la condotta abbia altresì cagionato, «quali conseguenze non volute, la morte o le lesioni gravissime di una persona».

Quanto al requisito del «comportamento non abituale», occorre rilevare come il legislatore abbia inteso fornire una nozione di abitualità particolarmente ampia³³⁰. L'abitualità viene delineata dal legislatore anzitutto da un punto di vista *oggettivo*: è tale, la condotta di chi «abbia commesso più reati della stessa indole» e ciò «anche se ciascun fatto, isolatamente considerato, sia di particolare tenuità», nonché nel caso in cui «si tratti di reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate»³³¹. Da un punto di vista *sogettivo*, viene considerato come abituale il “comportamento” di chi (meglio: la “persona che”) «sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza»³³².

Senza scendere ulteriormente nel dettaglio dei presupposti applicativi dell'art. 131-*bis* c.p., per i fini che qui più interessano occorre delineare il confine che separa la clausola della “particolare tenuità del fatto” dall'istituto della “inoffensività del reato” di cui all'art. 49, secondo comma, c.p. In effetti, tra le due disposizioni sembrerebbe intercorrere una profonda analogia, se non una vera e propria «interferenza»³³³: in tutti e due i casi il fatto materialmente commesso è portatore di

³³⁰ Si tratta di una circostanza valorizzata, in parte, anche dalla *Relazione*, cit., (par.4), nella parte in cui attribuisce all'interprete il compito di «fornire le opportune precisazioni contenutistiche al concetto».

³³¹ Mentre con l'espressione di “più reati della stessa indole” è certo il riferimento alla categoria del concorso di reati, non si riesce bene a comprendere se il riferimento a (generici) reat-*i* caratterizzati da condotte “plurime, abituali e reiterate” si riferisca, ancora una volta, ad una ipotesi di concorso ovvero, come sembrerebbe essere preferibile, alla categoria del reato abituale e permanente. In questa direzione, per tutti, C.F. GROSSO, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 5/2015, 519. Per uno sviluppo dell'indagine, teso ad accertare la possibilità di applicare l'art. 131-*bis* anche alla continuazione di reati, sia consentito il rinvio a L. BRIZI, *L'applicabilità dell'art. 131-bis c.p. nelle ipotesi di continuazione di reati: un dialogo davvero (im)possibile?*, in *Cass. pen.*, 9/2016, 3269 ss.

³³² Ostativo al riconoscimento del “beneficio” della tenuità del fatto sembrerebbe essere, in questo caso, la stessa pericolosità sociale (già) manifestata dal soggetto agente in un precedente giudizio penale. *Amplius*, G. ROSSI, *Il nuovo istituto della “non punibilità per particolare tenuità del fatto”: profili dogmatici e scelte di politica criminale*, in *Dir. pen. proc.*, 4/2016, 542.

³³³ Rileva, in effetti, G. AMARELLI, voce *Particolare tenuità del fatto (Diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Annali X, Giuffrè, 2017, 562, come i concetti di “tenuità del fatto” ed “offensività del reato” «possono sembrare *prima facie* concetti potenzialmente sovrapponibili».

un disvalore incapace di esprimere il significato offensivo cristallizzato dal legislatore attraverso la previsione della disposizione incriminatrice violata.

Sembra però agevole fornire una chiave di lettura che eviti di considerare l'art. 131-*bis* c.p. alla stregua di un mero doppione concettuale dell'art. 49, secondo comma, c.p., con conseguente sottoposizione a interpretazione abrogante di quest'ultima disposizione, almeno *dal punto di vista teorico*.

L'ipotesi di cui all'art. 49, secondo comma, c.p. investirebbe quei fatti *del tutto privi* di attitudine offensiva rispetto all'interesse giuridico tutelato; la vicenda riconducibile sotto l'art. 131-*bis* c.p. si caratterizzerebbe, viceversa, per l'esistenza di un'offesa *certamente esistente* ma di entità talmente "bassa" da non ritenere "opportuno" procedere con l'attivazione del processo penale³³⁴. Tra le due disposizioni, dunque, si verrebbe ad instaurare un vero e proprio *rapporto di progressione*³³⁵: mentre nel primo caso, il "reato non sussiste" perché, pur conforme alla disposizione incriminatrice, risulta privo di uno dei suoi elementi costitutivo-caratterizzanti non arrecando alcuna offesa all'interesse giuridico protetto; l'art. 131-*bis* presupporrebbe, viceversa, l'esistenza di un fatto al completo di tutti i suoi elementi, comprensivo anche dell'offesa all'interesse giuridico tutelato dalla disposizione incriminatrice; offesa che, tuttavia, risultando "tenue", non pare meritevole, in concreto, di sanzione³³⁶ (il fatto, dunque, in questo caso "non è punibile", ancorché costitutivo di reato).

Sebbene la differenza tra i due istituti sia agevolmente riscontrabile sul piano nominalistico, maggiormente delicata risulta l'operazione volta a distinguere i

³³⁴ Come sottolineato, già prima dell'intervento riformatore, da M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Cedam, 1996, 246, «l'esiguità non è un mero criterio di individuazione della non offensività, ma una caratteristica di particolare tenuità di un'offesa sicuramente esistente». In senso analogo S. VINCIGUERRA, *Appunti sull'inoffensività, la tenuità dell'offesa e la tenuità del reato in Italia nel secondo Novecento*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. II, Giuffrè, 2006, 2077 ss. e C.E. PALIERO, "Minima non curat praetor". *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Cedam, 1985, 716.

³³⁵ Così, G. AMARELLI, *Particolare tenuità del fatto e offensività: similitudini apparenti e differenze sostanziali*, in *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di S. Moccia*, Jovene, 2017, 400.

³³⁶ Si tratta di una conclusione patrocinata anzitutto da C.F. GROSSO, *La non punibilità*, cit., 522. In senso adesivo, anche G. AMARELLI, voce *Particolare tenuità del fatto*, cit., 562-563; M.B. MAGRO, *Tenuità del fatto e reati di pericolo*, in *Cass. pen.*, 11/2016, 4093. *Contra*, tuttavia, R. RAMPIONI, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Cass. pen.*, 2/2016, 469. Ritiene, parimenti, la soluzione *de qua* "riduttiva", G. DE FRANCESCO, *Punibilità*, Giappichelli, 2016, 69 ss.

concetti di inoffensività del reato e tenuità del fatto dal punto di vista *pratico-operativo*³³⁷.

Basti prendere in considerazione il recente, quanto discusso, “caso” del “furto (tentato) di melanzana”³³⁸, dove occorre ulteriormente chiedersi se la “scarsa significatività” della condotta tenuta e dell’evento dannoso realizzato possano continuare ad essere predicate entro gli schemi dell’art. 49, secondo comma, c.p. ovvero debbano essere ricondotte, qualora ne ricorrano i presupposti applicativi³³⁹, entro l’art. 131-*bis* c.p.³⁴⁰.

Rispetto alla casistica di furti aventi ad oggetto beni di scarso valore economico, sebbene un recente orientamento giurisprudenziale abbia ritenuto di dover dare applicazione alla clausola della particolare tenuità del fatto³⁴¹, sembrerebbe preferibile continuare a ricondurre simili ipotesi entro il raggio applicativo dell’art. 49, secondo comma, c.p. Si tratta di una conclusione maggiormente rispondente non solo alla linea di confine che separa le ipotesi di “minima offensività” e di “irrilevanza del fatto” da quelle di totale assenza di offensività del reato

³³⁷ Sottolineano questo aspetto, I. GIACONA, *La nuova causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto (art. 131-bis c.p.), tra esigenze deflattive e di bilanciamento dei principi costituzionali*, in *Ind. pen.*, 1/2016, 42; A. NISCO, *L’esclusione della punibilità per la particolare tenuità del fatto*, in *Il nuovo volto della giustizia penale*, a cura di G.M. Baccari, K. La Regina, E.M. Mancuso, Cedam, 2015, 216.

³³⁸ Si tratta del caso affrontato da Cass., Sez. V pen., 20 marzo 2018, n. 12823, riguardante un soggetto, in effetti già autore di altri delitti contro il patrimonio, il quale *accostando la propria autovettura nei pressi di un campo coltivato, veniva di lì a poco fermato da una pattuglia dei Carabinieri. A bordo del veicolo, veniva trovato un contenitore con all’interno una sola melanzana. Condannato nei primi due gradi di giudizio per furto tentato, La Corte di Cassazione ha annullato, senza rinvio, la sentenza impugnata, ritenendo il fatto non punibile per particolare tenuità del fatto.*

³³⁹ Potendo, infatti, predicarsi la tenuità del fatto solo rispetto ai reati che non superino, nel massimo, la pena dei cinque anni, l’art. 131-*bis* c.p. potrebbe essere applicato alle ipotesi di furto tentato semplice o monoaggravato. Viceversa, non si potrebbe applicare l’art. 131-*bis* rispetto al furto tentato pluriaggravato. Rispetto al furto consumato, invece, l’art. 131-*bis* potrebbe operare solo laddove non insistano sul fatto (ipotesi, in realtà, piuttosto infrequente) elementi circostanziali: la presenza, infatti, anche di una sola circostanza aggravante porterebbe il massimo edittale sino a 6 anni di reclusione.

³⁴⁰ Diverse risultano le conseguenze. La non punibilità dichiarata ai sensi dell’art. 131-*bis* c.p. lascia, infatti, “*traccia di sé*” tanto nel procedimento penale dal quale è scaturita la pronuncia quanto in un futuro procedimento: la sentenza con la quale viene dichiarata la non punibilità del fatto deve, infatti, essere iscritta nel casellario giudiziario e in un successivo giudizio non potrà darsi nuovamente applicazione all’art. 131-*bis* c.p.; ciò anche laddove il fatto commesso sia concretamente “*tenuè*”. Nessuno di questi effetti si realizza, viceversa, nel caso in cui la formula assolutoria sia pronunciata ai sensi dell’art. 49, secondo comma, c.p.

³⁴¹ Cass., Sez. V pen., 18 ottobre 2016, n. 44092, in *Dejure*, ove è stata esclusa la punibilità, *ex art. 131-bis c.p.*, di fronte al furto di due salami.

precedentemente proposta³⁴²; ma anche la più rispondente alla *ratio* propria dell'intervento riformatore.

Con riferimento al primo aspetto, infatti, si è avuto modo di rilevare come dovrebbero essere attratte nell'orbita dell'art. 49, secondo comma, c.p. anche le vicende delittuose dotate di una "minima significatività"; ipotesi che, caratterizzate da una discrasia evidente tra la conformità al tipo descritto dal legislatore come reato e l'idoneità della condotta a ledere in concreto l'interesse protetto dalla disposizione incriminatrice, sono irriducibili al modello offensivo delineato dalla fattispecie astratta. Del resto, la stessa giurisprudenza, prima dell'intervento riformatore che ha condotto all'introduzione dell'art. 131-*bis* c.p., si era manifestata favorevole a considerare "senza offesa" fatti pur caratterizzati da lesione (oggettivamente sussistente) scarsamente significativa dell'interesse protetto; tanto minima al punto da poter essere considerata come, appunto, inesistente³⁴³.

Si tratta di una conclusione che sembrerebbe "obbligata" onde non riconoscere nelle trame dell'intervento riformatore che ha condotto all'introduzione dell'art. 131-*bis* c.p. una vera e propria "eterogenesi di fini", che potrebbe far dubitare della stessa ragionevolezza del legislatore. Quella "svolta epocale" segnalata dalla letteratura giuridica successivamente all'introduzione della disposizione *de qua*, considerata come «figlia»³⁴⁴ e consacrazione del principio di offensività del reato, finirebbe con il tradursi in un vero e proprio "effetto *boomerang*" per il reo. Questi, infatti, sarebbe chiamato ad essere sottoposto ad un trattamento maggiormente "gravoso" o, comunque, di gran lunga più sfavorevole rispetto al contesto interpretativo maturato prima dell'intervento riformatore³⁴⁵; trattamento sfavorevole che, tra l'altro, verrebbe

³⁴² *Supra*, par. 6

³⁴³ Il riferimento è, ad esempio, a quella giurisprudenza che aveva fatto rientrare nel paradigma dell'art. 49, secondo comma, c.p. il furto di merce per un valore di lire 12.000 (su cui V. le considerazioni di C.F. GROSSO, *Proscioglimento per furto di cose di valore particolarmente esiguo: inoffensività od irrilevanza penale del fatto?*, in *Cass. pen.*, 9/2001, 2535 ss.). Per una più ampia rassegna della giurisprudenza favorevole ad attrarre nel raggio applicativo dell'art. 49, secondo comma, c.p. le ipotesi di offese oggettivamente esistenti ma del tutto marginali, R. BARTOLI, *Il principio di offensività "in concreto" alla luce di alcuni casi giurisprudenziali*, in *Studium iuris*, 4/2007, 419 ss.

³⁴⁴ Così, G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, cit., 92.

³⁴⁵ «Il diritto vivente mostrerebbe il lato paradossale della riforma: l'annunciata epocale "stabilizzazione" del principio di offensività si risolve nella sua sostanziale marginalizzazione». Così, efficacemente, D. BRUNELLI, *Il fatto tenue tra tenuità ed equità*, in *Arch. pen. Web*, 1/2016, 4.

determinato da un istituto che, oltre alle finalità sue proprie, sembrerebbe essere ispirato anche da una logica di *favor rei*.

IL “TESTO” DEL DIRITTO PENALE DEL FATTO ITALIANO. VERSO LA ROTTURA DELL’EQUILIBRIO

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Dall’oggettivismo al soggettivismo. Capitolo I: l’arricchimento soggettivo della fattispecie. - 2.1. L’esempio del reato continuato; *rectius* della continuazione di reati. - 2.2. Ricostruzione del concetto legislativo. Analisi (critica) dei sentieri dogmatici percorsi. A) l’indirizzo “misto” soggettivo-oggettivo. - 2.3 (Segue). B) L’indirizzo finalistico o teleologico. Discrasie normative e ossimori valutativi: superamento di un “dogma”. - 2.4. Il “medesimo disegno criminoso” in considerazione della sua “struttura” e della sua “dinamica applicativa”. - 3. Dall’oggettivismo al soggettivismo. Capitolo II: verso un diritto penale del tipo d’autore? - 4. Un passo indietro. Cenni alle dottrine tedesche del “tipo d’autore”: da Erik Wolf a Gunter Jakobs.

1. *Premessa.*

Le mura che cingono e sorreggono in Italia il diritto penale del fatto hanno però subito vari assalti — ieri e oggi — che ne hanno messo a dura prova la capacità di resistenza.

Ieri—uno ieri che va dalla metà dell’ottocento alla metà del novecento — l’assalto è venuto da due fenomeni imponenti e insidiosi: l’*enorme crescita della criminalità* e il *pericolo di contagio* che correva l’Italia sotto la dittatura fascista nel periodo del trionfante ripudio del liberalismo sotto la dittatura nazista dell’alleata Germania.

Oggi altri due sono i fenomeni — *il terrorismo islamico* e *l’immigrazione* — che hanno fatto irruzione anche nel nostro Paese, generando risposte legislative in contrasto più o meno aperto con il modello costituzionale del diritto penale del fatto. Rinviando ad un momento specifico l’analisi di siffatti fattori, l’elemento — già evidenziato — che emerge con prepotenza nella odierna legislazione penale è la figura

dell'individuo-reo, soggetto autore del reato, che diviene logica esclusiva dello spettro punitivo.

Già Marcello Gallo, in un celebre saggio degli anni '50, ebbe a scrivere che la «persona umana è al centro del diritto penale»³⁴⁶.

Scolpita nella formula secondo cui “l'illecito penale è un illecito personale”³⁴⁷ e ribadita da quanti, a lungo, hanno motivato proprio partendo da un simile assunto l'impossibilità di ritenere le persone giuridiche penalmente (e direttamente) responsabili³⁴⁸, la categoria del soggetto attivo del reato – come ricorda il Maestro - «accompagna dall'inizio alla fine lo svolgersi del rapporto penale» ponendosi, con esso, in un «rapporto di interdipendenza funzionale che ne condiziona reciprocamente le caratteristiche strutturali»³⁴⁹.

Si tratta di affermazioni particolarmente evocative che, nonostante si prestino ad interpretazioni antitetiche, rappresentano un punto di osservazione privilegiato per descrivere la trasformazione che da un diritto penale del fatto ha condotto, già a partire dagli anni '30, verso un diritto penale del tipo d'autore.

2. Dall'oggettivismo al soggettivismo. Capitolo I: l'arricchimento soggettivo della fattispecie.

Volgendo lo sguardo alla legislazione penale meno recente, è possibile evidenziare come già dalla seconda metà del '900 sia possibile ricondurre le origini di quella che,

³⁴⁶ M. GALLO, *La persona umana nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1956, 422.

³⁴⁷ M. RONCO, *L'imputazione del torto penale*, in *Scritti in memoria di G. Marini*, a cura di S. Vinciguerra e F. Dassano, Napoli, 2010, 829. *Amplius*, A. FIORELLA, voce *Responsabilità penale*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIX, 1988, 1291-1292.

³⁴⁸ Sull'impronta “antropomorfica” del sistema penale così come delineato dal codice Rocco nonché per l'analisi dei “tradizionali” indici testuali dai quali veniva fatto discendere il principio dell'irresponsabilità delle persone giuridiche, Cfr., C.F. GROSSO, voce *Responsabilità penale*, in *Noviss. Dig. It.*, 1968, vol. XV, 710 ss.; F. BRICOLA, *Il costo del principio societas delinquere non potest nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1970, p. 955; M. ROMANO, *Societas delinquere non potest (Nel ricordo di Franco Bricola)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 1031 ss.

³⁴⁹ M. GALLO, *La persona umana*, cit., 423.

icasticamente, è stata definita come una vera e propria «rottura dell'equilibrio»³⁵⁰, nella edificazione del sistema penale italiano.

Se, infatti, caratteristica saliente di un sistema penale di tipo “misto” è dato dal fatto per cui le componenti oggettive e soggettive del reato contribuiscono *a pari titolo* a determinare il contenuto essenziale dell'illecito, è dato registrare un cospicuo incremento delle fattispecie penali imperniate su requisiti di stampo soggettivo, oltre che ad un sempre più frequente erompere di elaborazioni giurisprudenziali tendenti ad erodere il ruolo spettante al dato oggettivo del reato.

Le combinazioni entro cui si viene a manifestare la nettezza della componente soggettiva su quella oggettiva sono molteplici, soprattutto se si intende prendere in considerazione, come base ed oggetto d'indagine, il dato positivo.

La legislazione dell'emergenza, come del resto si è già avuto modo di evidenziare, è un testimone sin troppo eloquente della progressiva tendenza sopra citata.

Dapprima, una “svalutazione” del momento oggettivo dell'illecito che, tuttavia, è rimasto pur sempre presente ed evidente; di poi, una svalutazione integrale del momento oggettivo, con conseguente assoluta ed esclusiva valorizzazione del soggetto autore del reato, della sua personalità, delle sue caratteristiche personali.

Prime avvisaglie possono essere rintracciate nelle prime concrete realizzazioni della riforma penale, attraverso cui è dato registrare l'esistenza di un «diritto penale che guarda anche agli atteggiamenti di coscienza»³⁵¹: basti pensare, al riguardo, all'ampliamento della sfera di operatività dell'art. 133 c.p. in tema di commisurazione della pena³⁵².

Si comincia, poi, a delineare anche quella che diverrà la peculiare caratteristica della più recente legislazione criminale, ossia all'incremento del novero delle tradizionali fattispecie penali, con la conseguente creazione di figure delittuose il cui elemento specializzante è costituito soltanto dalle particolari finalità perseguite dal soggetto agente. Ipotesi ove, altrimenti detto, la maggior gravità del trattamento sanzionatorio

³⁵⁰ N. MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale*, cit., p. 8.

³⁵¹ G. BETTIOL, *Colpa d'autore e certezza del diritto*, in *Festschrift für P. Bockelmann*, Monaco, 1979, p. 340

³⁵² Cfr., in particolare, F.C. PALAZZO, *La recente legislazione penale*, I ed., Cedam, Padova, 1980, p. 18, il quale parla di una accentuata «individualizzazione» del trattamento sanzionatorio in conseguenza della novella del 1974.

finisce con il dipendere dall'arricchimento del *Tatbestand* da momenti di carattere esclusivamente soggettivo, non più oggettivo.

2.1. L'esempio del reato continuato; rectius della continuazione di reati.

La fisionomia di questa figura giuridica, già conosciuta dalla nostra tradizione dottrinarica e codicistica con il nome di "reato continuato", è stata radicalmente ridisegnata dal D.L. 11 aprile 1974, n. 99. Sotto la vigenza del Codice Rocco nella versione originaria del 1930, come ampiamente noto, il "reato continuato" si caratterizzava per il fatto che il trattamento più favorevole ad esso riservato rispetto alla disciplina sanzionatoria estremamente repressiva prevista per il concorso materiale e formale di reati³⁵³, fosse circoscritto alle sole ipotesi di continuazione *omogenea*. Per tal via, l'art. 81, comma 2 c.p., introdotto solo *in extremis* dal legislatore degli anni '30, rappresentava piena ed appagante proiezione non solo della tradizione storica dell'istituto, ancorato, sin dalla sua prima comparsa nei codici preunitari³⁵⁴, sul duplice requisito oggettivo e soggettivo, ma anche della tradizione dei Paesi giuridicamente affini a quello italiano come, ad esempio, quello tedesco³⁵⁵ dove la figura *de qua* è, da sempre, stata saldamente legata all'elemento oggettivo della omogeneità delle violazioni.

³⁵³ Anche quest'ultimo, infatti, era disciplinato, prima dell'intervento riformatore, secondo il principio *tot crimina, tot poenae*. Sulle "incongruenze" di un siffatto sistema sanzionatorio – che finiva per punire in maniera (anche) macroscopicamente diversa soggetti che avessero commesso gli stessi reati, numericamente considerati, a seconda della loro riconducibilità ad un'unica ovvero altrettante condotte, cfr., per tutti, V. ZAGREBELSKY, *Reato continuato*², Giuffrè, Milano, 1976, p. 81 e ss.

³⁵⁴ Già il codice Toscano del 1853 stabiliva, all'art. 80, che «*più violazioni della stessa legge penale, commesse in uno stesso contesto d'azione, o anche in tempi diversi, con atti esecutivi della medesima risoluzione criminosa, si considerano per un solo reato continuato ma la continuazione del delitto accresce la pena entro i limiti legali*». Analoga statuizione era contenuta nel codice Zanardelli all'art. 79 c.p. abr.

³⁵⁵ Sui requisiti dell'istituto nell'esperienza tedesca, cfr., per tutti, PARISE, *Brevi osservazioni sull'istituto della continuazione nella recente esperienza giurisprudenziale tedesca. Spunti di riflessione*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 3233 e ss. Cfr. pure PROTO, *Sulla natura giuridica del reato continuato*, Palermo, G. Priulla, 1951, p. 23 e ss.

Il legislatore del 1974³⁵⁶ ha profondamente mutato la genetica della continuazione di reati estendendola anche alle ipotesi di violazioni di *diverse* disposizione di legge e affidando al “medesimo disegno criminoso” il ruolo di “collante” di situazioni assai lontane tra loro, facendo divenire l’elemento in questione il “centro nevralgico” della *continuatio*. Dalla interpretazione di questo concetto, infatti, dipende non solo la delimitazione dell’ambito di operatività della continuazione di reati rispetto al concorso materiale³⁵⁷, ma anche la questione relativa alla riconducibilità, sotto lo schema del disegno criminoso, di particolari figure delittuose che, in via più o meno diretta, si caratterizzano per l’esistenza di un particolare sostrato strutturale soggettivo o psicologico³⁵⁸.

L’esegesi del requisito del “medesimo disegno criminoso”, dunque, lungi dal vedersi attribuita una valenza meramente descrittiva, permette di erigere o, al contrario, demolire – a seconda dell’accezione che ad esso si intenda fornire – alcuni “sbarramenti” alla *vis* espansiva che questo istituto ha vissuto, e continua a vivere, nella prassi applicativa in sede processuale.

Esigenze che si sono strutturate e verificate proprio in considerazione della minor caratterizzazione oggettiva restituita alla (ormai divenuta) continuazione di reati nel nuovo testo e contesto interpretativo dell’art. 81 c.p.

2.2. Ricostruzione del concetto legislativo. Analisi (critica) dei sentieri dogmatici percorsi. A) l’indirizzo “misto” soggettivo-oggettivo.

Anche quando ci si accorge che il medesimo disegno criminoso abbia ancora qualcosa da chiedere alla storia, le soluzioni interpretative proposte dalla dottrina non sono tuttavia sembrate condurre a risultati pienamente condivisibili.

³⁵⁶ Sui motivi ispiratori della riforma penale del 1974 si veda VASSALLI, *La riforma penale del 1974*, Milano, Giuffrè, 1975, p. 60 e ss.

³⁵⁷ Infatti, «quanto più si sarà propensi a estendere la nozione di disegno criminoso, tanto più si restringeranno i confini del concorso materiale di reati, e viceversa». Così FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, Zanichelli, 2014, p. 705.

³⁵⁸ Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, alla questione relativa alla possibilità di aversi una continuazione tra reati *colposi* o tra reati *dolosi* e *colposi* insieme; oppure, ancora, quella relativa alla coniugabilità dell’art. 81, comma 2, con la c.d. aggravante da nesso teleologico di cui all’art. 61, n.2, c.p.

Si allude, in particolar modo, a quel recente indirizzo ermeneutico³⁵⁹, egregiamente sostenuto e validamente argomentato, che prendendo atto delle difficoltà interpretative cui la ricostruzione in termini puramente soggettivi del requisito *de quo* andava incontro, ha inteso “innestare” nell’identità del disegno criminoso elementi di natura marcatamente obiettiva³⁶⁰.

Partendo dall’ineccepibile assunto per cui sia naturalisticamente impossibile distinguere un momento in cui l’uomo “pensa” ed “elabora” da quello in cui mette in atto i moti della propria psiche, si sostiene che non sia possibile parlare singolarmente di “*un*” disegno criminoso ma di “*tanti*” disegni quanti sono i reati commessi dall’agente e ciò perché «l’azione umana non è la semplice automatica riproduzione nella realtà esterna del pensiero, ma è lo stesso pensiero che si incarna e si inverte continuamente»³⁶¹.

In ogni reato commesso, per tal via, si verrebbe a sedimentare un “frammento” dell’originario disegno elaborato, così che le plurime violazioni si caratterizzerebbero per una «comune base di fatto»³⁶², una «unica tendenza criminosa»³⁶³ che muoverebbe il soggetto ad agire per effetto della «comunanza del processo motivazionale tra i singoli reati»³⁶⁴ o per il «ripresentarsi della stessa

³⁵⁹ Per un’efficace sintesi dell’indirizzo c.d. “misto” soggettivo-oggettivo, si veda, di recente, D. FALCINELLI, *Il reato continuato tra Mito (del favor rei) e Realtà (del medesimo disegno criminoso)*, in *Arch. pen.*, 2014, p. 1 e ss. Volendo, Cfr., anche L. BRIZI, *La coniugabilità della continuazione di reati e in particolare del “medesimo disegno criminoso” con lo “stato di tossicodipendenza”*, in *Cass. pen.*, 2015, 3594 ss.

³⁶⁰ Con ciò contrapponendosi al “tradizionale” indirizzo soggettivo della letteratura italiana. Sotto la vigenza del codice Zanardelli si vedano, per tale indirizzo, F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, I, Firenze, 1882, par. 523 e ss.; E. PESSINA, *Elementi di diritto penale*, vol. I, Napoli, 1882, 306. Sotto la vigenza del codice Rocco, *ex multis*, A. DE MARSICO, *Diritto penale. Parte generale*, Napoli, 1969, 244 ss.; G. MAGGIORE, *Diritto penale. Parte generale*, vol. I, t. II, Bologna, 1961, 622 ss.; R. PANNAIN, *Manuale di diritto penale*, I, Torino, 682 ss.; V. ZAGREBELSKY, *Reato continuato*², cit., 32-33.

³⁶¹ F. COPPI, *Reato continuato e cosa giudicata*, Napoli, 1969, 228.

³⁶² F. COPPI, *Op. ult. cit.*, 196; ID., voce *Reato continuato*, cit., 228. In senso analogo, pur se con sfumature differenti, anche F. RAMACCI, *Corso di diritto penale*, cit., 481; V.B. MUSCATIELLO, *Pluralità e unità*, cit., 216 ss.

³⁶³ D. BRUNELLI, *Dal reato continuato*, cit., 2758.

³⁶⁴ I quali, per tal via, saranno frutto della stessa “indole”. Così, E. MORSELLI, *Il reato continuato nell’attuale disciplina legislativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 137 ss.; ID., voce *Reato continuato*, in *Noviss. Dig. it.*, App. IV, Torino, 1986, 366, il quale arriva a tale conclusione, quella per cui sarebbe, cioè, necessario richiedere, ai fini dell’integrazione della continuazione di reati, l’esistenza di un «carattere fondamentale comune» tra i diversi reati, argomentando dall’art. 101 c.p. Cfr. anche G. FLORA, *Concorso formale*, cit., 1975, 513. *Contra*, per la giurisprudenza, Cass., Sez. I pen., 15 Marzo 1994, in *Cass. pen.*, 1996, 1122.

occasione o del permanere dello stesso rapporto»³⁶⁵. Il disegno, infatti, smembrandosi all'atto della commissione di un nuovo illecito per poi ricomporsi creando un amalgama comune con il tutto, lascerebbe piena e certa "traccia di sé", rendendo meno ardua e ostica la ricerca circa la sua ontologica esistenza³⁶⁶.

Si tratta tuttavia di una ricostruzione che, per quanto suggestiva e per molti aspetti condivisibile, non ha mancato di suscitare perplessità.

La necessità, infatti, di inserire connotati marcatamente oggettivi³⁶⁷ all'interno della struttura (pur sempre soggettiva) della continuazione di reati, viene giustificata ritenendo che il riconoscimento di una continuazione tra reati *eterogenei* possa pregiudicare la stessa categoria giuridica del concorso di reati, ormai «assorbita in una evanescente continuazione criminosa»³⁶⁸, con conseguente (rischio di una) abrogazione tacita della disciplina prevista per il concorso materiale di reati³⁶⁹.

Tuttavia, la portata innovatrice della riforma del 1974, nella parte in cui estende l'ambito di applicazione della continuazione di reati alle violazioni di natura eterogenea, non pare possa essere "valorizzata" fino a questo punto, sebbene nel pur condivisibile intento di offrire una lettura restrittiva di tale istituto. Di fronte al dettato dell'art. 81, comma 2, c.p., che prevede la possibilità di riconoscere il vincolo della continuazione quando le azioni, od omissioni, del soggetto agente concretino

³⁶⁵ A. PAGLIARO, *I reati connessi*, Palermo, 1956, 156 ss.; ID., *Principi*, cit., 606-607. *Contra*, in giurisprudenza, Cass., sez. I pen., 16 settembre 2008, n. 38443, in *Guida al diritto*, 2008, 86. Si veda, da ultimo, Cass., Sez. VI pen., 24 ottobre 2012, n. 44214, in *Dejure*, che esclude recisamente la possibilità di ravvisare un principio di identità criminosa qualora determinate azione siano state commesse in occasione, appunto, di condotte anteriori.

³⁶⁶ Sarebbe, poi, proprio la comune base di fatto, riscontrabile tra le violazioni eterogenee, connessa con una identica causa psichica, che le caratterizzerebbe, a giustificare le ragioni della trattamento "di favore" per il soggetto che agisce in continuazione in quanto registrabile, in lui, una «minor resistenza (...) nella ripetizione dell'illecito, (...) una minor colpevolezza, un minor grado di adesione personale, una minore riprovazione soggettiva». Così, testualmente, V.B. MUSCATIELLO, *Pluralità e unità*, cit., 218-219. In senso analogo anche D. BRUNELLI, voce *Reato continuato*, in *Dizionario di Diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, V, Milano, 2006, 4933. Sul punto, già R.A. FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, Città di Castello, 1937, 450, il quale, individuava nel "continuare" ad agire l'esistenza di una minore capacità a delinquere, in quanto frutto di una «persuasione di utilità già formatasi».

³⁶⁷ Un'accentuazione della componente oggettiva era già stata ritenuta da A. MORO, *Unità e pluralità*, cit., 205, come la più plausibile in quanto «più facilmente rintracciabile e meglio identificativ[a] di un sinonimico atteggiamento soggettivo».

³⁶⁸ Così F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 488.

³⁶⁹ E. MORSELLI, *Il reato continuato*, cit., 122.

violazioni «della stessa o di diverse disposizioni di legge», ogni interpretazione restrittiva sembrerebbe essere difficilmente prospettabile³⁷⁰.

Infatti, l'eliminazione del requisito della omogeneità delle violazioni commesse dal soggetto agente, l'assenza, cioè, di un elemento oggettivo caratterizzante la continuazione di reati, è apparso come una definitiva presa di posizione da parte del legislatore³⁷¹ del fatto che la continuazione di reati abbia una essenza ed un fondamento prettamente di carattere soggettivo³⁷² e non oggettivo come è, ad esempio, nell'esperienza tedesca³⁷³, dove la figura del reato continuato viene individuata su dati prevalentemente oggettivi.

Escludere, dunque, la possibilità che possa aversi una continuazione tra reati che costituiscono violazioni di diverse disposizioni di legge, o perché i reati commessi apprestino tutela ad interessi sostanzialmente diversi³⁷⁴ o perché non presentino somiglianza per caratteri fondamentali comuni³⁷⁵, non può che contrastare con la espressa volontà del legislatore.

³⁷⁰ Nello stesso senso R. PASELLA, *Osservazioni in tema di struttura e fondamento del nuovo reato continuato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 500. Cfr. anche G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale*, cit., 517, i quali ritengono *contra legem* ogni sforzo interpretativo diretto ad inserire nella struttura della continuazione di reati un elemento di natura oggettiva, per definizione “estraneo” alla “nuova” formulazione della disposizione.

³⁷¹ Sulla natura “soggettiva” della continuazione di reati, si veda, in particolare, G. BETTIOL, *Colpa d'autore e certezza del diritto*, in *Festschrift für P. Bockelmann*, München, 1979, 341. Sulla tendenza della legislazione più recente ad accentuare il carattere soggettivo del reato, con conseguente ridimensionamento dell'aspetto oggettivo del reato, Cfr., N. MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale. L'illecito commissivo doloso e colposo*, Milano, 1983, 7 ss., spec. 13.

³⁷² Come ha sottolineato attenta dottrina, infatti, con l'introduzione della continuazione tra reati di natura *eterogenea*, il legislatore non avrebbe fatto altro che «evidenziare la forza unificante del disegno criminoso». In questo senso, R. PASELLA, *Osservazioni*, cit., 501. Conferme in tale direzione vengono da R. RAMPIONI, *Nuovi profili*, cit., 607, e, già prima, da V. ZAGREBELSKY, *Reato continuato*², cit., 32, nota 4.

³⁷³ Sui requisiti dell'istituto della *continuatio* nella letteratura d'oltralpe si rinvia a P. PARISE, *Brevi osservazioni sull'istituto della continuazione nella recente esperienza giurisprudenziale tedesca. Spunti di riflessione*, in *Cass. pen.*, 1997, 3233 ss. Un'esaustiva indagine relativa alla dottrina tedesca sul punto è offerta da E. PROTO, *Sulla natura giuridica del reato continuato*, Palermo, 1951, 23 ss., il quale ricorda come la maggior parte di essa fosse orientata ad una concezione puramente oggettivistica del reato continuato, risolvendola – a seconda degli Autori – nella «omogeneità obbiettiva, nell'unità dell'evento, nella somiglianza delle forme di commissione, in una certa correlazione temporale e, da ultimo, nella utilizzazione dello stesso rapporto permanente ed occasionale». Per una critica generale alle teorie che ricostruiscono la continuazione di reati sulla base di dati marcatamente oggettivi, si rinvia ad A. PAGLIARO, *I reati commessi*, cit., 160 ss., anche in riferimento ai riferimenti bibliografici ivi presenti.

³⁷⁴ A. MORO, *Unità e pluralità*, cit., 208 ss.

³⁷⁵ Questa, come visto, la conclusione cui arriva E. MORSELLI, *Il reato continuato*, cit., 138.

La circostanza secondo cui il disegno criminoso, in quanto elemento psicologico, possa “retroagire” già sul piano della ricostruzione delle condotte tenute dal soggetto agente, “contaminandole” al punto da creare un amalgama comune con il tutto, sebbene si inserisca in un *trend* interpretativo consolidato volto a delimitare con precisione il rispettivo ambito tra l’elemento soggettivo e oggettivo del reato, non sembrerebbe tuttavia riuscire a spiegare, *funditus*, le peculiarità strutturali della continuazione di reati. Al contrario, anzi, fondare l’esistenza di un disegno criminoso sulla base della circostanza che nella situazione storica siano ravvisabili dei profili di specificità oggettiva, potrebbe determinare una vera e propria «noncuranza probatoria»³⁷⁶ rispetto alla ricerca di un tale elemento soggettivo. Ritenere, cioè, esistente un medesimo disegno criminoso “*per il solo fatto che*” siano ravvisabili degli indici che *oggettivamente* rendono omogenee le violazioni commesse, finirebbe con il risolversi nel riconoscimento, come precedentemente sottolineato, di una sorta di medesimo disegno criminoso *in re ipsa*, in quanto ne verrebbe dichiarata la ricorrenza tutte le volte in cui sia dato riscontrare un’omogeneità qualitativa tra le diverse violazioni³⁷⁷; potendosi prescindere, dunque, dalla ricerca di un legame psichico tra le stesse.

2.3. (Segue). B) L’indirizzo finalistico o teleologico. Discrasie normative e ossimori valutativi: superamento di un “dogma”.

Una volta sgombrato il campo da teoriche che ricostruiscono su basi meramente oggettive il tessuto connettivo della continuazione di reati, l’intuizione (o meglio: la suggestione) per cui il disegno criminoso non possa comunque essere interpretato in un’accezione puramente intellettuale, resta presente.

³⁷⁶ V. B. MUSCATIELLO, *Pluralità e unità*, cit., 193.

³⁷⁷ Se, dunque, non può riconoscersi, per le ragioni appena esposte, alcun ruolo significativo all’esistenza di contrassegni obiettivi per la ricostruzione – in termini strutturali – del “medesimo disegno criminoso”, ben potrebbero gli stessi essere utilizzati quali “indizi”, ai fini probatori, circa l’accertamento della sua esistenza, quali “sintomi” di un percorso soggettivo portato avanti dal reo attraverso la commissione di una pluralità di reati. Nulla esclude, cioè, che l’esistenza di un punto di connessione obiettiva tra i singoli reati costituenti la catena criminosa possa essere utilizzato in sede processuale ai fini del riconoscimento di un vincolo continuativo tra i diversi, ed eterogenei, reati commessi dal reo. Questa, del resto, la lettura fornita dalla giurisprudenza: cfr. Cass., Sez. I pen., 13 novembre 2012, n. 11564, in *Dejure*.

La necessità di controbilanciare la mancanza di indici oggettivi con un elemento soggettivo maggiormente “arricchito”, più intensamente caratterizzato sotto il profilo psicologico, resta esigenza ancora fortemente avvertita, specie in quegli Autori che muovono dall’intento di evitare un eccessivo snaturamento della *continuatio*.

Così, una parte consistente della scienza giuridica, definibile come “maggioritaria” se non assolutamente dominante sul punto, al fine di “rafforzare” la dimensione unitaria del reato continuato e di restringere l’ambito applicativo dell’art. 81, comma 2, c.p., arriva alla conclusione per cui il concetto di medesimo disegno criminoso non possa più essere concepito come mera rappresentazione mentale anticipata dei singoli episodi delittuosi. Tale interpretazione, si sostiene, non consentirebbe da un lato di distinguere una ipotesi continuativa dalle ipotesi che invece devono rientrare nell’ambito del concorso materiale di reati³⁷⁸, e non riuscirebbe a spiegare, dall’altro, quale sia «l’elemento significativo in grado di accomunare i reati anche del tutto eterogenei»³⁷⁹.

Per questi motivi, dunque, il medesimo disegno criminoso viene interpretato in un’accezione *finalistica*³⁸⁰: per poter affermare che il reo abbia agito “in continuazione”, sarebbe necessario ricercare l’*obiettivo unitario*³⁸¹ da questi perseguito attraverso la realizzazione della pluralità di reati, lo scopo in vista del

³⁷⁸ In questo senso, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 489. «Non basta la mera *unitarietà della rappresentazione o della deliberazione* – afferma l’ Autore – già per il fatto che non consente di distinguere, psicologicamente, il reato continuato e il concorso di reati dolosi, quando entrambi siano posti in essere con condotte simultanee o immediatamente successive» (corsivo Suo).

³⁷⁹ G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 707-708.

³⁸⁰ Un’esplicita identificazione del medesimo disegno criminoso con il fine ultimo perseguito dal soggetto agente, si ritrova in A. MORO, *Unità e pluralità*, cit., 203. Per la manualistica, si vedano F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, a cura di L. Conti, Milano, 2003, 526, il quale rileva che il disegno criminoso è quel «progetto di compiere una serie di azioni delittuose, deliberato nelle linee essenziali per conseguire un determinato fine». Analogamente anche M. GALLO, *Diritto penale*, vol. II, cit., 173 ss.; G. MARINI, *Lineamenti del sistema penale*, Torino, 1993, 630; A. NAPPI, *Guida al codice penale*, Milano, 2008, 562; T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 398; S. CANESTRARI-L. CORNACCHIA-G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2007, 768; F.C. PALAZZO, *Corso*, cit., 537, secondo il quale «il medesimo disegno criminoso implica anzitutto uno “scopo sufficientemente determinato”, che costituendo l’obiettivo del programma criminoso, rappresenta altresì la “causa psichica” che muove il soggetto all’ ideazione ed esecuzione di una pluralità di reati». Di recente anche E. MEZZETTI, *Diritto penale*, cit., 521; B. ROMANO, *Diritto penale. Parte generale*, Milano, 2016, 501-502.

³⁸¹ Così, anche L. GIZZI, *Brevi considerazioni in ordine alla struttura e alla natura del reato continuato, alla luce della recente giurisprudenza di legittimità*, in *Studi in onore di F. Coppi*, vol. I, Torino, 2011, 187, alla quale si rinvia, inoltre, per l’ampia giurisprudenza citata a supporto dell’assunto.

quale ha deciso di violare più volte la legge penale³⁸². Per tal via, le singole violazioni commesse dal soggetto agente perderebbero la loro individualità per entrare a far parte di una trama unitaria – lo scopo perseguito, appunto – ponendosi, le une rispetto alle altre prima e rispetto all’obiettivo avuto di mira poi, in un rapporto di *interdipendenza funzionale* il quale, svalutando l’autonomia dei singoli illeciti³⁸³, consentirebbe anche di rintracciare una sorta di “omogeneità qualitativa”³⁸⁴ tra le violazioni realizzate.

Nemmeno questo indirizzo interpretativo è parso essere in grado di cogliere le caratteristiche strutturali del medesimo disegno criminoso.

Anzitutto, si è rilevato come l’art. 81, comma 2, c.p. parlando di “disegno” sembrerebbe alludere ad un dato certamente intellettuale e non finalistico, posto che altrimenti il legislatore avrebbe utilizzato delle espressioni maggiormente “pregnanti” quali, ad esempio, quelle di “medesimo fine”, “medesimo scopo” o “medesimo risultato”³⁸⁵.

Più incisivamente, si deve rilevare come l’indirizzo in parola corra il rischio di muovere da un’autentica inversione metodologica: piuttosto, infatti, che partire dalla norma (meglio: dalle norme) per elaborare, poi, la relativa nozione, si parte, al contrario, proprio da quest’ultima piegando il risultato per tal via acquisito – e

³⁸² Per la valorizzazione dell’elemento finalistico, quale elemento *fondante* il “medesimo disegno criminoso”, Cass., Sez. V pen, 13 aprile 1978, n. 9902, C., in *Dejure*; Cass., Sez. I pen, 22 gennaio 1980, n. 6431, in *Cass. pen.*, 1980, p. 891. Si veda, di recente, Cass., Sez. V pen., 03 ottobre 2013, n. 5599, in *Dejure*; Cass., Sez. I pen., 17 marzo 2006, *ivi*.

³⁸³ Rileva F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 489, che in questo modo, infatti, i singoli reati «protesi verso un unico fine prestabilito (...) perdono la loro individualità». In altri termini, affermare che il medesimo disegno criminoso indichi il “fine” cui l’individuo tende, sta a significare che le singole azioni commesse «costituiscono la proiezione di un unico *atteggiamento antidoveroso* iniziale, restando in questo assorbiti, di un’unica persistente motivazione di un soggetto che, in sostanza, ha ceduto una sola volta ai motivi a delinquere» (corsivo Suo).

³⁸⁴ G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 706. V. anche G. FLORA, *Concorso formale*, cit., 527; R. RAMPIONI, *Nuovi profili*, cit., 625.

³⁸⁵ Cfr., in particolare, G. DE FRANCESCO, *La connessione teleologica nel quadro del reato continuato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, 11. La suggestione, sembrerebbe essere inoltre avvalorata dalla lettura della *Relazione ministeriale sul progetto definitivo di codice penale*, in *Lavori preparatori*, V, p. I, Roma, 1929, 134, nella quale si precisa che nel reato continuato «è l’elemento intellettuale, e non già l’elemento deliberativo e volitivo che sorregge l’attività criminosa». *Contra*, tuttavia, M. GALLO, *Diritto penale*, II, cit., 173, il quale rileva come facendo esclusivo riferimento al significato linguistico delle parole si dovrebbe pervenire ad una soluzione diametralmente opposta: se infatti il disegno deve intendersi come “programma”, «che cosa significa – si chiede l’Autore – pianificare se non predisporre le fasi esecutive considerate necessarie per addivenire ad un certo risultato: per attuare, insomma un certo scopo?»

determinato, il più delle volte, da un pur lodevole intento di restringere l'ambito applicativo dell'art. 81, comma 2, c.p. – alla regola. Siffatto *modus argomentandi* parrebbe suscitare qualche perplessità. A fronte, infatti, di un modello normativo così scarno o, quantomeno, di così difficile decifrazione, l'unica operazione metodologicamente corretta sembrerebbe essere quella di ricercare, nell'ambito del sistema codicistico, l'esistenza di altre disposizioni che, affini alla continuazione quanto a struttura materiale-sostanziale, permettano di “decodificare” la formula legislativa. Così, se a struttura oggettiva e, *pour case*, soggettiva uguale o, quantomeno, simile, sia possibile scorgere trattamenti sanzionatori diversi, allora ciò potrà essere un importante segnale interpretativo per il medesimo disegno criminoso.

2.4. Il “medesimo disegno criminoso” in considerazione della sua “struttura” e della sua “dinamica applicativa”.

L'attenzione sembrerebbe doversi rivolgere, anzitutto, all'aggravante da c.d. nesso teleologico di cui all'art. 61, n. 2, c. p., la quale prevede l'ipotesi in cui la pluralità delittuosa commessa dal soggetto agente sia legata da un rapporto di “mezzo a fine” e in cui il singolo reato si pone quale *strumento* necessario per il raggiungimento di un'utilità, cioè uno scopo perseguito dal soggetto agente. È evidente come tra la continuazione di reati e l'aggravante in questione intercorra una profonda analogia se non una vera e propria «interferenza»³⁸⁶, non sembrando possibile avanzare ipotesi circa una loro diversità strutturale³⁸⁷: in tutti e due i casi, infatti, la pluralità delittuosa risulta essere “collegata” da un coefficiente psicologico di natura remota chiamato ad armonizzare una realtà naturalistica di tipo eterogeneo.

³⁸⁶ G. DE FRANCESCO, *La connessione*, cit., 104.

³⁸⁷ Così, E. PROTO, *Insufficienza funzionale della teoria dell'unità parziale del reato continuato in tema di circostanze*, in *Arch. pen.*, 1955, 201. Nello stesso senso anche G. DE FRANCESCO, *La connessione*, cit., 107; V. B. MUSCATIELLO, *Pluralità e unità*, cit., 362. *Contra*, nel senso per cui sia possibile scorgere una differenza strutturale tra le due ipotesi, A. PAGLIARO, *I reati connessi*, cit., 173, secondo il quale la più vistosa divergenza risiede nella «intercambiabilità» dei reati nel reato continuato, a differenza invece del nesso teleologico dove è sempre necessario un ordine fisso tra le violazioni.

La sinonimia strutturale, tuttavia, conduce nelle due ipotesi a risultati sanzionatori del tutto antitetici: trattamento di favore, nell'ipotesi di cui all'art. 81, comma 2; aumento di pena, nell'aggravante da nesso teleologico.

Non ritenendosi ammissibile che uno stesso dato (un "disegno" criminoso) possa condurre ora ad ottenere un beneficio sanzionatorio, ora determinare un aggravamento della pena, l'unico modo per "superare" l'apparente contraddizione nella quale sembrerebbe essere incorso il legislatore è stato quello di ritenere tacitamente abrogata l'aggravante di cui all'art. 61, n. 2, c.p. Si tratta di una soluzione che, sia pur largamente diffusa nella letteratura giuridica, possa essere superata in forza del principio di conservazione degli atti giuridici, il quale impone di ricercare delle soluzioni interpretative che consentano di restituire – alla singola disposizione oggetto di analisi – un significato coerente con il sistema e, in ultima analisi, evitarne una sua eliminazione dall'ordinamento.

L'unico modo per superare simile *impasse* potrebbe essere quello di considerare l'aggravante da nesso teleologico dotata di una diversa ed autonoma caratterizzazione sostanziale dal punto di vista soggettivo:

quello di interpretare il disegno criminoso di cui all'art. 81 c.p. in maniera opposta rispetto a quanto accade nell'aggravante da nesso teleologico. Se qui, infatti, il "disegno" perseguito dall'agente assume (necessariamente) un connotato finalisticamente orientato in considerazione del fatto che i reati consumati dall'agente si pongono, tra di loro, in un rapporto di strumentalità di ritenere che l'aggravante da nesso teleologico presenti una diversa *caratterizzazione sostanziale* dal punto di vista soggettivo: la circostanza per cui i singoli reati commessi si pongano, tra di loro, in un rapporto di mezzo-fine, protesi dunque verso un unico obiettivo prestabilito, ciò non può che indurre a ritenere che il "disegno" di cui all'art. 61, n. 2, c.p. abbia una natura "finalisticamente" orientata. Se, dunque, a questo finalismo dell'intelletto corrisponde un trattamento sanzionatorio *in peius*, ne deriva che il "disegno" di cui all'art. 81, comma 2, c.p., ponendosi quale contrassegno di una minore riprovevolezza del complessivo comportamento del soggetto agente, debba essere inteso in maniera differente rispetto a quanto accade,

ex lege, nell'aggravante da nesso teleologico onde non arrivare alla poco plausibile conclusione di ritenerla tacitamente abrogata³⁸⁸.

Per un diverso inquadramento del medesimo disegno criminoso nell'ambito della disciplina sostanziale dettata dal legislatore, sembrerebbe doversi utilizzare un approccio differente rispetto ai sentieri tradizionalmente percorsi dalla dottrina. Si avverte, cioè, l'esigenza di studiare la formula codicistica facendo riferimento a due piani d'indagine, non distanti, non autonomi l'uno rispetto all'altro, ma tra loro complementari e concatenabili, sì da coglierne le sue peculiarità costruttive e operative.

Innanzitutto, il medesimo disegno criminoso deve essere analizzato da un punto di vista *strutturale*. Indagine che sembrerebbe condurre alla conclusione secondo cui tale elemento debba essere interpretato in un'accezione intellettuale "pura"³⁸⁹, scevra da implicazioni linguistiche che, attribuendogli colorazioni finalistiche, impediscano di coglierne le sue caratteristiche normative. Dall'analisi svolta, infatti, sembrerebbe potersi rilevare come nella commissione della pluralità criminosa che caratterizza il sottosuolo strutturale della continuazione di reati, l'ordinamento non reputi necessaria l'esistenza di una corrispondenza formale tra elemento soggettivo ed oggettivo, limitandosi a richiedere che l'addebito di responsabilità sia condotto in termini personali, andando "al di là delle apparenze" – l'esistenza di omogeneità tra

³⁸⁸ Il dibattito interpretativo sui rapporti di compatibilità-esclusione tra aggravante da nesso teleologico e continuazione di reati è diviso tra quanti sostengono la possibilità che le due norme possano coesistere all'interno dello stesso ordinamento giuridico e quanti, invece, la negano. In quest'ultimo senso Cfr., I. CARACCIOLI, *Sul problema della sopravvivenza delle aggravanti di cui all'art. 61, n. 2 cod. pen. (tra Mini-riforma e progetto di Riforma del Codice Penale)*, in *Riv. pen.*, 1976, 3 ss.; E.M. AMBROSETTI, *Problemi attuali in tema di reato continuato. Dalla novella del 1974 al nuovo codice di procedura penale*, Padova, 1991, 56, secondo cui tale soluzione deve essere motivata non tanto per principi logico-giuridici, quanto piuttosto per l'esistenza di una mancanza di coordinamento tra le due disposizioni normative ad opera della riforma del 1974. Nella manualistica, la tesi della "interpretatio abrogans" è ripresa da F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 490, (per il quale tale soluzione deve ritenersi «incontestabile») ed avvertita come la più fondata anche da G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 451, i quali ritengono «assurdo e contraddittorio» ritenere che una pluralità criminosa, unita da uno stesso vincolo, possa dare contemporaneamente luogo ad un trattamento di favore e ad un aumento di pena. Nello stesso senso, prima dell'intervento riformatore del 1974, F.C. PALAZZO, *Considerazioni sulla compatibilità fra le aggravanti dell'esposizione alla pubblica fede e dell'uso della violenza o di mezzi fraudolenti e sulla compatibilità fra reato continuato e aggravante teleologica*, in *Temi*, 1971, 176 e ss.; E. PROTO, *Insufficienza*, cit., 200-201. Nel senso della tacita abrogazione della continuazione di reati, invece, L. DE LIGUORI, *Connessione teleologica e concorso di reati*, in *Cass. pen.*, 1987, 1032. Per una "pacifica convivenza" tra le due disposizioni, G. DE FRANCESCO, *La connessione*, cit., 109.

³⁸⁹ Sembrerebbe aderire a tale soluzione interpretativa anche D. PULITANÓ, *Diritto penale. Parte generale*, Torino, 2015, 454.

le singole violazioni – per indagare quindi sul reale grado di partecipazione psicologica nella realizzazione di quella pluralità delittuosa³⁹⁰.

Ciò, tuttavia, non esclude che lo stesso “disegno criminoso” possa colorarsi di note ulteriori avendo riguardo alla sua *dinamica applicativa*. Il “medesimo disegno criminoso”, infatti, non pare possa essere concepito come un concetto fisso e immutabile, mero criterio dotato della sorprendente capacità e attitudine di avvincere a sé un complesso di reati³⁹¹. In quanto elemento di natura squisitamente psichica, potrà essere “riempito di contenuto” solo avendo riguardo alle circostanze del caso concreto, in ragione delle quali potrà subire variazioni qualitative e quantitative e assumere una diversa “graduazione” in considerazione delle caratteristiche proprie del fatto storico.

Ben potrebbe parlarsi, allora, di “fine” in relazione a tale requisito, ma solo a condizione che l’elemento in questione non divenga il fondamento della costruzione positiva del disegno criminoso³⁹².

Muovendo da queste premesse, ben potrebbe allora ritenersi che anche il rapporto mezzo-fine *ex art. 61 n. 2 c.p.*, la premeditazione³⁹³, l’aver agito in stati d’ira,

³⁹⁰ Cfr., al riguardo, la recente ricostruzione proposta da A. GABOARDI, *Le loquaci spoglie del reato continuato*, in *Cass. pen.*, 2014, 3990, secondo cui il medesimo disegno criminoso rappresenta «uno schema dogmatico utile a cogliere il profilo di complessa unitarietà della colpevolezza dell’agente per tutti i fatti commessi e ad adeguare la risposta sanzionatoria a questa intricata realtà soggettiva».

³⁹¹ Fondamentale, al riguardo, l’analisi svolta da G. DE FRANCESCO, *La connessione teleologica*, cit., 112 ss., il quale descrive il disegno criminoso quale «coefficiente psicologico di intensità graduabile». Si vedano, dello stesso Autore, *Appunti sulla capacità a delinquere come criterio di determinazione della pena nel reato continuato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, 1451 ss.; e *Diritto penale. 2. Forme del reato*, Torino, 2013, 60-61.

³⁹² È, questa, la soluzione cui già era pervenuto V. ZAGREBELSKY, *Reato continuato*², cit., 42, il quale a torto viene collocato tra gli esponenti dell’indirizzo finalistico o teleologico. L’Autore afferma esplicitamente che al disegno criminoso deve attribuirsi la natura di “*rappresentazione*” di tutti gli episodi poiché solo in questo modo è possibile spiegare la funzione unificatrice ed al tempo stesso attenuatrice della gravità del complesso delittuoso. Più avanti, lo stesso Autore (*Ibidem*, 46) utilizza il concetto di “scopo” per descrivere il disegno criminoso, ritenendolo più opportuno al concetto di “interesse”, ed in ciò giustificandosi la sua collocazione tra i fautori dell’indirizzo finalistico. Tuttavia lo Zagrebelsky ha cura di precisare come l’idea di “scopo” «può aver rilevanza nell’indagine probatoria diretta a ricercare il nesso di continuazione; non riguarda invece la struttura del disegno criminoso, che resta di mera rappresentazione, in via certa o eventuale, di una serie di violazioni di legge».

³⁹³ Anche rispetto alla premeditazione, infatti, si è a lungo ritenuta la sua incompatibilità con il medesimo disegno criminoso, su cui, per tutti, E. PROTO, *Insufficienza*, cit., 197-199. Aderendo, tuttavia, ad una visione “elastica” del disegno criminoso, la premeditazione potrà essere validamente utilizzata quale elemento valevole non solo per individuare la «*violazione più grave*» ma anche per consentire al giudice di individuare il *quantum* di aumento cui apportare alla pena-base così

rientrino nell'ambito di tale elemento soggettivo che risulterà maggiormente caratterizzato e intenso. A seconda delle forme che esso, in concreto, può venire ad assumere, il giudice potrà applicare una pena più rispondente alle caratteristiche mediante le quali quel programma è stato messo in atto. Sarà, cioè, in grado di commisurare la pena muovendosi nel rispetto dei parametri legislativi che, laconicamente, gli ricordano che «può»³⁹⁴ aumentare tale pena, quella che dovrebbe infliggersi per la violazione più grave, «fino al triplo».

Ad uno sguardo più attento, sembra essere proprio questa la caratteristica saliente della continuazione di reati. Con tale istituto, cioè, si richiede di uscire dal freddo automatismo sanzionatorio caratterizzante la disciplina del concorso materiale di reati per avvicinarsi, con più accentuata sensibilità, alle dinamiche plurime pur riconducibile ad un unitario complesso – appunto – psicologico che caratterizza l'agire umano³⁹⁵.

3. Dall'oggettivismo al soggettivismo. Capitolo II: verso un diritto penale del tipo d'autore?

individuata. Cfr., sia pur con diverse motivazioni, A. PAGLIARO, *I reati connessi*, cit., 172; V. ZAGREBELSKY, *Reato continuato*², cit., 161; R. RAMPIONI, *Nuovi profili*, cit., 643-646, nonché, più recentemente, F. MAZZA, *La premeditazione del delitto tra dogmatica giuridica e neuroscienze*, Padova, 2016, 180.

³⁹⁴ Nonostante la formulazione linguistica utilizzata dal legislatore sembrerebbe essere nel senso di attribuire al giudice l'esercizio di una versa e propria "facoltà" nello stabilire non solo il *quantum* dell'aumento ma anche l'*an* dello stesso, la dottrina sul punto è sufficientemente concorde nel ritenere che nei confronti del giudice sussista un vero e proprio obbligo di procedere all'aumento di pena (anche solo di un giorno). Cfr., *ex plurimis*, V. ZAGREBELSKY, *Reato continuato e concorso formale di reati*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, diretta da F. Bricola e V. Zagrebelsky, II, Torino, 1996, 346 ss; A. NAPPI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2010, 924.

³⁹⁵ Da qui, si ritiene di dover condividere l'opinione, largamente diffusa in dottrina (meno in giurisprudenza), secondo cui la violazione più grave debba essere individuata in *concreto* e non in *astratto* al fine di consentire una più adeguata e ponderata valutazione circa la *effettiva* gravità dei fatti commessi. Per un efficace quadro di sintesi delle ragioni sostanziali poste a fondamento da ciascuno dei due indirizzi contrapposti, si rinvia a F. GIUNTA, *Reato continuato e violazione più grave*, in *Studium iuris*, 1997, 285 ss.

Seguendo logiche emergenziali in cui il bisogno di (maggior) sicurezza³⁹⁶ si trasforma in un interesse giuridico (inafferrabile ma) dotato di autonoma valenza “politico-criminale”³⁹⁷, l’individuo-reo da “veicolo” per consentire al sistema penale di attrarre quelle condotte che, contrarie ai precetti legali, abbiano cagionato una lesione all’interesse giuridico sotteso alla fattispecie incriminatrice diviene la *ratio* stessa dell’incriminazione. Il suo “modo di essere” rappresenta una minaccia che, per l’ordinamento, si traduce in un “bisogno di punire” *prima* della commissione del fatto e *a prescindere* dalla verifica di un danno.

Una “caccia” agli “individui irresponsabili” che attraversa, trasversalmente, ogni settore del diritto penale³⁹⁸. Dalla parte generale, in cui si stagliano, in primo piano, le modifiche normative apportate alla disciplina della recidiva³⁹⁹, della prescrizione⁴⁰⁰ e della legittima difesa domiciliare⁴⁰¹, sino ad arrivare alla parte speciale che rappresenta, indubbiamente, il terreno privilegiato per registrare le più tumultuose derive verso un diritto penale del tipo d’autore.

³⁹⁶ Sui diversi volti che hanno assunto le risposte penali al bisogno collettivo di sicurezza, A. MASSARO, *Salute e sicurezza nei luoghi di detenzione: coordinate di un binomio complesso*, in *La tutela della salute nei luoghi di detenzione. Un’indagine di diritto penale intorno a carcere, REMS e CPR*, Roma TrE-Press, 2017, 64 ss.

³⁹⁷ Sulla sicurezza come «finzione sociale», relegata ad un valore meramente simbolico e inoperante nel diritto penale, S. MOCCIA, *L’odierna funzione di “controllo” e “orientamento” della dottrina*, in *Criminalia*, 2013, 410. *Amplius*, M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, 3558; D. PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 547; A. CAVALIERE, *Può la “sicurezza” costituire un bene giuridico o una funzione del diritto penale?*, in *Crit. dir.*, 2009, 43 ss.; G. INSOLERA, *Sicurezza e ordine pubblico*, in *Ind. pen.*, 2010, 27.

³⁹⁸ Cfr. l’ampia ed approfondita analisi di E.M. AMBROSETTI, *L’eterno ritorno del tipo d’autore nella recente legislazione e giurisprudenza penale*, in *Trattato breve di diritto penale. Temi contemporanei. Per un manifesto del neoiluminismo penale*, a cura di G. Cocco, Cedam, 2016, 81 ss.

³⁹⁹ Rileva, non a caso, T. PADOVANI, *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, in *Guida dir.*, 1, 2006, 32-33, come il recidivo rappresenti «un tipo normativo d’autore (...) da isolare e da abbattere». Per ampie considerazioni critiche, Cfr. altresì M. PAVARINI, *La neutralizzazione degli uomini inaffidabili. La nuova disciplina della recidiva e altro ancora sulla guerra alle Unpersonen*, in *Studi quest. crimin.*, 2006, 7 ss.

⁴⁰⁰ D. PULITANÒ, *Lo sfaldamento del sistema penale e l’ottica amico-nemico*, in *Quest. Giust.*, 2006, 745 ss.

⁴⁰¹ Sul punto, si vedano le considerazioni di V. MILITELLO, *La proporzione nella nuova legittima difesa: morte o trasfigurazione?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 831; A. GAMBERINI, *Percorsi autoritari ed esiti simbolici nella riforma della legittima difesa*, in *La legislazione penale compulsiva*, a cura di G. Insolera, Cedam, 2006, 67 ss.

Non sembrerebbero potersi spiegare i draconiani livelli di pena previsti per la neo-introdotta fattispecie di omicidio stradale⁴⁰² se non avendo riguardo alla (maggiore) pericolosità insita nel “pirata della strada”; la moltiplicazione delle fattispecie associative non può essere giustificata se non avendo riguardo alla più insidiosa caratterizzazione criminale che il “mafioso” e il “terrorista”⁴⁰³ acquisiscono per il loro operare all’interno di una organizzazione; non poteva validamente giustificarsi l’introduzione dell’aggravante della clandestinità⁴⁰⁴ se non considerando lo straniero irregolare (il “clandestino”, appunto), quale portatore *ex se* di un disvalore soggettivo-individuale.

Ambiti interpretativi, tra loro, del tutto eterogenei che presentano almeno due costanti. Anzitutto, quella rispondere al “problema della criminalità” (e, più in generale, alle multifattoriali forme di “rischio” per la collettività⁴⁰⁵) attraverso una spiccata valorizzazione della *pericolosità soggettiva* degli *individui-criminali* che, in concreto, vengono in rilievo⁴⁰⁶. Poi, il fatto che la “reazione” ai fenomeni in questione avviene, nella maggior parte dei casi, attraverso dei prodotti normativi frutto di una imprecisa formulazione linguistica⁴⁰⁷ capace di trasformare simili fattispecie in ordigni linguistici indecifrabili e, per questo, ingovernabili nella loro assoluta discrezionalità.

⁴⁰² A. MASSARO, *Omicidio stradale e lesioni personali stradali gravi o gravissime: da un diritto penale “frammentario” a un diritto penale “frammentato”*, in *Dir. pen. cont.*, 20 maggio 2016.

⁴⁰³ G. FLORA, *Verso un diritto penale del tipo d’autore?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 562. Con riferimento al passaggio dal fatto all’autore nei “reati a finalità di terrorismo”, sia consentito il rinvio a L. BRIZI, *L’illecito penale costruito ex latere subjecti: la “finalità di terrorismo” alla prova del diritto penale del fatto*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, 1/2017, 23 ss.

⁴⁰⁴ A. MANNA, *Il diritto penale dell’immigrazione clandestina, tra simbolismo penale e colpa d’autore*, in *Cass pen.*, 2011, 446; M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d’autore nel controllo penale dell’immigrazione*, in *Quest. giust.*, 2009, 127.

⁴⁰⁵ Sul ruolo giocato dalle esigenze di “difesa della società” relativamente all’allocazione delle scelte punitive – tanto in chiave di politica-legislativa, quanto quale canone capace di “guidare” le scelte dell’interprete – F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell’illegalità penale*, Il Mulino, 1990, 47 ss., nonché C.E. PALIERO, *La maschera e il volto. Percezione sociale del crimine ed “effetti penali” dei media*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 467 ss.

⁴⁰⁶ Tendenza efficacemente descritta da F. GIUNTA, *Verso una nuova pericolosità sociale (perennemente in cerca d’autore)*, in *Pericolosità e giustizia penale*, a cura di M. Pavarini, E. Dolcini, Bononia University Press, 2013, 79 ss.

⁴⁰⁷ Per tutti, S. MOCCIA, *La promessa non mantenuta. Ruolo e prospettive del principio di tassatività/determinatezza nel sistema penale italiano*, Esi, 2001, 21 ss.

4. *Un passo indietro. Cenni alle dottrine tedesche del “tipo d’autore”: da Erik Wolf a Gunter Jakobs.*

Si tratta di affermazioni, o preoccupazioni, quelle espresse nel testo, ormai largamente diffuse⁴⁰⁸.

Storicamente, la nascita dell’ideale del tipo d’autore quale fondamento, *ratio* esclusiva, della punibilità vengono ascritte al giurista tedesco Eric Wolf⁴⁰⁹ il quale ebbe a scrivere che, nell’ambito del diritto penale, doveva essere punito l’agente e non l’azione. Andava punito, altrimenti detto, il soggetto agente del reato, in quanto «*membro personale della comunità con coscienza giuridica decaduta*».

Ma non solo.

Il Wolf ebbe ad andare oltre queste (già sconcertanti) affermazioni, ritenendo non solo che «l’azione è solo la manifestazione di un personalissimo cedimento della coscienza» ma anche che «al posto di un catalogo di tipi di reato bisogna mettere un catalogo di tipi di persone, forme tipizzate di personali cadute di coscienza»⁴¹⁰.

Questa rappresenta, *in nuce*, il programma del nascente tipo normativo d’autore: non i fatti, non le azioni costituiscono il fulcro della rilevanza penale per l’ordinamento giuridico-punitivo ma gli agenti, i soggetti. Non più un tipo costruito, come avveniva nella scuola positiva, su basi criminologiche ma su basi cosiddette normative: figure che dovevano incarnare ed essere espressione di una personale rottura e ribellione verso la società e lo stato⁴¹¹.

⁴⁰⁸ Cfr., in particolare, E.M. AMBROSETTI, *L’Eterno ritorno del tipo d’autore nella recente legislazione e giurisprudenza penale*, in *Trattato breve di diritto penale. Temi Contemporanei. Per un manifesto del neoilluminismo penale*, a cura di G. Cocco, Cedam, Padova, 2016, p. 81 ss.

⁴⁰⁹ E. WOLF, *Com Wess des Taters*, 1932

⁴¹⁰ Si tratta di una concezione che, in Italia, trova un punto di appoggio anche in A. GEMELLI, *Lo studio del reato come mezzo di indagine nella valutazione del delinquente*, in *Jus*, 1940, p. 234, quando evidenziava come «l’azione delittuosa in sé considerata, è inintelligibile, non ha valore né disvalore, non è né logica né illogica, non è né buona né cattiva; per poter affermare che essa è delittuosa bisogna trascendere il suo modo di realizzarsi per considerarla nell’uomo che la compie, nel modo con cui è compiuta la quale è la sola via per giudicarla».

⁴¹¹ Cfr., G. MARINUCCI, *Il tipo normativo di autore: inquadramento dogmatico ed esperienze giurisprudenziali*, in *Il soggetto autore del reato: aspetti criminologici, dogmatici e di politica criminale*. Atti della Giornata di Studi penalistici in ricordo di Alessandro Alberto Calvi, Padova, 18 novembre 2011, Cedam, Padova, 2013, p. 76 ss. «Sentite le parole di Wolf – vengono i brividi: *tipi di agenti* e non più tipi di azioni e di fatti, espressione della crisi della coscienza civica dell’agente, dell’assenza di fedeltà e di onore, del suo atteggiamento interiore, della violazione dei doveri. Così il

Il Wolf gettò, così, le basi per una importante rivoluzione nella concezione della struttura del reato, e nell'esatta individuazione del fondamento della punibilità del soggetto agente. Ideali che, sotto l'influsso della Germania nazista, si svilupparono prepotentemente⁴¹².

È, di poi, al Georg Dahm che si deve l'ulteriore sviluppo della concezione del Wolf. Nella monografia sul "Tipo d'autore nel diritto penale"⁴¹³, l'Autore tedesco tracciava un affresco estremamente limpido del nuovo volto che si voleva imprimere al diritto penale. Il fondamento della pena, secondo il Dahm, doveva rintracciarsi non più in ciò che uno *fa (so tun)*, bensì in quello che uno *è (so sein)*; il delinquente deve essere punito non già perché *ha rubato*, ma perché *è un ladro*.

Questo perché secondo il Dahm, l'autore è l'ombra del Tatbestand, nel senso che materializza quella figura di delinquente che stava innanzi alla mente del legislatore quando formulò la fattispecie incriminatrice. L'uomo-agente-reo è quella persona che rende, per il suo modo di essere, penalmente rilevante, antiggiuridica, l'azione commessa⁴¹⁴. L'impronta eticizzante al fondo di questa svolta fu ulteriormente scolpita dallo Shaffstein, per il quale «i concetti di onore, fedeltà e dovere si collocano al centro della dogmatica penalistica, perché dopo la distruzione del sistema giuridico individualistico hanno acquisito un diretto e concreto significato per la prassi in quanto concetti giuridici, così da portare ad espressione la ritrovata unità del diritto penale e dell'ordine etico popolare».

Ancora.

Il Bockelmann aveva posato una ulteriore pietra nella edificazione del diritto penale del tipo d'autore, quando scrisse, all'inizio della guerra, che «come nell'ambito della

reato scompare: vi sono soggetti privi di coscienza civica, che hanno rotto il rapporto di fedeltà, hanno perso il senso dell'onore e sono nemici della società dello Stato»; in questi termini, l'Autore citato.

⁴¹² Cfr., tuttavia, A. FIORELLA, voce *Reato (dir. pen.)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXVIII, 1987, secondo cui «Affrontando una tematica di raggio sicuramente più limitato, il Wolf, nel creare la figura del Tätertypus, rimaneva fedele alla concezione della "pena-per-il-fatto"; perché in ogni caso il Tätertypus non valeva a significare che la pena colpisse in sé l'autore per il suo "modo di essere". Sia pur sotto l'impulso di un movimento di eticizzazione del concetto di illecito, la concezione del Wolf si riduceva tutto sommato al tentativo di una migliore classificazione in ultima analisi "esteriore" di concetti, che portava a contrapporre gli elementi inerenti al fatto a quelli che, si assumeva, non potessero ad esso attere; perché propriamente concepibili, come rilevava pure il Lange, solo in rapporto ad un soggetto determinato».

⁴¹³ G. DAHM, *Der Tätertyp im Strafrecht*, Lipsia, 1940.

⁴¹⁴ Cfr., G. GUARNERI, *Il delinquente tipo*, Fratelli Bocca editori, Milano, 1942, p. 19.

morale e della religione la penal colpisce l'uomo non soltanto perché ha peccato ma perché è un peccatore, così il giudice terreno deve reprimere l'uomo perché è un malvagio, uno scellerato, un cattivo nemico del popolo e dello stato».

Si tratta di idee che non rimasero scritte sulla carta, in quanto si impressero direttamente nella legislazione penale tedesca di guerra, dove si puniva chi era, appunto, un nemico del popolo e dello stato⁴¹⁵.

Si tratta di coordinate ermeneutiche che hanno determinato una radicale sconfitta delle concezioni tipiche del diritto penale liberale⁴¹⁶.

Il significato, il se, il perché ed il come della pena non dipendono più dal fatto commesso dall'agente, *ma dalle sue caratteristiche personali*, dal suo particolare modo di essere. Si sostituisce l'azione ed il fatto con l'autore.

Si tratta di concezioni che sembrerebbero riecheggiare in maniera sin troppo eloquente nella recente teoria del c.d. diritto penale del nemico, elaborata dal giurista tedesco Gunter Jakobs⁴¹⁷.

Con simile espressione, l'Autore tedesco intende riferirsi non già ad una strategia di contrasto a talune forme di criminalità, bensì a determinati settori dell'ordinamento penale i quali, gestiti dai medesimi attori istituzionali che gestiscono ordinariamente il diritto penale, sono caratterizzati da marcate deviazioni rispetto al modello ordinario di diritto penale.

Secondo Jakobs, all'interno del medesimo sistema sarebbero per tal via riconoscibili due distinti modelli di diritto penale: da un lato, un diritto penale ordinario (o del

⁴¹⁵ Sullo sfruttamento ideologico di simili teorie, per tutti, A.A. CALVI, *tipo criminologico e tipo normativo d'autore*, cit., p. 501,

⁴¹⁶ Contra, parzialmente, A. FIORELLA, voce *Reato (dir. pen.)*, cit., secondo cui «deve farsi attenzione a non attribuire a tale concezione significati maggiori di quanti ne abbia. Se è vero che può ipotizzarsi che la visione medesima tentasse come di mediare tra la concezione classica della pena per il "tipo del fatto" e la concezione positiva (della cosiddetta scuola positiva) della pena per il "tipo criminologico d'autore"; a meglio vedere, però, emerge che i teorici della Täterstrafe, perseguendo, almeno in via di principio, fini non preventivi, ma retributivo-repressivi, non potevano considerarsi quali fautori della "pena per la pericolosità dell'autore". Essi erano invece fautori di una "pena per la dannosità-malvagità in sé dell'autore", che, volta al passato, essenzialmente prescindeva dal pericolo di futuri reati eventualmente insito nella natura del soggetto attivo. In breve, si sarebbe dovuto punire non "l'autore (criminale) potenziale", ma "l'essenza (criminale) dell'autore".

⁴¹⁷ Cfr., G. JAKOBS, *Il diritto penale del nemico*, in *Il diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, a cura di M. Donini, M. Papa, Milano, 2007, 5 ss.; ID., *Diritto penale del nemico? Una analisi sulle condizioni della giuridicità*, in *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cura di A. Gamberini, Milano, 2007, 109 ss.; ID., *I terroristi non hanno diritti*, in *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, a cura di R.E. Kostoris, R. Orlandi, Torino, 2006, 3 ss.

cittadino) che vedrebbe come destinatari i delinquenti che si limiterebbero a violare questa o quella norma incriminatrice ma che riconoscono l'autorità dell'ordinamento nel suo complesso; dall'altro, un diritto penale del nemico che si rivolgerebbe a soggetti che si oppongono frontalmente all'ordinamento giuridico, rispetto ai quali non vi può essere nessuna aspettativa di comportamento conforme al diritto.

I tratti essenziali del diritto penale del nemico sarebbero così riassumibili:

- a) ampia incriminazione di atti preparatori: il diritto penale del nemico, invero, non deve più attendere, come per il diritto penale del cittadino, la lesione o almeno una messa in pericolo del bene per intervenire, ma tende a limitare la libertà personale dell'individuo già al momento della preparazione del reato;
- b) elevatissimi livelli sanzionatori, che si sprigiona, in particolare, anzitutto con riferimento alle condotte di mera partecipazione alle associazioni criminali;
- c) orientamento delle funzioni della pena alla mera neutralizzazione della pericolosità del condannato, secondo un paradigma che mira all'esclusione del medesimo anziché alla sua re-inclusione nel contesto sociale;
- d) marcate deviazioni dalle regole processuali ordinarie, nella direzione di una drastica diminuzione delle garanzie difensive e, soprattutto, di una legittimazione sempre più ampia, in presenza di soglie indiziarie molto basse, di tecniche di investigazione invasive della sfera privata degli individui, alla ricerca di prove di attività preparatorie ancora lontane dalla sfera delle potenziali vittime⁴¹⁸.

La tesi - passata praticamente inosservata all'epoca della sua prima formulazione nell'ormai lontano 1985, successivamente riproposta a partire dal 2000 e da quel momento al centro dell'attenzione della scienza penalistica internazionale - sembra calzare a pennello per il terrorismo di matrice islamica: e il timing della sua riproposizione, giusto alla vigilia dell'undici settembre, ne spiega facilmente l'enorme risonanza ottenuta. Anche perché «l'immagine del “nemico” si adatta perfettamente al “tipo” soggettivo di un terrorista straniero, che opera all'interno dei paesi occidentali nel quadro di una “jihad globale”, e dunque di quella che egli stesso concepisce come una guerra contro l'occidente; un soggetto, ancora, rispetto al quale è difficile pensare a un discorso di ri-socializzazione mediante la pena (posto che si

⁴¹⁸ *Amplius*, F. VIGANÒ, *Diritto penale del nemico e diritti fondamentali*, in *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*, a cura di A. Bernardi, B. Pastore, A. Pugiotto, Giuffrè, Milano, p. 107

tratta di soggetto sin dall'inizio estraneo alla società che sta combattendo, i cui valori egli anzi decisamente respinge), e rispetto al quale è altrettanto illusorio ipotizzare che la minaccia di una pena (anche elevata) possa spiegare una qualche efficacia deterrente, essendo egli in genere disposto a sacrificare la propria stessa vita per raggiungere i propri obiettivi»⁴¹⁹.

Del tutto comprensibile è, d'altra parte, l'ondata di critiche, di inusitata asprezza per un dibattito scientifico, che sono sin qui piovute sulla tesi da parte di studiosi di tutto il mondo. Critiche che si sono polarizzate, soprattutto, sui suoi passaggi più scopertamente provocatori, e volutamente irritanti: a cominciare dalla insistita contrapposizione tra 'cittadino' - al quale dovrebbe essere comunque riconosciuto il diritto ad essere trattato da 'persona' (ossia come individuo titolare di diritti ed obblighi) da parte del sistema penale - e 'nemico', al quale tale diritto non dovrebbe essere riconosciuto, e che andrebbe invece realisticamente concepito come mera fonte di pericolo da neutralizzare, in nome della tutela della sicurezza dei "cittadini". Tutte queste critiche - in sé sacrosante, anche alla luce degli inquietanti precedenti della tesi, da subito messi in evidenza dalla dottrina - non valgono però ad eludere le questioni sostanziali poste dall'autore, che mi pare siano fondamentalmente due: sul piano, rispettivamente, analitico-descrittivo e critico-valutativo⁴²⁰.

Non è certamente questa la sede per ripercorre le ampie, calzanti, numerose riflessioni critiche rivolte alla teoria dello Jakobs; né tale obiettivo critico interessa ai fini della trattazione del presente lavoro, ad onta del fatto che si intendono ravvisare, nella legislazione più recente, i moti di queste concezioni.

⁴¹⁹ F. VIGANÒ, *Terrorismo, guerra e sistema penale*, in Riv. it. dir. e proc. pen., fasc.2, 2006, pag. 648

⁴²⁰ *Ex plurimis*, contro la concezione del diritto penale del nemico dello Jakobs, L. FERRAJOLI, *Il "diritto penale del nemico": un'abdicazione della ragione*, in *Legalità penale e crisi del diritto*, cit., 161 ss.; A. PAGLIARO, *"Diritto penale del nemico": una costruzione illogica e pericolosa*, in *Cass. pen.*, 2010, 2460 ss.; M. DONINI, *Il diritto penale di fronte "al nemico"*, in *Cass. pen.*, fasc.2, 2006, pag. 0735.

CAPITOLO III

IL “DATO PERSONALISTICO” QUALE ELEMENTO STRUTTURALE DELLA FATTISPECIE INCRIMINATRICE.

«Io proteggo quest'uomo perché è innocente; tale io lo proclamo finché voi non abbiate provato la sua colpevolezza: e questa colpevolezza voi dovete provarla con i modi e con le forme che io vi prescrivo, e che voi dovete rispettare; sta a favore dell'imputato la presunzione di innocenza che assiste ogni cittadino; e questa presunzione si piglia in mano dalla scienza penale, che ne fa la sua bandiera per opporla allo accusatore e allo inquisitore (...) al fine di restringere quei movimenti (...) che siano freno allo arbitrio, ostacolo all'errore, e per conseguenza protezione di quello individuo».

F. CARRARA, *Il diritto penale e la procedura penale*, in *Opuscoli di diritto criminale*, vol. V, Firenze, 1903, 26

SEZIONE I

I DELITTI “CONTRO” I MINORI, OSSIA IL REO-PEDOFILO

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. L'ipotesi di “fruizione” di attività sessuali con minorenni. Esclusione. - 3. La detenzione di materiale pornografico. L'erompere, indiscutibile, del “reo-pedofilo” nella scelta d'incriminazione. - 3.1. Detenzione di materiale pornografico e “nuove tecnologie”. Il reo-pedofilo nella rete e il fronte (ulteriormente) avanzato di tutela della giurisprudenza - 4. La fattispecie di “pornografia virtuale”. Prolegomeni critici nel passaggio dalla realtà alla virtualità. - 4.1. Il riferimento alla Convention on Cybercrimes di Budapest, alla Relazione esplicativa e alle Direttive europee: vincoli, indicazioni e (dis)orientamenti per l'interprete nazionale - 4.2. (Tentativo di) esclusione della rilevanza penale della pornografia “apparentemente” e “totalmente” virtuale per il tramite del dato testuale - 4.3. (Segue). E per il tramite (dell'impossibilità) del richiamo alla “dignità umana del minore” quale interesse protetto dall'art. 600-quater.1 c.p. - 4.4. Principio di frammentarietà penale e considerazioni conclusive in ordine ai materiali pedopornografici penalmente. (Proposta di) Scissione tra le rappresentazioni “ad elaborazione virtuale” e le rappresentazioni “artificiali”.

1. *Premessa.*

Che il “micro-sistema” edificato attorno alla tutela sessuale, e personale, dei minori riecheggi le sin troppo note tinte di un diritto penale del tipo d'autore è un aspetto, oggi, già oggetto di acceso ed ampio dibattito.

La predisposizione, infatti, di un armamentario sanzionatorio che, ad alcuni, è sembrato essere «spietato e sproporzionato»⁴²¹, connesso alla previsione di fattispecie incriminatrici caratterizzate da una forte (se non esasperata) anticipazione della tutela penale, ha finito con il sollecitare la convinzione per cui il legislatore

⁴²¹ G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, t. I, *I delitti contro la persona*, Zanichelli, 2013, 158. Cfr., pure, il carteggio delineato da M. MANTOVANI, *Novità e irrazionalità della riforma in tema di pedopornografia*, in *La legislazione penale compulsiva*, cit., 147 ss.

abbia inteso inaugurare, prima, e rafforzare, poi, una vera e propria “guerra” nei confronti del nemico-pedofilo⁴²².

Ovviamente, tale tranciante considerazione non può ritenersi operante per tutte le fattispecie incriminatrici che entrano a far parte di quell’esigenza (sacrosanta) di maggior tutela di cui abbisognano i minori.

Così, nelle ipotesi di cui agli art. 609-ter, comma 1, n. 1, 609-quater, comma 1, n. 1, c.p. e, soprattutto, con riferimento alle vittime che non abbiano compiuto i dieci anni, di cui agli artt. 609 ter, comma 2, e 609 quater, comma 4, c.p., il reo-pedofilo viene punito con una pena maggiore rispetto a chi abbia commesso il fatto nei confronti di un adulto, non già per “*quello che è*”, secondo il paradigma proprio e tipico del diritto penale del tipo d’autore, ma per quello che fa, per quello che ha fatto. In queste ipotesi, invero, con la propria *condotta*, ha leso, ovvero ha *ulteriormente* leso la sfera sessuale, psichica e morale del minore, ossia un preciso bene giuridico degno e meritevole della migliore e massima tutela da parte dell’ordinamento giuridico⁴²³.

Detto altrimenti, gli aumenti di pena in questione, previsti rispetto al delitto di violenza sessuale di cui all’art. 609-bis c.p. sembrerebbero essere legati non già ad una “logica d’autore” quanto, piuttosto, all’esigenza – sacrosanta – di fornire una tutela rafforzata nei confronti di un interesse giuridico, la tutela della libertà sessuale del minore, meritevole della massima tutela.

⁴²² In particolare, L. PISTORELLI, *Colmate le lacune della pregressa disciplina*, in *Guida dir.*, 9, 2006, 51. Ritiene che la normativa *de qua* sia espressione delle logiche del diritto penale del nemico, A. CADOPPI, *L’assenza di cause di non punibilità mette a rischio le buone intenzioni*, in *ivi*, 9, 2006, 40; ID., *Commento Pre-Art. 600-bis*, in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, a cura di A. Cadoppi, Cedam, 2006, 71. Analogamente, anche B. ROMANO, *Reati contro la persona*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, *Parte speciale*, vol. XIV, *Reati contro la persona*, Tomo III, *Reati contro la libertà individuale*, a cura di B. Romano, Giuffrè, 2016, 80; ID., voce *Pedofilia*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. II, 2004, 603; A. PECCIOLI, *Lotta contro lo sfruttamento sessuale dei minori e la pedopornografia. A) Le norme penali*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 947.

⁴²³ Sul punto, per tutti, F. MANTOVANI, *I delitti contro la libertà e intangibilità sessuale*, Padova, Cedam 1998, p. 5. Si tratta di una ricostruzione perfettamente aderente alla collocazione sistematica fornita dal legislatore agli artt. 600-bis e seguenti del codice penale.

Le disposizioni in esame sono collocate immediatamente dopo l’art. 600 il quale prevede il delitto di “riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù». Una equiparazione con la quale il legislatore ha voluto evidenziare lo stato di fatto in cui viene a trovarsi un minore sessualmente sfruttato a fini commerciali. Ha voluto cioè tenere conto della condizione della vittima, che è persona incapace di autodeterminarsi e la cui personalità è in via di formazione. Dunque, l’incapacità di autodeterminazione del minore fa sì che l’offesa a lui arrecata non colpisca questa o quella particolare manifestazione della sua libertà individuale, ma lo privi direttamente e interamente del suo stato di libertà, lo annulli come persona e lo riduca come cosa.

Se questo è vero, e innegabile, è altresì evidente come in altre disposizioni codicistiche la punizione di un tipo d'autore emerge come reale finalità della norma, affiancandosi o, addirittura sostituendosi alla tutela del summenzionato bene giuridico primario⁴²⁴.

2. *L'ipotesi di "fruizione" di attività sessuali con minorenni. Esclusione.*

La fattispecie delittuosa in parola, contemplata all'artt. 600-bis, comma secondo, è stata introdotta con la legge n. 269/1998 (*Norme contro lo sfruttamento della prostituzione, della pornografia, del turismo sessuale in danno di minori, quali nuove forme di riduzione in schiavitù*)⁴²⁵

Il reato in esame ruota attorno a due fattispecie di diversa gravità. Da un lato, si hanno condotte a carattere preparatorio e induttivo e, per altro verso, di concreto ed attuale favoreggiamento o sfruttamento della prostituzione minorile che prendono in considerazione il soggetto che utilizza il minore per alimentare il mercato della prostituzione; dall'altro, viene incriminata anche la condotta del fruitore del rapporto sessuale mercenario.

È proprio tale ultimo, secondo, segmento di fattispecie che è stato acutamente messo in "stato d'accusa" da parte della più recente dottrina, ciò in base al duplice rilievo secondo cui la disposizione in esame non contempla alcun limite soglie di età entro cui comprendere la rilevanza penale dell'utilizzo sessuale del minore e, segnatamente, dimenticherebbe la circostanza per cui, sia pur in alcuni, marginali, casi, si avrebbe a che fare con "minori" solo in senso anagrafico, viepiù accondiscendenti⁴²⁶.

⁴²⁴ Sostanzialmente in questi termini, V. PLANTAMURA, *cit.*, p. 391.

⁴²⁵ Normativa che, dato il suo elevato *standard* di rigore introdotto e per l'affievolimento dei principi tecnici propri del diritto penale del fatto, è stata ribattezzata proprio quale "normativa contro la pedofilia". Cfr., in particolare, A. MANNA, *Profili problematici della nuova legge in tema di pedofilia*, in *Ind. pen.*, 1999, p. 47 ss.; MUSACCHIO, *Brevi considerazioni sulla nuova normativa penale "anti-pedofilia"*, in *Giust. pen.*, 1988, p. 665 ss.; B. ROMANO, *Repressione della pedofilia e tutela del minore sessualmente sfruttato nlla l. 269 del 1998*, in *Dir. fam.*, 1998, p. 1543.

⁴²⁶ Si tratta delle argomentazioni spese da V. PLANTAMURA, *cit.*, p. 395, il quale, per tal via, riconduce l'ipotesi di fruizione della prostituzione minorile nell'alveo del diritto penale del tipo d'autore.

Una simile interpretazione, tuttavia, non pare meritevole di accoglimento, sia pur estremamente sensibile ai postulati teorici del diritto penale del fatto.

Invero, dalla stessa formulazione linguistica entro cui si articola la fattispecie in esame, pare del tutto evidente come la disposizione in esame non intenda colpire una “perversione”, mera e privata, del “cliente”, ma intenda più incisivamente tutelare il minore contro qualsivoglia forma di aggressione contro la sua più intima e indiscutibile libertà. Ciò, si rende necessario e manifesto soprattutto nei casi in cui il “contatto” tra minore e sfruttatore avvenga “in carne ed ossa”, e non per il tramite di un mero remoto contatto, pur biasimevole.

A giustificare, invero, la caratterizzazione fattuale della fattispecie è, anzitutto come si diceva, la formulazione linguistica. Il secondo comma dell’art. 600-*bis* c.p. è, invero, calato sotto la comune rubrica di “prostituzione” minorile, il cui incipit d’incriminazione prevede e contempla un minore che viene “utilizzato” dall’adulto.

Nulla di più ancorato al fatto, allora, e lontano dagli schemi tipici del diritto penale del tipo d’autore.

La *ratio* di questa scelta sta nel fatto che colui che fruisce delle prestazioni sessuali minorili contribuisce allo sviluppo della prostituzione minorile o, in altre parole, rappresenta l’interfaccia degli autori delle condotte di cui al primo comma e come loro è responsabile – seppur con grado diverso (dal momento che il suo agire è connotato da un interesse libidinoso e non economico) – dello sfruttamento del minore a fini sessuali⁴²⁷.

⁴²⁷ Cfr. E. MENGONI, *Op. cit.*, p. 234; F. MANTOVANI, *I delitti Op. cit.*, p. 474, il quale individua il fondamento della previsione, oltre che nelle considerazioni appena espresse (cioè, «nel fatto, come si legge nei lavori preparatori, che prossenetista e cliente rientrano, pur con ruoli diversi, nella circolarità della domanda e dell’offerta e concorrono allo sviluppo della prostituzione e nell’offesa all’integrità del minore»), anche nel fatto che «l’autodeterminazione sessuale, riconosciuta già al minore quattordicenne, non è altrettanto sostenibile [...] per quanto riguarda la ben più grave e coinvolgente scelta di attività prostituzionale o, comunque, di disponibilità mercenaria del proprio corpo. E tale situazione di non libera e consapevole scelta del minore non può essere giuridicamente ritenuta indifferente dal prossenetista, ma neppure dal cliente». Negli stessi termini T. PADOVANI, *Commento all’art. 1, l. 3 agosto 1998, n. 269*, in *Legislazione penale*, 1999, p. 58, a giudizio del quale «se è vero, da un lato, che oltre i quattordici anni si riconosce al minore il diritto di autodeterminazione in materia di relazioni sessuali, non è men vero che per il minore, anche se di età superiore a quel limite, la prostituzione rappresenta ben di rado il frutto di una scelta in qualche modo “spontanea”, ed è piuttosto il triste epilogo di pressioni (o di vere e proprie coercizioni), di fronte alle quali egli non dispone di alcuna alternativa [...] nemmeno il cliente può ignorare l’effettiva condizione in cui l’atto si compie»

3. *La detenzione di materiale pornografico. L'erompere, indiscutibile, del "reo-pedofilo" nella scelta d'incriminazione.*

Il discorso, viceversa, tende irrimediabilmente a mutare laddove si prenda in considerazione l'altra fattispecie qui presa in considerazione: l'ipotesi delittuosa di cui all'art. 600-*quater* c.p., ossia il delitto di detenzione di materiale pornografico.

Si tratta di una delle disposizioni maggiormente criticate nel micro sistema edificato a tutela del minore, ciò per due fondamentali considerazioni. Si è evidenziato, invero, come le condotte prese in considerazione non incidono affatto sull'utilizzazione del minore a fini sessuali, essendosi questa compiutamente verificatasi in un momento precedente; inoltre, si è del pari sottolineato come con tale previsione il legislatore realizza una particolare ingerenza nella vita privata del soggetto, della quale non si scorge la necessità nell'ottica della tutela del fanciullo.

Detto altrimenti, nel delitto di detenzione di materiale pornografico, il collegamento tra la condotta incriminata e l'interesse protetto risulti decisamente sfumato: la detenzione di materiale pedopornografico, collocandosi in un momento temporalmente e logicamente successivo alle condotte di utilizzo sessuale del minore, non sembrerebbe essere in grado non solo di arrecare una "nuova" offesa all'interesse del minore, ma nemmeno di portare a conseguenze ulteriori la (già consumata) lesione alla intangibilità della sfera psico-sessuale del minore.

Con la conseguenza per cui la disposizione *de qua*, reprimendo delle condotte censurabili, al più, solo sotto un profilo "etico" o "morale", si tradurrebbe in una indebita intrusione nella sfera personale dell'individuo⁴²⁸.

Dall'altro, e contrapposto, lato, vi sono coloro viceversa che ritengono simile disposizione perfettamente compatibile con i canoni propri tipici del diritto penale del fatto, giacché ispirata alla c.d. *theory market abuse*.

Si rappresenta, in particolare, come con la fattispecie *de qua* si intenda reprimere il consumatore di materiale pedo-pornografico, ciò perché il solo fatto di avere la disponibilità del materiale pornografico, contribuisce ad alimentare e sostenere

⁴²⁸ Per simili rilievi critici, già formulati all'indomani dell'introduzione della fattispecie, si vedano, per tutti, V. ZENO-ZENCOVICH, *Il corpo del reato: pornografia minorile, libertà di pensiero e cultura giuridica*, in *Pol. dir.*, 1998, 642; T. PADOVANI, *Commento all'art. 1, l. 3 agosto 1998, n. 296*, in *Leg. Pen.*, 1998, 54 ss., nonché E. VENAFFRO, *Commento all'art. 4, l. 3 agosto 1998, n. 296*, in *ivi*, 88 ss.

l'intero meccanismo diffusivo. Infatti, la disponibilità di tale materiale, comunque acquisita, costituisce il presupposto per una possibile, futura diffusione dello stesso. In altri termini, la particolarissima rilevanza dell'interesse protetto ha indotto il legislatore ad anticipare di molto la soglia di tutela, fino a punire anche quelle condotte che, pur non determinando *ex se* la diffusione del materiale (e quindi l'incremento dell'offerta), costituiscono comunque un potenziale preludio per la medesima attività di messa in circolazione.

Dall'altro lato, poi, si avrebbe a che fare con un tipico esempio di delitto-ostacolo: il rischio sarebbe quello di consentire al detentore di passare dal detenere al consumare e, dunque, a porre in essere condotte direttamente e precipuamente rivolte a danno del singolo minore.

Una ricostruzione che, sia pur in grado di giustificare l'illogicità di una simile incriminazione, contrastante con gli stessi canoni del *cogitationis poenam nemo patitur*, si scontra tuttavia con dati altrettanto solidi: quello per cui la detenzione di materiale pornografico possa addirittura avere un effetto catartico e, dunque, evitare, per il suo tramite, proprio che si passi a condotte materiali e dirette a danno dei minori⁴²⁹.

3.1. Detenzione di materiale pornografico e “nuove tecnologie”. Il reo-pedofilo nella rete e il fronte (ulteriormente) avanzato di tutela della giurisprudenza.

Ma a prescindere dalla possibilità di “salvare” simile modello d'incriminazione rispetto ai principi di offensività e, ancor prima, di materialità del fatto di reato, resta

⁴²⁹ In questi termini, tra gli altri, S. DELSIGNORE, *La detenzione di materiale pornografico minorile: un reato che poggia solamente sul biasimo morale e sul sospetto di condotte realmente offensive per la personalità dei minori?*, in *I delitti di pedo-pornografia fra tutela della moralità pubblica e dello sviluppo psico-fisico dei minori*, a cura di M. Bianchi, S. Delsignore, Cedam, 2008, 93 ss. La circostanza secondo cui il “consumo” di materiale pornografico possa avere un effetto «addirittura positivo» è valorizzata, con particolare vigore, da G. COCCO, *Può la detenzione di materiale pornografico costituire reato?*, cit., 877. Sull'effetto “catartico” della pornografia, già G. FIANDACA, *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, vol. I, *Pietro Nuvolone: profili in memoriam. Studi di parte generale, contributi per la storia dei sistemi penali*, Giuffrè, 1991, 192-193.

all'evidenza come la disposizione che incrimina la (mera) detenzione di materiale pornografico sia modellata attorno ad una particolare figura di autore.

La suggestione, poi, esce ulteriormente rafforzata ove si intenda prendere in considerazione anche quei recenti orientamenti giurisprudenziali che, in nome di una non meglio precisata esigenza di difesa della libertà sessuale dei minori, hanno finito con il rendere ancor di più evanescenti i contorni applicativi di simile fattispecie.

Il riferimento è, in particolare, a quella giurisprudenza formatasi con riferimento alle ipotesi di detenzione di materiale pornografico nell'ambito delle nuove tecnologie.

Ora nessun problema, nel caso in cui il soggetto abbia collocato in una apposita cartella del proprio computer il materiale pornografico in questione, giacché i file in questione sono stati posti volontariamente dall'agente, cioè con quella consapevolezza richiesta dalla disposizione. Come rilevato dalla giurisprudenza di merito, infatti, si tratta di condotte di carattere appropriativo, sorrette da dolo addirittura intenzionale, che – nell'ottica di massimo rigore introdotta dalla fattispecie in esame – possono e debbono essere oggetto di rilevanza penale⁴³⁰.

Maggiori problemi, tuttavia, si pongono con riferimento alla casistica dei file collocati nel c.d. “cestino” del computer e nella c.d. cartella *temporary internet files*.

In tutti e due i casi si è predicata la rilevanza penale di simili condotte.

Nella prima ipotesi, si è al cospetto di quel soggetto che, avendo “scaricato” delle immagini dal computer, abbia poi deciso di rimuoverle; operazione che, nell'ambito del sistema informatico, può essere eseguita e realizzata solo collocando simili file in una nuova ed apposita cartella, appunto, nominata come “cestino”.

Ebbene, simile circostanza dovrebbe illuminare l'interprete verso una sorta di ravvedimento del reo-pedofilo; ovvero una sua totale desistenza dall'azione.

Tuttavia, come anticipato, la giurisprudenza ha assunto un atteggiamento di massimo ed estremo rigore, ritenendo penalmente rilevante la condotta di detenzione *pur se* i file in questione si trovino all'interno della cartella “cestino”.

Ciò in base al pur tecnico rilievo per cui si tratterebbe di files che, in ogni caso, possono essere “riacquisiti” all'interno del computer: la loro collocazione nella

⁴³⁰ «Rispondono del delitto in esame non tutti coloro che, navigano in internet, entrino in contatto con immagine pornografiche minorili, ma coloro che “se ne appropriano”, salvandole e veicolandole o sul disco fisso del pc o su altri supporti, con esso interfacciabili, che ne consentano la visione o comunque la riproduzione. (Trib. Brescia, 24 maggio 2004, in *Guida dir.*, 2004, p. 94).

cartella di destinazione in parola, infatti, non determina una cessazione definitiva del possesso di simile materiale, il quale rimane comunque nella libera disponibilità dell'utente⁴³¹.

Ancor più emblematica è, da ultimo, la casistica in materia di file rinvenuti nella temporary internet files.

Si tratta di casi in cui l'utente di internet visita un sito contenente materiale pornografico infantile con l'intento di prendere visione delle immagini vietate, astenendosi però dall'adoperarsi per "scaricare" sul proprio terminale i *files* illeciti. Tuttavia, come le indagini peritali spesso dimostrano, il semplice accesso a questi siti è in grado di determinare, con modalità di volta in volta eterogenee, in via autonoma, l'apprensione del materiale pedopornografico attraverso la sua registrazione sul disco fisso del computer dell'agente. Esistono, infatti, dei comandi informatici in forza dei quali delle immagini, anche visualizzate sul monitor per un ristretto arco temporale, restano immagazzinate nella cartella denominata, per l'appunto, dei *temporary internet files*.

Ancora una volta si è predicata la rilevanza penale di simile condotte, ai sensi e per gli effetti della fattispecie di detenzione di materiale pornografico, evidenziando la sussistenza di una (non meglio precisata) consapevolezza in capo al soggetto agente⁴³².

Ma, ci si potrebbe chiedere, quale è il grado di offesa, in questo caso realizzato. E, pur oggettivamente esistente lo stesso, in che modo ed in che termini il soggetto

⁴³¹ «Integra il delitto di cui all'art. 600-quater cod. pen. l'accertato possesso di "files" pedopornografici successivamente cancellati dalla memoria accessibile del sistema operativo di personal computer, in quanto l'avvenuta cancellazione determina solo la cessazione della permanenza del reato e non, invece, un'elisione "ex tunc" della rilevanza penale della condotta per il periodo antecedente alla eliminazione dei "files" sino a quel momento detenuti» (Cass., sez. III pen., 07 aprile 2016 n. 11044)

«Integra il delitto di detenzione di materiale pedopornografico la cancellazione di files pedopornografici, "scaricati" da internet, mediante l'allocazione nel "cestino" del sistema operativo del personal computer, in quanto gli stessi restano comunque disponibili mediante la semplice riattivazione dell'accesso al file» (Cass., sez. III pen., 21 aprile 2015 n. 24345)

⁴³² «Per la configurabilità del reato di cui all'art. 600 quater c.p., norma di chiusura e a carattere residuale, non è necessaria la sussistenza di un concreto pericolo di diffusione del materiale pornografico, essendo, invece, sufficiente la consapevole detenzione dello stesso (in applicazione del suesposto principio, la Corte ha confermato la pena inflitta all'imputato che deteneva consapevolmente materiale pedopornografico nei files temporanei del proprio computer» (Cass., Sez. III pen., 11 novembre 2010, n. 43246).

detentore ha a potuto accrescere, implementare, ledere ulteriormente il bene dell'intangibilità psico sessuale del minore.

4. La fattispecie di “pornografia virtuale”. Prolegomeni critici nel passaggio dalla realtà alla virtualità.

Si tratta di una suggestione che si registra, in particolare⁴³³, rispetto a quel *diabolico* meccanismo di incriminazione che emerge dalla combinazione, operata dalla sentenza annotata, tra la fattispecie di pedopornografia virtuale di cui all'art. 600-*quater*.1 c.p. e il delitto di detenzione di materiale pornografico previsto dall'art. 600-*quater* c.p. La già precaria dimensione offensiva di questa fattispecie⁴³⁴, infatti, finisce definitivamente con il *dileguarsi* nel momento in cui sia possibile giungere alla incriminazione di immagini pornografiche *totalmente* virtuali.

Nel segnalare le tappe che hanno consumato il passaggio da una tutela corporea “reale” ad una tutela immateriale “virtuale” i *chairs de doléances* elaborati dalla letteratura giuridica sono ormai ampiamente noti e difficilmente potrà rifuggirsi dal rischio di inciampare nel “già sentito”. Tutti i percorsi interpretativi sono stati sperimentati, tutte le metafore utilizzate, le più evidenti criticità sono state segnalate in un comune afflato di “ribellione” nei confronti di una fattispecie in cui si dice – e

⁴³³ Non tutta la normativa in questione pare debba essere ricondotta alle più “spietate” logiche del diritto penale del tipo d'autore. Gli aumenti di pena, ad esempio, previsti rispetto al delitto di violenza sessuale di cui all'art. 609-*bis* c.p. nel caso in cui, quei medesimi fatti, siano commessi a danno di un minore, sembrerebbero essere legati non già ad una “logica d'autore” quanto, piuttosto, all'esigenza – sacrosanta – di fornire una tutela rafforzata nei confronti di un interesse giuridico, la tutela della libertà sessuale del minore, meritevole della massima tutela. Per più ampie considerazioni, si rinvia a V. PLANTAMURA, *Lo stalker, il perverso e il clandestino: il ritorno del tipo d'autore nel diritto penale del terzo millennio*, in *Ind. pen.*, 2012, 390.

⁴³⁴ È stato efficacemente rilevato come in una simile ipotesi il collegamento tra la condotta incriminata e l'interesse protetto risulti decisamente sfumato: la detenzione di materiale pedopornografico, collocandosi in un momento temporalmente e logicamente successivo alle condotte di utilizzo sessuale del minore, non sembrerebbe essere in grado non solo di arrecare una “nuova” offesa all'interesse del minore, ma nemmeno di portare a conseguenze ulteriori la (già consumata) lesione alla intangibilità della sfera psico-sessuale del minore. Con la conseguenza per cui la disposizione *de qua*, reprimendo delle condotte censurabili, al più, solo sotto un profilo “etico” o “morale”, si tradurrebbe in una indebita intrusione nella sfera personale dell'individuo. Per simili rilievi critici, già formulati all'indomani dell'introduzione della fattispecie, si vedano, per tutti, V. ZENO-ZENCOVICH, *Il corpo del reato: pornografia minorile, libertà di pensiero e cultura giuridica*, in *Pol. dir.*, 1998, 642; T. PADOVANI, *Commento all'art. 1, l. 3 agosto 1998, n. 296*, in *Leg. Pen.*, 1998, 54 ss., nonché E. VENAFRO, *Commento all'art. 4, l. 3 agosto 1998, n. 296*, in *ivi*, 88 ss.

non a torto – non compare «*harm*, [...] non c'è *offence*, [...] ma solo il tentativo di educare alla moralità attraverso il diritto penale»⁴³⁵.

Secondo le ricostruzioni più critiche, infatti, l'inesistenza di un minore “in carne ed ossa” finisce con lo spostare l'attenzione dell'interprete sulla esclusiva repressione della perversione reo⁴³⁶, colpito dallo stigma della sanzione punitiva non tanto per un “*fatto*” commesso quanto per un suo «mero “*esser brutto*”»⁴³⁷ agli occhi della collettività, per un «nudo pensiero cattivo»⁴³⁸ contrastante con la morale pubblica⁴³⁹. Essendo il prodotto pedopornografico realizzato senza un “utilizzo” immediato e diretto del minore, il bene giuridico tutelato dagli artt. 600-*ter* e -*quater* c.p., da individuarsi nel corretto sviluppo psico-sessuale del minore, non può considerarsi effettivamente o anche solo potenzialmente leso dalle condotte in questione.

La veste “eticizzante” così assunta dall'art. 600-*quater.1* c.p.⁴⁴⁰ finisce, poi, con l'amplificarsi laddove si ponga mente al fatto che l'apertura dell'incriminazione alle immagini totalmente virtuali finisce con lo strutturare la punibilità dell'agente su di un *giudizio controfattuale di “secondo grado”* fondato sulla probabilità che dal virtuale si passi al reale e, da questo, a “fatti materiali” di abuso sessuale. Ma la ricostruzione dell'art. 600-*quater.1* c.p. alla stregua di un delitto ostacolo⁴⁴¹

⁴³⁵ M. DONINI, “*Danno*” e “*offesa*” nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell’“*offense*” di Joel Feinberg, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1580, il quale non solo considera il divieto di detenzione di pornografia virtuale «norma *incostituzionale* sotto il profilo del diritto penale del fatto e dell’*offesa*» ma capace, inoltre, di delegittimare lo stesso art. 600-*quater* c.p., «perché lascia intendere che anche l’uso di pornografia minorile non virtuale sia punito per ragioni di moralizzazione soggettiva, distinte dall’ancoraggio a una tutela di beni personali diversi dalla personalità dell’autore del fatto» (*Ibidem*, 1581, nota 89).

⁴³⁶ Richiamando L. PISTORELLI, *Attenzione spostata sulla perversione del reo*, in *Guida dir.*, 9, 2006, 52 ss.

⁴³⁷ C.E. PALIERO, *Il diritto liquido: pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1121.

⁴³⁸ A. CADOPPI, *L’assenza di cause di non punibilità*, cit., 40.

⁴³⁹ Rileva come la sanzione penale sia «a sostegno di una mera censura morale», G. COCCO, *Può la detenzione di materiale pornografico costituire reato?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 878. Analogamente, M. MONTELEONE, *Lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pedopornografia nella l. 6 febbraio 2006, n. 38*, in *Giur. Merito*, 2007, 2208.

⁴⁴⁰ Cfr., sul punto, l’ampia analisi di C. DE MAGLIE, *Punire le condotte immorali?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 956, la quale colloca l’art. 600-*quater.1* c.p. tra le fattispecie emblematicamente volte a reprimere atteggiamenti “meramente” immorali.

⁴⁴¹ In questi termini, ad esempio, la Relazione governativa al disegno di legge 4599, 4 ss., ove si afferma come «la produzione e diffusione di siffatto materiale è infatti tale da incentivare quei

rappresenta un mero espediente teorico (in parte) avulso dal contesto di destinazione. Non solo, infatti, la prova circa l'esistenza di un collegamento causale tra l'utilizzo di questo materiale e future (ed ipotetiche) condotte di abuso sessuale soffre dell'inesistenza di basi scientifiche empiricamente provabili⁴⁴². Ma anche perché si trascura, in questo modo, come l'utilizzo di materiale pornografico virtuale possa, almeno in alcuni casi, consentire al pedofilo di "tenere a bada" i propri impulsi sessuali, astenendolo dal compiere condotte volte ad aggredire direttamente e materialmente il minore⁴⁴³.

L'incriminazione finisce, altrimenti detto, con il rivolgersi a condotte solo *potenzialmente* criminogene⁴⁴⁴, capaci di mettere in moto una spirale "distruttiva" nei confronti del minore in quanto utilizzate da un autore (*sic!*) "irresponsabile" e moralmente perverso⁴⁴⁵. L'art. 600-*quater*.1 c.p. si traduce, allora, in una fattispecie radicalmente priva di offensività⁴⁴⁶, risultando costruita attorno ad una "logica del

comportamenti devianti, tali, a loro volta, di originare ulteriori condotte lesive del bene giuridico finale della integrità fisio-psichica dei minori». A favore di una simile ricostruzione, F. ERAMO, *Lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pedopornografia anche a mezzo internet. Ombre e luci*, in *Fam. e dir.*, 2007, 13. *Amplius*, sul significato e sul contenuto della categoria anche in considerazione delle diverse terminologie utilizzate per la "descrizione" del medesimo fenomeno, G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, vol. I, *Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica*, Giuffrè, 2001, 592 ss.

⁴⁴² A. FORZA, *La pedopornografia: tra giudizio morale, senso comune e pseudoscienza*, in *Riv. pen.*, 2007, 482.

⁴⁴³ S. DELSIGNORE, *La detenzione di materiale pornografico minorile: un reato che poggia solamente sul biasimo morale e sul sospetto di condotte realmente offensive per la personalità dei minori?*, in *I delitti di pedo-pornografia fra tutela della moralità pubblica e dello sviluppo psico-fisico dei minori*, a cura di M. Bianchi, S. Delsignore, Cedam, 2008, 93 ss. La circostanza secondo cui il "consumo" di materiale pornografico possa avere un effetto «addirittura positivo» è valorizzata, con particolare vigore, da G. COCCO, *Può la detenzione di materiale pornografico costituire reato?*, cit., 877. Sull'effetto "catartico" della pornografia, già G. FIANDACA, *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, vol. I, *Pietro Nuvolone: profili in memoriam. Studi di parte generale, contributi per la storia dei sistemi penali*, Giuffrè, 1991, 192-193.

⁴⁴⁴ Sul carattere "sintomatico" della pornografia virtuale, T. PADOVANI, *Fatto e pericolosità*, in *Pericolosità e giustizia penale*, cit., 130.

⁴⁴⁵ Si tratta di un rilievo compiuto da A. MANNA-F. RESTA, *I delitti in tema di pedopornografia, alla luce della legge 28/2006. Una tutela virtuale?*, in *Dir. Internet*, 2006, 232. Si vedano, inoltre, le "taglianti" considerazioni di T. PADOVANI, *Dieci anni di lotta alla pornografia minorile tra realtà virtuale e zone d'ombra*, in *Guida dir.*, 1, 2009, 13.

⁴⁴⁶ S. DELSIGNORE, *Pornografia minorile*, in *I reati contro la persona*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, M. Papa, vol. III, *Reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo psico-fisico dei minori*, a cura di A. Cadoppi, Giappichelli, 2006, 418, il quale parla di reati senza bene giuridico. Sull'inesistenza di una offesa, anche L. GIZZI, *Il delitto di pornografia minorile (art. 600 ter primo e secondo comma c.p. e art. 600 quater.1 c.p.)*, in *I reati sessuali. I reati di sfruttamento sessuale dei*

sospetto” in cui il *fatto tipico dichiara la propria resa* per ripiegarsi in un giudizio sintomatico, praticamente invincibile, di pericolosità soggettiva fondato su di una colpevolezza “per la condotta di vita”⁴⁴⁷, moralmente riprovevole, tenuta.

Così, di fronte al rischio di inaugurare, ancora una volta, un definitivo ritorno all’ideale, proprio della Scuola Positiva, secondo cui l’individuo viene essere punito non per *quello che fa* (meglio: *per quello che ha fatto*) ma *per quello che è* (meglio: *per quello che potrebbe essere*), l’interprete, destreggiandosi in una tipicità dimidiata o, quantomeno, “inafferrabile”, si trova di fronte ad una alternativa piuttosto netta. Dichiarare incostituzionale la fattispecie⁴⁴⁸, perché contrastante con i principi di materialità, offensività, frammentarietà e laicità del diritto penale⁴⁴⁹; ovvero, cercare di elaborare degli *escamotage* interpretativi che consentano di ricondurre la fattispecie *de qua* ad un nucleo di offesa rilevabile già sul piano oggettivo⁴⁵⁰.

Ebbene, rispetto a simile contesto interpretativo maturato intorno alla fattispecie in analisi, occorre stabilire: *a)* se l’incriminazione della pornografia virtuale sia stata effettivamente *imposta* dalle fonti sovranazionali; *b)* se la fattispecie di cui all’art. 600-*quater.1* c.p., con la indeterminatezza congenita di cui è portatrice, includa *necessariamente* simili tipologie di materiale pedopornografico; *c)* se per “giustificare” la disposizione *de qua* sotto il profilo del rispetto del principio di offensività possa essere validamente invocato il concetto di “dignità umana” quale interesse giuridico penalmente rilevante. Si tratta di una analisi che, preme subito rilevarlo, sembrerebbe consentire di *escludere la riconducibilità della pornografia virtuale “totale”* entro gli schemi della disposizione normativa, sia pur con delle

minori e di riduzione in schiavitù per fini sessuali, a cura di F. Coppi, Giappichelli, 2007, 415; ID., voce *Pornografia e pedopornografia*, in *Enc. Giur.*, vol. XV, 2007, 2.

⁴⁴⁷ Per ampi richiami alle dottrine del *Tätershuld*, E. DOLCINI, *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Cedam, 1979, 283 ss.; R. DELL’ANDRO, *La recidiva nella teoria della norma penale*, G. Priulla, 1950, 142 ss.

⁴⁴⁸ Si muovono verso una radicale censura di incostituzionalità della disposizione, a prescindere dall’interpretazione che ad essa possa essere data, M. DONINI, “*Danno*” e “*offesa*” nella *c.d. tutela penale dei sentimenti*, cit., 1580; S. DEL CORSO, *Prostituzione e pornografia minorile: una normativa in bilico fra esigenze repressive e latitanza dei principi*, in *Leg. pen.*, 2008, 181; F. BACCO, *Tutela dei minori contro lo sfruttamento sessuale*, in *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, *Tutela penale della persona*, a cura di D. Pulitanò, Giappichelli, 2014, 345.

⁴⁴⁹ F. RESTA, *I delitti contro la personalità individuale, alla luce delle recenti riforme*, in *Giur. merito*, 2006, 1060.

⁴⁵⁰ M. BIANCHI, *La pedo-pornografia virtuale: alla ricerca di un bene giuridico fra difficoltà ermeneutiche e istanze politico-criminali*, in *I delitti di pedo-pornografia*, cit., 115-116.

ulteriori precisazioni (v. *infra*, par. 6) che, attraverso il richiamo al concetto di “utilizzo dell’immagine del minore” che figura nel testo della disposizione codicistica, consentano di delineare con sufficiente precisione quali siano le rappresentazioni pornografiche riconducibili entro un simile paradigma.

4.1. Il riferimento alla Convention on Cybercrimes di Budapest, alla Relazione esplicativa e alle Direttive europee: vincoli, indicazioni e (dis)orientamenti per l’interprete nazionale

Seguendo le linee argomentative del percorso tracciato, il primo passaggio interpretativo consiste nel valutare se l’incriminazione della pornografia virtuale sia stata effettivamente *imposta* dalle fonti internazionali e sovranazionali. La risposta al quesito pare essere di segno negativo⁴⁵¹. Anzi, le fonti in questione sembrerebbero aver attribuito ai singoli Legislatori nazionali la scelta – declinata ora in termini di “diritto”, ora in termini di “*facoltà discrezionale*” – in ordine alla punibilità dei fatti di pornografia virtuale, tanto nella forma “apparente” che “totale”.

In termini di “diritto” si esprime la *Convention on Cybercrimes* siglata a Budapest il 23 novembre 2001⁴⁵², che include nel concetto di pornografia virtuale minorile (art. 9, par. 2) le immagini che ritraggano visivamente, impegnati in un comportamento sessuale esplicito, a) un minore; b) una persona che sembra essere minore; c) immagini realistiche che rappresentano un minore. La difficoltà di comprendere il concetto di «*realistic images representing a minor*» che figura nell’art. 9, par. 2, lett. c), viene “riempito di contenuto” dal Rapporto esplicativo di accompagnamento alla Convenzione. Qui, infatti, si stabilisce (par. 101) che per immagini “realistiche” debbano intendersi «*pictures which are altered, (...) or even generated entirely by the computer*»⁴⁵³, aprendo ufficialmente la strada, dunque, alle

⁴⁵¹ Così, anche D. PETRINI, *La tutela del buon costume*, in *Dir. informatica*, 2011, 455.

⁴⁵² Si veda l’art. 9, quarto paragrafo, della Convenzione, nella parte in cui attribuisce, appunto agli Stati contraenti «*the right not to apply*» le disposizioni contenute nei precedenti paragrafi dell’art. 9, nella parte in cui viene fatto riferimento alla incriminazione della pornografia apparentemente e totalmente virtuale.

⁴⁵³ Del resto, come rileva lo stesso Rapporto esplicativo (par. 102), simile fattispecie «(...) aim at providing protection against behaviour that, while not necessarily creating harm to the “child”

rappresentazioni grafiche totalmente virtuali. Coordinando il secondo paragrafo dell'art. 9 della Convenzione di Budapest con l'interpretazione autentica fornita dal Rapporto esplicativo, la sentenza annotata non sembrerebbe nutrire dubbi nel riconoscere la rilevanza penale della detenzione di materiale pedopornografico avente ad oggetto immagini fumettistiche sessualmente esplicite⁴⁵⁴.

Si tratta, tuttavia, di premesse ancora “in cerca d'autore”: il quarto paragrafo dell'art. 9 della Convenzione, come già precisato, riconosce agli stati il “diritto” di non dare applicazione alle (a questo punto considerabili come) “indicazioni”⁴⁵⁵ contenute nel secondo paragrafo, nella parte in cui include nel concetto di pornografia virtuale le rappresentazioni “apparentemente” reali e quelle “totalmente” irreali. Con la conseguenza per cui il riconoscimento della rilevanza penale di queste tipologie di materiale pornografico non può prescindere dall'analisi della disposizione domestica di recepimento.

Una simile operazione potrebbe in realtà considerarsi del tutto “inutile” prendendo in considerazione le disposizioni contenute nella Decisione Quadro 2004/68/GAI del Consiglio d'Europa. Ferma la sovrapposibilità tra le due fonti normative con riferimento alla nozione di pornografia minorile⁴⁵⁶, la Decisione Quadro non contiene una previsione del tipo di quella di cui al quarto paragrafo dell'articolo 9 della Convenzione di Budapest segnalandosi, anzi, per un maggior grado di esplicitzza con riferimento alla possibilità di includere – attraverso il richiamo alle

depicted in the material, as there might not be a real child, might be used to encourage or seduce children into participating in such acts, and hence form part of a subculture favouring child abuse».

⁴⁵⁴ «(...) dalla lettura degli strumenti internazionali vincolanti per l'Italia e da quanto indicato nella disposizione in esame [*id est*: dall'art. 600-*quater*.1 c.p.], risulta perciò evidente che la pedopornografia virtuale è realizzata senza impiegare di bambini reali»; così, la sentenza annotata al paragrafo 13, in diritto.

⁴⁵⁵ L'utilizzo della formula “*shall*” al posto del “*will*” che figura nel secondo paragrafo dell'art. 9 della Convenzione sembrerebbe, in effetti, rafforzare una simile suggestione giacché il verbo “*will*”, dal punto di vista grammaticale, proietta l'argomentazione in un momento futuro *certo* e temporalmente *stabilito*; al contrario, il verbo “*shall*” indica un mero “proposito” futuro, che ben può essere disatteso dal soggetto chiamato a svolgere l'azione richiesta.

⁴⁵⁶ L'art. 1, primo comma, lett. b) della Decisione, considera alla stregua di materiale pedopornografico la rappresentazione: i) di un bambino reale implicato o coinvolto in una condotta sessualmente esplicita; ii) di una persona reale che sembra essere un bambino; nonché le iii) immagini realistiche di un bambino inesistente, implicato o coinvolto in una condotta sessualmente esplicita. Sulla differenza tra le formulazioni delle fonti in questione, V. per tutti M. BIANCHI, *La pedopornografia virtuale: alla ricerca di un bene giuridico fra difficoltà ermeneutiche e istanze politico-criminali*, in *I delitti di pedo-pornografia*, cit., 116-117.

immagini «di un bambino inesistente» – anche le rappresentazioni pornografiche totalmente virtuali. Valorizzando i traguardi esegetici raggiunti in sede sovranazionale con la nota sentenza Pupino⁴⁵⁷, si potrebbe così sostenere, sul punto, l’esistenza di un vero e proprio “obbligo di criminalizzazione” tale da importare un “vincolo di interpretazione conforme” per l’interprete nazionale nella ricostruzione della nozione di pornografia minorile; un “obbligo di recepimento interpretativo”, dunque, capace di elidere ogni esigenza “di prova” in ordine alla *effettiva* valutazione operata dal Legislatore in punto di incriminazione con riferimento alla possibilità di estendere simile nozione anche alle immagini totalmente virtuali⁴⁵⁸.

A parte, sul punto, ogni considerazione in ordine alla possibilità di spingere un simile vincolo verso interpretazioni euro-unitarie che sprigionino degli effetti *in malam partem*⁴⁵⁹, siffatto “sbarramento” può considerarsi oggi definitivamente superato⁴⁶⁰ avendo riguardo alla Decisione del Consiglio d’Europa 2011/92/UE; fonte normativa, questa, non presa in considerazione dalla sentenza oggetto del presente commento – se non in maniera del tutto marginale – ma che sembrerebbe

⁴⁵⁷ Corte di Giustizia, 16 giugno 2005, C-105/103, *Pupino*, commentata, *ex plurimis*, da V. MANES, *L’incidenza delle “decisioni-quadro” sull’interpretazione in materia penale: profili di diritto sostanziale*, in *Cass. pen.*, 2006, 1070 ss.

⁴⁵⁸ *Contra*, C. SOTIS, *Diritto penale della rete e prospettiva europea: il caso della pornografia virtuale*, in *Dir. informatica*, 2011, 569, il quale escludeva non solo l’esistenza di un “obbligo di criminalizzazione” ma anche di un “obbligo di interpretazione conforme” rispetto all’estensione della punibilità alle ipotesi di pornografia “totalmente” virtuale nei confronti dell’interprete nazionale in considerazione della *primauté* da accordarsi al principio (costituzionalizzato) di offensività del reato, il quale imporrebbe di limitare l’applicazione della fattispecie incriminatrice alle sole immagini realizzate mediante l’utilizzo del minore. «L’obbligo di interpretazione conforme al diritto dell’Unione europea – scrive l’Autore – è infatti neutralizzato dall’obbligo di interpretazione conforme a Costituzione, che vuole che le norme incriminatrici vengano interpretate alla luce del canone di necessaria offensività del bene giuridico tutelato (e tutelabile) dalla norma» dovendo quindi (*ibidem*, 570) «il diritto dell’Unione cedere il passo a fronte del prevalente (...) principio nazionale di offensività nel caso di specie». In senso analogo, anche M. BERTOLINO, *Convenzioni, Direttive e legislazione nazionale: un fronte comune di lotta contro i delitti a sfondo sessuale a danno di minori nella legge di ratifica n. 172/2012*, Giappichelli, 2014, 36.

⁴⁵⁹ Favorevole, al riguardo, F. VIGANÒ, *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 1437 ss. Sull’impossibilità, tuttavia, di «accantonare» il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole, di recente M. GALLO, *Le fonti rivisitate. Appunti di diritto penale*, Giappichelli, 2017, 88 ss. Più in generale, sul tema della dicotomia tra effetti in *bonam* e in *malam partem* quale «tacito compromesso nei rapporti tra diritto europeo e diritto penale nazionale», si veda la recente e approfondita indagine di A. LAURITO, *Il rapporto fra il principio di determinatezza e il precedente vincolante. Considerazioni sui limiti costituzionali all’interpretazione della Corte di Giustizia dell’Unione Europea a margine del caso Taricco*, in corso di pubblicazione, 5 ss. del dattiloscritto.

⁴⁶⁰ C. SOTIS, *Le “regole dell’incoerenza”. Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, Aracne, 2012, 54.

aver determinato una vera e propria “depenalizzazione” della pornografia (quantomeno) “*totalmente*” virtuale⁴⁶¹.

La direttiva in questione, diretta ad introdurre, *in sostituzione* della Decisione quadro del 2004, «norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in materia di abuso e sfruttamento sessuale dei minori, pornografia minorile e adescamento di minori per scopi sessuali» (art. 1), dopo aver definito, nell’art. 2, par. 1, lett. c), la nozione di pornografia minorile e di materiale pornografico, introduce una disposizione analoga a quella contenuta nel quarto paragrafo dell’articolo 9 della *Convention on Cybercrimes*. L’art. 5, paragrafo settimo ed ottavo, infatti, attribuisce ai singoli Legislatori nazionali il compito di valutare *discrezionalmente se e come incriminare* le condotte di produzione e detenzione di materiale pornografico che abbiano ad oggetto rappresentazioni di minori “apparentemente” e “totalmente” virtuali.

Le fonti internazionali e sovranazionali forniscono, dunque, un quadro interpretativo meno lineare di quanto, ad una prima lettura, si sarebbe indotti a ritenere. L’unico “dato certo” è quello per cui la valutazione circa la rilevanza penale del materiale pornografico che ritragga minori “virtuali” non possa arrestarsi – come, invece, affermato dalla Suprema Corte – alla lettura degli strumenti internazionali e sovranazionali, dovendosi viceversa “coordinare” simili fonti con quanto indicato dalla disposizione nazionale di “recepimento” di cui all’art. 600-*quater.1* c.p. Questa, sia pur criticabile quanto a formulazione, deve necessariamente essere “scandagliata” nei suoi passaggi linguistici onde poter “estrarre” un indice che consenta di avvalorare l’idea per cui il Legislatore italiano abbia deciso di estendere la punibilità anche nei confronti dei prodotti pornografici “totalmente” virtuali.

4.2. (Tentativo di) esclusione della rilevanza penale della pornografia “apparentemente” e “totalmente” virtuale per il tramite del dato testuale

⁴⁶¹ Sul punto, C. GRANDI, *Il ruolo del parlamento europeo nell’approvazione delle direttive di armonizzazione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 702 ss.

Valutare *se ed entro quali limiti* il Legislatore italiano abbia inteso aprire la strada alla repressione della pornografia interamente virtuale costituisce una operazione certamente non semplice. Chiunque si accinga alla lettura delle proposizioni linguistiche che compongono la disposizione *de qua*, infatti, non può esimersi dal manifestare un senso di insoddisfazione nei confronti di una normativa che non dice tutto quello che, viceversa, dovrebbe (in quanto chiamata a) dire.

Si tratta di una disposizione certamente “mal congegnata”, «oltremodo oscura»⁴⁶², che non brilla per chiarezza né, tantomeno, per precisione⁴⁶³, capace, per questo, di minare la stessa certezza applicativa della fattispecie⁴⁶⁴. Il “vizio di omissione” che inficia l’art. 600-*quater.1* c.p. riguarda un profilo tanto quantitativo che qualitativo⁴⁶⁵. Con riferimento al primo aspetto, infatti, non si comprende il “grado” di virtualità che devono avere le rappresentazioni pornografiche: se esse debbano essere “*parzialmente*” virtuali ovvero sia possibile che acquisiscano rilevanza anche quelle “*totalmente*” virtuali. Dal punto di vista qualitativo, invece, si tratta di stabilire quale sia il grado di elaborazione tecnica richiesto: se sia necessario che l’immagine, ancorché virtuale, risulti in grado di suggerire, inequivocabilmente, la presenza di un minore colto nel compimento di atti sessuali; ovvero se non sia sufficiente anche una rappresentazione “grossolana”, realizzata mediante tecniche grafiche inadeguate a suggerire un elevato grado di realismo⁴⁶⁶.

Sembrirebbe tuttavia potersi escludere che rientrino nell’area perimetrale tracciata dall’art. 600-*quater.1* c.p. non solo le ipotesi di pornografia *totalmente* virtuale, ma

⁴⁶² L. PISTORELLI, *Attenzione spostata sulla perversione del reo*, cit., 51.

⁴⁶³ Per tutti, M. BERTOLINO, *Il minore vittima di reato*, Giappichelli, 2010, 119.

⁴⁶⁴ Sul punto, si vedano le considerazioni di A. SATTA, *Molestie su minori, pene più severe. Nel mirino Internet e viaggi organizzati*, in *Diritto&Giustizia*, 32, 2005, 99 ss.

⁴⁶⁵ Un vizio di non poco momento, giacché impedisce al destinatario del precetto penale di regolarsi tra la strada del lecito e quella dell’illecito; di valutare se la propria “perversione” rientri nell’ambito di una “sfera di libertà” (sia pur moralmente riprovevole) personale, ovvero se non sia destinata a rappresentarne una specifica limitazione. Con la conseguenza per cui la rilevanza penale di simili immagini corra il rischio di essere rimessa al “fiuto”, alla “sensibilità” del singolo fruitore della rappresentazione, impedendo di bloccare la dinamica applicativa della disposizione *de qua* entro un’area perimetrale certa ed empiricamente verificabile.

⁴⁶⁶ Sull’esclusione delle rappresentazioni “grossolane” dal perimetro applicativo dell’art. 600-*quater.1* c.p., per tutti, M. BIANCHI, *La pedo-pornografia virtuale: alla ricerca di un bene giuridico fra difficoltà ermeneutiche e istanze politico-criminali*, in *I delitti di pedo-pornografia*, cit., 129; ID., *Commento all’art. 600-*quater.1**, in *Commentario*, cit., 281 ss.

anche le ipotesi di pornografia *parzialmente* virtuale⁴⁶⁷. Ciò non solo per riportare la disposizione *de qua* ad un nucleo di offesa oggettivamente apprezzabile (v. *infra*, par. 5.1), ma anche in considerazione delle variazioni linguistiche entro le quali la fattispecie si articola⁴⁶⁸.

La disposizione prende in considerazione, nel primo comma, l'ipotesi in cui le rappresentazioni pedopornografiche abbiano ad oggetto «minori degli anni diciotto o parti di essi», senza specificare se le stesse debbano avere, o meno, un carattere “virtuale”. Caratteristica, quella della virtualità, che viene viceversa riferita alle «situazioni» nelle quali, simili immagini, sono state calate. La suggestione ricavabile dalle cadenze descrittive nelle quali si sviluppa l'art. 600-*quater*.1 c.p. sembrerebbe allora esser quella di *considerare come “virtuale” solo il contesto storico-ambientale nel quale viene calata l'immagine del minore*⁴⁶⁹, rimanendo, viceversa, ferma la necessità che il minore, o una parte del suo corpo, sia “reale”. Detto altrimenti, sembrerebbe che il Legislatore abbia voluto prendere in considerazione l'ipotesi in cui una immagine (quella che «rappresenta (...) in tutto o in parte un minore») sia stata “estratta” dal suo contesto originario per essere “trapiantata” all'interno della scena di un rapporto sessuale (cioè: l'«immagine (...) non associata in tutto o in parte a situazioni reali») mai avvenuta ovvero consumatasi con forme e modalità diverse da quelle in cui l'originaria immagine era stata tratta. Si potrebbe pensare, al riguardo, all'immagine di un minore intento a giocare sulla spiaggia “riadattata”, appunto, con «tecniche di elaborazione grafica» tali da “calare” all'interno di una

⁴⁶⁷ Tra gli altri, escludono la rilevanza penale di simili rappresentazioni, sia pur per il tramite di argomentazioni, tra loro, differenti, G. COCCO, *Il concetto di pornografia minorile*, in *Trattato breve di diritto penale. Parte speciale*, vol. I, *I reati contro le persone*, a cura di G. Cocco e E.M. Ambrosetti, Cedam, 2014, 309; L. PISTORELLI, *Sub Art. 600-quater.1*, in *Codice penale commentato*, fondato da E. Dolcini e G. Marinucci, diretto da E. Dolcini e G.L. Gatta, Tomo III, (art. 593 e 734 bis), Giuffrè, 2015, 254.

⁴⁶⁸ Esclude la rilevanza penale delle immagini totalmente virtuali muovendo dall'analisi del dato testuale, anche S. MUGNAINI, *La nuova disciplina in tema di prostituzione e pornografia minorile: testi e contesti*, in *Leg. pen.*, 2008, 195. Secondo M. BIANCHI, *La pedo-pornografia virtuale: alla ricerca di un bene giuridico fra difficoltà ermeneutiche e istanze politico-criminali*, in *I delitti di pedo-pornografia*, cit., 121-122, dal tenore letterale dell'art. 600-*quater*.1 c.p. sarebbe possibile individuare quattro tipologie di immagini virtuali: immagini non associate in tutto a situazioni reali, realizzate utilizzando 1) immagini di minori degli anni diciotto, 2) parti di immagini di minori; immagini associate in parte a situazioni reali, realizzate utilizzando 3) immagini di minori degli anni diciotto, 4) parti di immagini di minori degli anni diciotto.

⁴⁶⁹ Analogamente, A. VALSECCHI, *Delitti contro l'inviolabilità e la libertà sessuale: prostituzione e pornografia minorile, violenza sessuale*, in *Reati contro la persona e contro il patrimonio*, a cura di F. Viganò e C. Piargallini, Giappichelli, 2015, 307.

scena a contenuto sessuale. Oppure, ancora, ad uno “scatto rubato” di un minore all’uscita di scuola poi “ricreata” dal produttore-pedofilo attraverso strumenti digitali che gli consentono di privare il fanciullo dei propri indumenti.

Immagini che acquisiscono rilevanza in quanto elaborate mediante l’«utilizzo», così come richiesto dall’art. 600-*quater*.1 c.p., di un minore: termine che, per la sua genericità, è tale da consentire di attribuire rilevanza non solo alle ipotesi in cui la rappresentazione pornografica sia stata elaborata sfruttando, materialmente e sessualmente, il minore; ma anche nel caso in cui sia stata, appunto, utilizzata una immagine che, una volta calata in un contesto “irreale”, rappresenta una condotta, al pari della prima, capace di aggredire egualmente il libero sviluppo psico-sessuale del minore ritratto.

4.3. (Segue). *E per il tramite (dell'impossibilità) del richiamo alla “dignità umana del minore” quale interesse protetto dall'art. 600-quater.1 c.p.*

Il dato normativo in questione, tuttavia, non sembra fornire soluzioni univoche, prestandosi anzi a interpretazioni tra loro antitetiche. Se, infatti, attraverso una operazione di “ortopedia interpretativa”, le immagini *virtuali* potrebbero essere escluse dall’ambito applicativo dell’art. 600-*quater*.1 c.p., non è mancato chi abbia ritenuto una simile limitazione frutto di un percorso interpretativo del tutto arbitrario⁴⁷⁰, incompatibile con la stessa nozione di pornografia virtuale⁴⁷¹. In questa prospettiva, anzi, si è ritenuto che la disposizione *de qua*, per la sua formulazione, sia in grado di includere ogni tipo di immagine del minore⁴⁷², anche quelle del tutto

⁴⁷⁰ L. PICOTTI, *La legge contro lo sfruttamento sessuale dei minori e la pedopornografia in internet (L. 6 febbraio 2006, n. 38) (Prima Parte)*, in *Studium iuris*, 2008, 1073; R. RAFFAELLI, *La pedopornografia virtuale. Analisi della disciplina introdotta dalla l. n. 38 del 2006 alla luce dell'esperienza comparatistica*, in *Cass. pen.*, 2009, 781.

⁴⁷¹ L. PICOTTI, *I delitti di sfruttamento sessuale dei bambini, la pornografia virtuale e l'offesa dei beni giuridici*, in *Scritti per Federico Stella*, vol. II, Jovene, 2007, 1302.

⁴⁷² F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, *Delitti contro la persona*, Cedam, 2016, 470.

irrealistiche, ponendosi a «completamento (...) di un possibile vuoto di tutela»⁴⁷³ all'interno dell'ordinamento.

In quest'ottica, la repressione delle immagini virtuali (ma realistiche) di minori inesistenti potrebbe essere validamente giustificata – come, del resto, rileva la sentenza oggetto del presente commento – richiamando quel processo, efficacemente descritto dal prof. Palazzo, di «artificializzazione» e di «idealizzazione della tutela penale della persona»⁴⁷⁴ che avviene «nel segno della dignità umana». Dignità che assurge ad oggetto di tutela «non già (...) quale insieme delle qualità personali riferibili ad un soggetto determinato. Bensì nel più astratto senso di qualità “umane”, contrassegnanti cioè il valore dell'essere umano come tale e suscettibile di essere “offese”, “negate”, “disconosciute” tanto per mezzo di particolari modalità di comportamenti (...), quanto per mezzo di comportamenti che si rivelano in sostanza privi di altro contenuto offensivo per i beni personali che non siano quello del disconoscimento della persona umana»⁴⁷⁵.

Proprio il carattere astratto ed ideale del bene “dignità umana” consentirebbe di spostare il baricentro della tutela dal diritto di autodeterminazione *del singolo* fanciullo alla salvaguardia dei diritti *di ogni* fanciullo⁴⁷⁶, quale interesse collettivo improntato a garantire uno sviluppo equilibrato delle prossime generazioni.

Sebbene la “dignità umana” si ponga, già da tempo, al centro di un dibattito politico, istituzionale e giuridico ormai sufficientemente sedimentato⁴⁷⁷, non può fare a meno di sottolinearsi la “vischiosità” di un simile concetto, soprattutto nel momento in cui lo si intenda erigere a interesse giuridico *specificamente* tutelato

⁴⁷³ N. MAZZACUVA, *Delitti contro la persona: le altre ipotesi di tutela*, in AA. VV., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Monduzzi, 2016, 643, secondo cui l'art. 600-*quater*.1 c.p. «sancisce oggi in maniera inequivoca la possibilità di reprimere anche tali ipotesi».

⁴⁷⁴ F.C. PALAZZO, *Tendenze e prospettive nella tutela penale della persona umana*, in *La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri*, a cura di L. Fioravanti, Milano, 2001, 408.

⁴⁷⁵ *Ibidem*, 409.

⁴⁷⁶ In questi termini, L. PICOTTI, *I delitti di sfruttamento sessuale dei bambini*, cit., 1303-1304, il quale aveva già ritenuto, all'indomani della riforma del '98, la possibilità di elevare la “dignità umana” a interesse giuridico tutelato dalle nuove fattispecie contro la pedopornografia in ID., *Libertà sessuale e le nuove schiavitù*, in *La tutela penale della persona*, cit., 308 ss. Sulla medesima scia, oggi, anche G. TRIOLO, *La legge sugli abusi sessuali contro l'infanzia: ragionevoli esigenze punitive e principio di offensività*, in *Leg. pen.*, 2008, 205.

⁴⁷⁷ Per un recente ed efficace quadro di sintesi degli orientamenti in parola, si vedano A. TESAURO, *Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista*, Giappichelli, 2013, 1 ss.; D. FALCINELLI, *Il diritto penale della vittima del reato*, Dike, 2017, 18 ss.

dall'incriminazione della pornografia virtuale⁴⁷⁸. In effetti, la dignità umana, nonostante si iscriva tra i valori universali dell'uomo e sia ricavabile, quale principio supremo, tanto dalla Carta Costituzionale italiana che dal diritto dell'Unione europea⁴⁷⁹, si erge a contenitore particolarmente saldo nella forma ma vuoto nella sostanza: del resto, «nel regno dei fini, tutto ha un *prezzo* o una *dignità*»⁴⁸⁰.

La dignità umana, altrimenti detto, lungi dal restituire alla fattispecie di cui all'art. 600-*quater*.1 c.p. una dimensione di obiettivo disvalore già sul piano del fatto, corre viceversa il rischio di tradursi in uno “spazio libero dal diritto”, consentendo di giustificare *ex post*, dietro il *maquillage* del rispetto del principio di legalità, una fattispecie incriminatrice priva di qualsivoglia collegamento offensivo con un *concreto* interesse⁴⁸¹. Si tratta, dunque, di un principio *relativo*⁴⁸², giacché chiamato ad adattarsi agli orientamenti ed ai valori emergenti dalla sensibilità del contesto sociale nel quale simile concetto viene richiamato; e, per questo, non *selettivo*⁴⁸³. La sua fisionomia tipica, infatti, richiede necessariamente la mediazione di un *ulteriore*

⁴⁷⁸ Più in generale, per una critica della categoria dei beni giuridici “vaghi” o “indeterminati”, V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Giappichelli, 2005, 79 ss.

⁴⁷⁹ Sul punto, per tutti, M. RUOTOLO, *Appunti sulla dignità umana*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, vol. IV, Esi, 2011, 3123 ss.

⁴⁸⁰ I. KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi*, Rusconi, 1994, 157.

⁴⁸¹ Si vedano, al riguardo, le efficaci considerazioni di G. DE FRANCESCO, *Beni offesi e logiche del “rischio” nelle fattispecie a tutela dell'integrità sessuale dei minori: tra presente e futuro*, in *Leg. pen.*, 2008, 210.

⁴⁸² O. DI GIOVINE, *Diritti insaziabili e giurisprudenza nel sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1475, parla, non a caso, di diritti «a geometria variabile». In senso analogo, A. PIZZIROLI, *Il valore costituzionale della dignità. Un profilo giurisprudenziale*, in *Rass. parl.*, 2007, 352, che definisce la dignità umana come una «creatura giuridica camaleontica, mutevole nel tempo e sfuggente ad ogni tentativo di cristallizzazione concettuale».

⁴⁸³ *Contra*, nel senso che la dignità umana possa essere utilizzata non solo come limite all'utilizzo delle misure coercitive ma anche come oggetto in sé della tutela, in generale, G. FORTI, «La nostra arte è un essere abbagliati dalla verità». *L'apporto delle discipline penalistiche nella costruzione della dignità umana*, in *Jus*, 2008, 307 ss. Analogamente, e nell'ottica di “giustificare” la recente introduzione del reato di negazionismo “salvandola” da una censura di illegittimità costituzionale, M. CAPUTO, *La “menzogna di Auschwitz”, le “verità” del diritto penale. La criminalizzazione del c.d. negazionismo tra ordine pubblico, dignità e senso di umanità*, in *Dir. pen. cont.*, 7 gennaio 2014, 35 ss. Si veda, pure, la ricostruzione fornita da L. EUSEBI, *La vita individuale precoce: soltanto materiale biologico?*, in *Leg. pen.*, 2005, 357 ss., il quale erge la «dignità della procreazione umana» quale oggetto della tutela giuridica fornita dalla legge n. 40 del 2004.

interesse che ne precisi di volta in volta il suo contenuto⁴⁸⁴ e che consenta di tradurre simile principio in un bene o interesse tangibile ed empiricamente verificabile⁴⁸⁵. Ergere, dunque, la dignità umana a interesse giuridico tutelato dai delitti di pornografia virtuale, potrebbe generare il rischio di legittimare una repressione pressoché illimitata e potenzialmente incontrollabile di simili fattispecie incriminatrici⁴⁸⁶. Ciò non solo in considerazione, come rilevato, della mutevolezza che tale concetto può venire ad assumere a seconda del punto di vista storico, culturale, ideologico, etico, morale, di volta in volta adottato; ma anche in vista del fatto che questa, una volta elevata a valore supremo ed universale, non renderebbe possibile quell'opera di bilanciamento rispetto agli interessi con essa configgenti⁴⁸⁷. Interessi che, *per ciò solo*, dovrebbero considerarsi meritevoli di sanzione ogni volta che entrino “in contatto” con un bene di rango così superiore da considerarsi non solo come inviolabile ma anche “sacro”; e ciò, a prescindere della attitudine offensiva dei quali simili comportamenti siano portatori.

Ma non solo: attribuire alla disposizione di cui all'art. 600-*quater*.1 c.p. una proiezione di “tutela per il futuro”, certificherebbe ulteriormente la suggestione per cui la norma intenda incriminare un particolare “tipo d'autore”, incentrandosi sulla disobbedienza da questi manifestata rispetto alle istanze “supreme” dell'ordinamento giuridico, sul carattere, sulle intenzioni o sull'immoralità espressa attraverso la

⁴⁸⁴ A. TESAURO, *Riflessioni in tema di dignità umana*, cit., 52. Particolarmente eloquenti, al riguardo, le considerazioni di G. DE FRANCESCO, *Una sfida da raccogliere: la codificazione delle fattispecie a tutela della persona*, in *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, a cura di S. Vinciguerra e F. Dassano, Esi, 2010, 288, il quale rileva come la dignità umana venga ad atteggiarsi «soltanto come una sorta di involucro o di “sintesi categoriale”, la quale, per sostanziarsi di contenuti, ha bisogno di essere nutrita, implementata, “modellata” con lo scalpello della tipicità».

⁴⁸⁵ Ciò, al fine di evitare il rischio che la dignità umana «si presti con eccessiva precipitazione e con soverchio automatismo a fungere da bene-ricettacolo delle reazioni di panico morale». In questi termini, G. FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e “post-secolarismo”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 559.

⁴⁸⁶ Mirabili, sul punto, le osservazioni di G. FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale*, cit., 558, per il quale la dignità umana si traduce in un concetto «potenzialmente disponibile a fungere da *deus ex machina* per la giustificazione di ogni incriminazione, rispetto alla quale non si sia in grado di identificare quale oggetto di tutela un bene giuridico più specifico».

⁴⁸⁷ Sul punto, ancora G. DE FRANCESCO, *Una sfida da raccogliere: la codificazione delle fattispecie a tutela della persona*, cit., 289. Sulla dignità umana quale «argomento “che uccide la discussione”», W. HASSEMER, *Argomentazione con concetti fondamentali. L'esempio della dignità umana*, in *Ars interpretandi*, 2005, 130-131;

realizzazione di un comportamento (pur materialmente) penalmente rilevante⁴⁸⁸. Mancando, infatti, un disvalore *attuale* alla condotta da questi realizzata, la fattispecie si proietterebbe in una dimensione sintomatica di un “rischio potenziale”⁴⁸⁹ che, come già rilevato, non risulta provabile né da un punto di vista empirico né giuridico.

4.4. Principio di frammentarietà penale e considerazioni conclusive in ordine ai materiali pedopornografici penalmente. (Proposta di) Scissione tra le rappresentazioni “ad elaborazione virtuale” e le rappresentazioni “artificiali”

Dall’analisi del dato testuale, prima, e dalla (ritenuta) impossibilità di elevare la dignità umana a interesse tutelato dalla disposizione di cui all’art. 600-*quater*.1 c.p., poi, sembrerebbe rafforzarsi la suggestione secondo cui le rappresentazioni che costituiscono l’oggetto materiale del reato debbano avere ad oggetto, diretto o indiretto, minori “in carne ed ossa”⁴⁹⁰. Solo in questo modo, infatti, sarebbe possibile recuperare quella tipicità materiale e offensiva altrimenti irrimediabilmente “dimidiata” ed allontanare la suggestione per cui il legislatore abbia inteso edificare un *victimless crime*, meramente sintomatico di atteggiamento soggettivo riprovevole.

A favore di una simile ricostruzione potrebbe, da ultimo, essere invocato il *principio di frammentarietà* il quale chiede, come ampiamente noto, che la tutela penale venga accordata in maniera “puntiforme” solo nei confronti di determinate

⁴⁸⁸ “Pericolo” egregiamente descritto da M. GALLO, *Niente cappello di Gessler*, in www.rivistacriticadeldiritto.it, 6 febbraio 2012, tutte le volte in cui non sia possibile riscontrare, all’interno di una fattispecie incriminatrice, «una carica di disvalore, più o meno intens[a] a seconda della entità dell’aggressione realizzata contro l’interesse o gli interessi che l’ordinamento intende salvaguardare». Sostanzialmente in questi termini, di recente, M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2013, 17 ss.

⁴⁸⁹ Sulla legittimità (*rectius*: necessità) di un simile modello di incriminazione fondato sul prototipo di un «illecito di rischio» quale «unico arnese penalistico che sembra disponibile per contenere o disinnescare i rischi insiti nei lati oscuri della modernità», da collocarsi al fianco del reato di danno e di pericolo, C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale: profili dommatici e politico-criminali*, Giuffrè, 2004, 523.

⁴⁹⁰ Alla medesima conclusione, sia pur attraverso un diverso percorso argomentativo, perviene anche A. CHIBELLI, *La Cassazione alle prese con il delitto di pornografia minorile virtuale*, cit., par. 14.

forme di aggressione⁴⁹¹ e per la tutela di interessi ritenuti meritevoli di tutela⁴⁹². Il “retrotterra” che caratterizza il principio di frammentarietà poggia, più nello specifico, nell’esigenza di ridurre al minimo l’intervento penale⁴⁹³ e ciò sulla base della consapevolezza, egregiamente descritta, secondo cui «non tutto ciò che è illecito giuridicamente lo è anche penalmente; non tutto ciò che è illecito eticamente o socialmente, lo è anche dal punto di vista del diritto penale; non tutto ciò che offende “materialmente” un interesse protetto dalla norma penale è suscettibile di rientrare nella relativa fattispecie incriminatrice»⁴⁹⁴. Se così stanno le cose, e non pare possibile discostarsi in alcun modo dall’assunto⁴⁹⁵, sembrerebbe allora doversi pervenire alla conclusione secondo cui le forme qui esaminate di pornografia virtuale non possano considerarsi penalmente rilevanti, quantomeno ai sensi dell’art. 600-*quater*.*l* c.p. L’appagamento sessuale ottenuto mediante immagini para-reali non raffiguranti, in tutto o in parte, minori “in carne ed ossa”, pur biasimevole da un punto di vista etico e sociale, pur potendo essere “bollato” come una vera e propria perversione, ben potrebbe (o dovrebbe) essere meglio sanzionato tramite altre disposizioni incriminatrici onde evitare che le fattispecie di cui agli artt. 600-*ter* e *quater* c.p. si trasformino, livellando ed appiattendolo prodotti criminosi, tra di loro,

⁴⁹¹ Circa la funzione selettiva svolta dal principio di frammentarietà, G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, vol. I, Giappichelli, 2012, 394 e, per una valorizzazione del principio quale «scelt[a] di civiltà», F.C. PALAZZO, *Principi costituzionali, beni giuridici e scelte di criminalizzazione*, Tipografia G. Capponi, 1990, 12, 17 ss. Sul rapporto tra il principio di frammentarietà e la necessaria determinatezza della fattispecie penale, ID., *Il principio di determinatezza nel diritto penale. La fattispecie*, Cedam, 1979, 170.

⁴⁹² Sottolinea il punto, F. BRICOLA, *Carattere “sussidiario” del diritto penale e oggetto della tutela*, in *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, vol. I, Giuffrè, 1984, 102. Sulla indiscutibile valenza del principio di frammentarietà quale canone ermeneutico in punto di incriminazione e in chiave interpretativa, G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, 2014, 32; C.E. PALIERO, *Minima non curat praetor. Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Cedam, 1985, 159 ss. Cfr., tuttavia, la posizione di D. PULITANÒ, *Diritto penale. Parte generale*, Giappichelli, 2013, 49-50, il quale ritiene che la frammentarietà lungi dall’essere un “principio” del diritto penale ne rappresenti un mero “carattere” assorbito nel principio di legalità.

⁴⁹³ Sottolineano efficacemente come il principio di frammentarietà sia anzitutto ricollegato al carattere eccezionale delle norme incriminatrici, G.P. DEMURO, *Ultima ratio: alla ricerca di limiti all’espansione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1654 ss.; A. FIORELLA, *La legge penale e la sua applicazione. Le strutture del diritto penale*, vol. I, Giappichelli, 2016, 99.

⁴⁹⁴ L. STORTONI – T. PADOVANI, *Il diritto penale delle fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Il Mulino, 2002, 108.

⁴⁹⁵ Sulla perdita del carattere (necessariamente) frammentario dell’odierno diritto penale, tra gli altri, si vedano le incisive considerazioni di A. MASSARO, *Omicidio stradale e lesioni personali stradali gravi o gravissime*, cit., 4-5; C. PRITZWITZ, *Teoria e prassi del diritto penale dell’ambiente*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2010, 487 ss.

del tutto disomogenei, in delle macro-fattispecie irriducibili ad un modello offensivo unitario.

Il punto, sembrerebbe richiedere una ulteriore precisazione. Ritenere, infatti, che oggetto della rappresentazione pornografica sia un minore “in carne ed ossa” non consente di escludere, “*per ciò solo*”, le rappresentazioni “*parzialmente*” e “*totalmente*” virtuali dall’ambito applicativo dell’art. 600-*quater.1* c.p. Una simile interpretazione, patrocinata da una parte della dottrina⁴⁹⁶ nel pur lodevole intento di ricondurre la fattispecie *de qua* ad una dimensione di obiettivo disvalore già sul piano del fatto, sembrerebbe in effetti contrastare non solo con la lettera dell’art. 600-*quater.1* c.p.⁴⁹⁷, ma con le stesse esigenze di tutela (rafforzata) predisposte nei confronti di individui particolarmente vulnerabili, quali sono i minori. Attraverso una simile interpretazione, infatti, potrebbe troppo agevolmente essere garantita l’impunità di coloro che, operando in contesti di tipo “professionale”, si celino dietro lo schermo dell’irrealtà per ottenere l’impunità penale per le rappresentazioni pur realizzate mediante l’«utilizzo» di un minore.

Cercando di muoversi all’interno del sentiero tracciato dal testo codicistico e dal contesto empirico-giuridico entro cui vengono segnati i contorni della tutela nei confronti dei minori, la “chiave di volta” per individuare le tipologie di materiale pedopornografico penalmente rilevanti potrebbe essere fornita dal concetto di «utilizzo» delle immagini del minore che figura nel primo comma dell’art. 600-*quater.1* c.p. Questo, infatti, lungi dal tradursi in un richiamo tuzioristico all’esigenza che la rappresentazione raffiguri individui minorenni – a prescindere, dunque, dalla loro *concreta* “esistenza” –, sembrerebbe consentire di predicare la rilevanza penale anche di quelle riproduzioni che, *parzialmente o totalmente virtuali, siano state però*

⁴⁹⁶ Cfr., in particolare, M. BIANCHI, *La pedo-pornografia virtuale: alla ricerca di un bene giuridico fra difficoltà ermeneutiche e istanze politico-criminali*, in *I delitti di pedo-pornografia*, cit., 121 ss.; G. COCCO, *Il concetto di pornografia minorile*, cit., 311.

⁴⁹⁷ Ci si potrebbe, in effetti, domandare *perché* il legislatore abbia inteso introdurre questo nuovo e complesso meccanismo di incriminazione: alla punibilità delle condotte di pornografia parzialmente virtuale si sarebbe potuti giungere per il tramite di una lettura, sia pur forzata, dell’art. 600-*ter* e -*quater* c.p. Donde, si potrebbe predicare la superfluità dell’art. 600-*quater.1* c.p. o la sua stessa assurdità. La stessa limitazione alle rappresentazioni virtuali che abbiano ad oggetto *parti riconoscibili* di minori sembrerebbe tradursi in una decisa “forzatura” del dato testuale, giacché irrintracciabile nell’ordito delle proposizioni linguistiche nelle quali si articola la fattispecie. Per simili considerazioni critiche, per tutti, O. DI GIOVINE, *Sub Art. 600-*quater.1* c.p. Pornografia virtuale*, in *Codice penale*, a cura di T. Padovani, Tomo II (artt. 414-734 *bis*), con il coordinamento di G. De Francesco, G. Fidelbo, Cedam, 2011, 4205.

realizzate attraverso un uso immediato o mediato, diretto o indiretto del fanciullo (o di una sua immagine). Il concetto di pornografia virtuale, infatti, “agganciandosi” alle disposizioni previste dagli articoli precedenti, ne “mutuerebbe” anche il rispettivo significato contenutistico; posta in questi casi la necessaria esistenza di un minore “in carne ed ossa” quale oggetto delle condotte penalmente rilevanti, la medesima esigenza dovrebbe richiedersi anche nel momento in cui si proceda ad analizzare le rappresentazioni pornografiche virtuali.

Dalla valorizzazione del concetto di «utilizzo» del(le immagini del) minore condotta nei termini predetti deriva l’ulteriore esigenza di “scindere” all’interno del *genus* pornografia totalmente (o parzialmente) virtuale tra le rappresentazioni *ad elaborazione “parzialmente” o “totalmente” virtuale* e le rappresentazioni *“parzialmente” o “totalmente” artificiali*.

Nel primo caso, come del resto già precisato, si avrebbe a che fare con rappresentazioni pornografiche aventi ad oggetto una situazione (in tutto o in parte) reale poi “tradotta”, con tecniche di elaborazione grafica, in immagini (in tutto o in parte) virtuali. Si potrebbe pensare, al riguardo, all’ipotesi “estrema” di minori “in carne ed ossa” utilizzati quali veri e propri “modelli” per la realizzazione di una immagine o filmati pornografici poi celati dietro il *maquillage* di una rappresentazione tecnico-grafica o fumettistica onde poter nascondere la precisa identità degli individui coinvolti. Oppure, ancora, all’ipotesi di rielaborazione, con tecniche virtuali, di prodotti pornografici già esistenti e raffiguranti minori “reali”. Materiali che, sia pur “totalmente” virtuali, difficilmente potrebbero essere collocati “al di fuori” dell’art. 600-*quater*.1 c.p. a patto di non ammettere l’esistenza di un *vulnus* di tutela all’interno di una disciplina che, improntata al massimo rigore, è volta a garantire il minore contro forma di abuso e di «utilizzo»: anche virtuale, quindi.

Per contro, con la pornografia *“parzialmente” o “totalmente” artificiale* si avrebbe a che fare con prodotti virtuali “in senso assoluto”, immaginifici, aventi ad oggetto una rappresentazione di minori che, sia pur “fedele” alle loro fattezze, costituisce il frutto di una mera – e perversa – “opera dell’ingegno” dell’autore del prodotto finale. Prodotti *irreali*, dunque, che, alla luce delle considerazioni svolte,

non sembrerebbero (o dovrebbero) ricadere nell'ambito applicativo dell'art. 600-*quater*. I c.p. per mancato «utilizzo», diretto o indiretto, di un minore.

In un contesto interpretativo già particolarmente problematico, si è ben consapevoli della difficoltà che una simile conclusione può determinare dal punto di vista dell'accertamento probatorio. La necessità di semplificazione processuale, tuttavia, non pare possa essere utilizzata quale argomento atto a giustificare una così clamorosa perdita di garanzie *del* diritto penale e *per il* diritto penale, che si scontrerebbe abbracciando una interpretazione “largheggiante” dell'art. 600-*quater*. I c.p. Così, di fronte all'incertezza dell'accertamento processuale, la decisione degli organi giudicanti dovrebbe muoversi seguendo le tracce, ormai dimenticate, di un «dogma di assoluta ragione»⁴⁹⁸: *in dubio pro reo; in dubio pro libertate*.

⁴⁹⁸ F. CARRARA, *Il diritto penale e la procedura penale*, in *Opuscoli di diritto criminale*, vol. V, Firenze, 1903, 26, del quale vibrano, ancora oggi, con assoluto vigore le seguenti affermazioni (*Ibidem*, 17): «io proteggo quest'uomo perché è innocente; tale io lo proclamo finché voi non abbiate provato la sua colpevolezza: e questa colpevolezza voi dovete provarla con i modi e con le forme che io vi prescrivo, e che voi dovete rispettare; sta a favore dell'imputato la presunzione di innocenza che assiste ogni cittadino; e questa presunzione si piglia in mano dalla scienza penale, che ne fa la sua bandiera per opporla allo accusatore e allo inquisitore (...) al fine di restringere quei movimenti (...) che siano freno all'arbitrio, ostacolo all'errore, e per conseguenza protezione di quello individuo».

SEZIONE II

I REATI A C.D. DOLO SPECIFICO, OSSIA IL “REO-RIBELLE”

SOMMARIO: 1. Brevi cenni sulle funzioni del c.d. dolo specifico. - 2. Il dolo specifico come elemento “fondante” la responsabilità penale nelle fattispecie a “condotta neutra”. - 2.2. Brevissimo: conferme da alcuni dei più recenti indirizzi interpretativi. A) Primo “incursus”: le teorie in tema di “doppia misura” della colpa. - 2.3. B) Secondo “incursus”: la nozione di “medesimo disegno criminoso”. - 2.4. C) Terzo, ed ultimo, “incursus”: la coscienza e volontà della condotta. - 3. La “duplice anima” del c.d. dolo specifico: per una interazione tra reo, reato e realtà. Una possibile conferma dall’art. 270-sexies c.p. - 4. I reati “a finalità di terrorismo”: *necessitas non habet legem*? - 5. La ricerca di una “prova contraria” nei reati a “finalità di terrorismo”: la strada del c.d. dolo specifico. - 6. Ulteriori ambiti problematici: le ipotesi delittuose di cui agli artt. 270-quater, 270-quater.1 e 270-quinquies c.p. - 7. I reati contro il patrimonio quale nuova ipotesi di diritto penale del tipo d’autore? L’esempio della rapina. - 7.1. Per un ritorno al fatto nell’ambito dei delitti contro il patrimonio. A) L’interesse giuridico tutelato; B) la nozione di profitto.

1. *Brevi cenni sulle funzioni del c.d. dolo specifico.*

La possibilità di ritenere che le fattispecie incriminatrici caratterizzate dalla presenza di un elemento intenzionale, qualificabile alla stregua di un dolo specifico, possano essere rivelatrici di una particolare caratterizzazione personale dell’illecito (*id est*: di un particolare tipo d’autore), può fondatamente argomentarsi muovendo da due considerazioni preliminari.

La prima, attiene alla nozione tradizionalmente fornita al dolo specifico; la seconda, invece, concerne le funzioni e, segnatamente, il ruolo che tale coefficiente psicologico viene ad assumere all’interno del fatto penalmente rilevante.

Seguendo una definizione largamente diffusa, il dolo specifico consisterebbe in una particolare finalità che deve essere perseguita dal soggetto agente, la cui realizzazione non risulta necessaria ai fini dell'integrazione della fattispecie⁴⁹⁹: un classico esempio è rappresentato proprio dal delitto di rapina di cui all'art. 628 c.p., in cui la sottrazione della cosa altrui – avvenuta con violenza o minaccia – rileva solo in quanto volta ad ottenere un ingiusto profitto. La previsione di un simile fine all'interno della fattispecie incriminatrice viene dunque a realizzare una vera e propria «asimmetria» tra elemento oggettivo e soggettivo del reato⁵⁰⁰: il dolo specifico si pone infatti quale forma di *volontà eccedente*, o *ulteriore*, che non deve trovare corrispondenza nel fatto materialmente posto in essere. Perché il delitto si configuri, dunque, non è necessario che il profitto venga conseguito in concreto dall'agente, risultando sufficiente che il soggetto abbia agito in vista del raggiungimento di quel particolare scopo⁵⁰¹.

La previsione legislativa del dolo specifico all'interno di una fattispecie incriminatrice può assolvere, in astratto, a tre funzioni fondamentali⁵⁰². Anzitutto, tale coefficiente psicologico permette di *restringere l'area del penalmente rilevante*, consentendo di ricondurre sotto la disposizione incriminatrice solo quelle condotte “intrinse” del fine tipizzato dal legislatore. Il dolo specifico, poi, può produrre un *mutamento del titolo del reato* e, segnatamente, di *intensificare* la disciplina del trattamento sanzionatorio rispetto a quelle fattispecie che, condividendo con essa una medesima “oggettività giuridica”, risultano prive di un richiamo a simile coefficiente

⁴⁹⁹ Si tratta della nota definizione fornita da M. FINZI, *Il cosiddetto dolo specifico. Volizioni dirette verso un risultato che sta fuori degli atti esterni d'esecuzione di un reato*, in *Studi in memoria di A. Rocco*, vol. I, Giuffrè, 1951, 387. Si vedano, inoltre, pur nella diversità delle sfumature entro cui viene inteso il c.d. dolo specifico quale “volontà eccedente”, S. PIACENZA, *Saggio di un'indagine sul dolo specifico*, Giappichelli, 1943, 60 ss.; S. ARDIZZONE, *Condotte finalistamente orientate e forme di colpevolezza*, in *Studi in onore di G. Musotto*, vol. II, G. Priulla, 1979, 49 ss.; A. MALINVERNI, *Scopo e movente nel diritto penale*, Giappichelli, 1955, 154 ss.

⁵⁰⁰ In questi termini, di recente, E. MEZZETTI, *Diritto penale. Casi e materiali*, II^a ed., Zanichelli, 2017, 361

⁵⁰¹ Sulla rilevanza dell'errore che investe gli elementi del reato a contenuto “esclusivamente psicologico”, Cfr., per tutti, M. TRAPANI, *La divergenza tra il “voluto” e il “realizzato”*, cit., p. 182 ss.

⁵⁰² Sulle funzioni svolte dal dolo specifico, nella manualistica Cfr., per tutti, G. DE FRANCESCO, *Diritto penale. I fondamenti*, II^a ed., Giappichelli, 2013, 412 ss.

psicologico⁵⁰³. Da ultimo, il dolo specifico viene ad assumere, in una considerevole serie di casi, una vera e propria *funzione costitutiva della punibilità*, consentendo di rendere penalmente rilevanti fatti che, in assenza di quel fine, sarebbero da considerarsi penalmente leciti se non, addirittura, costituzionalmente garantiti⁵⁰⁴.

2. Il dolo specifico come elemento “fondante” la responsabilità penale nelle fattispecie a “condotta neutra”.

L’innesto di questi due profili, tra loro da collocarsi in un rapporto di reciproca integrazione, può, in effetti, fondatamente giustificare l’opinione secondo cui si abbia a che fare, in simili ipotesi, con derive soggettivistiche, ossia con particolari tipi d’autore oggetto della sanzione criminale.

Siffatto requisito psicologico, infatti, accedendo a condotte prive di un disvalore oggettivo “penalmente” apprezzabile⁵⁰⁵, finisce inevitabilmente con lo spostare il baricentro punitivo verso la repressione di atteggiamenti meramente soggettivi e privi di riscontro nella materialità dei fatti⁵⁰⁶. Con la conseguenza per cui si determinerebbe un arretramento della soglia della rilevanza penale ad un momento in cui il fatto di reato è ancora nel foro interno del soggetto agente, con violazione del principio *cogitationis poenam nemo patitur*⁵⁰⁷.

⁵⁰³ Si pensi al rapporto tra il sequestro di persona (art. 605 c.p.) ed il sequestro di persona a scopo di estorsione (art. 630 c.p.): in queste ipotesi, la “finalità di estorsione” serve, appunto, non solo a “specificare” la fattispecie di cui all’art. 630 c.p. rispetto al sequestro di persona “base” ma anche, e soprattutto, a consentire di applicare una pena quantitativamente diversa al soggetto che abbia agito mosso da una simile finalità.

⁵⁰⁴ Emblematici, al riguardo, i modelli di tipizzazione dei reati associativi e, più nello specifico, del delitto di cui all’art. 416-bis c.p. (associazione di tipo mafioso) oppure, ancora, dell’art. 270-bis c.p. (associazione con finalità di terrorismo): in simili ipotesi l’associazione, *per il sol fatto di essere animata da quel fine*, risulta passibile di essere sottoposta a sanzione penale a prescindere dalla commissione dei delitti che hanno “animato” la sua costituzione, ed a prescindere dal fatto che siano stati posti in essere “atti idonei o diretti”, ex art. 56 c.p., alla loro realizzazione.

⁵⁰⁵ Sulle problematiche sollevate dalle fattispecie incriminatrici ove viene attribuita esclusiva rilevanza al solo *Intentionsunwert*, Cfr., N. MAZZACUVA, *Il disvalore di evento*, cit., 219 ss.

⁵⁰⁶ In questi termini, *ex multis*, F.C. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, VI^a ed., Torino, 2016, 309; G. FORNASARI, *Dolo, errore sul fatto ed aberratio ictus*, in AA. VV. *Introduzione al sistema penale*, vol. II, Torino, 2001, 176.

⁵⁰⁷ Evidenzia il punto, A. MANNA, *Corso di diritto penale. Parte generale*, III^a ed., Padova, 2015, 403.

Si tratta di perplessità che, nonostante siano diffusamente avvertite nella letteratura giuridica, sono state fortemente “sdrammatizzate” da autorevole dottrina che, sia pur attraverso percorsi teorici non del tutto coincidenti, ha cercato di “svalutare” la funzione svolta dal dolo specifico nell’ambito della tipicità delittuosa nel dichiarato intento di determinarne una «riduzione del suo ruolo dogmatico»⁵⁰⁸.

Un simile tentativo è stato compiuto da un lato, valorizzando in via esclusiva la caratterizzazione oggettiva di simile elemento. Al riguardo, si è ritenuto che le espressioni “al fine di”, “allo scopo di”, “per” *et similia*, altro non sarebbero se non delle mere «specificazion[i] della condotta»⁵⁰⁹. Il dolo specifico, in quest’ottica, servirebbe non già a segnalare una particolare volontà seguita dal soggetto agente quanto, piuttosto, a stabilire quale debba considerarsi la condotta tipica ai fini della riconducibilità a fattispecie⁵¹⁰.

Dall’altro lato – e in senso diametralmente opposto – il dolo specifico è stato inteso quale mera «modalità o connotazione soggettiva» atta a «qualificare il dolo generico»⁵¹¹, con il limitato compito di attribuire (esclusiva) rilevanza all’elemento intenzionale proprio del reato a c.d. dolo intenzionale che, altrimenti, sarebbe da considerarsi normativamente equivalente alle altre forme di dolo⁵¹².

Secondo un’impostazione che tende, oggi, sempre più ad imporsi nella letteratura giuridica, il dolo specifico lungi dal rilevare sul piano esclusivamente psicologico, svolgerebbe ancor prima una funzione “selettiva” già sul piano oggettivo della fattispecie, essendo capace di “influenzare” anche le modalità tipico-offensive del

⁵⁰⁸ Testualmente E. MORSELLI, *Il reato di false comunicazioni sociali*, Napoli, 1974, 119.

⁵⁰⁹ L. STORTONI, *L’abuso di potere nel diritto penale*, Milano, 1978, 84. Secondo l’Autore, i dubbi di costituzionalità che caratterizzerebbero simili fattispecie risulterebbero in questo modo grandemente ridimensionati: fondata la lesione (o messa in pericolo) del bene giuridico protetto su di una condotta materiale, verrebbe meno il problema di rintracciare percorsi interpretativi valevoli a garantire il rispetto del “volto costituzionale” dell’illecito penale. In senso adesivo, anche G. FORNASARI, *I criteri di imputazione soggettiva del delitto di bancarotta semplice*, in *Giur. comm.*, 1988, 677.

⁵¹⁰ Sostanzialmente in questi termini anche F. RAMACCI, *Corso di diritto penale*, V^a ed., a cura di R. Guerrini, Torino, 2015, 347.

⁵¹¹ Così, E. MORSELLI, *Il reato di false comunicazioni sociali*, cit., 116 ss., attraverso una equiparazione del dolo specifico alle ipotesi di c.d. illiceità speciale. In quest’ottica, il c.d. dolo specifico non servirebbe ad altro se non a «richiamare l’attenzione sulla particolare struttura» impressa dal legislatore alla fattispecie incriminatrice.

⁵¹² A. PECORARO ALBANI, *Il dolo*, Napoli, 1955, 527 ss. Ritiene che il c.d. dolo specifico altro non sia se non una mera tecnica di tipizzazione legislativa, anche G. MUSOTTO, *Il problema del dolo specifico*, in *Studi in onore di Francesco Antolisei*, vol. II, Milano, 1965, 365, spec. 367.

fatto base cui accede⁵¹³ e di concorrere, quindi, insieme agli altri elementi oggettivi del reato nella produzione delle conseguenze giuridiche.

2.1. Dalla finalità dell'agente alla finalità della condotta. La ricerca di una "obiettiva tendenza" del c.d. dolo specifico nelle ricostruzioni fornite dalla dottrina.

La persistenza di dubbi circa la compatibilità dei reati a caratterizzazione soggettiva con i superiori principi di materialità ed offensività del reato ha indotto la dottrina più recente a rimeditare la collocazione sistematica del c.d. dolo specifico all'interno della teoria del reato.

Pur nella eterogeneità delle soluzioni fornite, è stata unitariamente affermata la necessità di rintracciare nei reati a dolo specifico anche l'oggettiva tendenza dell'azione verso il raggiungimento del risultato vietato⁵¹⁴; l'esistenza, altrimenti detto, di una "interazione" tra l'intenzione richiesta dalla disposizione di parte speciale ed il fatto commesso dal soggetto agente⁵¹⁵.

L'opinione maggioritaria ritiene che il fatto base previsto dalla disposizione incriminatrice possa considerarsi "tipico" in quanto risulti essere – nelle sue modalità attuative ed esecutive – *idoneo* ed *adeguato* al raggiungimento del risultato vietato⁵¹⁶. In questo modo, lo scarto registrabile tra elemento soggettivo ed elemento oggettivo verrebbe ad essere colmato da una nota valutativa ulteriore (l'idoneità del

⁵¹³ L'esigenza per cui il c.d. dolo specifico "interagisca" anche con l'elemento oggettivo del reato è bene evidenziata da D. BRUNELLI, *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, Giappichelli, 2013, 93.

⁵¹⁴ Sintetizza questa esigenza G. MARINUCCI, *Soggettivismo e oggettivismo*, cit., 11.

⁵¹⁵ Efficacemente, in questi termini, D. BRUNELLI, *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, Torino, 2011, 93. Sul punto, già M. FINZI, *Il cosiddetto. dolo specifico*, cit., 398, il quale rileva come risulti essere necessario ravvisare anche una «esteriorizzazione della intenzione speciale: far sì che la stessa materialità dell'atto, cioè il processo esecutivo del delitto, manifesti l'intenzione speciale dell'agente».

⁵¹⁶ Si tratta di un'opinione ormai largamente diffusa. Cfr., G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, V^a ed. aggiornata da E. Dolcini e G.L. Gatta, Milano, 2015, 452.; F.C. PALAZZO, *Corso*, cit., 310; G. MARINUCCI, *Soggettivismo e oggettivismo*, cit., 11; S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis*, Milano, 1993, 170; S. SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Milano, 1987, 370.

fatto base), in grado di “ancorare” il disvalore globale del fatto ad elementi non più (e non solo) soggettivi ma anche (e prima ancora) di tipo oggettivo.

Il rispetto delle esigenze di materialità e di offensività della fattispecie sarebbero, per tal via, pienamente garantite⁵¹⁷. I reati a dolo specifico, in quest’ottica, si trasformerebbero in «reati di pericolo con dolo di danno»⁵¹⁸, con l’ulteriore conseguenza secondo cui la punibilità ai sensi dell’art. 270-*bis* c.p. verrebbe a fondarsi non già su di una generica adesione ad un programma eversivo, quanto su di un «concreto e attuale programma di violenza»⁵¹⁹.

Altra parte della dottrina ha perseguito il recupero delle fattispecie a c.d. dolo specifico ad una dimensione di obiettivo disvalore attraverso la ricerca di un nesso di “interdipendenza funzionale”⁵²⁰ tra il fatto base e lo scopo tipizzato dal legislatore. Affinché il fatto base risulti tipico, è necessario non solo che il fine ulteriore venga rappresentato, ma anche che la rappresentazione in questione abbia efficacia causale sull’azione esterna⁵²¹. Il comportamento tenuto dal soggetto agente (nel caso di cui all’art. 270-*bis*, c.p.: l’associarsi) intanto parrebbe potersi considerare penalmente rilevante in quanto rappresenti «già la parziale “realizzazione” del fine, (...) momento necessario al pieno verificarsi del risultato “finale” tipicamente perseguito»⁵²².

Il dolo specifico, dunque, pur appartenendo *strutturalmente* all’elemento psicologico del reato, sarebbe in grado, da un punto di vista *dinamico-applicativo*, di “innervarsi” all’interno delle note comportamentali alle quali accede⁵²³ trovando, in queste, la ragione della sua esistenza.

⁵¹⁷ In senso parzialmente adesivo D. BRUNELLI, *Il sequestro di persona a scopo di estorsione*, Padova, 1995, 272, il quale, ritiene altresì necessario che «tali atti siano anche *non equivocamente* diretti nella stessa direzione». *Contra*, con riferimento all’elemento della non equivocità degli atti, M. PELISSERO, *Reato politico e flessibilità delle categorie dogmatiche*, Napoli, 2000, 392.

⁵¹⁸ G. DELITALA, *Il “fatto” nella teoria generale del reato*, Padova, 1930, 127.

⁵¹⁹ Più nello specifico, rileva F. VIGANÒ, *Terrorismo di matrice islamico-fondamentalista e art. 270-bis c.p. nella recente esperienza giurisprudenziale*, in *Cass. pen.*, 2007, 3975, come una simile interpretazione consenta di evidenziare «la necessità che il gruppo nel suo complesso non si limiti a discutere di progetti criminosi (...), ma sia concretamente passato alla fase attuativa di tali progetti», fissandosi in questa seconda fase la possibilità di incriminare quanti compongano simili associazioni.

⁵²⁰ *Amplius*, F. DEAN, *Il rapporto di mezzo a fine nel diritto penale*, Milano, 1967, 151 ss.

⁵²¹ L. PICOTTI, *Il dolo specifico. Un’indagine sugli “elementi finalistici” delle fattispecie penali*, Milano, 1993, 501.

⁵²² *Ibidem*, 502

⁵²³ In ciò giustificandosi l’affermazione di chi ha ricostruito il dolo specifico quale «elemento soggettivo dell’illecito». Sul punto, Cfr., T. PADOVANI, *La frode fiscale. Profili generali*, in

Una simile interpretazione, non solo è parsa ristabilire un “equilibrio” interno ai reati in cui il dolo specifico rappresenta, come visto, la *ratio* esclusiva dell’incriminazione, ma sembrerebbe essere la più convincente in quanto maggiormente aderente alla stessa realtà che domina l’agire umano. Ritenere, infatti, che il dolo specifico sia un esclusivo elemento di carattere soggettivo, vorrebbe dire ritenere possibile, anzitutto da un punto di vista logico prima ancora che giuridico, fissare una cesura tra un momento in cui un soggetto pensa ed elabora dal momento in cui mette, poi, in atto i moti della propria psiche⁵²⁴. Al contrario, potrebbe validamente osservarsi come il fine, lo scopo cui si tende, sia un elemento capace di “illuminare” il fatto base nel quale viene ad innestarsi lasciando piena e sicura traccia della sua esistenza⁵²⁵. Un elemento chiamato a svolgere una funzione non già “servente” rispetto alla previa qualificazione giuridica di un fatto come penalmente rilevante, ma una funzione “concorrente” al pari degli altri elementi oggettivi, consentendo di completare «la forza fisica obiettiva»⁵²⁶ dell’illecito.

**2.2. Brevissimo: conferme da alcuni dei più recenti indirizzi interpretativi. A)
Primo “incursus”: le teorie in tema di “doppia misura” della colpa.**

Rispetto ad un simile contesto interpretativo, risulta particolarmente difficile segnalare con la stessa sicurezza con la quale Edoardo Bennato indicava la strada verso “l’isola che non c’è” quale sia l’impostazione metodologica preferibile o, comunque, maggiormente in grado di “afferrare” quella “tipicità materiale dimidiata” che, inevitabilmente, si registra rispetto a simili fattispecie delittuose.

Responsabilità e processo penale nei reati tributari. Legge 7 agosto 1982, n. 516, modificata dalla Legge 15 maggio 1991 n. 154, a cura di C.F. Grosso, II^a ed., Giuffrè, 1992, 196; M. GELARDI, Il dolo specifico, Cedam, 1996, 156.

⁵²⁴ Si tratta di indicazioni fornite da F. COPPI, *Reato continuato e cosa giudicata*, Jovene, 1969, 196 ss.

⁵²⁵ Così, anche G. MORGANTE, *Il reato come elemento del reato*, cit., 166, quando rileva come il dolo specifico sia in grado di «chiamare in causa» la componente oggettiva dell’illecito.

⁵²⁶ È noto come già il Carrara avesse individuato nel (da lui definito) “dolo speciale” un elemento in grado di “influenzare” il disvalore giuridico del fatto di reato già sul piano oggettivo. Per ampi richiami alla posizione dell’Autore, Cfr., L. PICOTTI, *Alle origini della nozione di dolo specifico: obiettività giuridica e obiettività ideologica nell’evoluzione della teoria carrariana del reato*, in *Francesco Carrara nel primo centenario della morte*, Giuffrè, 1991, 535 ss.

Tuttavia, in considerazione della rilevata difficoltà interpretativa cui l'innesto del requisito della idoneità allo scopo potrebbe determinare⁵²⁷, sembrerebbe preferibile aderire a quell'indirizzo interpretativo che ha condivisibilmente cercato di anticipare "al fatto" i momenti attinenti, anche solo per *nomen iuris*, al piano della soggettività⁵²⁸.

Potrebbe, in effetti, rilevarsi come una simile ricostruzione teorica, lungi dal peccare di eccessivo materialismo⁵²⁹, sembrerebbe pienamente iscriversi all'interno di un *trend* interpretativo ormai sufficientemente consolidato. Si allude, in particolare, a quelle costruzioni teoriche attraverso le quali si è cercato di far "retroagire" i profili attinenti all'elemento soggettivo del reato (o se si preferisce, rientranti nel giudizio di colpevolezza) nell'ambito già dell'elemento oggettivo del reato (o, se si preferisce, rilevanti già sul piano della tipicità).

Il primo, e sin troppo scontato, riferimento è alle più recenti ricostruzioni in tema di c.d. doppia misura della colpa⁵³⁰.

Al fine di eliminare il rischio che dietro la c.d. colpa per inosservanza di leggi venissero ad instaurarsi delle forme di responsabilità oggettiva occulta⁵³¹, è stato condivisibilmente sostenuto che il giudizio sulla colposità dell'evento debba essere articolato in un duplice momento valutativo: dapprima, sarebbe necessario accertare la materiale violazione di una regola cautelare da parte del soggetto agente, prescindendosi dalle sue qualità personali; quindi, e successivamente, verificare la effettiva possibilità dell'agente di adeguarsi al contenuto delle regole cautelari

⁵²⁷ Per ampie valutazioni critiche in ordine alla possibilità di inserire all'interno della disposizione codicistica un requisito del tutto assente nella lettera della legge, Cfr., F. GIUNTA, *Il sequestro di persona nelle recenti innovazioni legislative*, in *Arch. pen.*, 1983, 241; A. NAPPI, *Guida al codice penale*, Milano, 2008, 244-245. Rileva, ancor più incisivamente, che simile ricostruzione vada ad incidere sulla stessa Costituzione, A. PAGLIARO, *Il reato*, cit., 223.

⁵²⁸ In questa direzione, di recente, anche G. RUGGIERO, *Gli elementi soggettivi della tipicità. Indagine sui rapporti tra tipicità e anti giuridicità nella teoria del reato*, Napoli, 2011, 101 ss., che definisce (*passim*, 119) il dolo specifico quale forma di «oggettivazione della subiettività».

⁵²⁹ D. FALCINELLI, voce *Terrorismo*, in *Dig. Disc. Pen., Agg. III, Tomo II*, 1608-09.

⁵³⁰ Non appare certamente possibile indicare, sia pur approssimativamente, la copiosa bibliografia sorta sul tema. Si rinvia, pertanto, ai più recenti lavori monografici di D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, 37 ss.; A. MASSARO, *La responsabilità colposa per omesso impedimento di un fatto illecito altrui*, Napoli, 2013, 301 ss., alla quale si rinvia per l'ampia letteratura *ivi* citata.

⁵³¹ G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, ora in ID., *La colpa. Studi*, Milano, 2013, 175 ss.

attraverso un'analisi che implicherebbe la necessità di vagliare l'evento prodotto alla stregua delle qualità personali dell'agente⁵³².

Solo in questo modo, si rileva, sarebbe possibile evitare di addebitare «all'agente che *in re illicita versatur* tutte le conseguenze lesive causalmente ricollegabili alla sua azione, comprese quelle che costituiscono la realizzazione di rischi non riconoscibili né dominabili»⁵³³. Sarebbe, più nello specifico, possibile evitare che il giudizio di responsabilità penale (per colpa) si fondi attraverso meccanicistici automatismi.

Senza entrare nel merito di questioni che meriterebbero ben altro approfondimento, per i più limitati fini che qui interessano è possibile cogliere da simili impostazioni teoriche un dato di non trascurabile importanza: la circostanza secondo cui un elemento di natura soggettiva possa “retroagire” e produrre i suoi effetti *costitutivi* già in un momento antecedente, quando si tratti – come nel caso specifico – di stabilire quale sia la condotta (o le condotte) attraverso le quali il soggetto abbia *materialmente* trasgredito la regola di diligenza.

2.3. B) Secondo “incursus”: la nozione di “medesimo disegno criminoso”.

Una seconda conferma potrebbe derivare dalla ricostruzione giuridica, prima ancora che sintattica, fornita alla nozione di “medesimo disegno criminoso” di cui all'art. 81, secondo comma, c.p. Al riguardo, è ampiamente noto come la dottrina prevalente, una volta eliminato il requisito della necessaria omogeneità delle violazioni commesse ad opera della riforma dell'aprile del 1974, abbia sovente

⁵³² Cfr., sia pur con diverse sfumature per quanto riguarda la “misura” alla cui stregua operare i due (distinti) giudizi, A. MASSARO, “Concretizzazione del rischio” e prevedibilità dell'evento nella prospettiva della doppia funzione della colpa, in *Cass. pen.*, 2009, 4712 ss.; S. CANESTRARI, *La doppia misura della colpa nella struttura del reato colposo*, in *Ind. pen.*, 2012, 21 ss.; D. CASTRONUOVO, *La colpa “penale”. Misura soggettiva e colpa grave*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, 1723 ss.

⁵³³ G. FORNASARI, *Descrizione dell'evento e prevedibilità del decorso causale: “passi avanti” della giurisprudenza sul terreno dell'imputazione colposa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, 725.

evidenziato l'inconsistenza e l'assoluta illogicità di una continuazione fondata sul solo elemento psicologico⁵³⁴.

Da qui l'esigenza, largamente avvertita, di "arricchire" la nozione legislativa con note ulteriori che permettano di "ancorare" il disegno criminoso a dati oggettivi i quali, più facilmente riscontrabili *in rerum natura*, siano in grado di conferire all'istituto la sua originaria e tradizionale veste giuridica⁵³⁵.

Anche in questo caso, l'esigenza di ricercare una "prova contraria", un "appiglio" oggettivo all'interno della struttura soggettiva della odierna continuazione di reati, è stata perseguita dalla letteratura giuridica attraverso percorsi interpretativi che, sia pur eterogenei, sono stati mossi dall'unitario e lodevole intento di "restringere" i contorni applicativi dell'istituto giuridico *de quo*⁵³⁶.

Si è, in particolare, rilevato come il disegno criminoso sarebbe un elemento chiamato non solo a "cementare" la pluralità di delitti commessi dal soggetto che agisca in continuazione ma, più incisivamente, in grado di lasciare, nell'ambito di ogni singola violazione di legge commessa, una piena e certa "traccia di sé". In questo modo, tra i singoli reati commessi sarebbe possibile scorgere una «comune base di fatto»⁵³⁷, una «unica tendenza criminosa»⁵³⁸ che muoverebbe il soggetto ad

⁵³⁴ Particolarmente efficaci, al riguardo, le considerazioni lapidarie espresse da P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Padova, Cedam, 1982, p. 387, secondo cui «il reato continuato eterogeneo rappresenta nel suo complesso un assurdo logico e dogmatico». Nello stesso senso anche G. BETTIOL – L. PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 1986, 644-645, i quali osservano che «così, forse, si è andati oltre quelle esigenze, di giustizia e di comprensione della norma, che avevano suggerito la revisione dell'istituto».

⁵³⁵ Per ampi richiami alle elaborazioni teoriche proposte dalla dottrina nell'obiettivo di fornire una valida collocazione strutturale al "medesimo disegno criminoso" nella sua "nuova" veste giuridica, sia consentito il rinvio – anche per quanto attiene all'accoglimento di una nozione di "disegno criminoso" intellettuale-dinamica – a L. BRIZI, *La coniugabilità della continuazione di reati e in particolare del "medesimo disegno criminoso" con lo "stato di tossicodipendenza"*, in *Cass., pen.*, 2015, 3594 ss.

⁵³⁶ Particolarmente efficaci, al riguardo, le considerazioni di E. MORSELLI, *Il reato continuato nell'attuale disciplina legislativa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1976, 121-122, il quale muove la sua indagine nel dichiarato obiettivo di evitare che la riforma citata determini «una tacita disapplicazione del principio del cumulo materiale ed (..) una corrispondente desuetudine di tale materia»; rischio ritenuto possibile dall'Autore in quanto «ora che qualsiasi disposizione eterogenea, stando alla *littera legis*, dovrebbe ricadere sotto l' art. 81 (...), in pratica, sarà quasi sempre possibile al giudicante applicare il cumulo giuridico».

⁵³⁷ F. COPPI, *Reato continuato e cosa giudicata*, Napoli, 1969, 196 ss. In senso analogo, pur se con sfumature differenti, anche F. RAMACCI, *Corso di diritto penale*, cit., 481; V. B. MUSCATIELLO, *Pluralità e unità di reati. Per una microfisica del molteplice*, Padova, 2002, 216 ss.

⁵³⁸ D. BRUNELLI, *Dal reato continuato alla continuazione di reati. ultima tappa e brevi riflessioni sull'istituto*, in *Cass. pen.*, 2009, 2758.

agire per effetto della «comunanza del processo motivazionale tra i singoli reati»⁵³⁹ o per il «ripresentarsi della stessa occasione o del permanere dello stesso rapporto»⁵⁴⁰. Sarebbe possibile, altrimenti detto, cogliere all'interno di ogni singolo illecito commesso un segmento di quel complessivo disvalore racchiuso nel “medesimo disegno criminoso”, evitando, dunque, di affidare ad un coefficiente soggettivo l'attitudine a costituire il “*solo*” fondamento punitivo.

Il medesimo disegno criminoso, in quest'ottica, “incarnandosi” nella commissione di ogni singolo illecito, riuscirebbe a restituire quella omogeneità qualitativa ad una pluralità delittuosa che, altrimenti, risulterebbe del tutto priva di una nota valutativa comune tale da giustificare un trattamento di minor rigore rispetto al concorso materiale di reati.

Ancora una volta, dunque, e a prescindere dalle riserve che potrebbero essere rivolte nei confronti dell'indirizzo in parola⁵⁴¹, un elemento di natura marcatamente intellettuale sarebbe in grado di “sprigionare” i propri effetti prima ancora che sull'elemento psicologico del reato già sul piano della fattispecie oggettiva.

2.4. C) Terzo, ed ultimo, “*incursus*”: la coscienza e volontà della condotta.

Terza, ed ultima conferma potrebbe, infine, essere tratta dall'esegesi fornita con riferimento all'elemento della coscienza e volontà di cui all'art. 42, primo comma, c.p.

L'opinione tradizionale⁵⁴² ha inteso circoscrivere la rilevanza della *suitas* al solo elemento soggettivo del reato⁵⁴³ ed ha conseguentemente focalizzato la propria attenzione sui “contenuti minimi” da attribuire a tale coefficiente. La coscienza e

⁵³⁹ E. MORSELLI, *Il reato continuato*, cit., 137 ss.; G. FLORA, *Concorso formale e reato continuato nella riforma del 1° libro del codice penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1975, 1975, 513.

⁵⁴⁰ A. PAGLIARO, *I reati connessi*, Palermo, 1956, 156 e ss.

⁵⁴¹ Su cui, V., R. PASELLA, *Osservazioni in tema di struttura e fondamento del nuovo reato continuato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1976, 501 ss., nonché A. MORO, *Unità e pluralità di reati. Principi*, Cedam, 1959, 208 ss.

⁵⁴² Il riferimento è, ovviamente, a F. ANTOLISEI, *La volontà nel reato*, in *Riv. pen.*, 1932, ora in ID., *Scritti giuridici*, 155-156; ID., *Sul concetto dell'azione nel reato*, in *Riv. pen.*, 1925, 505.

⁵⁴³ Cfr., per tutti, la collocazione sistematica fornita alla *suitas* da F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 299 ss.

volontà, in quest’ottica, sarebbe un concetto di “genere” espressivo di un «coefficiente minimo di umanità»⁵⁴⁴ del diritto penale, evitando la possibilità di attribuire ad un individuo fatti derivanti da fattori naturali o da forze esterne⁵⁴⁵.

Anche in questo caso si è registrato un copioso dibattito interpretativo volto a “traghetare” la *suitas* già all’interno dell’elemento oggettivo del reato o, se si preferisce, della tipicità⁵⁴⁶. Nell’obiettivo di non ridurre la disposizione di cui al primo comma dell’art. 42 c.p. a requisito meramente “esemplificativo” della necessità di una partecipazione psichica “minima” del soggetto al fatto commesso – requisito, per altro, già astrattamente ricavabile dai criteri di imputazione soggettiva⁵⁴⁷ – autorevole dottrina ha sottolineato la “duplice funzione” svolta dalla coscienza e volontà.

Tale elemento, infatti, pur appartenendo, *strutturalmente*, ai criteri di imputazione soggettiva del reato, da un punto di vista *sistematico*, confluirebbe nell’elemento oggettivo delineato dalla disposizione incriminatrice⁵⁴⁸. Ed è proprio nella scissione sistematica così operata che potrebbe trovare conferma l’affermazione, propria della dottrina “classica” secondo cui la mancanza della coscienza e volontà renderebbe il fatto penalmente irrilevante. Una irrilevanza già sindacabile sotto il profilo dell’elemento oggettivo del reato⁵⁴⁹, con tutte le conseguenze che, nei giudizi penali ed extrapenali, ne possano derivare⁵⁵⁰.

Ancora una volta, dunque, si sarebbe di fronte ad un elemento “apparentemente” soggettivo, in quanto la sua “funzionalità” sarebbe da ricondursi, prima di tutto, sul piano della tipicità oggettiva⁵⁵¹.

⁵⁴⁴ M. ROMANO, *Art. 42*, in *Commentario sistematico*, cit., 422.

⁵⁴⁵ In senso parzialmente adesivo E. MORSELLI, *Coscienza e volontà nella teoria del dolo*, in *Arch. pen.*, 1966, 433 ss., il quale ritiene preferibile parlare di coscienza e volontà quale forma di «attribuibilità [del fatto] alla personalità» del soggetto agente.

⁵⁴⁶ Per ampi richiami al dibattito in esame, Cfr., M. GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, Milano, 1951, 50 ss.; G. MARINUCCI, *Il reato come azione. Critica di un dogma*, Milano, 1971, 196-197.

⁵⁴⁷ M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, vol. I, Torino, 2013, 221.

⁵⁴⁸ *Ibidem*, 222.

⁵⁴⁹ *Ibidem*, 222.

⁵⁵⁰ *Ibidem*, 223-224.

⁵⁵¹ In questi termini, di recente, F. GIUNTA, *Principio e dogmatica della colpevolezza nel diritto penale d’oggi. Spunti per un dibattito*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, 125. Analogamente, già

3. La “duplice anima” del c.d. dolo specifico: per una interazione tra reo, reato e realtà. Una possibile conferma dall’art. 270-sexies c.p.

L’indagine sin qui compiuta sembrerebbe aver “svelato”, in ultima analisi, la piena ed indiscutibile attitudine di un elemento soggettivo a “influenzare” anche le modalità tipico-offensive del fatto base cui accede, concorrendo nella produzione delle conseguenze giuridiche grazie ad una sua più attuale partecipazione alle modalità di estrinsecazione dell’offesa penalmente rilevante.

Le medesime considerazioni potrebbero, allora, poter essere ricondotte anche rispetto alla finalità di terrorismo e, più in generale, al c.d. dolo specifico. Finalità che ben può essere calata nel contesto oggettivo della fattispecie senza, per ciò stesso, determinare uno “snaturamento” della sua natura dommatica.

Anche per il dolo specifico, così come per la colpa, per il medesimo disegno criminoso, per la *suitas* della condotta, sarebbe possibile individuare una “duplice anima”. Il fine, pur appartenendo *strutturalmente* all’elemento psicologico del reato, sarebbe in grado, da un punto di vista *dinamico-applicativo* di “innervarsi” all’interno delle note comportamentali alle quali accede trovando, in queste, la ragione della sua esistenza. Condotta che, tesa verso un fine ultimo prestabilito dall’agente, perderebbe la propria autonoma individualità, inserendosi all’interno di una trama unitaria della quale ne costituisce il *mezzo attuativo*.

Sembrerebbe trattarsi, anzi, di una “lettura” maggiormente aderente alla stessa *realtà* (naturalistica) che domina l’agire umano.

Ritenere, infatti, che il dolo specifico sia un esclusivo elemento di carattere soggettivo, vorrebbe dire ritenere possibile, anzitutto da un punto di vista logico prima ancora che giuridico, poter fissare una cesura, quasi fosse un dato scientificamente provabile, tra un momento in cui un soggetto pensa ed elabora dal momento in cui mette, poi, in atto i moti della propria psiche.

Il fine, lo scopo cui si tende, la finalità di terrorismo è un elemento che invece si incarna e si invera continuamente; un elemento capace di “*illuminare*” e, sia

F. DEAN, *Il rapporto di mezzo a fine*, cit., 146 ss. nonché R. PANNAIN, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, vol. I, Torino, 1950, 219.

consentita l'espressione, "contaminare" il fatto base nel quale, dunque, viene ad innestarsi lasciando piena e sicura traccia della sua ontologica esistenza.

4. *I reati "a finalità di terrorismo": necessitas non habet legem?*

La deriva verso gli incerti lidi di un diritto penale soggettivo si registra inevitabilmente anche rispetto ai reati caratterizzati dalla finalità terroristica⁵⁵² ove sembrerebbero intersecarsi, in un afflato comune, i principi propri del diritto penale del tipo d'autore e del diritto penale della volontà⁵⁵³.

Emblematica di questa logica "autorale" sembrerebbe essere, in particolare, l'ipotesi delittuosa di cui all'art. 270-bis c.p. ma che si ripresenta, forse in maniera ancora più "esasperata" all'interno delle singole fattispecie componenti il "micro-sistema" antiterroristico della parte speciale del codice penale⁵⁵⁴.

Si tratterebbe, in effetti, di una fattispecie delittuosa fortemente (se non esclusivamente) sbilanciata sul versante soggettivo, in quanto la finalità terroristica rappresenta, da sola, la *ratio* stessa dell'incriminazione⁵⁵⁵. Il dolo specifico su cui si fonda l'art. 270-bis c.p., infatti, svolge non solo la sua "tradizionale" funzione di *differenziare* titoli di reati altrimenti identici per oggettività giuridica ma, più incisivamente, un ruolo di natura *costitutiva*, in quanto chiamato ad incriminare comportamenti che, altrimenti, sarebbero da considerarsi perfettamente leciti: anzi, costituzionalmente garantiti dall'art. 18 Cost.

⁵⁵² V. MILITELLO, *La riforma dei reati contro lo stato in Italia*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. III, Napoli, 2011, 1629.

⁵⁵³ La suggestione costituisce il frutto di un ampio ed articolato confronto avuto con il Prof. Trapani e la Prof.ssa Massaro in vista delle giornate di studio tenutesi a Noto i giorni 11-13 novembre 2016, ai quali rivolgo (non solo per questo) il mio più devoto ringraziamento.

⁵⁵⁴ Sulle problematiche connesse alle fattispecie recentemente introdotte, Cfr., A. CAVALIERE, [Considerazioni critiche intorno al d.l. antiterrorismo n. 7 del 18 febbraio 2015](#), in *Dir. pen. cont.-Riv. Trim.*, n. 2/2015, 229 ss. Per un'analisi delle più recenti fattispecie introdotte dalla l. 28 luglio 2016, n. 153, si veda R. BERTOLESI, [Ancora nuove norme in materia di terrorismo](#), in *questa Rivista*, 18 ottobre 2016; A. VALSECCHI, *Le modifiche alle norme incriminatrici in materia di terrorismo*, in *Il nuovo "pacchetto" antiterrorismo*, a cura di R.E. Kostoris, F. Vigan, Torino, 2015, 3 ssr.

⁵⁵⁵ Analogamente, F.C. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in *Quest. giust.*, 2006, 670.

In un simile “contesto d’incriminazione”, la ricerca di una “prova contraria” sembrerebbe essere in parte difficoltosa da raggiungere, in parte inutile.

Difficile, anzitutto in considerazione della difficoltà di attribuire al concetto di “terrorismo” un esatto significato linguistico⁵⁵⁶ che renda tale formula non solo aderente ai «postulati di civiltà del diritto»⁵⁵⁷ ma che sia, poi, provabile sul piano empirico ed anche sul piano logico-processuale.

Inutile o, comunque, del tutto superflua, laddove si voglia edificare un fronte anticipato di tutela penale alla *Jakobs*⁵⁵⁸ al fine di “contrastare” fenomeni criminosi (quelli terroristici, appunto) “inarrestabili” secondo le logiche proprie del diritto penale del fatto e del danno concreto.

La perdita di garanzie derivante da un indebolimento (se non, addirittura, un azzeramento) dei principi di materialità e di offensività del fatto sarebbe, in quest’ottica, del tutto giustificabile (o meglio: necessaria) in considerazione della “tipologia criminale” che viene, in simili contesti, in rilievo. Il terrorista, infatti, è colui che ha deciso di combattere, in nome del proprio credo, contro una certa comunità. La pena, dunque, non potrebbe svolgere nei confronti di simili “nemici” alcuna funzione dialogica, di risocializzazione o di reinserimento all’interno della società giacché sarebbero proprio i valori minimi di quella società che si intendono distruggere⁵⁵⁹.

Necessitas non habet legem, si potrebbe dire. Nessun altro rimedio, se non quello di attribuire allo strumento penale un ruolo di neutralizzazione, di difesa e di sicurezza

⁵⁵⁶ Sul punto, si veda l’ampia analisi storico-giuridica svolta da A. VALSECCHI, *Il problema della definizione di terrorismo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, 1127 ss.

⁵⁵⁷ G. INSOLERA, *Reati associativi, delitto politico e terrorismo globale*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 1329.

⁵⁵⁸ Limitandosi alla citazione dei lavori pubblicati in lingua italiana, Cfr., G. JAKOBS, *Il diritto penale del nemico*, in *Il diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, a cura di M. Donini, M. Papa, Milano, 2007, 5 ss.; ID., *Diritto penale del nemico? Una analisi sulle condizioni della giuridicità*, in *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cura di A. Gamberini, Milano, 2007, 109 ss.; ID., *I terroristi non hanno diritti*, in *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, a cura di R.E. Kostoris, R. Orlandi, Torino, 2006, 3 ss. Per delle considerazioni critiche, Cfr. L. FERRAJOLI, *Il “diritto penale del nemico”: un’abdicazione della ragione*, in *Legalità penale e crisi del diritto*, cit., 161 ss.; A. PAGLIARO, *“Diritto penale del nemico”: una costruzione illogica e pericolosa*, in *Cass. pen.*, 2010, 2460 ss.

⁵⁵⁹ Analogamente, M. DONINI, *Il diritto penale di fronte “al nemico”*, in *Cass. pen.*, 2007, 746.

altrimenti non facilmente realizzabile⁵⁶⁰. Nessun'altra via, dunque, se non quella di affiancare ad un "diritto penale del cittadino" un vero e proprio "diritto penale del/per il nemico"⁵⁶¹ attraverso l'introduzione di forme di anticipazione "massima" della tutela penale che finiscano per punire delle semplici *finalità* e, si potrebbe anche dire, la pericolosità manifestata da un soggetto. Si è di fronte a un nemico; un nemico pericoloso per la società che *può* (anzi: *deve*) essere messo in condizione di non nuocere alla sicurezza della collettività e ciò anche a patto di inaugurare un nuovo ritorno all'ideale della Scuola Positiva secondo cui oggetto della sanzione criminale debba essere un soggetto non per quello che fa (meglio: che ha fatto) ma per quello che è (meglio: per quello che potrà essere)⁵⁶².

La funzionalità (o utilità) di un simile sistema pone, dunque, l'interprete dinnanzi un'alternativa piuttosto netta.

Si potrebbe anzitutto affermare la perfetta ammissibilità logica, ma anche giuridica, di un simile sistema punitivo. Si tratta di argomentazioni, particolarmente persuasive, attraverso le quali si è rilevato come il diritto penale non possa (più) considerarsi come un sistema fisso ed immutabile⁵⁶³, "blindato" entro una roccaforte di principi e garanzie da applicarsi *sempre* e nei confronti di *ogni* fattispecie delittuosa. Sarebbe viceversa del tutto possibile modellare un diritto penale «a più velocità»⁵⁶⁴, caratterizzato da più «sistemi *differenziati* a seconda della gravità dei fenomeni

⁵⁶⁰ È, in estrema sintesi, questa il "manifesto" teorico dello Jakobs, su cui v. *I terroristi non hanno diritti*, cit., 11 ss.

⁵⁶¹ Sulla contrapposizione tra un diritto penale del "cittadino" ed un diritto penale del nemico, Cfr., per tutti, F. MANTOVANI, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale e l'amico del diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, 470 ss.

⁵⁶² Sintetizza efficacemente il punto, M. TRAPANI, *Guerra e diritto penale, Sull'adeguatezza degli strumenti penalistici nei confronti del c.d. terrorismo islamico*, in corso di pubblicazione, p. 8 del dattiloscritto.

⁵⁶³ Taccia di «illusorietà» un simile convincimento, M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al "nemico"*, in *Cass. pen.*, 2007, 766-767.

⁵⁶⁴ L'idea di un diritto penale "a più velocità" è stata tracciata, come ampiamente noto, da J.M. SILVA SÀNCHEZ, *L'espansione del diritto penale. Aspetti della politica criminale nelle società postindustriali*, edizione italiana a cura di V. Militello, Milano, 2004, 111, il quale ritiene non solo opportuno ma, anzi, necessario procedere ad una «flessibilizzazione controllata delle regole di imputazione (...) come anche dei principi di politica criminale», ritenendo non solo «anacronistici, ma addirittura utopici» i tentativi di "bloccare" le più recenti scelte di incriminazione entro gli schemi del diritto penale "classico" (c.d. prima velocità del diritto penale).

criminosi da contrastare»⁵⁶⁵. Nessun problema, ammettendo simile logica “caleidoscopica”, costruire uno o più sotto-sistemi punitivi caratterizzati anche da una più spiccata anticipazione della tutela penale⁵⁶⁶.

All’opposto, e nel tentativo di evitare un «“inquinamento” dell’intero sistema penale e del suo tradizionale sistema di garanzie»⁵⁶⁷, si potrebbe ritenere che le deviazioni dai principi di materialità e di offensività che si ingenerano di fronte all’anticipazione della soglia repressiva, non possano essere presi come dei meri “dati di fatto”, quasi da accettare con un silenzioso spirito di rassegnazione⁵⁶⁸. Necessario, in quest’ottica, sarebbe allora il tentativo – diametralmente opposto a quello precedente –, di affidare le esigenze di “lotta” al terrorismo non già al diritto penale quanto ad operazioni belliche⁵⁶⁹, da un lato; oppure, e prendendosi atto della necessità di una “incorporazione” di simili esigenze *anche* da parte del diritto penale, ricercare una “prova contraria” che consenta di “smussare” i contorni sin troppo netti di un diritto penale (forse) illiberale⁵⁷⁰.

5. La ricerca di una “prova contraria” nei reati a “finalità di terrorismo”: la strada del c.d. *dolo specifico*.

⁵⁶⁵ F. VIGANÒ, *Diritto penale del nemico e diritti fondamentali*, in *Legalità penale e crisi del diritto. Un percorso interdisciplinare*, a cura di A. Bernardi, B. Pastore, A. Pugiotto, Milano, 2008, 122. In termini analoghi, anche R. BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico, jus in bello criminale e annientamento del nemico assoluto*, Torino, 2008, 177.1

⁵⁶⁶ Così, F. VIGANÒ, *Terrorismo, guerra e diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2006, 694, il quale ritiene inevitabile uno spostamento di accento dell’intero sistema penale «dal paradigma della repressione di un fatto già commesso a quello della prevenzione di fatti non ancora commessi», al fine di assicurare una più efficace tutela della sicurezza della collettività».

⁵⁶⁷ M. TRAPANI, *Guerra e diritto penale*, cit., p. 10 del dattiloscritto.

⁵⁶⁸ Si oppone “strenuamente” a chi «nel nome di una sana dose di realismo (...)» decida di accettare, incondizionatamente, i canoni di un «“paradigma preventivo” (...) di fatti non ancora commessi e della “pericolosità” degli autori», G. MARINUCCI, *Soggettivismo e oggettivismo*, cit., 23.

⁵⁶⁹ E, in particolare, agli strumenti della c.d. “guerra difensiva”. Sul punto, per le opportune precisazioni normative e logiche di simile ricostruzione, si veda M. TRAPANI, *Guerra e diritto penale*, cit. 10 ss. del dattiloscritto.

⁵⁷⁰ Si prende in prestito il titolo, particolarmente evocativo, del Lavoro di L. RISICATO, *Verso un diritto penale illiberale? La crisi di senso dell’intervento penale tra derive securitarie e paternalistiche*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. I, Napoli, 2011, 526 ss.

Quand'anche si intenda aderire ad un modello di diritto penale differenziato, l'interprete non può fare a meno di interrogarsi, *in ogni caso*, sulla possibilità di ricondurre i reati caratterizzati da una finalità terroristica ai canoni propri del diritto penale del fatto e del danno concreto⁵⁷¹.

Perseguendo un simile sentiero, l'unica opzione metodologicamente corretta per ricercare una "prova contraria" sembrerebbe essere quella di fornire una adeguata collocazione sistematica al c.d. dolo specifico, categoria entro la quale, tradizionalmente, viene ricondotta, appunto, la finalità terroristica.

Calando simili ricostruzioni nell'ambito dell'art. 270 *bis* c.p., il risultato interpretativo volto a garantire il rispetto *anche* da parte di simili fattispecie di principi costituzionali in materia penale, sembrerebbe essere pienamente raggiunto. Una volta posto il divieto *ex art. 18 Cost.* di costituire associazioni per fini vietati dalla legge – circostanza che sembrerebbe dunque legittimare un simile modello di incriminazione⁵⁷² – e posta comunque la necessità *ex art. 25 Cost.* che simile fine vada ad innestarsi in una condotta materialmente apprezzabile, le note della idoneità allo scopo o la ricerca di un nesso di collegamento funzionale tra il mezzo (la costituita o costituenda associazione) ed il fine ben potrebbe colmare quel *deficit* di oggettività che caratterizza il 270-*bis* c.p.

Si tratta di considerazioni che sembrerebbero trovare una plausibile conferma nella formulazione del requisito della c.d. finalità terroristica cristallizzata dal legislatore nell'art. 270-*sexies* c.p. Senza addentrarsi nella "galleria del vento" e valutare se tale disposizione costituisca «un rimedio peggiore del male»⁵⁷³ e la sua attitudine ad individuare, *in concreto*, la finalità terroristica⁵⁷⁴, si deve piuttosto rilevare come simile disposizione possa costituire un importante conferma del percorso interpretativo sin qui seguito.

⁵⁷¹ Sull'"invalidabilità" dei principi a funzionare da guida e limite per le scelte legislative e interpretative, si vedano le osservazioni di D. PULITANÒ, [La cultura giuridica e la fabbrica delle leggi](#), in *Dir. pen. cont.*, 28 ottobre 2015, 1 ss.

⁵⁷² G. DE FRANCESCO, *Diritto penale. I fondamenti*, II^a ed., Torino, 2011, 415.

⁵⁷³ G. FLORA, *Profili penali del terrorismo internazionale: tra delirio di onnipotenza e sindrome di autocastrazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, 62 ss.

⁵⁷⁴ Rileva, in effetti, come tale disposizione si risolva in una sorta di cambiale in bianco, M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al nemico*, cit., 746, nota 43. *Amplius*, sul punto, A. VALSECCHI, *Brevi osservazioni di diritto sostanziale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2005, 1222 ss.; M. MANTOVANI, *Le condotte con finalità di terrorismo*, in *Contrasto al terrorismo*, cit., 77 ss.

La finalità terroristica viene infatti “agganciata” ad una *condotta* che, «*per sua natura o contesto*», deve risultare in grado di ottenere gli obiettivi delineati dalla disposizione. Si tratterebbe di un accostamento per niente scontato che sembrerebbe confortare i risultati interpretativi sin qui compiuti: il binomio condotta-finalità terroristica, sembrerebbe suggerire l’idea per cui il c.d. dolo specifico non debba essere ricercato “nella mente del reo” quanto nei comportamenti da questi posti in essere; nel senso che la condotta, appunto, risulterebbe già essere *materialmente intrisa di quel fine* che, se confinato nell’ambito del solo elemento soggettivo del reato, si ridurrebbe ad una sterile puntuazione codicistica.

In quest’ottica, dunque, sembrerebbe trovare conferma l’affermazione secondo cui il c.d. dolo specifico sarebbe un elemento «soggettivo dell’illecito»⁵⁷⁵. Un elemento chiamato a svolgere una funzione non già “servente” rispetto alla previa qualificazione giuridica di un fatto come penalmente rilevante, ma una funzione “concorrente” al pari degli altri elementi oggettivi. In questo modo, dunque, completando «la forza fisica obiettiva»⁵⁷⁶ dell’illecito, sarebbe pienamente possibile recuperare quella “tipicità materiale dimidiata” che, altrimenti, ben potrebbe essere validamente sindacata in quanto costituzionalmente illegittima.

6. Ulteriori ambiti problematici: le ipotesi delittuose di cui agli artt. 270-*quater*, 270-*quater.1* e 270-*quinqies* c.p.

La fattispecie di arruolamento con finalità di terrorismo anche internazionale (art. 270 *quater* c.p.) è stata introdotta nel codice penale italiano dalla legge 31 luglio 2005, n. 155, con la finalità di colpire le attività di supporto al terrorismo realizzate attraverso l’addestramento in Italia di persone successivamente inviate all’estero per

⁵⁷⁵ T. PADOVANI, *La frode fiscale. Profili generali*, in *Responsabilità e processo penale nei reati tributari. Legge 7 agosto 1982, n. 516, modificata dalla Legge 15 maggio 1991 n. 154*, a cura di C.F. Grosso, II^a ed., Milano, 1992, 196. Cfr., pure, l’efficace definizione fornita da M. GELARDI, *Il dolo specifico*, Padova, 1996, 156, secondo cui il c.d. dolo specifico sarebbe anzitutto un elemento «tipico, trascendente, elettivo e costitutivo dell’illecito»⁵⁷⁵

⁵⁷⁶ È noto, infatti, come già il Carrara avesse individuato nel (da lui definito) “dolo speciale” un elemento in grado di “influenzare” il disvalore giuridico del fatto di reato già sul piano giuridico. Per ampi richiami alla posizione dell’Autore, Cfr., L. PICOTTI, *Alle origini della nozione di dolo specifico: obiettività giuridica e obiettività ideologica nell’evoluzione della teoria carrariana del reato*, in *Francesco Carrara nel primo centenario della morte*, Atti del convegno internazionale Lucca-Pisa 2/5 giugno 1988, Milano, 1991, 535 ss.

il compimento di atti di terrorismo (fenomeno che si è presentato, in particolare, con la diffusione del terrorismo islamico)⁵⁷⁷.

La norma de qua si presta, tuttavia, ad importanti critiche relative alle evidenti carenze in termini di tecnica legislativa. In particolare, essa non descrive in modo sufficientemente determinato la fattispecie: e questo rilievo riguarda la norma nel suo complesso, sin dalla formulazione originaria introdotta dal d.l. n. 144 del 2005, convertito, con modificazioni, nella l. n. 155 del 2005⁵⁷⁸.

Già all'indomani della riforma del 2005, la dottrina⁵⁷⁹ discuteva sulla corretta interpretazione da dare al termine arruolare, e quindi se accentuare il significato etimologico del verbo, ovvero aderire ad un'interpretazione teleologica che avrebbe comportato l'incriminazione di qualsiasi forma di propaganda e, più in generale, di qualunque attività volta a trovare proseliti funzionale a commettere atti terroristici. Entrambe le interpretazioni comportano, comunque, tensioni con principi penali di rilevanza costituzionale, e questo dato fa riflettere sull'efficacia della tecnica di formulazione normativa adoperata dal legislatore.

L'esatta ricostruzione del significato del concetto di arruolamento, sembrerebbe passare attraverso la lettura delle fonti normative europee.

L'interpretazione "corretta" da attribuire al termine arruolare verrebbe in realtà fornita dalla decisione quadro 2008/919/GAI del Consiglio dell'Unione Europea del 28 novembre 2008, la quale, modificando la decisione quadro 2002/475/GAI in materia di reati terroristici, espressamente definisce il "recruitment for terrorism" come qualsiasi attività volta a "soliciting another person to commit one of the offences listed in Article 1", ovvero un reato terroristico. L'arruolamento consisterebbe quindi in un più generico reclutamento, da intendersi come una particolare forma d'istigazione a commettere un delitto terroristico .

Sebbene proveniente da fonte europea, nemmeno tale interpretazione convince del tutto: il legislatore avrebbe, peraltro, potuto specificare in modo più dettagliato la

⁵⁷⁷ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 816; in senso conforme v. E. DOLCINI – G. MARINUCCI, *Codice penale commentato*, Milano, Ipsoa, 2011, p. 2637.

⁵⁷⁸ G. MARINO, *Il sistema antiterrorismo alla luce della l. 43/2015: un esempio di "diritto penale del nemico"?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016

⁵⁷⁹ G. MARINO, *Il sistema antiterrorismo alla luce della l. 43/2015: un esempio di "diritto penale del nemico"?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016

condotta per evitare eccessi di anticipazione della tutela penale, ai limiti del contrasto con il principio di materialità⁵⁸⁰.

Esclusa la plausibilità delle interpretazioni in precedenza esaminate, l'unico spazio applicativo ipotizzabile per la norma de qua, alla luce delle clausole di riserva contenute nell'art. 270-quater c.p., è quello dell'incriminazione della condotta del “lupo solitario” il quale, essendosi auto-addestrato, senza aver avuto in precedenza contatti con l'organizzazione terroristica, convinca un concorrente — senza addestrarlo — a coadiuvarlo in un atto terroristico⁵⁸¹

Al fine di rispettare il principio di necessaria offensività e superare positivamente il vaglio di legittimità costituzionale si era evidenziato che sul piano dell'elemento soggettivo la disposizione in esame presentasse un doppio dolo specifico⁵⁸²: l'autore della condotta di arruolamento avrebbe dovuto agire sia con la finalità del compimento degli atti di violenza o del sabotaggio di servizi pubblici essenziali sia con una delle finalità terroristiche previste dall'art. 270 *sexies* c.p. La duplicazione delle finalità consentiva di limitare la punibilità ai soli atti diretti alla lesione di un bene giuridico e sintomatici della commissione di atti di natura terroristica⁵⁸³.

In relazione alla prima finalità di compiere atti di violenza o sabotaggio di servizi pubblici essenziali è necessario che il giudice accerti la *concreta idoneità*

⁵⁸⁰ In giurisprudenza (Cass. pen., sez. I, 9 settembre 2015, n. 40699, in *De Jure*), tuttavia, si incontrano ricostruzioni di tal fatta: «Ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 270 quater c.p. (arruolamento con finalità di terrorismo anche internazionale), la nozione di “arruolamento” non può farsi coincidere con quella desumibile dall'analoga espressione contenuta nell'art. 244 c.p. (che punisce chi “fa arruolamenti o compie altri atti ostili contro uno Stato estero in modo da esporre lo Stato italiano al pericolo di una guerra”), dovendosi escludere che nell'ipotesi prevista dall'art. 270 quater sia necessario l'inquadramento dell'arruolato in una vera e propria struttura di tipo militare, dovendosi invece ritenere, anche in considerazione dell'espresso riferimento operato dalla norma incriminatrice alle finalità di terrorismo, che il concetto di “arruolamento” corrisponda a quello di “ingaggio”, inteso come il raggiungimento di un “serio accordo” tra il soggetto che propone il compimento, in forma organizzata, di più atti di violenza o di sabotaggio, quello anzidetto, che segna pertanto il momento consumativo del reato; il che, peraltro, non esclude la configurabilità del tentativo punibile, ove il proponente, pur ponendo in essere una condotta idonea ed univocamente diretta ad ottenere l'adesione del destinatario, non consegua tale risultato».

⁵⁸¹ Cfr. R. BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale*, cit., 102, e M. MANTOVANI, *Le condotte con finalità di terrorismo*, in AA.VV., *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, a cura di R. Kostoris - R. Orlandi, Torino, 2006, 104.

⁵⁸² R. GAROFOLI, *Manuale di Diritto penale*, cit., p. 91; F. FASANI, *Le nuove fattispecie antiterrorismo: una prima lettura*, p. 934; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 817; in senso conforme v. G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 575.

⁵⁸³ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 818.

della condotta di arruolamento a mettere l'arruolato nelle condizioni di poter commettere simili atti. Gli atti di violenza possono essere indifferentemente rivolti a ledere un bene di natura personale o patrimoniale, individuale o collettivo. L'espressione «atti di sabotaggio di servizi pubblici essenziali» deve ritenersi una semplice specificazione dei generici «atti di violenza» che il legislatore ha voluto introdurre in sede di conversione del d.l. per maggior chiarezza⁵⁸⁴.

Il secondo fine consente di inserire la fattispecie nel quadro delle «disposizioni per la lotta al terrorismo internazionale»: l'arruolamento deve essere rivolto al compimento di atti di violenza a loro volta preordinati al perseguimento di una «finalità di terrorismo». Anche l'accertamento di questo dolo specifico deve rispettare il principio di offensività e il giudice sarà tenuto a verificare in concreto la finalità terroristica dell'organizzazione militare nella quale il soggetto venga arruolato a conseguire quegli scopi che il legislatore qualifica come terroristici ai sensi dell'art. 270 *sexies* c.p. Tale esigenza è ancor più pressante in base alla funzione fortemente anticipatoria della tutela penale svolta dalla fattispecie incriminatrice in commento⁵⁸⁵.

B) Il terzo comma dell'art. 1 della l. n. 43 del 2015 modifica l'art. 270-quinquies c.p., ampliando l'ambito di applicazione della previgente disposizione. Accanto a colui il quale addestra o comunque fornisce istruzioni sulla preparazione o sull'uso di materiali esplosivi, di armi da fuoco o di altre armi, di sostanze chimiche o batteriologiche nocive o pericolose, nonché di ogni altra tecnica o metodo per il compimento di atti di violenza ovvero di sabotaggio di servizi pubblici essenziali, con finalità di terrorismo, ed alla persona addestrata, la norma punisce, adesso, anche la persona che avendo acquisito, anche autonomamente, le istruzioni per il compimento degli atti di cui al primo periodo, pone in essere comportamenti univocamente finalizzati alla commissione delle condotte di cui all'art. 270-*sexies* c.p.

Lo scopo dell'intervento legislativo è stato quello di prevedere la punibilità di chi si auto-addestra; secondo la Relazione illustrativa allegata al Decreto-Legge, il

⁵⁸⁴ E. DOLCINI – G. MARINUCCI, *Codice penale commentato*, cit., p. 2638.

⁵⁸⁵ E. DOLCINI – G. MARINUCCI, *Codice penale commentato*, cit., p. 2639.

provvedimento in esame è finalizzato ad estendere «l'area della punibilità anche ai terroristi che operano sganciati da sodalizi ed organizzazioni»⁵⁸⁶.

La nuova ipotesi di reato, costruita *per relationem* alla previgente ipotesi di cui al primo periodo del comma 1 dell'art. 270 *quinquies* c.p. si realizza nel momento in cui una persona, dopo aver acquisito, anche autonomamente, le istruzioni per il compimento di atti di violenza o di sabotaggio di servizi pubblici essenziali con finalità di terrorismo anche internazionale, pone in essere comportamenti univocamente finalizzati alla commissione delle condotte con finalità di terrorismo descritte dall'art. 270 *sexies* c.p. Se l'«addestrato» era ed è punito per il solo fatto di essere stato addestrato, «chi riceve informazioni» è punito solo se pone anche in essere comportamenti univocamente finalizzati alla commissione delle condotte terroristiche. Nel caso dell'auto-addestramento, dunque, è richiesto un *quid pluris*, un passaggio all'azione, non richiesto, invece, ai fini di punibilità del soggetto che sia stato addestrato⁵⁸⁷.

In dottrina si è posto il quesito se il *quid pluris* debba essere inteso come un vero e proprio inizio di esecuzione della condotta terroristica, o se sia, invece, sufficiente che il soggetto agente abbia posto in essere meri atti preparatori della condotta terroristica. La prima interpretazione proposta, secondo alcuni Autori, renderebbe la nuova fattispecie incriminatrice totalmente inutile in primo luogo perché il fatto esecutivo di una condotta terroristica può essere punito ai sensi delle norme incriminatrici che reprimono questa condotta; ed in secondo luogo in quanto l'obiettivo della nuova incriminazione è quello di colpire il «lupo solitario» prima dell'inizio dell'esecuzione della condotta terroristica. Secondo alcuni, dunque, è preferibile ritenere integrata questa nuova fattispecie con la realizzazione, da parte del soggetto che si sia auto-addestrato di meri atti preparatori delle azioni terroristiche. Occorre precisare che non si verifica un'anticipazione ulteriore della soglia di rilevanza penale rispetto all'incriminazione previgente del fatto dell'addestrato⁵⁸⁸.

⁵⁸⁶ S. COLAIOCCO, *Prime osservazioni sulle nuove fattispecie antiterrorismo introdotte dal decreto legge n. 7 del 2015*, cit., p. 5-6.

⁵⁸⁷ A. VALSECCHI, *Le modifiche alle norme incriminatrici in materia di terrorismo*, cit., p. 11.

⁵⁸⁸ A. VALSECCHI, *Le modifiche alle norme incriminatrici in materia di terrorismo*, cit., p. 11-12.

In senso contrario, invece, altra Dottrina sostiene che la realizzazione di atti preparatori, come indicato anche dalla Corte costituzionale⁵⁸⁹, non può assumere rilevanza penale nel nostro ordinamento poiché «gli atti idonei e diretti in modo non equivoco a commettere un delitto possono solo essere gli atti di natura esecutiva in quanto se l'idoneità di un atto può denotare la potenzialità dell'atto a conseguire una pluralità di risultati, solo dall'inizio dell'esecuzione (...) può dedursi la direzione univoca dell'atto stesso a provocare il risultato criminoso voluto dall'agente». La previsione legislativa di deroghe a tale principio può trovare giustificazione solo se sono poste a tutela di beni pregnanti e se la fattispecie incriminatrice limiti la punibilità a quelle condotte idonee e dirette univocamente alla realizzazione di attività terroristica⁵⁹⁰. La precisazione che i comportamenti devono essere univocamente finalizzati alla commissione di condotte terroristiche farebbe, infatti, propendere per la prima soluzione. L'uso dell'avverbio «univocamente», infatti, richiama la locuzione «atti idonei e diretti in modo non equivoco» prevista dal testo dell'art. 56 c.p. e suggerisce che la nuova fattispecie debba esser interpretata avendo riguardo alla giurisprudenza in materia di delitto tentato e di delitti di attentato, che qualifica come univoci soltanto gli atti che costituiscano già inizio di esecuzione⁵⁹¹.

C) Da ultimo, Il secondo comma dell'art. 1 della l. n. 43 del 2015 introduce all'art. 270-quater.1 c.p., con modificazioni rispetto a quanto previsto nel d.l. originario, la fattispecie di “organizzazione di trasferimenti per finalità di terrorismo”, punendo, fuori dai casi di cui agli artt. 270-bis e 270-quater, chiunque organizza, finanzia o propaganda viaggi in territorio estero, finalizzati al compimento delle condotte di cui all'art. 270-sexies c.p., con la pena della reclusione da cinque a otto anni.

La fattispecie in esame, plasmata sull'ipotesi incriminatrice del turismo sessuale (art. 600 *quinquies* c.p.) e considerata, per questo, alla stregua di un turismo terroristico, è qualificabile reato di pericolo in quanto incrimina condotte finalizzate

⁵⁸⁹ Corte cost., 16 dicembre 1977, n. 180.

⁵⁹⁰ Cfr. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 821.

⁵⁹¹ A. VALSECCHI, *Le modifiche alle norme incriminatrici in materia di terrorismo*, cit., p. 11.

ad agevolare l'affluenza dei potenziali autori di attività terroristiche nei luoghi in cui tali condotte possono trovare una loro estrinsecazione materiale⁵⁹².

La nuova norma punisce, con la reclusione da cinque a otto anni «chiunque organizza, finanzia o propaganda viaggi in territorio estero finalizzati al compimento delle condotte con finalità di terrorismo di cui all'art. 270 sexies c.p.». Il reato è di mera condotta ed è integrato dal fatto di chi organizza, finanzia o propaganda tali viaggi, purché, stante la natura sussidiaria della fattispecie in esame, queste condotte non integrino altrettanti fatti di partecipazione in associazione terroristica o di arruolamento⁵⁹³.

A prescindere, comunque, da questi ultimi rilievi, la fattispecie descritta dall'art. 270-quater.1 c.p. sembra essere un ennesimo esempio di norma penale simbolica, introdotta per adempiere gli obblighi assunti sul piano internazionale, ma formulata in modo tale da riempire vuoti di tutela solo apparenti. A parere di chi scrive, la norma possiede importanti spunti applicativi ma, per come è impostato il rapporto tra le disposizioni in esame, il suo spazio nel sistema antiterrorismo è assolutamente ristretto. È sì dovere dello Stato ottemperare agli obblighi di diritto internazionale assunti, ma l'intervento in materia penale richiederebbe — a rigore — un'attenta ponderazione su tecnica e limiti della nuova fattispecie incriminatrice. Proprio questo tipo di ponderazione sembra essere mancata al legislatore nell'introduzione di questa disposizione, complice, probabilmente, la fretta determinata — ancora una volta — dal ricorso compulsivo alla decretazione d'urgenza⁵⁹⁴.

7. I reati contro il patrimonio quale nuova ipotesi di diritto penale del tipo d'autore? L'esempio della rapina.

⁵⁹² F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 822.

⁵⁹³ A. VALSECCHI, *Le modifiche alle norme incriminatrici in materia di terrorismo*, cit., p. 14.

⁵⁹⁴ G. MARINO, *Il sistema antiterrorismo alla luce della l. 43/2015: un esempio di "diritto penale del nemico"?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 1388.

Collocare la categoria dei delitti contro il patrimonio nell'ambito di una trattazione volta a segnalare e testimoniare le incursioni delle logiche proprie del diritto penale del tipo d'autore all'interno dell'odierno sistema punitivo potrebbe risultare, ad una prima lettura, un *non sense*, tanto da un punto di vista logico che giuridico.

Invero, anche solo limitandosi ad una lettura superficiale delle fattispecie che entrano a far parte del sistema in questione, tutte le ipotesi delituose sono saldamente ancorate non solo ad una lesione, effettiva, del bene giuridico patrimoniale, ma anche, e soprattutto, ad una materialità del fatto saldamente legata ed ancorata a dati oggettivi.

Si deve, tuttavia, rilevare come il carattere plurioffensivo del reato in questione abbia subito un'opera di progressivo “*snaturamento*” tanto ad opera della giurisprudenza che da parte della letteratura⁵⁹⁵. Invero, nella dialettica tra “offesa patrimoniale”-“offesa personale” la tendenza è stata sempre quella di spostare l'ago della bilancia sul versante della tutela della libertà personale del soggetto passivo del reato⁵⁹⁶, quasi finendo con il mettere in ombra il contenuto (pur sempre) patrimoniale del delitto. Si tratta di una circostanza che, in effetti, emerge *ictu oculi* dal **CASO A**: la riconduzione della condotta di Tizio entro gli schemi del delitto di rapina non può essere giustificata se non attraverso una spiccata propensione a valorizzare il momento di tutela personale insito nell'art. 628 c.p.

Una simile ricostruzione, dettata forse dall'esigenza di contrastare i fenomeni di criminalità violenta⁵⁹⁷, non può non dar adito ad alcune perplessità, in quanto non solo corre il rischio focalizzare l'attenzione dell'interprete più che sul *fatto* commesso sul *tipo d'autore*⁵⁹⁸ che, in concreto, abbia realizzato una condotta

⁵⁹⁵ Per ampi richiami Cfr. C. BECCAREDDA BOY – S. LALOMIA, *I delitti contro il patrimonio*, cit., 331.

⁵⁹⁶ Di recente, sul punto, G.L. GATTA, *La minaccia. Contributo allo studio delle modalità della condotta penalmente rilevante*, Aracne, 2013, 75.

⁵⁹⁷ Sul ruolo giocato dalle esigenze di “difesa della società” relativamente all'allocazione delle scelte punitive – tanto in chiave di politica-legislativa, quanto quale canone capace di “guidare” le scelte dell'interprete – Cfr., per tutti, F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Il Mulino, 1990, 47 ss., nonché C.E. PALIERO, *La maschera e il volto. Percezione sociale del crimine ed “effetti penali” dei media*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2006, 467 ss.

⁵⁹⁸ Più in generale, sul rischio che la categoria dei reati contro il patrimonio finisca con il riecheggiare le sin troppo note tinte del diritto penale del “tipo di autore”, F. SGUBBI, *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio. Libertà economica, difesa dei rapporti di proprietà e reati “contro il*

violenta; ma, soprattutto, finisce con il determinare un'indiscriminata (e, in parte, incontrollabile) estensione della portata applicativa dell'art. 628 c.p. che viene trasformato, in questo modo, in un vero e proprio delitto contro la persona piuttosto che a tutela del patrimonio⁵⁹⁹.

L'assunto, poi, potrebbe rimanere confermato laddove si prenda in considerazione la condotta materiale di taluni di questi delitti e, in particolare, del delitto di rapina.

La condotta materiale del delitto di rapina, tanto nella sua forma propria che impropria, ruota attorno all'utilizzo della *violenza* o *minaccia* esercitate dal soggetto attivo, sia pur in momenti e per il raggiungimento di finalità, tra loro, diverse. La previsione di ulteriori note qualificanti che devono necessariamente accompagnare la condotta di impossessamento sembra ricondurre l'art. 628 c.p. nella categoria dei reati c.d. a forma vincolata: la previsione della violenza o minaccia, altrimenti detto, testimonierebbe la volontà del legislatore di circoscrivere la condotta del reato soltanto a particolari e, si potrebbe anche dire, "tassative" forme e modalità di manifestazione dell'offesa penalmente rilevante.

Un simile assunto trova la propria conferma nella nozione, particolarmente "rigida", che sovente è stata fornita ai due concetti. La *violenza* consisterebbe in una estrinsecazione di energia muscolare rivolta nei confronti di una persona capace di incidere sulla libertà del volere del soggetto passivo che, per questo, si trova "costretto" alla consegna del bene (nella rapina propria), o nell'impossibilità di opporre resistenza (nella rapina impropria). La *minaccia*, viceversa, rappresenterebbe una forma di coazione morale che si traduce nella prospettazione di un male futuro e ingiusto il cui verificarsi viene fatto dipendere da una scelta (in realtà, più apparente che reale) della vittima⁶⁰⁰.

patrimonio, Giuffrè, 1980, 223 ss.; ID., voce *Patrimonio (reati contro il)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXII, Giuffrè, 1982, 358 ss.

⁵⁹⁹ In questo senso, del resto, si era orientato lo *Schema di legge delega per un nuovo codice penale* elaborato dalla commissione presieduta dal prof. Antonio Pagliaro che, nell'ottica di una concezione personalistica del patrimonio, collocava simili fattispecie delittuose proprio nel titolo dedicato ai reati contro la persona. Per considerazioni critiche, *ex plurimis*, M. BERTOLINO, *Nuovi orizzonti dei delitti contro il patrimonio nella circonvensione di incapace e nell'usura*, Giappichelli, 2010, 6 ss.

⁶⁰⁰ Per questa definizione di minaccia, Cfr., per tutti, F. DASSANO, voce *Minaccia (Diritto penale)*, in *Enc. dir.*, vol. XXVI, Giuffrè, 1976, 344.

Si deve, tuttavia, rilevare come la giurisprudenza abbia fornito, con riferimento specifico al delitto di rapina, una interpretazione particolarmente “volatile”⁶⁰¹ delle nozioni di violenza e di minaccia che ha finito con il porre l’accento non tanto sui “mezzi” o sulle “modalità” di coartazione esercitate⁶⁰², in concreto, dall’agente quanto, piuttosto, sul *risultato* prodotto nella psiche della persona offesa⁶⁰³.

Con specifico riferimento alla nozione di violenza, ad esempio, si è ritenuto di poter ricondurre ad una simile modalità il semplice urto⁶⁰⁴, uno schiaffo ed una spinta⁶⁰⁵ purché diretti a realizzare le finalità tipiche previste dall’art. 628 c.p. Sono stati, poi, ritenuti integrati gli estremi della rapina anche rispetto alla condotta di chi abbia utilizzato dei mezzi per esercitare violenza del tutto innocui o, comunque, tali da non essere in grado di arrecare alcuna offesa ai danni della vittima; addirittura è stato ritenuto integrato il reato pur in assenza di alcun contatto tra autore e soggetto passivo del reato⁶⁰⁶.

Per quanto riguarda la *minaccia*, questa è ritenuta sussistente tutte le volte in cui sia «idonea ad incutere timore ed a coartare la volontà del soggetto passivo, in relazione alle circostanze concrete, alla personalità dell’agente, alle condizioni soggettive della vittima e alle condizioni ambientali in cui questa opera»⁶⁰⁷. Si tratta

⁶⁰¹ Si veda l’ampia analisi svolta da F. VIGANÒ, *La tutela penale della libertà individuale*, vol. I, *L’offesa mediante violenza*, Giuffrè, 2002, 220, il quale sottolinea la “spiritualizzazione” dei due concetti.

⁶⁰² Sembrerebbe essere questo il motivo per cui un consolidato orientamento giurisprudenziale ritiene di dover applicare l’aggravante di cui all’art. 628, comma 3, n. 2, c.p. (c.d. rapina a mano armata) anche nel caso in cui il rapinatore utilizzi un’arma giocattolo. Sul punto, si veda l’ampia analisi (critica) svolta da G. SALCUNI, *Quando l’autore incute paura. Riflessioni sull’aggravante dell’uso dell’arma nel delitto di rapina propria: “basta il pensiero”?*, in *Giur. merito*, 11/2005, 2403 ss.

⁶⁰³ In questi termini, efficacemente, F. MACRÌ, *I delitti di rapina ed estorsione*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, *Parte speciale*, vol. X, *I delitti contro il patrimonio*, Utet, 2011, 187

⁶⁰⁴ Cass., Sez. III pen., 07 maggio 1985, la cui massima è riportata in *Dejure*.

⁶⁰⁵ Cass., Sez. II pen., 18 dicembre 2012, n. 3366, in *Dejure*.

⁶⁰⁶ Per ampi richiami al *trend* giurisprudenziale oggetto di analisi, si veda C. BECCAREDDA BOY – S. LALOMIA, *I delitti contro il patrimonio*, cit., 346-347.

⁶⁰⁷ Cass., Sez. II pen., 25 novembre 2010, n. 44347, in *Dejure*. In dottrina, per tutti, G. PIZZUTI, voce *Rapina*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, Giuffrè, 1987, 273, secondo cui la minaccia può essere esplicita o implicita, diretta o indiretta, reale o simbolica, determinata o indeterminata. In senso adesivo anche A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, vol. III, cit., 176, secondo cui «importa solo che (...) il male minacciato abbia una gravità sufficiente a motivare il comportamento della vittima».

di una nozione particolarmente ampia e tendenzialmente onnicomprensiva che ha consentito di qualificare, ad esempio, alla stregua di una rapina l'ipotesi di "semplice" abuso o usurpazione di pubblici poteri finalizzati all'appropriazione di beni altrui⁶⁰⁸.

L'impressione ricavabile da simili orientamenti giurisprudenziali è quella per cui le nozioni di violenza e di minaccia fuoriescono dal loro tradizionale raggio di azione finendo con l'abbracciare una eterogenea molteplicità di comportamenti irriducibili ad un "modello" offensivo unitario. La conseguenza più vistosa sembrerebbe essere quella di trasformare il delitto di rapina in una fattispecie *a forma* (solo) "tendenzialmente" vincolata: la violenza e la minaccia lungi dal tracciare quel "confine invalicabile" prima del quale deve escludersi la rilevanza penale della condotta tenuta (quantomeno ai sensi dell'art. 628 c.p.), rappresentano un concetto aperto nel quale sono destinate ad essere ricomprese manifestazioni criminose prive, tra di loro, di un contenuto offensivo omogeneo con conseguente incapacità di simili connotati a "selezionare" efficacemente la condotta tipica.

7.1. Per un ritorno al fatto nell'ambito dei delitti contro il patrimonio. A) L'interesse giuridico tutelato; B) la nozione di profitto.

Per questo, sembrerebbe preferibile, anche in aderenza alla stessa collocazione sistematica fornita dal legislatore del codice Rocco, considerare il delitto di rapina quale *fattispecie a contenuto esclusivamente patrimoniale*⁶⁰⁹. Una simile ricostruzione lungi dal peccare di eccessivo formalismo, sembrerebbe trovare conforto avendo anzitutto riguardo alle peculiarità giuridiche che caratterizzano la figura del c.d. reato complesso di cui all'art. 84 c.p.

⁶⁰⁸ Più nello specifico, in un recente arresto giurisprudenziale è stata qualificata ai sensi dell'art. 628 c.p. la condotta di chi, falsamente qualificatosi come pubblico ufficiale, abbia effettuato all'interno di un'abitazione una perquisizione impossessandosi di una serie di beni; oppure ancora nel fatto di chi, qualificandosi come pubblico ufficiale, abbia inscenato un posto di blocco per impossessarsi degli oggetti di valore posseduti dalle persone presenti all'interno della vettura. Cfr., per questa seconda ipotesi, Cass., Sez. II pen., 06 maggio 2016, n. 20216, in *Dejure*.

⁶⁰⁹ Propendono per una simile ricostruzione D. BRUNELLI, voce *Rapina*, cit., 14 ss.; G. COCCO, *Una introduzione ai reati contro il patrimonio e l'economia pubblica tra beni giuridici e tecniche di tutela*, in *Studi in onore di M. Romano*, vol. III, Jovene, 2011, 1460; D. FALCINELLI, *La complessità del reato*, cit., 710. Nella manualistica, G. PICA, *Rapina*, in *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, *I reati del codice penale e le disposizioni collegate*, a cura di S. Aleo e G. Pica, Cedam, 2012, 880.

È stato efficacemente rilevato come il reato complesso (e, nell'ottica che qui più interessa: la rapina) prima ancora di realizzare una "mera" somma algebrica tra fattispecie di reato già tipizzate in altre disposizioni codicistiche⁶¹⁰, creerebbe una entità giuridica nuova⁶¹¹ in quanto frutto di una unica (sia pur complessa) vicenda umana⁶¹²: le singole scansioni comportamentali realizzate pur integranti, in astratto, degli autonomi schemi delittuosi, per il tramite dell'art. 84 c.p. entrano a far parte di una "trama unitaria" grazie all'esistenza, tra di loro, di un nesso di collegamento funzionale⁶¹³. Sebbene, dunque, da un *punto di vista naturalistico*, nell'ambito del delitto di rapina sia (innegabilmente) possibile scorgere una pluralità di condotte riconducibili (descrittivamente) entro diversi ed eterogenei schemi delittuosi, queste, in conseguenza di una *valutazione giuridica* compiuta dal legislatore, perdono la loro individualità⁶¹⁴ concorrendo alla descrizione di un fenomeno giuridicamente unico ed unitario. Lo stesso dicasi, allora, anche con riferimento all'interesse tutelato dalla disposizione incriminatrice: questo, infatti, lungi dall'essere rappresentato dalla somma delle singole offese caratterizzanti ciascuno dei fatti unificati in forma complessa si pone, rispetto ad esse, in forma del tutto "nuova" ed autonoma⁶¹⁵.

La natura esclusivamente patrimoniale dell'interesse sotteso al delitto di rapina potrebbe, poi, trovare una ulteriore conferma avendo riguardo alle peculiarità dei "delitti contro il patrimonio". A fronte di una comune ed identica oggettività giuridica, la tutela penale viene fornita *selettivamente* contro determinate e peculiari

⁶¹⁰ Ritiene che il reato complesso sia la «risultante del raggruppamento degli estremi costitutivi di distinti reati semplici», O. VANNINI, *Ricostruzione sintetica della dottrina del reato*, in *Studi senesi*, 1927, 117. Analogamente, anche G. LEONE, *Del reato abituale*, cit., 370, *Contra*, già V. SPIEZIA, *Il reato complesso*, Istituto delle edizioni accademiche, 1937, 201.

⁶¹¹ Così, S. RANIERI, *Il reato complesso*, Giuffrè, 1940, 10; A. MORO, *Unità e pluralità di reati*, cit., 236.

⁶¹² D. FALCINELLI, *La complessità del reato*, cit., 706.

⁶¹³ S. PROSDOCIMI, voce *Reato complesso*, cit., 220. Sarebbe, anzi, proprio l'esistenza di tale nesso di collegamento tra i reati componenti a qualificare, da un punto di vista sostanziale, il reato complesso: Cfr., F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 478; G. VASSALLI, voce *Reato complesso*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, Giuffrè, 1987, 833.

⁶¹⁴ G. MORGANTE, *Il reato come elemento del reato. Analisi e classificazione del concetto di reato richiamato dalla disposizione penale*, Giappichelli, 2013, 130. Secondo l'Autrice, il «*modus essendi*» del reato complesso consisterebbe proprio nel «"perdersi" del reato-elemento in quello che lo richiama».

⁶¹⁵ D. FALCINELLI, *La complessità del reato*, cit., 709, secondo cui il reato complesso è un «illecito ontologicamente unitario sia per "fatto" che per "offesa"». Cfr., pure, EAD., *L'atto dispositivo nei delitti contro il patrimonio. Sezioni e intersezioni del sistema penale*, Giappichelli, 2013, 100 ss.

modalità di aggressione⁶¹⁶ che lungi dall'averne una valenza autonoma, quali componenti separabili dal tutto, assumono rilevanza in quanto concorrono a delineare il contenuto offensivo tipico della singola fattispecie, prima; a tracciare la "rotta" della risposta sanzionatoria, poi. Non a caso, la migliore dottrina ha dimostrato come l'illecito penale sia un illecito non di semplice lesione ma di *modalità di lesione*⁶¹⁷, nel senso che ai fini della ricostruzione del contenuto del reato risulti necessario fare riferimento a tutte le modalità attraverso le quali si è verificata l'aggressione all'interesse protetto dalla norma penale incriminatrice⁶¹⁸. Sicché la violenza o la minaccia esercitata dal soggetto agente lungi dall'acquisire una valenza autonoma, scindibile dall'interesse patrimoniale, contribuiscono alla costruzione del contenuto offensivo globale della fattispecie di rapina, consentendo di determinare un livello sanzionatorio diverso (in termini quantitativamente maggiori) rispetto a quello previsto per fattispecie che pur analogamente prevedono delle offese al patrimonio altrui⁶¹⁹.

⁶¹⁶ La circostanza secondo cui le *modalità di aggressione* rappresentino il *principium individuationis* della categoria dei delitti contro il patrimonio era già stata ritenuta come la più fondata da F. CARNELUTTI, *La tutela penale della ricchezza*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1/1935, 7 ss. ed ampiamente sviluppata da B. PETROCELLI, *L'appropriazione indebita*, Morano, 1933, 98; C. PEDRAZZI, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Giuffrè, 1955, 25 ss.; F. MANTOVANI, *Contributo allo studio della condotta*, cit., 51 ss. Di recente, anche V. MILITELLO, voce *Patrimonio (delitti contro il)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IX, Utet, 1995, 287.

⁶¹⁷ M. GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., 185 ss.; ID., *Il reato nel sistema degli illeciti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/1999, 773; F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XIX, Utet, 1973, 50.

⁶¹⁸ Sul punto, V. anche le osservazioni di M. TRAPANI, *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, cit., 198 e di G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, Giuffrè, 1973, 78 ss.; M. RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie nell'ordinamento penale vigente*, Tricceri, 1979, 249. Di recente, anche R. RAMPIONI, *Il reato quale illecito di modalità e di lesione tipiche: l'impraticabilità di un "equivalente funzionale" al principio di riserva di legge*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2013, 573 ss.

⁶¹⁹ Sembra per tal via "cadere" la stessa possibilità di parlare, se non a fini meramente "descrittivi", di reato plurioffensivo, se non per quelle fattispecie che tutelano più interessi ognuno dei quali sia del tutto "svincolato" dagli altri e dove, dunque, il soggetto agente, con la sua condotta, può lederne uno, alcuni di essi ovvero tutti quanti senza che ciò incida sulla rilevanza penale del fatto. Cfr., al riguardo, M. GALLO, voce *Dolo*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Giuffrè, 1964, 790; L. DURIGATO, *Rilievi sul reato plurioffensivo*, Cedam, 1972, 11 ss. Per ulteriori considerazioni critiche alla categoria, R. RAMPIONI, *Il problema del bene giuridico nelle falsità documentali*, in *Le falsità documentali*, a cura di F. Ramacci, Cedam, 2001, 112 ss; G. COCCO, *Il falso bene giuridico della fede pubblica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2010, 70 ss.

Dopo aver analizzato la funzione svolta dal dolo specifico, occorre a questo punto “concretizzare” le osservazioni svolte avendo riguardo al «fine di profitto» che guida l’agire del soggetto agente⁶²⁰.

Con riferimento al “contenuto” di simile concetto, si contendono il campo una interpretazione fortemente *restrittiva*, in cui il profitto viene inteso quale “mera” utilità di carattere patrimoniale, ed una lettura particolarmente *ampia* in cui il profitto verrebbe a coincidere con ogni vantaggio od utilità, anche di natura “spirituale” o morale.

La dottrina maggioritaria è solita propendere per questa seconda ipotesi ricostruttiva. L’assunto da quale si muove è quello secondo cui al centro del sistema penale deve porsi la tutela della personalità individuale, con la conseguenza per cui la legislazione ordinaria è chiamata a “disegnare” un sistema giuridico volto a *garantire*, prima, e *tutelare*, poi, la piena realizzazione dell’individuo all’interno della società⁶²¹. In quest’ottica, dunque, l’equazione tra “tutela patrimoniale”-“tutela della (sola) sfera economica” peccherebbe senz’altro per difetto giacché lo sviluppo della personalità dell’individuo all’interno della società passa non solo attraverso gli aspetti puramente economici ma anche per il tramite dei propri interessi e, quindi, della propria personalità⁶²².

Partendo da simili premesse, si è pertanto giunti a ritenere che nel concetto di profitto rientri «qualunque soddisfazione o piacere che l’agente si riprometta dalla

⁶²⁰ Pur non espressamente previsto un fine di profitto rispetto alla rapina c.d. impropria, dove, come visto, l’agente agisce al fine di assicurare il possesso o per procurare l’impunità a sé o ad altri, la dottrina è sufficientemente unanime nel ritenere che il profitto caratterizzi la finalità dell’agente. Così, per tutti, V. ZAGREBELSKY, voce *Rapina*, cit., 773

⁶²¹ A. CARMONA, *Il fine di profitto nel delitto di furto. Presupposti “culturali” e cultura normativa*, Giuffrè, 1983, 31.

⁶²² «Tutela del patrimonio viene a significare tutela della personalità del soggetto titolare»: così, limpidamente, S. MOCCIA, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, Cedam, 1988, 67, secondo cui, più in particolare, sarebbe proprio «il rapporto d’interesse tra una persona ed un oggetto, nella sua proiezione interindividuale, a dar vita al bene giuridico» (*Ibidem*, 66). Sembra aderire ad una simile ricostruzione anche M. PELISSERO, *Prospettive economiche e prospettive personalistiche nella tutela penale del patrimonio. Riflessioni in margine ad una possibile riforma*, in *La riforma della parte speciale del diritto penale. Verso la costruzione di modelli comuni a livello europeo*, a cura di M. Papa, Giappichelli, 2005, 221, nella parte in cui rileva come trascurare l’aspetto personalistico nella tutela del patrimonio potrebbe produrre delle deprecabili conseguenze sulla tenuta dell’ordine pubblico.

sua azione criminosa»⁶²³. La nozione che ne risulta è, dunque, particolarmente ampia in quanto finisce con il comprendere, al suo interno, non solo un vantaggio economico, inteso quale incremento patrimoniale “monetariamente” apprezzabile, ma anche un vantaggio patrimoniale-strumentale nonché *ogni utilità, materiale o morale*, che il soggetto agente trae dall’impossessamento violento di una cosa mobile altrui⁶²⁴. Si tratta di una ricostruzione che non ha mancato di manifestare la sua eco anche in giurisprudenza ove, nella pretesa necessità di evitare “deprecabili” vuoti di tutela, è stato riconosciuto, tra gli altri, un profitto nella condotta di chi abbia agito al fine di umiliare la persona offesa⁶²⁵, lanciare un avvertimento, attuare una “ritorsione”⁶²⁶, oppure, ancora, quando l’impossessamento del bene sia avvenuto al fine di ottenere un bacio⁶²⁷ da parte della “vittima”⁶²⁸.

Simile lettura che, già patrocinata dalla dottrina sotto la vigenza del codice Zanardelli dove pure compariva la – forse più incisiva – definizione di «lucro»⁶²⁹ quale fine cui doveva tendere la condotta del soggetto agente, sembrerebbe trovare un importante conferma testuale nella circostanza per cui il profitto che l’autore si propone può essere rivolto non a sé ma a terzi⁶³⁰. La possibilità, altrimenti detto, che il soggetto agisca con l’obiettivo di fornire un vantaggio economico per un terzo

⁶²³ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, vol. I, cit., 389. Conferme anche da V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. IX, cit., 203; G.D. PISAPIA, *Reati contro il patrimonio*, cit., 33.

⁶²⁴ Cass., Sez. III pen., 22 ottobre 2008, n. 45067, in *Dejure* e, più recentemente, Cass., Sez. II pen., 10 marzo 2015, n. 11467, in *ivi*.

⁶²⁵ Cass., Sez. II pen., 06 marzo 2009, n. 12800, in *Dejure*; fattispecie in cui la Corte ha ritenuto sussistente il delitto di rapina nel fatto di chi si sia impossessato dell’arma della guardia giurata al fine, appunto, di umiliarla.

⁶²⁶ Fattispecie in cui Cass., Sez. II pen., 25 maggio 2011, n. 31072, in *Dejure*, ha ravvisato gli estremi della rapina nei confronti dell’imputato che si era impossessato degli oggetti nella disponibilità della vittima nel corso di un litigio tra ex-amanti e, quindi, a scopo di ritorsione per il rapporto sentimentale finito male

⁶²⁷ Cass., Sez. II pen., 07 dicembre 2012, n. 49265, in *Dejure*.

⁶²⁸ Per più ampi richiami alla casistica indicata nel testo, si vedano C. BECCAREDDA BOY – S. LALOMIA, *I delitti contro il patrimonio*, cit., 385.

⁶²⁹ Sul punto, già G. GIURATI, *Dei delitti contro la proprietà*, in *Trattato di diritto penale*, vol. VIII, F. Vallardi, 1903, 153: «per profitto deve intendersi, qualunque vantaggio, utilità, godimento, soddisfazione, uso, comodo, capriccio e pertanto qualunque lucro, materiale o morale, diretto o indiretto». Analogamente, F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte speciale*, Vol. IV, Fratelli Cammelli, 1923, 52, secondo cui il profitto non consiste in «una effettiva locupletazione, ma [in] qualsiasi vantaggio o soddisfazione procurata a sé stesso».

⁶³⁰ A. DE MARSICO, *Delitti contro il patrimonio*, cit., 47.

sembrerebbe costituire un elemento di non trascurabile rilevanza per ritenere come costui sia animato ad ottenere (anche solo) un profitto sentimentale⁶³¹.

Altra parte della dottrina, come precedentemente rilevato, propende viceversa per una nozione restrittiva della nozione di patrimonio, identificandolo esclusivamente in un vantaggio di carattere economico⁶³². Una simile ricostruzione interpretativa, anche alla luce delle considerazioni svolte con riferimento all'interesse (patrimoniale) sotteso al delitto di rapina⁶³³, sembrerebbe meritare accoglimento. Militano, infatti, a sostegno dell'assunto numerosi argomenti di carattere testuale e sistematico.

In primo luogo, occorre rilevare come una nozione "onnicomprendensiva" di profitto finisca, inevitabilmente, con il neutralizzare la funzione selettiva e restrittiva che il dolo specifico è chiamato a svolgere con riferimento ai delitti contro il patrimonio. Una nozione così ampia di profitto sembrerebbe, in effetti, determinare un *duplice rischio*: da un lato, quello di ritenere sussistente un profitto *in re ipsa* nel fatto di chi si sia impossessato di una cosa mobile altrui⁶³⁴, con l'ulteriore conseguenza di far coincidere il dolo specifico sostanzialmente con il movente dell'azione delittuosa⁶³⁵; dall'altro, di "trasformare", inevitabilmente, il delitto di rapina da un reato a dolo specifico in un reato a dolo generico⁶³⁶, giacché il profitto verrebbe a coincidere con il mero *animus rem sibi habendi* e cioè con il vantaggio insito nel mero impossessarsi della cosa⁶³⁷.

⁶³¹ A. CARMONA, *Tutela penale del patrimonio individuale e collettivo*, Il Mulino, 1996, 176.

⁶³² G. LEONE, *Per una revisione del concetto di profitto nel diritto penale*, in *Scritti giuridici in onore di V. Manzini*, Cedam, 1954, 285 ss., nonché, sia pure con riferimento a specifiche ipotesi delittuose, G. PECORELLA, voce *Furto comune (Diritto penale)*, in *Enc. dir.*, vol. XVIII, Giuffrè, 1969, 347; G. MARINI, *Profili della truffa nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, 1970, 221; L. CONTI, voce *Estorsione*, cit., 999.

⁶³³ *Supra*, par. 2.1

⁶³⁴ F. MANTOVANI, voce *Patrimonio (delitti contro il)*, in *Enc. Giur.*, vol. XXII, Treccani, 1990, 9; F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa. Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, Giuffrè, 1960, 52, nota 78.

⁶³⁵ Proprio al fine di limitare gli eccessi derivanti dall'accoglimento di una ampia, quanto evanescente, nozione di profitto, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, cit., 40, rileva come debba adottarsi una prospettiva dinamico-funzionale, per cui sarebbe un profitto, penalmente rilevante, «ogni incremento della capacità strumentale del patrimonio di soddisfare un bisogno umano, materiale o spirituale». Analogamente, E. MEZZETTI, *I reati contro il patrimonio*, cit., 18.

⁶³⁶ G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, t. II, cit., 71.

⁶³⁷ G. DOTTO, *Sulla natura del profitto nei reati contro il patrimonio*, in *Dir. pen. proc.*, 8/1996, 986.

Un altro argomento a sostegno di una valutazione economica del profitto potrebbe, poi, essere tratto ponendo “a contatto” simile concetto con quello, affine ma (necessariamente) diverso, di “vantaggio” che pure compare in altre disposizioni incriminatrici. La diversa terminologia utilizzata, infatti, non pare possa essere “archiviata” quale mera imprecisione linguistica ma, al contrario, sembrerebbe il frutto di una decisa e chiara presa di posizione da parte del legislatore di disegnare una diversa scala di intensità nella perimetrazione del grado di disvalore caratterizzante la finalità perseguita dall’agente⁶³⁸. In quest’ottica, deve rilevarsi come mentre al concetto di “vantaggio” può essere attribuito il significato più ampio, tale dunque da ricomprendere anche un vantaggio utilitaristico-morale, si dovrebbe viceversa circoscrivere il concetto di “profitto” ad una accezione eminentemente economico-patrimoniale⁶³⁹.

Da ultimo, sembrerebbe potersi addurre a sostegno dell’assunto una ulteriore considerazione che, pur apparentemente di carattere logico-motivazionale, finisce con l’affondare le proprie ragioni nello stesso modo di concepire i fondamenti dell’intervento punitivo. Tra i principi che governano la materia penale si colloca, nella individuazione dei “doveri” del legislatore in punto di incriminazione, il *principio di frammentarietà*, in forza del quale la tutela penale deve essere accordata in maniera “puntiforme” solo nei confronti di determinate forme di aggressione⁶⁴⁰ e per la tutela di interessi ritenuti meritevoli di tutela⁶⁴¹. Il “retrotterra” che caratterizza

⁶³⁸ Sul punto, efficacemente, G. MARINI, *Delitti contro il patrimonio*, cit., 79-80.

⁶³⁹ Una valida conferma dell’assunto è stata tratta dall’art. 416-bis c.p. dove il legislatore, nel descrivere l’elemento soggettivo dell’associazione mafiosa, ha utilizzato il concetto di vantaggio o di profitto. L’utilizzo della disgiuntiva “o” tra i due termini di relazione sembrerebbe costituire un’importante conferma dell’assunto per cui il profitto sia un concetto dotato di una sua *autonomia* sostanziale che, per poter essere validamente apprezzata, finisce con il sostanziarsi in una caratterizzazione di natura economica; pena, la difficoltà di comprendere la “ragione” per cui il legislatore ha utilizzato i due termini in questione e, segnatamente, il motivo per cui abbia avvertito l’“esigenza” di menzionarli, in maniera disgiuntiva, in un’unica preposizione normativa. Per un simile richiamo, Cfr., G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, t. II, cit., 71; G. DOTTO, *Sulla natura del profitto*, cit., 986.

⁶⁴⁰ Circa la funzione selettiva svolta dal principio di frammentarietà nell’ambito dei delitti contro il patrimonio, G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, vol. I, 2012, Giappichelli, 394.

⁶⁴¹ Sul principio di frammentarietà, in generale, G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VII^a ed., Zanichelli, 2014, 32; C.E. PALIERO, *Minima non curat praetor. Ipertropia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Cedam, 1985, p. 159 ss.; L. RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole generali di incriminazione suppletiva*, Giuffrè, 2001, 42 ss. Cfr., tuttavia, la posizione di D. PULITANÒ, *Diritto penale*, VII^a ed., Giappichelli, 2017, 49-50, il quale ritiene che la frammentarietà

il principio di frammentarietà poggia, più nello specifico, nell'esigenza di ridurre al minimo l'intervento penale⁶⁴² e ciò sulla base della consapevolezza secondo cui «non tutto ciò che è illecito giuridicamente lo è anche penalmente; non tutto ciò che è illecito eticamente o socialmente, lo è anche dal punto di vista del diritto penale; non tutto ciò che offende “materialmente” un interesse protetto dalla norma penale è suscettibile di rientrare nella relativa fattispecie incriminatrice»⁶⁴³.

Se così stanno le cose, sembrerebbe allora doversi pervenire alla conclusione secondo cui il delitto di rapina non possa considerarsi integrato tutte le volte in cui il soggetto abbia agito per motivi di carattere extra-patrimoniale⁶⁴⁴. L'utilità “morale” acquisita mediante violenza, pur biasimevole da un punto di vista sociale, ben potrebbe (o dovrebbe) essere meglio tutelata tramite altre disposizioni incriminatrici onde evitare che il delitto di rapina si trasformi in una macro-fattispecie, livellando ed appiattendolo prodotti criminosi, tra di loro, del tutto disomogenei e irriducibili ad un modello offensivo unitario.

lunghi dall'essere un “principio” del diritto penale ne rappresenti un mero “carattere” assorbito nel principio di legalità.

⁶⁴² Sottolineano efficacemente come il principio di frammentarietà sia anzitutto ricollegato al carattere eccezionale delle norme incriminatrici, G.P. DEMURO, *Ultima ratio: alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 4/1654 ss.; A. FIORELLA, *La legge penale e la sua applicazione. Le strutture del diritto penale*, vol. I, Giappichelli, 2016, 99.

⁶⁴³ L. STORTONI – T. PADOVANI, *Il diritto penale delle fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Il Mulino, 2002, 108.

⁶⁴⁴ Si tratta di una conclusione condivisa, sia pur tramite argomentazioni diverse, anche da R. RAMPIONI, *I limiti teleologici di fattispecie del delitto di rapina*, in *Cass. pen.*, 5/1997, 605.

SEZIONE III

LA NORMATIVA IN MATERIA DI IMMIGRAZIONE CLANDESTINA, OSSIA IL “REO-STRANIERO”

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. L'aggravante della clandestinità. - 2.1. La demolizione dell'aggravante di cui all'art. 61 n. 11.bis c.p. - 3. Il reato di clandestinità. - 3.1. Le “ragioni” della Consulta.

1. Premessa

La legislazione in materia di immigrazione clandestina assume certamente un significato particolarmente eloquente nell'ambito di una trattazione che intenda “disvelare” il passaggio che da un diritto penale del fatto ha condotto, il legislatore più recente, a incentrare la propria attenzione sul tipo d'autore.

A partire dai pacchetti sicurezza del 2008, infatti, si è sempre di più assistito ad una consolidata e netta trasformazione di quelli che sono i caratteri e i principi del diritto penale classico o illuminista attraverso il passaggio dal diritto penale del fatto, al diritto penale d'autore.

Le due principali norme penali, introdotte dalla maggioranza di centro-destra tra il 2008 e il 2009, che hanno come destinatario l'immigrato irregolare: quella che prevede l'aggravante della clandestinità, e l'altra, che configura il reato di immigrazione clandestina.

Analogamente a quanto è avvenuto nel recente passato per il recidivo, in occasione della legge 'ex Cirielli' (l. 5 dicembre 2005, n. 251), viene dunque introdotto per il 'clandestino' un regime penale differenziato, all'insegna del rigore punitivo, con ripercussioni di ordine tanto sostanziale quanto processuale (da ricordare, invero che la legge “ex Cirielli” ha stabilito che il recidivo reiterato, come oggi il “clandestino”,

non può essere ammesso alla sospensione dell'ordine di esecuzione della pena detentiva ex art. 656, comma 5 c.p.p.)⁶⁴⁵.

Il parallelismo con la recidiva riformata⁶⁴⁶ alimenta la riflessione sul pericolo di una progressiva contaminazione dell'idea del diritto penale del fatto - saldamente ancorata, nel nostro ordinamento, alla Costituzione - con elementi propri del diritto penale dell'autore⁶⁴⁷: elementi tradizionalmente presenti, come è noto, nella disciplina della recidiva, e non assenti nell'aggravante della clandestinità che - lo vedremo - non si giustifica per una maggiore gravità oggettiva del fatto o per una più intensa colpevolezza dell'autore, ma solo, nelle intenzioni del legislatore, per difendere la società dal 'clandestino' quale tipo di persona socialmente pericolosa: per punire più severamente non già determinati tipi di reato, bensì un determinato tipo di autore⁶⁴⁸.

I precedenti specifici in materia di immigrazione e diritto penale, poi, erano tutt'altro che incoraggianti.

La Corte Costituzionale, già nel 2004, aveva dichiarato incostituzionale la disposizione, contenuta nella legge Bossi-Fini, che prevedeva l'arresto obbligatorio per la contravvenzione di inottemperanza all'ordine di allontanamento di cui all'art. 14 co. 5-ter d.lgs. 286/98, mettendo in luce l'irrazionalità della previsione di una

⁶⁴⁵ L'art. 656, comma 9, lett. a) c.p.p., nel testo modificato dallo stesso 'Decreto sicurezza', stabilisce infatti che nei confronti dei condannati "per i delitti in cui ricorre l'aggravante dell'art. 61 n. 11-bis c.p." non può essere disposta la sospensione dell'esecuzione della pena detentiva fino a tre anni (fino a sei quando si tratti di pena inflitta per reati commessi in relazione a uno stato di tossicodipendenza), anche se residua di maggior pena, volta a consentire la presentazione di istanza di ammissione a una misura alternativa alla detenzione. Ne consegue che per il 'clandestino' l'accesso alle misure alternative presuppone oggi necessariamente il passaggio attra verso il carcere, di cui l'extracomunitario è già "cliente privilegiato".

⁶⁴⁶ Convergono sull'esistenza di una linea di continuità politico-criminale tra la riforma della recidiva e l'introduzione dell'aggravante in esame A. DELLA BELLA, *L'aggravante della clandestinità*, cit., p. 4795. Cfr., in particolare, G.L. GATTA, *Aggravante della clandestinità (art. 61 n. 11-bis c.p.): uguaglianza calpestata*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 783 ss.

⁶⁴⁷ Si veda, in particolare, l'ampia e dettagliata analisi di G. FLORA, *Verso un diritto penale del tipo d'autore?*, cit., p. 559, nonché la dottrina che ha ravvisato nell'aggravante in esame elementi propri del diritto penale d'autore, ad es., M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, cit., p. 3562; L. MASERA, *Immigrazione*, cit., p. 20.

⁶⁴⁸ Lapidarie le considerazioni di G. Fiandaca- E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 4 (addenda): «il messaggio implicito che la nuova circostanza [di cui all'art. 61 n. 11-bis c.p.] recepisce e allo stesso tempo veicola, è che gli immigrati clandestini sono per ciò stesso "nemici" dell'ordine costituito, da trattare in ogni caso con rigore punitivo maggiore rispetto a quello riservato ai delinquenti-cittadini. Una sorta, dunque, di "diritto penale del nemico" banalizzata e involgarita in una contingente salsa razzista italiana».

privazione della libertà in sede pre-cautelare per un reato per il quale non poteva venire comunque disposta alcuna misura cautelare vera e propria, ed invitando altresì il legislatore ad un complessivo ripensamento dell'utilizzo del diritto penale in materia di immigrazione. La reazione dello schieramento politico allora come oggi al governo del Paese era stata rapidissima, e di non comune asprezza: lungi dall'accogliere l'invito della Corte ad una riduzione dell'intervento penale, il Governo varò già a settembre un decreto legge che al contrario trasformava l'inottemperanza all'ordine di allontanamento da contravvenzione a delitto punito con la pena della reclusione da uno a quattro anni, così da consentire la conversione dell'arresto nella custodia cautelare; e nel dibattito parlamentare prodromico alla conversione in legge del decreto non erano mancati gli interventi di esponenti della maggioranza che avevano esplicitamente rivendicato la modifica normativa come risposta all'indebita ingerenza della Corte nelle prerogative del potere legislativo in materia di politica-criminale⁶⁴⁹.

2. *L'aggravante della clandestinità.*

La circostanza aggravante prevista dal nuovo art. 61 n. 11-bis (“l'aver il colpevole commesso il fatto mentre si trova illegalmente sul territorio nazionale”) comporta l'aumento della pena fino a un terzo per qualsiasi reato commesso da “clandestini”⁶⁵⁰. Sin dalla sua entrata in vigore, forti sono stati i dubbi di legittimità costituzionale manifestati. Dapprima, durante i lavori parlamentari, dagli esponenti dell'opposizione

⁶⁴⁹ Sul punto, per tutti, L. MASERA, *Immigrazione e sicurezza: il ruolo del diritto penale*, in *Immigrazione e contesti locali*, a cura di Besozzi, 2008, p. 132; ID., *Corte Costituzionale ed immigrazione: le ragioni di una scelta compromissoria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1373.

⁶⁵⁰ Secondo G. MARINUCCI, *Soggettivismo e oggettivismo*, cit., p. 18, «Si tratta di una previsione chiaramente ispirata alla logica del 'tipo d'autore' — del diritto penale del nemico —, che tra l'altro calpesta i principi costituzionali del diritto penale del fatto e di uguaglianza. Se io ingiurio un automobilista in occasione di un banale diverbio legato alla circolazione stradale, sarò punito con la pena x; ma se a ingiuriare è un immigrato irregolare, quella pena, ai sensi dell'art. 61 n. 11-bis c.p., deve essere aumentata fino a un terzo. Perché mai? Vi è un qualche nesso oggettivo tra la condizione di clandestino e il fatto di ingiuria? Evidentemente no. L'aumento di pena si spiega — come già accennato — solo con la logica del diritto penale del nemico: il clandestino è un 'nemico' della Società e dello Stato — una “non persona” — e, come tale, va punito più severamente». In senso analogo, tra gli altri, M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, 3562; G.L. GATTA, *Aggravante della 'clandestinità'*, cit., p. 718; L. MASERA, *Immigrazione*, in *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, a cura di O. Mazza e F. Viganò, Giappichelli, Torino, 2008, p. 20.

(in un caso, finanche da un noto esponente della maggioranza di centro-destra)⁶⁵¹; successivamente, dai c.d. pratici e teorici del diritto, ossia, rispettivamente, dalle più rappresentative associazioni di magistrati (Associazione Nazionale Magistrati)⁶⁵² e avvocati (Unione delle Camere Penali Italiane)⁶⁵³, e dagli studiosi del diritto penale⁶⁵⁴ e costituzionale, tra i quali Valerio Onida che, all'indomani dell'introduzione dell'aggravante, si è così espresso: essa «opera, mi pare, una vera e propria discriminazione fra persone in ragione dell'origine nazionale e di condizioni personali, vietata dagli articoli 2 e 7 della Dichiarazione universale, dall'articolo 14 della CEDU e dall'articolo 26 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, oltre che dall'articolo 3 della Costituzione»⁶⁵⁵.

Si tratta di una circostanza avente natura soggettiva (art. 70 c.p.)⁶⁵⁶: «riguarda, infatti, le “condizioni e le qualità personali del colpevole” poiché attribuisce rilievo, unicamente, alla condizione di persona illegalmente presente sul territorio nazionale, propria dell'autore del reato (da valutarsi alla luce della disciplina del diritto

⁶⁵¹ Il riferimento è all'intervento dell'on. Pecorella nella seduta del 3 luglio 2008 delle Commissioni riunite Affari costituzionali e Giustizia della Camera. V. anche infra, 5.1. citato da G. L. GATTA, *Aggravante della clandestinità (art. 61 n. 11-bis c.p.): uguaglianza calpestata*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 713.

⁶⁵² Cfr. la nota di MOROSINI, *Commenti a caldo sul Pacchetto sicurezza*, in www.associazionenazionalemagistrati.it.

⁶⁵³ Cfr. il documento dell'UCPI in data 1° luglio 2008, *Osservazioni sul disegno di legge di conversione con modificazioni del d.l. n. 92/2008 in materia di sicurezza*, a firma di Borzone e Dominioni, che può leggersi in www.camerepenali.it. V. anche l'intervista rilasciata a Luigi Ferrarella da Oreste Dominioni, Presidente dell'UCPI, pubblicata ne *Il Corriere della Sera* del 28 maggio 2008, p. 18 (Dominioni, il Presidente dei penalisti: "è illegittima l'aggravante per i clandestini"), interventi tutti citati da G.L. GATTA, *Aggravante della clandestinità (art. 61 n. 11-bis c.p.): uguaglianza calpestata*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 713.

⁶⁵⁴ Cfr., oltre a D. PULITANÒ, *Tensioni vecchie e nuove*, cit., p. 1079 s., ALESSANDRI-GARAVAGLIA, *Non passa lo straniero*, in www.lavoce.info; ANTONINI, *Le novità del "pacchetto sicurezza" (prima parte)*, in *Dir. Pen. Proc.* 2008, p. 1366 s.; A. DELLA BELLA, *L'aggravante della clandestinità e il diritto di soggiorno del minore straniero*, in *Cass. Pen.* 2008, p. 4795 s.; G. DODARO, *Discriminazione dello straniero irregolare nell'aggravante comune della clandestinità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1634 s.; M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, cit., p. 3562; F. VIGANÒ-VIZZARDI, *"Pacchetto sicurezza" ed espulsione: intenti legislativi e vincoli europei*, in *Dir. Pen. Proc.* 2008, p. 813. G.L. GATTA, *Modifiche in tema di circostanze del reato*, in *Aa.Vv.*, *"Decreto sicurezza": tutte le novità*, Milano, 2008, p. 35 s. e, ancor prima della conversione in legge del d.l. n. 92/2008, ID., *Commento dell'art. 1 d.l. n. 92/2008*, in Dolcini-Giarda-Marinucci-Spangher (a cura di), *Codice penale e codice di procedura penale commentati*, Cd-Rom, Milano, 2008.

⁶⁵⁵ V. ONIDA, *Efficacia non scontata per il ricorso al penale, ne Il Sole 24 Ore* del 22 maggio 2008, p. 7. Tra i costituzionalisti v. anche ALGOSTINO, *Il "Pacchetto sicurezza", gli stranieri e la Costituzione. Prime note*, in www.forumcostituzionale.it.

⁶⁵⁶ G.L. GATTA, *Aggravante della clandestinità (art. 61 n. 11-bis c.p.): uguaglianza calpestata*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 713

amministrativo che, al tempo della commissione del fatto, regola l'ingresso e la permanenza in Italia degli stranieri)»⁶⁵⁷. La circostanza è pertanto configurabile anche nell'ipotesi in cui non vi sia alcun nesso tra il reato e lo stato di illegale presenza dell'agente nel territorio nazionale, al tempo della commissione del reato.

Ma non basta.

Trattandosi di circostanza comune, l'aggravante è prevista, in via di principio, per un numero indeterminato di reati, siano essi delitti o contravvenzioni, configurati dal codice penale ovvero da leggi penali speciali, potendo pertanto essere applicata tanto ai reati dolosi quanto a quelli colposi⁶⁵⁸.

In base alla regola espressa nella prima parte dell'art. 61 c.p., valevole per tutte le aggravanti comuni, la circostanza in esame non è però configurabile quando la situazione da essa descritta - cioè la presenza illegale sul territorio nazionale dell'autore del fatto, al momento della sua commissione - costituisce già elemento costitutivo del reato.

2.1. La demolizione dell'aggravante di cui all'art. 61 n. 11.bis c.p.

L'aggravante dell'immigrazione clandestina, al centro di un dibattito politico, istituzionale e giuridico tanto in ambito nazionale che sovranazionale, è stata

⁶⁵⁷ G.L. GATTA, *Aggravante della clandestinità (art. 61 n. 11-bis c.p.): uguaglianza calpestata*, cit., p. 713, il quale evidenzia come «La legge, infatti, non limita la configurabilità dell'aggravante in relazione a quei reati la cui commissione sia stata agevolata dall'illegale presenza dell'autore sul territorio nazionale, ovvero che siano stati commessi allo scopo di consentire il suo ingresso illegale nel territorio nazionale, ovvero la protrazione della sua permanenza illecita: ne consegue che l'aggravante è configurabile, ad esempio, tanto in relazione alla resistenza opposta dall'immigrato clandestino al pubblico ufficiale intento a procedere alla sua identificazione, quanto all'ingiuria verbale proferita dall'immigrato stesso a chicchessia (ad es., ad un automobilista, in occasione di un banale diverbio legato alla circolazione stradale)»

⁶⁵⁸ Con riferimento a questi ultimi, tuttavia, pacifica è l'esclusione dell'applicabilità della circostanza aggravante: «l'impossibilità di configurarla rispetto ai delitti colposi e alle contravvenzioni commesse con colpa ci sembra possa essere argomentata valorizzando l'intenzione del legislatore e, in particolare, quei passi dei lavori parlamentari in cui - come vedremo - l'introduzione dell'aggravante viene giustificata in ragione di una ritenuta più intensa "ribellione" alla potestà statale, manifestata da chi commette un reato mentre si trova già in una situazione di illegalità, per avere violato la disciplina amministrativa relativa all'ingresso e al soggiorno nel territorio nazionale: solo la commissione di un reato doloso può dirsi espressiva di una "ribellione" nei confronti della potestà statale, cioè di una volontà di disconoscerla». In questi termini, G.L. GATTA, *Aggravante della clandestinità (art. 61 n. 11-bis c.p.): uguaglianza calpestata*, cit., p. 713.

definitivamente demolita ad opera degli interventi della Corte di Giustizia dell'Unione Europea che della Corte costituzionale.

Ciò in forza di un insanabile contrasto della normativa in esame con i principi fondamentali della Carta Costituzionale italiana nonché con la normativa suggellata nei Trattati dell'Unione europea.

La prima pronuncia che ha avuto ad oggetto l'aggravante di cui all'art. 61, n. 11.bis, c.p., ha evidenziato un insanabile contrasto dell'aggravante in parola con i principi di cui agli artt. 3 e 25, secondo comma, Cost.⁶⁵⁹

La Consulta, invero, ha evidenziato come la mera qualifica di “immigrato clandestino”, non possa giustificare normative penali che attribuiscono rilevanza, indipendentemente dalla necessità di salvaguardare interessi che parimenti entrano in gioco, a comportamenti o *status* di carattere meramente personale: la disposizione in esame, invero, trasformerebbe la clandestinità in un segno distintivo delle persone rientranti in predetta categoria⁶⁶⁰.

Inoltre, secondo la Consulta non può essere ritenuta ragionevole e sufficiente la finalità di contrastare l'immigrazione illegale, perché questo scopo non potrebbe essere perseguito in maniera indiretta, qualificando i comportamenti degli stranieri irregolari rispetto ad identiche condotte poste in essere da cittadini italiani o comunitari⁶⁶¹.

⁶⁵⁹ In commento alla pronuncia, Cfr., F. VIGANÒ, *Nuove prospettive per il controllo di costituzionalità in materia penale*, in *Giur. Cost.*, 2010, p. 2996; L. MASERA, *Corte costituzionale e immigrazione: le ragioni di una scelta compromissoria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1373.

⁶⁶⁰ C. Cost., n. 249/2010: « Comportamenti pregressi dei soggetti non possono giustificare normative penali che attribuiscono rilevanza – indipendentemente dalla necessità di salvaguardare altri interessi di rilievo costituzionale – ad una qualità personale e la trasformino, con la norma considerata discriminatoria, in un vero “segno distintivo” delle persone rientranti in una data categoria, da trattare in modo speciale e differenziato rispetto a tutti gli altri cittadini».

⁶⁶¹ C. Cost., n. 249/2010: «In definitiva, la qualità di immigrato «irregolare» – che si acquista con l'ingresso illegale nel territorio italiano o con il trattenimento dopo la scadenza del titolo per il soggiorno, dovuta anche a colposa mancata rinnovazione dello stesso entro i termini stabiliti – diventa uno “stigma”, che funge da premessa ad un trattamento penalistico differenziato del soggetto, i cui comportamenti appaiono, in generale e senza riserve o distinzioni, caratterizzati da un accentuato antagonismo verso la legalità. Le qualità della singola persona da giudicare rifluiscono nella qualità generale preventivamente stabilita dalla legge, in base ad una presunzione assoluta, che identifica un «tipo di autore» assoggettato, sempre e comunque, ad un più severo trattamento.

Ciò determina un contrasto tra la disciplina censurata e l'art. 25, secondo comma, Cost., che pone il fatto alla base della responsabilità penale e prescrive pertanto, in modo rigoroso, che un soggetto debba essere sanzionato per le condotte tenute e non per le sue qualità personali. Un principio, quest'ultimo, che senz'altro è valevole anche in rapporto agli elementi accidentali del reato».

Ebbene, dalla lettura della pronuncia della Corte costituzionale, qui succintamente riassunta, emerge chiaramente come la declaratoria di illegittimità costituzionale si fondi sulla natura tipologica soggettiva dell'aggravante dell'illegalità del soggiorno, sebbene a tale teoria non vi sia un esplicito riferimento.

La contraddizione appena rilevata assume particolare evidenza dopo la recente modifica introdotta dall'art. 1, comma 1, della legge n. 94 del 2009, che ha escluso l'applicabilità dell'aggravante de qua ai cittadini di Paesi appartenenti all'Unione europea. È noto infatti che esistono ipotesi di soggiorno irregolare del cittadino comunitario, come, ad esempio, nel caso di inottemperanza ad un provvedimento di allontanamento, punita dall'art. 21, comma 4, del decreto legislativo 6 febbraio 2007, n. 30 (Attuazione della direttiva 2004/38/CE, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri), con l'arresto da uno a sei mesi e con l'ammenda da 200 a 2.000 euro. Anche sotto tale profilo, risulta che la particolare disciplina dell'aggravante censurata nel presente giudizio fa leva prevalentemente sullo status soggettivo del reo, giacché la circostanza non si applica ai cittadini di Stati dell'Unione europea neppure nella più grave ipotesi dell'inottemperanza ad un provvedimento di allontanamento, vale a dire quando l'irregolarità del soggiorno è stata riscontrata ed ha formato oggetto di valutazione da parte della competente autorità di sicurezza, che ha emesso un ordine trasgredito dal soggetto interessato, il quale ha assunto, per tale condotta, una specifica responsabilità penale. È evidente, in altre parole, che la giustificazione della fattispecie censurata non può fondarsi su una presunzione correlata alla violazione delle norme sull'ingresso e sulla permanenza nello Stato di soggetti privi della cittadinanza italiana. E ciò si nota a prescindere dalla relazione tra lo status dell'immigrato in condizione irregolare e l'offesa tipica del reato che di volta in volta venga in considerazione⁶⁶².

⁶⁶² C. Cost., 249/2010: «Le recenti modifiche legislative hanno messo in luce con nettezza ancora maggiore la natura discriminatoria dell'aggravante oggetto della presente questione. Difatti, l'ingresso o la permanenza illegale nel territorio nazionale erano considerati dalla legge – all'epoca dei fatti che hanno dato origine al processo pendente davanti al Tribunale di Ferrara – alla stregua di illeciti amministrativi, mentre attualmente, cioè dopo l'introduzione di un autonomo reato di immigrazione irregolare, gli stessi comportamenti sono divenuti causa di responsabilità penale. L'illegittimità del soggiorno viene dunque in rilievo in una duplice prospettiva, producendo una intensificazione del trattamento sanzionatorio che deve essere considerata in questa sede, giacché fa parte integrante della valutazione complessiva sulla compatibilità costituzionale della norma

L'introduzione dell'aggravante della clandestinità ha segnato il momento più “brutto” dell'intera legislazione penale in tema di immigrazione. Una disposizione priva di senso, introdotta per mere esigenze di propaganda e senza alcuna reale esigenza politico-criminale in grado di giustificarla, dagli effetti a dir poco aberranti: per il medesimo reato, magari realizzato in concorso da un extracomunitario irregolare e da un cittadino o da un comunitario, il “clandestino” doveva essere sottoposto ad una pena maggiore per il solo fatto di non essere in regola con la disciplina sul soggiorno. Come se un furto, una violenza sessuale, un omicidio, fossero più gravi se compiuti da un marocchino o da un peruviano cui è scaduto il permesso di soggiorno, piuttosto che da un italiano o da un francese.

Era difficile che di fronte ad una così macroscopica violazione del principio di uguaglianza, stigmatizzata con forza dalla assoluta maggioranza dei commentatori, la Corte potesse non pervenire ad una dichiarazione di incostituzionalità, anche in un settore come quello della politica criminale in materia di immigrazione in cui negli ultimi anni le decisioni dei giudici delle leggi sono state improntate ad estrema cautela⁶⁶³.

censurata. Questa Corte non può ignorare il contesto normativo esistente al momento della sua pronuncia e rispetto ad esso, preso nel suo insieme, deve orientare il proprio giudizio».

⁶⁶³ Evidenzia, tuttavia, L. MASERA, *Corte costituzionale e immigrazione*, cit., pp. 1373, come sia riscontrabile un «profilo di “anomalia” della decisione» ossia «quello relativo alla scelta del parametro alla cui stregua valutare la conformità dell'aggravante al principio di uguaglianza-ragionevolezza. Contrariamente, infatti, all'insegnamento tradizionale in materia di sindacato di costituzionalità delle norme penali, per cui le scelte di incriminazione sono censurabili solo ove “manifestamente irragionevoli” (insegnamento più volte ribadito anche nello specifico settore del diritto penale dell'immigrazione, ed adottato altresì — come vedremo tra breve — nella sentenza relativa al reato di immigrazione clandestina), nella sentenza in esame la Corte afferma invece la necessità che la norma penale superi un vaglio positivo di ragionevolezza, non essendo quindi sufficiente ai fini del rispetto dell'art. 3 Cost. il mero riscontro che la norma non appaia manifestamente irragionevole.

Si tratta — come è agevole intuire — di una differenza di non poco conto: basti pensare che se l'“asticella” della costituzionalità fosse stata fissata così in alto, come ha fatto in questa occasione la Corte, avrebbero avuto esito diverso le numerose decisioni in cui, a proposito dell'art. 14 co. 5-ter, la Corte ha stigmatizzato l'irrazionalità della scelta di incriminazione, ritenendo però di non dichiarare incostituzionale il reato, perché l'irragionevolezza non era di tale gravità da risultare qualificabile come manifesta. È vero, poi, che a differenza delle decisioni relative all'art. 14 co. 5-ter, o alla sentenza che analizzeremo tra breve relativa all'art. 10-bis, qui si trattava di valutare la costituzionalità di una circostanza aggravante, e non di un'autonoma figura di reato; ma al di là della qualificazione giuridica, è identica l'incidenza sui diritti fondamentali derivante dalla natura penale dell'aggravante come degli illeciti in materia di immigrazione, ed identica è la situazione di fatto (l'irregolarità del soggiorno) posta a fondamento dell'una e degli altri, sicché la natura circostanziale o di fattispecie principale della disposizione sottoposta a scrutinio non sembra davvero in grado di spiegare la diversità dei parametri di costituzionalità adottati nelle diverse occasioni».

3. *Il reato di clandestinità.*

Con il secondo pacchetto sicurezza di cui alla l. n. 94 del 2009, si è provveduto, poi, ad inserire, come ampiamente noto, il reato di immigrazione.

L'originaria formulazione della fattispecie di cui all'art. 10-bis, prevedeva come *reato* di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato non già una contravvenzione, ma un *delitto*, il quale veniva punito con la pena della reclusione da sei mesi a quattro anni.

Il Legislatore si è subito reso conto che, così facendo, non solo si intasavano sensibilmente i tribunali, ma soprattutto le carceri, già sovra-popolate con evidentemente problemi di ordine pubblico.

Per questo, la fattispecie in esame è stata declassata da aspirante delitto in contravvenzione⁶⁶⁴. Infatti l'art. 10-bis così recita: «*salvo che il fatto costituisca più grave reato lo straniero che fa ingresso ovvero si trattiene nel territorio dello Stato in violazione delle disposizioni del presente Testo Unico, nonché di quelle di cui all'articolo 1 della l. 28 maggio 2007, n. 68, è punito con l'ammenda da 5 mila a 10 mila euro. Al reato di cui al presente comma non si applica l'art. 162 c.p.*», cioè costituisce l'unica contravvenzione che non è obblabile.

La disposizione viene costruita dal legislatore attorno a due condotte tipiche⁶⁶⁵. La prima condotta sanzionata dalla fattispecie in esame è quella di "ingresso" all'interno dello Stato italiano. Dato che si tratta di una contravvenzione che è punita anche a titolo di colpa, si porrà inevitabilmente il problema della prova, non solo del dolo, ma anche della colpa del soggetto agente. Per aversi sia il dolo, che anche la colpa stante un soggetto che proviene da un ordinamento diverso, egli dovrebbe comunque conoscere le disposizioni del t.u. sull'immigrazione, nonché di quelle di cui all'art. 1 della l. 28 maggio 2007, n. 68.

La seconda condotta tipica, viceversa, concerne il "trattenersi nel territorio dello Stato". Si assiste ad una disparità di trattamento rispetto all'art. 14 del t.u.

⁶⁶⁴ Quasi a farne un illecito penale c.d. minore, v. M. DONINI, *Modelli di illecito penale minore. Un contributo alla riforma dei reati di pericolo contro la salute pubblica*, in *Materiali per una riforma del codice penale*, a cura di M. Donini, Cedam, 2008, p. 209 ss.

⁶⁶⁵ Da qui, in poi, Cfr., A. MANNA, *Il diritto penale dell'immigrazione clandestina, tra simbolismo penale e colpa d'autore*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 446.

sull'Immigrazione. L'inottemperanza all'ordine di espulsione del questore prevede infatti, una causa di non punibilità: "senza giustificato motivo".

Vi è, cioè, una scusante che consente di non applicare la pena, laddove evidentemente sorga un problema di inesigibilità. Non vi è ragione della previsione nell'art. 14 della clausola del "giustificato motivo", e, invece, della sua esclusione nell'art. 10-bis "ingresso, soggiorno illegale nel territorio dello Stato". Non è, quindi, un Legislatore educato alla "scuola della ragione", perché si capisce benissimo questo tipo di legislazione da quale corrente politica è ispirata. Il giurista non può, infatti, come è agevole arguire, al giorno d'oggi, limitarsi al solo tecnicismo giuridico, ma deve anche cimentarsi con la politica criminale, altrimenti si torna all'epoca in cui si distingueva tra i giuristi, che dovevano occuparsi solo di pura esegesi, ed i politici.

Si manifesta, così, un problema di legittimità costituzionale per contrasto col principio di uguaglianza-ragionevolezza, salvo non voler estendere, per via analogica, la clausola di non punibilità prevista nell'art. 14 anche alle ipotesi di cui all'art. 10-bis.

3.1. Le “ragioni” della Consulta.

Unitamente all'analisi della c.d. aggravante della clandestinità, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 249 del 2010, era chiamata a prendere posizione anche con riferimento alla fattispecie di reato oggetto di analisi.

Tra i numerosi profili di incostituzionalità sollevati in seno alla Consulta, la Corte distingue tra quei motivi che, se accolti, condurrebbero all'integrale caducazione della norma impugnata, in quanto attengono alla stessa legittimità della scelta di sanzionare penalmente il soggiorno irregolare; e motivi il cui accoglimento produrrebbe invece una dichiarazione di illegittimità solo parziale, dal momento che hanno ad oggetto aspetti specifici della disciplina legislativa, non contestandone, viceversa, la scelta dell'incriminazione.

Nel primo gruppo di questioni, ai fini della presente trattazione merita particolare attenzione il motivo concernente la paventata violazione dei “principi di materialità e

di necessaria offensività del reato” (art. 25 co. 2 Cost.), derivante secondo il giudice remittente dalla considerazione che la nuova fattispecie non punisce la commissione di un fatto materialmente offensivo di un bene giuridico, bensì sanziona la “mera condizione personale e sociale del migrante clandestino”, così da risultare espressione di un “diritto penale d'autore” incompatibile con i principi di un sistema penale democratico e liberale.

Non così, tuttavia, ad avviso della consulta.

La sentenza ritiene in primo luogo che il nuovo reato non abbia ad oggetto «un “modo di essere” della persona, ma uno specifico comportamento» consistente rispettivamente in una “condotta attiva istantanea” (il fare ingresso illegalmente in Italia) o “in una condotta a carattere permanente il cui nucleo antidoveroso è omissivo” (il trattenersi irregolarmente in Italia): secondo la Corte, «la condizione di cd. clandestinità non è un dato preesistente ed estraneo al fatto, ma rappresenta, al contrario, la conseguenza della stessa condotta resa penalmente illecita, esprimendone in termini di sintesi la nota strutturale di illiceità».

Oltre, quindi, ad avere consistenza materiale, la condotta punita dall'art. 10-bis non costituisce un “illecito di mera disubbidienza”, privo del necessario coefficiente di offensività, rinvenendosi il bene giuridico offeso «nell'interesse dello Stato al controllo ed alla gestione dei flussi migratori, secondo un determinato assetto normativo: interesse la cui assunzione ad oggetto di tutela penale non può considerarsi irrazionale ed arbitraria — trattandosi, del resto, del bene giuridico ‘di categoria’, che accomuna buona parte delle norme incriminatrici presenti nel testo unico del 1998 — e che risulta, altresì, offendibile dalle condotte di ingresso e trattenimento illegale dello straniero».

Nulla di diverso, secondo la Corte, da quanto avviene in svariati altri settori ordinamentali, in cui «a sanzione penale — specie contravvenzionale — accede alla violazione di discipline amministrative afferenti a funzioni di regolazione e controllo su determinate attività, finalizzate a salvaguardare in via preventiva i beni, specie sovra individuali, esposti a pericolo dallo svolgimento indiscriminato delle attività stesse (basti pensare, ad esempio, al diritto penale urbanistico, dell'ambiente, dei mercati finanziari, della sicurezza del lavoro). Caratteristica, questa, che, nel caso in

esame, viene peraltro a riflettersi nell'esiguo spessore della risposta punitiva prefigurata dalla norma impugnata, di tipo meramente pecuniario».

La ratio puniendi — ribadisce la Corte — non è la «presunzione assoluta di pericolosità sociale dell'immigrato irregolare, non rispondente all'id quod plerumque accidit e perciò stesso arbitraria», ma la violazione della disciplina amministrativa sul soggiorno: e la scelta di configurare tale violazione come illecito penale, e non più come mera infrazione amministrativa, «rientra nell'ambito delle scelte discrezionali del legislatore, il quale ben può modulare diversamente nel tempo la qualità ed il livello dell'intervento repressivo in materia». Scelta che — fa notare in ultimo la Corte — risulta «tutt'altro che isolata nel panorama internazionale. L'analisi comparatistica rivela, difatti, come norme incriminatrici dell'immigrazione irregolare di ispirazione simile, talora accompagnate dalla comminatoria di pene anche significativamente più severe di quella prevista dalla norma scrutinata, siano presenti nelle legislazioni di diversi Paesi dell'Unione europea: e ciò tanto nell'ambito dei Paesi più vicini al nostro per tradizioni giuridiche (come la Francia e la Germania), che fra quelli di diversa tradizione (quale il Regno Unito)».

Come, tuttavia, evidenziato in dottrina, simile ricostruzione proposta dalla Consulta è dotata di una capacità avvalorativa e certificativa più apparente che reale⁶⁶⁶.

È vero, infatti, che — come argomenta la Corte — non si punisce lo straniero per il suo status di irregolare, ma per la violazione delle norme amministrative in materia di immigrazione, da cui deriva tale irregolarità; ed è dunque “formalmente” vero che in questo modo il legislatore ripropone uno schema utilizzato in molti altri settori dell'ordinamento, ove è normale che la sanzione penale (contravvenzionale) intervenga in ultima ratio a punire le più rilevanti violazioni di una certa disciplina amministrativa. Ciò che caratterizza il reato in esame è, però, l'oggetto della disciplina di cui si va a sanzionare la violazione, e soprattutto la tipologia di condotte in cui si sostanzia tale violazione. Mentre solitamente si appresta lo strumento penale per garantire il rispetto di discipline volte a tutelare beni giuridici che possono essere messi in pericolo da specifiche condotte (attive od omissive) del reo, qui il pericolo per l'interesse tutelato (il controllo dei flussi migratori) deriva dalla stessa presenza dello straniero nel territorio dello Stato, ed è ineliminabile sino a che egli si trattenga

⁶⁶⁶ Per tutti, L. MASERA, *Corte costituzionale e immigrazione*, cit., p. 1373.

in Italia. Il risultato allora è quello di punire solo apparentemente una condotta contraria alla legge, quando in realtà si sanziona lo straniero per il suo essere irregolare, posto che il comportamento che gli si rimprovera si identifica con la sua condizione esistenziale di migrante non in regola con la disciplina del soggiorno. Ecco perché il ragionamento della Corte ci pare peccare di formalismo: dietro il ricorso ad un consolidato schema di costruzione delle fattispecie contravvenzionali come violazione di discipline amministrative si cela la realtà di una norma che punisce lo straniero perché è irregolare, configurando davvero quel modello di diritto penale dell'autore evocato dal giudice a quo nella sua ordinanza di rimessione.

BIBLIOGRAFIA

- AMARELLI G., *Legge penale e giudice: un vecchio rapporto alla ricerca di un nuovo equilibrio*, in *Cass. pen.*, 2014;
- AMARELLI G., *Particolare tenuità del fatto e offensività: similitudini apparenti e differenze sostanziali*, in *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di S. Moccia*, Jovene, 2017;
- AMARELLI G., voce *Particolare tenuità del fatto (Diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Annali X, Giuffrè, 2017;
- AMBROSETTI E.M., *L'eterno ritorno del tipo d'autore nella recente legislazione e giurisprudenza penale*, in *Trattato breve di diritto penale. Temi contemporanei. Per un manifesto del neilluminismo penale*, a cura di G. Cocco, Cedam, 2016;
- AMBROSETTI E.M., *Problemi attuali in tema di reato continuato. Dalla novella del 1974 al nuovo codice di procedura penale*, Padova, Cedam, 1991;
- AMBROSETTI E.M., *Recidiva e recidivismo*, Padova, Cedam, 1997;
- ANDOLFATTO E., *Le Sezioni Unite sull'applicabilità del nuovo art. 131-bis c.p. alle contravvenzioni stradali (art. 186, commi II e VII, c.d.s., in penalecontemporaneo.it*, 29 aprile 2016;
- ANTOLISEI F., *La volontà nel reato*, in *Riv. pen.*, 1932;
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, a cura di L. Conti, Milano, Giuffrè, 2003;
- ANTOLISEI F., *Sul concetto dell'azione nel reato*, in *Riv. pen.*, 1925
- ARDIZZONE S., *Condotte finalisticamente orientate e forme di colpevolezza*, in *Studi in onore di G. Musotto*, vol. II, G. Priulla, 1979;

- BACCO F., *Tutela dei minori contro lo sfruttamento sessuale*, in *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, *Tutela penale della persona*, a cura di D. Pulitanò, Giappichelli, 2014;
- BARATTA A., *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale. Aspetti teoretici e ideologici dello sviluppo della scienza penalistica tedesca dall'inizio del secolo al 1933*, Milano, Giuffrè, 1966;
- BARTOLI R., *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2015;
- BARTOLI R., *Lettura funzionale e costituzionale della recidiva e problemi di razionalità del sistema*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013;
- BARTOLI R., *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico, jus in bello criminale e annientamento del nemico assoluto*, Torino, 2008
- BASILE F., *L'enorme potere delle circostanze sul reato; l'enorme potere dei giudici sulle circostanze*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015;
- BENNIS S., *Fondamento e natura della recidiva*, in *Giust. pen.*, 1978;
- BERNARDI A., *Il diritto penale tra unificazione europea e cultura nazionali*, in *Pol. dir.*, 2005;
- BERNARDI A., *L'uropeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, Giappichelli, 2004;
- BERTOLESI R., [Ancora nuove norme in materia di terrorismo](#), in *Dir. pen. cont.*, 18 ottobre 2016;
- BERTOLINO M., *Convenzioni, Direttive e legislazione nazionale: un fronte comune di lotta contro i delitti a sfondo sessuale a danno di minori nella legge di ratifica n. 172/2012*, Giappichelli, 2014
- BERTOLINO M., *Dalla Costituzione al giudice penale interprete-fonte*, in *Jus*, 2012;
- BERTOLINO M., *Il minore vittima di reato*, Giappichelli, 2010
- BERTOLINO M., *Il minore vittima di reato*, Torino, Giappichelli, 2010;

- BERTOLINO M., *Nuovi orizzonti dei delitti contro il patrimonio nella circonvenzione di incapace e nell'usura*, Giappichelli, 2010
- BETTIOL G. –PETTOELLO MANTOVANI L., *Diritto penale*, Padova, 1986;
- BETTIOL G., *Azione e colpevolezza e nelle teorie dei "tipi" di autore*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1942;
- BETTIOL G., *Colpa d'autore e certezza del diritto*, in *Festschrift fur P. Bockelmann*, Monaco, 1979;
- BETTIOL G., *Diritto penale. Parte generale*, XI^a ed., Padova, Cedam, 1982;
- BISORI L., *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e giurisprudenza italiane*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1997;
- BOIDO A., *La posizione di garanzia*, in *Commentario sistematico del diritto penale. Il reato*, opera diretta da M. Ronco, II^a ed., Bologna, Zanichelli, 2007;
- BORSARI R., *La codificazione della tenuità del fatto tra (in)offensività e non punibilità*, in www.lalegislazionepenale.eu, 15 marzo 2016;
- BRICOLA F., *Carattere "sussidiario" del diritto penale e oggetto della tutela*, in *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, vol. I, Giuffrè, 1984
- BRICOLA F., *Dolus in re ipsa. Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, Giuffrè, 1960;
- BRICOLA F., *Il costo del principio societas delinquere non potest nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1970;
- BRICOLA F., *La discrezionalità nel diritto penale. Vol. I, Nozione e aspetti costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1965;
- BRICOLA F., voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XIX, Torino, Utet, 1977
- BRUNELLI D., *Dal reato continuato alla continuazione di reati. ultima tappa e brevi riflessioni sull' istituto*, in *Cass. pen.*, 2009;
- BRUNELLI D., *Il fatto tenue tra tenuità ed equità*, in *Arch. pen. Web*, 2016;
- BRUNELLI D., *Il sequestro di persona a scopo di estorsione*, Padova, 1995;

- BRUNELLI D., *Frammenti storici e attuali della recidiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2012
- BRUNELLI D., *Recidiva e Scuola Positiva nella disciplina del codice Rocco*, in *Dir. pen. XXI sec.*, 2011;
- BRUNELLI D., voce *Reato continuato*, in *Dizionario di Diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, V, Milano, Giuffrè, 2006;
- CADOPPI A. – ZANOTTI M., *Il reato omissivo*, in *Introduzione al sistema penale*, vol. II, Torino, Giappichelli, 2001;
- CADOPPI A., *Commento Pre-Art. 600-bis*, in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, a cura di A. Cadoppi, Cedam, 2006;
- CADOPPI A., *Il reato omissivo proprio*, Vol. I, *Profili introduttivi e politico-criminali*, Padova, Cedam, 1988;
- CADOPPI A., *L'assenza di cause di non punibilità mette a rischio le buone intenzioni*, in *Guida Dir.*, 9, 2006,
- CALISTI R., *Il sospetto di reati. Profili costituzionali e prospettive attuali*, Giuffrè, Milano, 2003
- CALVI A.A., *Tipo criminologico e tipo normativo d'autore. I. La tipologia soggettiva della legislazione italiana. II. Tipologia soggettiva e politica criminale moderna*, Padova, Cedam, 1967;
- CANESTRARI D., *La doppia misura della colpa nella struttura del reato colposo*, in *Ind. pen.*, 2012;
- CANESTRARI S. – CORNACCHIA L. – DE SIMONE G., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, II^a ed., Bologna, Il Mulino
- CAPUTO M., *La "menzogna di Auschwitz", le "verità" del diritto penale. La criminalizzazione del c.d. negazionismo tra ordine pubblico, dignità e senso di umanità*, in *Dir. pen. cont.*, 7 gennaio 2014;
- CARACCIOLI I., *Sul problema della sopravvivenza delle aggravanti di cui all' art. 61, n. 2 cod. pen. (tra Mini-riforma e progetto di Riforma del Codice Penale)*, in *Riv. pen.*, 1976;
- CARACCIOLI I., voce *Omissione (Diritto penale)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XI, 1965;

- CARBONI G., *L'inosservanza dei provvedimenti dell'autorità*, Giuffrè, Milano, 1970,
- CARMONA A., *Il fine di profitto nel delitto di furto. Presupposti "culturali" e cultura normativa*, Giuffrè, 1983
- CARMONA A., *Tutela penale del patrimonio individuale e collettivo*, Il Mulino, 1996;
- CARNELUTTI F., *La tutela penale della ricchezza*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1/1935;
- CARNELUTTI F., *Lezioni di diritto penale: il reato*, vol. I, 1943;
- CARRARA F., *Il diritto penale e la procedura penale*, in *Opuscoli di diritto criminale*, vol. V, Firenze, 1903;
- CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, IV^a ed., 1871;
- CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale. Parte speciale*, Vol. IV, Fratelli Cammelli, 1923
- CARRARA F., *Stato della dottrina sulla recidiva*, in *Opuscoli di diritto criminale*, V ed., Prato, 1989;
- CASSESE S., *Il nuovo regime dei dirigenti pubblici italiani: una modificazione costituzionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002;
- CASTRONUOVO D., *La colpa "penale". Misura soggettiva e colpa grave*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013;
- CASTRONUOVO D., *La colpa penale*, Milano, 2009;
- CATENACCI M., *Note introduttive allo studio delle fattispecie penali*, Giappichelli, Torino, 2012;
- CATERINI M., *Reato impossibile e offensività. Un'indagine critica*, Esi, Napoli, 2004;
- CAVALIERE A., [Considerazioni critiche intorno al d.l. antiterrorismo n. 7 del 18 febbraio 2015](#), in *Dir. pen. cont.- Riv. Trim.*, n. 2/2015;
- CAVALIERE A., *Può la "sicurezza" costituire un bene giuridico o una funzione del diritto penale?*, in *Crit. dir.*, 2009,
- CENTINI M., *Il principio di determinatezza: significatività e ragionevolezza della clausola "senza giustificato motivo"*, in *Giur. cost.*, 2004;

- CENTONZE F., *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omesso impedimento degli illeciti societari. (Una lettura critica della recente giurisprudenza)*, in *Riv. soc.*, 2012;
- CICCONETTI S.M., *La sent. n 360 del 1996 della Corte costituzionale e la fine della reiterazione dei decreti legge: tanto tuonò che piovve* in *Giur. cost.*, 1996;
- COCCO G., *Il concetto di pornografia minorile*, in *Trattato breve di diritto penale. Parte speciale*, vol. I, *I reati contro le persone*, a cura di G. Cocco e E.M. Ambrosetti, Cedam, 2014;
- COCCO G., *Il falso bene giuridico della fede pubblica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2010
- COCCO G., *Può la detenzione di materiale pornografico costituire reato?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006,
- COCCO G., *Una introduzione ai reati contro il patrimonio e l'economia pubblica tra beni giuridici e tecniche di tutela*, in *Studi in onore di M. Romano*, vol. III, Jovene, 2011 ;
- COLAPIETRO C., *Governo e amministrazione. La dirigenza pubblica tra imparzialità e indirizzo politico*, Torino, Giappichelli, 2004;
- CONSULICH F., *Diritto penale "locale"? L'efficacia scriminante di norme di liceità di fonte regionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015;
- CONTENTO G., *Corso di diritto penale*, vol. I, Laterza, Bari, 1996,
- COPPI F., *Reato continuato e cosa giudicata*, Napoli, 1969;
- COPPI F., *Reato continuato e cosa giudicata*, Napoli, Jovene, 1969;
- CUPELLI C., *Il problema della legalità penale. Segnali in controtendenza sulla crisi della riserva di legge*, in *Giur. cost.*, 2015;
- CUPELLI C., *L'insider trading e la legalità "delegata": spunti sulla ammissibilità del ricorso al decreto legislativo in materia penale*, in *Cass. pen.*, 2004;
- CUPELLI C., *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge in materia penale*, Esi, Napoli, 2012;

- CUPELLI C., *La legalità delegata. Spunti su riserva di legge e delega legislativa nelle tendenze attuali del diritto penale*, in *Critica del diritto*, 2004;
- CUPELLI C., *Un difficile compromesso. Ancora in tema di rapporti tra la legge delega e riforma del codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007;
- DAHM G., *Der Tatertyp im Strafrecht*, Lipsia, 1940;
- DASSANO F., voce *Minaccia (Diritto penale)*, in *Enc. dir.*, vol. XXVI, Giuffrè, 1976
- DE FRANCESCO G., *Appunti sulla capacità a delinquere come criterio di determinazione della pena nel reato continuato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978;
- DE FRANCESCO G., *Beni offesi e logiche del "rischio" nelle fattispecie a tutela dell'integrità sessuale dei minori: tra presente e futuro*, in *Leg. pen.*, 2008
- DE FRANCESCO G., *Diritto penale. 2. Forme del reato*, Torino, Giappichelli, 2013;
- DE FRANCESCO G., *Diritto penale. I fondamenti*, vol. I, Torino, Giappichelli, 2013;
- DE FRANCESCO G., *La connessione teleologica nel quadro del reato continuato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978;
- DE FRANCESCO G., *Punibilità*, Torino, Giappichelli, 2016;
- DE FRANCESCO G., *Una sfida da raccogliere: la codificazione delle fattispecie a tutela della persona*, in *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, a cura di S. Vinciguerra e F. Dassano, Esi, 2010
- DE LIGUORI L., *Connessione teleologica e concorso di reati*, in *Cass. pen.*, 1987
- DE MAGLIE C., *Punire le condotte immorali?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016;
- DE MARSICO A., *Diritto penale. Parte generale*, Napoli, Jovene, 1969;
- DE VERO G., *Corso di diritto penale*, vol. I, II^a ed., Torino, Giappichelli, 2012;
- DE VERO G., *Disvalore d'azione e imputazione dell'evento in un'aggiornata costruzione separata dei tipi criminosi*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini – C.E. Paliero, vol. II, *Teoria del reato. Teoria della pena*, Milano, Giuffrè, 2006;

- DE VERO G., *La giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Delitti e pene nella giurisprudenza delle Corti europee*, a cura di G. de Vero e G. Panebianco, Torino, Giappichelli, 2007;
- DE VERO G., *Le forme di manifestazione del reato in una prospettiva di nuova codificazione penale*, in AA. VV., *Valore e principi della codificazione penale: le esperienze italiana, spagnola e francese a confronto*, Padova, Cedam, 1995;
- DEAN F., *Il rapporto di mezzo a fine*, cit., 146 ss. nonché R. PANNAIN, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, vol. I, Torino, 1950
- DEL CORSO S., *Prostituzione e pornografia minorile: una normativa in bilico fra esigenze repressive e latitanza dei principi*, in *Leg. pen.*, 2008;
- DELITALA G., *Cesare Beccaria e il problema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964;
- DELITALA G., *Il "fatto" nella teoria generale del reato*, Padova, 1930;
- DELL'ANDRO R., *La recidiva nella teoria della norma penale*, G. Priulla, 1950
- DELLA BELLA A., *L'aggravante della clandestinità e il diritto di soggiorno del minore straniero*, in *Cass. Pen.* 2008;
- DELSIGNORE S., *La detenzione di materiale pornografico minorile: un reato che poggia solamente sul biasimo morale e sul sospetto di condotte realmente offensive per la personalità dei minori?*, in *I delitti di pedo-pornografia fra tutela della moralità pubblica e dello sviluppo psico-fisico dei minori*, a cura di M. Bianchi, S. Delsignore, Cedam, 2008;
- DELSIGNORE S., *Pornografia minorile*, in *I reati contro la persona*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, M. Papa, vol. III, *Reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo psico-fisico dei minori*, a cura di A. Cadoppi, Giappichelli, 2006;
- DEMURO D.P., *Il bene giuridico proprio quale contenuto dei reati a soggettività ristretta*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1998;
- DEMURO G.P., *Ultima ratio: alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013;
- DI GIOVINE O., *Considerazioni su interpretazione, retorica e deontologia in diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009;

- DI GIOVINE O., *Diritti insaziabili e giurisprudenza nel sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011
- DI GIOVINE O., *Sub Art. 600-quater.1 c.p. Pornografia virtuale*, in *Codice penale*, a cura di T. Padovani, Tomo II (artt. 414-734 bis), con il coordinamento di G. De Francesco, G. Fidelbo, Cedam, 2011
- DI LANDRO A., *Le “insidie stradali” e la responsabilità colposa dei dirigenti e degli amministratori pubblici locali: punti fermi e questioni ancora aperte nella giurisprudenza di legittimità*, in *penalecontemporaneo.it*, 8 luglio 2011;
- DI MARTINO A., *Determinatezza e divieto di analogia*, in *Dizionario sistematico di diritto penale*, a cura di F. Giunta, Milano, Giuffrè, 2008;
- DODARO G., *Discriminazione dello straniero irregolare nell'aggravante comune della clandestinità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008
- DOLCINI E., *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Cedam, 1979;
- DOLCINI E., *La recidiva riformata. Ancora più selettivo il carcere in Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007;
- DOLCINI E., *Leggi penali “ad personam”, riserva di legge e principio costituzionale di eguaglianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004;
- DOLCINI E., *Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio. Riflessioni in tema di fonti, diritto penale minimo, responsabilità degli enti e sanzioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999;
- DONINI M., *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Dir. pen. cont.- Riv. trim.*, 2013
- DONINI M., *“Danno” e “offesa” nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell’“offense” di Joel Feinberg*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008
- DONINI M., *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Quest. giust.*, 2009;
- DONINI M., *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Quest. giust.*, 2009,

- DONINI M., *Il diritto penale di fronte “al nemico”*, in Cass. pen., fasc.2, 2006, p. 735;
- DONINI M., *Il diritto penale di fronte al “nemico”*, in Cass. pen., 2007;
- DONINI M., *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in Dir. pen. cont.- Riv. trim., 4/2013;
- DONINI M., *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, Giuffrè, 2004;
- DONINI M., *La causalità omissiva e l'imputazione “per aumento del rischio*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1999;
- DONINI M., *La sintassi del rapporto fatto/autore nel “Progetto Grosso”*, in *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul Progetto Grosso*, a cura di A.M. Stile, Jovene, 2003;
- DONINI M., *Sicurezza e diritto penale*, in Cass. pen., 2008,
- DONINI M., *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, Cedam, 2006;
- DOTTO G., *Sulla natura del profitto nei reati contro il patrimonio*, in Dir. pen. proc., 8/1996;
- DURIGATO L., *Rilievi sul reato plurioffensivo*, Cedam, 1972, 11 ss.
- ESPOSITO, *Irretroattività e legalità delle pene nella nuova Costituzione*, in *Scritti Carnelutti*, Padova, Cedam, 1950;
- EUSEBI L., *La vita individuale precoce: soltanto materiale biologico?*, in Leg. pen., 2005
- FALCINELLI D., *Il diritto penale della vittima del reato*, Dike, 2017
- FALCINELLI D., *Il reato continuato tra Mito (del favor rei) e Realtà (del medesimo disegno criminoso)*, in Arch. pen., 2014;
- FALCINELLI D., *L'atto dispositivo nei delitti contro il patrimonio. Sezioni e intersezioni del sistema penale*, Giappichelli, 2013
- FALZEA A., *Dogmatica giuridica e diritto civile*, in Riv. dir. civ., 1988

- FALZEA A., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, vol. I, *Teoria generale del diritto*, Milano, Giuffrè, 1999;
- FERRAJOLI L., *Il “diritto penale del nemico”: un’abdicazione della ragione*, in *Legalità penale e crisi del diritto*,
- FERRAJOLI L., *Il “diritto penale del nemico”: un’abdicazione della ragione*, in *Legalità penale e crisi del diritto*, cit., 161 ss;
- FEUERBACH A., *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, Giessen, 1840;
- FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, VII^a ed., Bologna, Zanichelli, 2014;
- FIANDACA G., *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e “post-secolarismo”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007
- FIANDACA G., *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979;
- FIANDACA G., *L’offensività è un principio codificabile?*, in *Foro it.*, vol. V, 2001;
- FIANDACA G., *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-istituzionale*, in *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova, Cedam, 2002;
- FIANDACA G., *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, vol. I, *Pietro Nuvolone: profili in memoriam. Studi di parte generale, contributi per la storia dei sistemi penali*, Giuffrè, 1991;
- FIANDACA G., *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2007;
- FIANDACA G., *Prima lezione di diritto penale*, Bari, Laterza, 2017
- FIANDACA G., voce *Omissione (diritto penale)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VIII, 1994;
- FINZI M., *Il cosiddetto dolo specifico. Volizioni dirette verso un risultato che sta fuori degli atti esterni d’esecuzione di un reato*, in *Studi in memoria di A. Rocco*, vol. I, Giuffrè, 1951,
- FIGLIO C. – FIGLIO S., *Diritto penale. Parte generale*, IV^a ed., Torino, Utet, 2013;

- FIGLIO C., *Il principio di offensività*, in *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1996;
- FIGLIO C., *Il reato impossibile*, Napoli, Jovene, 1959;
- FIGLIO A., *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze, 1985;
- FIGLIO A., *La legge penale e la sua applicazione. Le strutture del diritto penale*, vol. I, Giappichelli, 2016
- FIGLIO A., voce *Reato in generale (Diritto penale)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVII, Giuffrè, 1987;
- FIGLIO A., voce *Responsabilità penale*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIX, Milano, Giuffrè, 1988;
- FIGLIO G., *Concorso formale e reato continuato nella riforma del 1° libro del codice penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1975;
- FIGLIO G., *Profili penali del terrorismo internazionale: tra delirio di onnipotenza e sindrome di autocastrazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008
- FIGLIO G., *Verso un diritto penale del tipo d'autore?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008;
- FIGLIO G., *Descrizione dell'evento e prevedibilità del decorso causale: "passi avanti" della giurisprudenza sul terreno dell'imputazione colposa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999;
- FIGLIO G., *Dolo, errore sul fatto ed aberratio ictus*, in AA. VV. *Introduzione al sistema penale*, vol. II, Torino, 2001;
- FIGLIO G., *I criteri di imputazione soggettiva del delitto di bancarotta semplice*, in *Giur. comm.*, 1988;
- FIGLIO G., «*La nostra arte è un essere abbagliati dalla verità*». *L'apporto delle discipline penalistiche nella costruzione della dignità umana*, in *Jus*, 2008;
- FIGLIO R.A., *Concorso di norme e concorso di reati*, Città di Castello, 1937;
- FIGLIO A., *Le loquaci spoglie del reato continuato*, in *Cass. pen.*, 2014;
- FIGLIO M., *La persona umana nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1956;

- GALLO E., *Il delitto di attentato nella teoria generale del reato*, Milano, Giuffrè, 1966,
- GALLO M., *Il reato nel sistema degli illeciti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/1999
- GALLO M., *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, vol. I, Torino, Giappichelli, 2014;
- GALLO M., *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969;
- GALLO M., *Il concetto unitario di colpevolezza*, Milano, 1951;
- GALLO M., *Il dolo. Oggetto e accertamento*, in *Studi Urbinati*, 1951-1952;
- GALLO M., *Le dottrine generali del reato*, in *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1996;
- GALLO M., *Le fonti rivisitate. Appunti di diritto penale*, Giappichelli, 2017;
- GALLO M., *Luci ed ombre su un sistema penale europeo*, in *Ambito e prospettive di uno spazio giuridico-penale europeo*, a cura di S. Moccia, Napoli, Jovene, 2004;
- GALLO M., *Niente cappello di Gessler*, in www.rivistacriticadeldiritto.it, 6 febbraio 2012;
- GALLO M., voce *Dolo*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano, Giuffrè, 1964;
- GAMBERINI A., *Percorsi autoritari ed esiti simbolici nella riforma della legittima difesa*, in *La legislazione penale compulsiva*, a cura di G. Insolera, Cedam, 2006;
- GARGANI A., *Ubi culpa, ibi omissio. La successione di garanti in attività inosservanti*, in *Ind. pen.*, 2000;
- GATTA G.L., *Aggravante della clandestinità (art. 61 n. 11-bis c.p.): uguaglianza calpestata*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009;
- GATTA G.L., *La minaccia. Contributo allo studio delle modalità della condotta penalmente rilevante*, Aracne, 2013;
- GATTA G.L., *La recidiva nella recente giurisprudenza di legittimità*, in *Treccani. Il Libro dell'anno del Diritto 2012*, diretto da R. Garofoli-T. Treu, Roma, 2012;

- GATTA G.L., *Modifiche in tema di circostanze del reato*, in *Decreto sicurezza: tutte le novità*, Milano, 2008;
- GELARDI M., *Il dolo specifico*, Padova, 1996;
- GEMELLI A., *Lo studio del reato come mezzo di indagine nella valutazione del delinquente*, in *Jus*, 1940,
- GIACONA I., *La nuova causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto (art. 131-bis c.p.), tra esigenze deflattive e di bilanciamento dei principi costituzionali*, in *Ind. pen.*, 2016;
- GIUNTA F., *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, in *Dir. pen. e proc.*, 1999;
- GIUNTA F., *Principio e dogmatica della colpevolezza nel diritto penale d'oggi. Spunti per un dibattito*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002;
- GIUNTA F., *Verso una nuova pericolosità sociale (perennemente in cerca d'autore)*, in *Pericolosità e giustizia penale*, a cura di M. Pavarini, E. Dolcini, Bononia University Press, 2013;
- GIURATI G., *Dei delitti contro la proprietà*, in *Trattato di diritto penale*, vol. VIII, F. Vallardi, 1903;
- GIZZI L., *Brevi considerazioni in ordine alla struttura e alla natura del reato continuato, alla luce della recente giurisprudenza di legittimità*, in *Studi in onore di F. Coppi*, vol. I, Torino, Giappichelli, 2011;
- GIZZI L., *Il delitto di pornografia minorile (art. 600 ter primo e secondo comma c.p. e art. 600 quater.1 c.p.)*, in *I reati sessuali. I reati di sfruttamento sessuale dei minori e di riduzione in schiavitù per fini sessuali*, a cura di F. Coppi, Giappichelli, 2007;
- GIZZI L., voce *Pornografia e pedopornografia*, in *Enc. Giur.*, vol. XV, 2007
- GRANDI C., *Il ruolo del parlamento europeo nell'approvazione delle direttive di armonizzazione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015
- GRASSO G. , *L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1986;

- GRASSO G., *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, Milano, Giuffrè, 1983;
- GRASSO G., *Introduzione. Diritto penale ed integrazione europea*, in *Lezioni di diritto penale europeo*, a cura di G. Grasso e R. Sicurella, Milano, Giuffrè, 2007
- GROSSO C.F., *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2015;
- GROSSO C.F., voce *Dolo (Diritto penale)*, in *Enc. Giur.*, vol. XII, Roma, Treccani, 1989
- GROSSO C.F., voce *Responsabilità penale*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. XV, Torino, Utet, 1968;
- GUARNERI G., *Il delinquente tipo*, Fratelli Bocca editori, Milano, 1942
- GUARNERI G., *Il delinquente tipo*, Fratelli Bocca editori, Milano, 1942;
- GULLO A., *La particolare tenuità del fatto ex art. 131-bis c.p.*, in *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, a cura di S. Quattrocolo, Giappichelli, 2015;
- HASSEMER W., *Argomentazione con concetti fondamentali. L'esempio della dignità umana*, in *Ars interpretandi*, 2005
- HULSMAN L., *Défense sociale nouvelle et critères de décriminalisation*, in *Aspects nouveaux de la pensée juridique-Recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, vol. II, Paris, Marc Ancel, 1975;
- IADECOLA G., *Il medico è sempre garante della salute*, in *Diritto&Giustizia*, 2005;
- INSOLERA G., *Reati associativi, delitto politico e terrorismo globale*, in *Dir. pen. proc.*, 2004
- INSOLERA G., *Sicurezza e ordine pubblico*, in *Ind. pen.*, 2010
- JAKOBS G., *Diritto penale del nemico? Una analisi sulle condizioni della giuridicità*, in *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cura di A. Gamberini, Milano, 2007;

- JAKOBS G., *Diritto penale del nemico? Una analisi sulle condizioni della giuridicità*, in *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cura di A. Gamberini, Milano, 2007, 109 ss.;
- JAKOBS G., *I terroristi non hanno diritti*, in *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, a cura di R.E. Kostoris, R. Orlandi, Torino, 2006, 3 ss.
- JAKOBS G., *Il diritto penale del nemico*, in *Il diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, a cura di M. Donini, M. Papa, Milano, 2007;
- JAKOBS G., *Il diritto penale del nemico*, in *Il diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, a cura di M. Donini, M. Papa, Milano, 2007, 5 ss.;
- JAKOBS G., *I terroristi non hanno diritti*, in *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, a cura di R.E. Kostoris, R. Orlandi, Torino, 2006,
- KANT I., *Fondazione della metafisica dei costumi*, Rusconi, 1994
- LATAGLIATA A. R., *Contributo allo studio della recidiva*, Napoli, Jovene, 1958;
- LATAGLIATA A.R., *Indipendenza della valutazione discrezionale ai fini della sospensione condizionale della pena e della recidiva*, in *Massimario penale*, 1977;
- LAURITO A., *Il rapporto fra il principio di determinatezza e il precedente vincolante. Considerazioni sui limiti costituzionali all'interpretazione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea a margine del caso Taricco*, in *Arch. pen. Web*, 2017;
- LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, Giappichelli, 1999.
- LEONCINI I., *Strade comunali: obbligo del sindaco di controllarne la pericolosità*, in *Dir. pen. e proc.*, 1998;
- LEONE G., *Per una revisione del concetto di profitto nel diritto penale*, in *Scritti giuridici in onore di V. Manzini*, Cedam, 1954;
- LICCI G., *Ragionevolezza e significatività come parametri di determinatezza della norma penale*, Milano, Giuffrè, 1989;

- LISTZ F., *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, in *Straf. Aufs. und Vorträge*, Bd.!, 1905;
- MAGGIORE G., *Diritto penale. Parte generale*, vol. I, t. II, Bologna, 1961;
- MAGRO M.B., *Tenuità del fatto e reati di pericolo*, in *Cass. pen.*, 2016;
- MAIELLO V., “*Riserva di codice*” e decreto legge in materia penale: un (apparente) asso avanti ed uno indietro sulla via del recupero della centralità del codice, in *La riforma della parte generale*, a cura di A. Stile, Napoli, 2003;
- MAIWALD M., *Grundlagenprobleme der Unterlassungsdelikte*, in *Jus*, 1981
- MALINVERNI A., *L’offesa nella teoria del reato (Un metodo di interpretazione)*, in *Studi in onore di G. Vassalli*, a cura di M.C. Bassiouni, A.R. Latagliata, A.M. Stile, vol. I, *Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale 1945-1990*, Milano, Giuffrè, 1991;
- MALINVERNI A., *Scopo e movente nel diritto penale*, Giappichelli, 1955
- MANES V., *I principi penalistici nel network multilivello: trapianto, palingenesi, cross-fertilization*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012;
- MANES V., *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, Dike, 2012;
- MANES V., *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Giappichelli, 2005
- MANES V., *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Giappichelli, Torino, 2005;
- MANES V., *L’eterointegrazione della fattispecie penale mediante fonti subordinate, tra riserva “politica” e specificazione “tecnica”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010;
- MANES V., *L’incidenza delle “decisioni-quadro” sull’interpretazione in materia penale: profili di diritto sostanziale*, in *Cass. pen.*, 2006;
- MANNA A. – RESTA F., *I delitti in tema di pedopornografia, alla luce della legge 28/2006. Una tutela virtuale?*, in *Dir. Internet*, 2006;

- MANNA A., *Corso di diritto penale. Parte generale*, III^a ed., Padova, 2015;
- MANNA A., *Corso di diritto penale. Parte generale*, III^a ed., Padova, Cedam, 2015;
- MANNA A., *Il diritto penale dell'immigrazione clandestina, tra simbolismo penale e colpa d'autore*, in *Cass pen.*, 2011, 446;
- MANNA A., *Il diritto penale dell'immigrazione clandestina, tra simbolismo penale e colpa d'autore*, in *Cass pen.*, 2011;
- MANNA A., *Il diritto penale dell'immigrazione clandestina, tra simbolismo penale e colpa d'autore*, in *Cass. pen.*, 2011
- MANNA A., *L'influenza della legislazione dell'emergenza sui diritti fondamentali del cittadino: aspetti penali sostanziali*, in *Arch. pen.*, 1983;
- MANNA A., *La giustizia penale fra otto e novecento: la disputa tra soggettivismo e oggettivismo*, in *Ind. pen.*, 2006;
- MANNOZZI G., *Le parole del diritto penale: un percorso ricostruttivo tra linguaggio per immagini e lingua giuridica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011;
- MANTOVANI F., *Criminalità sommersa e cecità politico-criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999;
- MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, X^a ed., Padova, Cedam, 2017;
- MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, *Delitti contro la persona*, Cedam, 2016
- MANTOVANI F., *I delitti contro la libertà e intangibilità sessuale*, Padova, Cedam 1998, p. 5.
- MANTOVANI F., *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale e l'amico del diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007;
- MANTOVANI F., *Il principio di offensività del reato nella Costituzione*, in *Scritti in onore di C. Mortati*, vol. IV, *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1977;
- MANTOVANI F., *Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997;

- MANTOVANI F., *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001;
- MANTOVANI F., *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001;
- MANTOVANI F., voce *Patrimonio (delitti contro il)*, in *Enc. Giur.*, vol. XXII, Treccani, 1990;
- MANTOVANI M., *Le condotte con finalità di terrorismo*, in *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, a cura di R. Kostoris - R. Orlandi, Torino, Giappichelli, 2006
- MARCONI G., *Rappresentanza politica e responsabilità per omissione impropria. Il paradigma degli enti locali territoriali*, Milano, Giuffrè, 2005;
- MARINI G., *Lineamenti del sistema penale*, Torino, Giappichelli, 1993;
- MARINI G., *Profili della truffa nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, 1970;
- MARINI G., voce *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Enc. dir.*, vol. XXVIII, Milano, Giuffrè, 1978,
- MARINI G., voce *Reato*, in *Enc. giur.*, vol. XXVI, Treccani, 1991;
- MARINO G., *Il sistema antiterrorismo alla luce della l. 43/2015: un esempio di "diritto penale del nemico"?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016;
- MARINUCCI G. –DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, vol. I, *Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica*, Giuffrè, 2001
- MARINUCCI G. –DOLCINI E., *Corso di diritto penale. Vol. 1. Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica*, III^a ed., Milano, Giuffrè, 2001,
- MARINUCCI G. –DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, V^a ed. aggiornata da E. Dolcini e G.L. Gatta, Milano, 2015;
- MARINUCCI G., *Causalità reale e causalità ipotetica nell'omissione impropria*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009;

- MARINUCCI G., *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983;
- MARINUCCI G., *Il reato come azione. Critica di un dogma*, Milano, 1971
- MARINUCCI G., *Il ruolo delle regole scritte di diligenza nell'era dello sviluppo tecnico*, in ID., *La colpa. Studi*, Milano, Giuffrè, 2013
- MARINUCCI G., *Il tipo normativo di autore: inquadramento dogmatico ed esperienze giurisprudenziali*, in *Il soggetto autore del reato: aspetti criminologici, dogmatici e di politica criminale*. Atti della Giornata di Studi penalistici in ricordo di Alessandro Alberto Calvi, Padova, 18 novembre 2011, Cedam, Padova, 2013
- MARINUCCI G., *Il tipo normativo di autore: inquadramento dogmatico ed esperienze giurisprudenziali*, in *Il soggetto autore del reato: aspetti criminologici, dogmatici e di politica criminale*. Atti della Giornata di Studi penalistici in ricordo di Alessandro Alberto Calvi, Padova, 18 novembre 2011, Cedam, Padova, 2013
- MARINUCCI G., *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, ora in ID., *La colpa. Studi*, Milano, 2013;
- MARINUCCI G., *La responsabilità colposa: teoria e prassi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012;
- MARINUCCI G., *Soggettivismo e oggettivismo nel diritto penale. Uno schizzo dogmatico e politico criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011
- MASERA L., *Corte Costituzionale ed immigrazione: le ragioni di una scelta compromissoria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010;
- MASERA L., *Immigrazione e sicurezza: il ruolo del diritto penale*, in *Immigrazione e contesti locali*, a cura di Besozzi, 2008;
- MASERA L., *Immigrazione*, in *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, a cura di O. Mazza e F. Viganò, Giappichelli, Torino, 2008;
- MASSARO A., *“Concretizzazione del rischio” e prevedibilità dell’evento nella prospettiva della doppia funzione della colpa*, in *Cass. pen.*, 2009;

- MASSARO A., *La responsabilità colposa per omesso impedimento di un fatto illecito altrui*, Napoli, 2013
- MASSARO A., *La responsabilità colposa per omesso impedimento di un fatto illecito altrui*, Napoli, Jovene, 2013;
- MASSARO A., *Omicidio stradale e lesioni personali stradali gravi o gravissime: da un diritto penale “frammentario” a un diritto penale “frammentato”*, in *Dir. pen. cont.*, 20 maggio 2016;
- MASSARO A., *Principio di affidamento e responsabilità per colpa nell’attività medico-chirurgica in équipe*, in *Temi penali*, a cura di M. Trapani, A. Massaro, Torino, Giappichelli, 2013;
- MASSARO A., *Salute e sicurezza nei luoghi di detenzione: coordinate di un binomio complesso*, in *La tutela della salute nei luoghi di detenzione. Un’indagine di diritto penale intorno a carcere, REMS e CPR*, Roma TrE-Press, 2017
- MASULLO M.N., *Aspettando l’offensività. Prove di scrittura del principio nelle proposte di riforma del codice penale*, in *Cass. pen.*, 2005;
- MAZZA F., *La premeditazione del delitto tra dogmatica giuridica e neuroscienze*, Padova, 2016;
- MAZZA L., *Recidiva*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIX, Giuffrè, Milano;
- MAZZACUVA N., *Delitti contro la persona: le altre ipotesi di tutela*, in AA. VV., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Monduzzi, 2016
- MAZZACUVA N., *Il disvalore di evento nell’illecito penale. L’illecito commissivo doloso e colposo*, Milano, Giuffrè, 1983;
- MELCHIONDA A., *Recidiva e regime di procedibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987;
- MELE V., *Il regime delle circostanze e la nuova disciplina della recidiva nel D.L. 11 aprile 1974*, in *Giust. pen.*, II, 1975;
- MERUSI F., *I rapporti tra governo e amministrazione*, in *L’amministrazione e la Costituzione*, a cura di S. Cassese, G. Arabia, Bologna, Il Mulino, 1993;
- MEZZETTI E., *Diritto penale. Casi e materiali*, II^a ed., Zanichelli, 2017

- MEZZETTI E., *Reati contro il patrimonio*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, Milano, Giuffrè, 2013;
- MILITELLO V., *La proporzione nella nuova legittima difesa: morte o trasfigurazione?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006;
- MILITELLO V., *La riforma dei reati contro lo stato in Italia*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. III, Napoli, 2011
- MILITELLO V., voce *Patrimonio (delitti contro il)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IX, Utet, 1995;
- MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Esi, Napoli, 1992;
- MOCCIA S., *L'odierna funzione di "controllo" e "orientamento" della dottrina*, in *Criminalia*, 2013,
- MOCCIA S., *La "promessa non mantenuta". Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, Esi, 2001;
- MOCCIA S., *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, II^a ed., Esi, Napoli, 2011
- MOCCIA S., *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, Cedam, 1988
- MONTELEONE M., *Lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pedopornografia nella l. 6 febbraio 2006, n. 38*, in *Giur. Merito*, 2007;
- MONZANI S., *Il principio di separazione tra funzione di indirizzo politico e funzione di gestione quale valore di rango costituzionale funzionale alla realizzazione dei principi di buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa*, in *Foro ammin.*, 2014;
- MORGANTE G., *Il reato come elemento del reato. Analisi e classificazione del concetto di reato richiamato dalla disposizione penale*, Giappichelli, 2013
- MORO A., *Unità e pluralità di reati. Principi*, Cedam, 1959;
- MORSELLI E., *Condotta ed evento nella disciplina del tentativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998;

- MORSELLI E., *Coscienza e volontà nella teoria del dolo*, in *Arch. pen.*, 1966
- MORSELLI E., *Il reato continuato nell'attuale disciplina legislativa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1976
- MORSELLI E., *Il reato continuato nell'attuale disciplina legislativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976;
- MORSELLI E., *Il reato di false comunicazioni sociali*, Napoli, 1974
- MORSELLI E., voce *Reato continuato*, in *Noviss. Dig. it.*, App. IV, Torino, Giappichelli, 1986
- MUGNAINI S., *La nuova disciplina in tema di prostituzione e pornografia minorile: testi e contesti*, in *Leg. pen.*, 2008
- MULLIRI C., *La recidiva nel giudizio di bilanciamento delle circostanze in senso tecnico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975;
- MUSCATIELLO V. B., *Pluralità e unità di reati. Per una microfisica del molteplice*, Padova, 2002;
- MUSCO E., *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, Giuffrè, 1974,
- MUSCO E., *Consenso e legislazione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993
- MUSCO E., *L'illusione penalistica*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 172 ss.;
- MUSOTTO G., *Il problema del dolo specifico*, in *Studi in onore di Francesco Antolisei*, vol. II, Milano, 1965
- NAPPI A., *Guida al codice penale*, Milano, Giuffrè, 2008;
- NAPPI A., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 2010;
- NEPPI MODONA G. , *Il lungo cammino del principio di offensività*, in *Studi in onore di M. Gallo. Scritti degli Allievi*, Giappichelli, Torino, 2004;
- NEPPI MODONA G., *Il reato impossibile*, Giuffrè, 1965;
- NEPPI MODONA G., voce *Reato impossibile*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XI, Torino, Utet, 1996;

- NISCO A., *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, Bologna, Bononia University Press, 2009;
- NISCO A., *L'esclusione della punibilità per la particolare tenuità del fatto*, in *Il nuovo volto della giustizia penale*, a cura di G.M. Baccari, K. La Regina, E.M. Mancuso, Padova, Cedam, 2015;
- NOLL P., *Gesetzgebungslehre*, Reinbek bei Hamburg, Rowohlt, 1973
- NUVOLONE P., *I fini e i mezzi della scienza del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1948, p. 38 e ss., ora in ID., *Trent'anni di diritto e procedura penale*, vol. I, Padova, Cedam, 1969;
- NUVOLONE P., *Il sistema del diritto penale*, Padova, Cedam, 1982;
- NUVOLONE P., *Il sistema di diritto penale*, Cedam, Padova, 1982;
- NUVOLONE P., *L'omissione nel diritto penale italiano. Considerazioni generali introduttive*, in *Ind. pen.*, 1982;
- NUVOLONE P., *Le leggi penali e la Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1953;
- NUVOLONE P., *Recensione a Neppi Modona, Il reato impossibile*, in *Ind. pen.*, 1967;
- NUVOLONE P., *Responsabilità penale per inquinamento idrico e leggi regionale*, in *Il diritto penale degli anni settanta*, Padova, Cedam, 1982;
- PACIFICI L., *Le conseguenze del principio di separazione tra politica e amministrazione sulla responsabilità penale omissiva degli organi di governo*, in *Cass. pen.*, 2012
- PACIFICI L., *Riflessi penalistici del principio di separazione tra politica e amministrazione*, Napoli, Jovene, 2014;
- PADOVANI T., *Commento all'art. 1, l. 3 agosto 1998, n. 296*, in *Leg. Pen.*, 1998
- PADOVANI T., *Commento dell'art. 4 l. 5 dicembre 2005, n. 251*, in *Leg. pen.*, 2006;
- PADOVANI T., *Dieci anni di lotta alla pornografia minorile tra realtà virtuale e zone d'ombra*, in *Guida dir.*, 1, 2009;
- PADOVANI T., *Diritto penale*, X^a ed., Milano, Giuffrè, 2012;

- PADOVANI T., *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in *Ind. pen.*, 1999;
- PADOVANI T., *La frode fiscale. Profili generali*, in *Responsabilità e processo penale nei reati tributari. Legge 7 agosto 1982, n. 516, modificata dalla Legge 15 maggio 1991 n. 154*, a cura di C.F. Grosso, II^a ed., Milano, 1992
- PADOVANI T., *Spunti polemici e digressioni sparse sulla codificazione penale*, in *Il diritto penale alla svolta di fine millennio. Atti del convegno in ricordo di Franco Bricola (Bologna, 18-20 maggio 1995)*, a cura di S. Canestrari, Torino, Giappichelli, 1998;
- PADOVANI T., *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, in *Guida dir.*, 1, 2006;
- PAGLIARO A., voce *Legge penale*, in *Enc. Dir.*, XXIII, 1973;
- PAGLIARO A., “*Diritto penale del nemico*”: *una costruzione illogica e pericolosa*, in *Cass. pen.*, 2010;
- PAGLIARO A., “*Diritto penale del nemico*”: *una costruzione illogica e pericolosa*, in *Cass. pen.*, 2010, 2460 ss.
- PAGLIARO A., *I reati connessi*, Palermo, 1956;
- PAGLIARO A., *I reati connessi*, Palermo, G. Priulla, 1956
- PAGLIARO A., *Il reato*, in *Trattato di diritto penale. Parte generale*, diretto da C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, Milano, Giuffrè, 2007;
- PALAZZO F.C., *Il principio di determinatezza nel diritto penale. La fattispecie*, Cedam, 1979;
- PALAZZO F.C., *Considerazioni sulla compatibilità fra le aggravanti dell’esposizione alla pubblica fede e dell’uso della violenza o di mezzi fraudolenti e sulla compatibilità fra reato continuato e aggravante teleologica*, in *Temi*, 1971;
- PALAZZO F.C., *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, Giappichelli, 2016;
- PALAZZO F.C., *Corso di diritto penale. Parte generale*, VI^a ed., Torino, 2016;

- PALAZZO F.C., *Il principio di determinatezza nel diritto penale. La fattispecie*, Padova, Cedam, 1979;
- PALAZZO F.C., *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, Giappichelli, 1999;
- PALAZZO F.C., *La recente legislazione penale*, I ed., Padova, Cedam, 1980;
- PALAZZO F.C., *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio fondamentale*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. XXXVI, 2007;
- PALAZZO F.C., *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (a proposito della legge n. 67/2014)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014;
- PALAZZO F.C., *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998;
- PALAZZO F.C., *Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziali del principio di determinatezza-tassatività in materia penale*, in *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, a cura di A.M. Stile, Napoli, Jovene, 1991;
- PALAZZO F.C., *Principi costituzionali, beni giuridici e scelte di criminalizzazione*, Tipografia G. Capponi, 1990;
- PALAZZO F.C., *Sistema delle fonti e legalità penale*, in *Cass. pen.*, 2005;
- PALAZZO F.C., *Tendenze e prospettive nella tutela penale della persona umana*, in *La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri*, a cura di L. Fioravanti, Milano, 2001
- PALAZZO F.C., voce *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, Utet, Torino, 1993
- PALIERO C.E., *“Minima non curat praetor”. Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, Cedam, 1985;
- PALIERO C.E., *Causalità e probabilità tra diritto e medicina legale*, in *ivi*, 2015;
- PALIERO C.E., *La causalità nell’omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992;

- PALIERO C.E., *La maschera e il volto. Percezione sociale del crimine ed “effetti penali” dei media*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 467 ss.
- PALIERO C.E., *Minima non curat praetor. Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Cedam, 1985
- PALIERO C.E., *Minima non curat praetor. Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Cedam, 1985;
- PANEBIANCO G., *La variabile consistenza delle garanzie penali nella politica criminale europea*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016;
- PANNAIN R., *Manuale di diritto penale*, I, Torino, Giappichelli, 1985;
- PANNAIN R., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, IV^a ed., Torino, Utet, 1967;
- PANUCCI G., *Il principio di necessaria offensività: dalla concezione realistica del reato ai più recenti orientamenti giurisprudenziali*, in *Temi penali*, a cura di M. Trapani, A. Massaro, Torino, Giappichelli, 2013;
- PAPA M., *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale. Contributo allo studio del concorso apparente di norme*, Torino, Giappichelli, 1997
- PARISE P., *Brevi osservazioni sull’istituto della continuazione nella recente esperienza giurisprudenziale tedesca. Spunti di riflessione*, in *Cass. pen.*, 1997;
- PARODI –GIUSTINO G., *Sulla legittimità costituzionale della legislazione penale in materia di stupefacenti*, in *Ind. pen.*, 1978;
- PASELLA R., *Osservazioni in tema di struttura e fondamento del nuovo reato continuato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1976;
- PASELLA R., *Osservazioni in tema di struttura e fondamento del nuovo reato continuato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976
- PATALANO V., *Significato e limiti della dommatica del reato di pericolo*, Napoli, Jovene, 1974;
- PATRONI GRIFFI A., *Dimensione costituzionale e modelli legislativi della dirigenza pubblica*, Napoli, Jovene, 2002;

- PAVARINI M., *La neutralizzazione degli uomini inaffidabili. La nuova disciplina della recidiva e altro ancora sulla guerra alle Unpersonen*, in *Studi quest. crimin.*, 2006;
- PECORARO ALBANI A., *Il dolo*, Napoli, 1955;
- PECORARO-ALBANI, *Riserva di legge. Regolamento. Norma penale in bianco*, in *Scritti in onore di A. De Marsico*, Giuffrè, Milano, 1960;
- PECORELLA G., voce *Furto comune (Diritto penale)*, in *Enc. dir.*, vol. XVIII, Giuffrè, 1969;
- PEDRAZZI C., *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Giuffrè, 1955;
- PEDRAZZI C., *La nuova facoltatività della recidiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976;
- PELISSERO M., *Prospettive economiche e prospettive personalistiche nella tutela penale del patrimonio. Riflessioni in margine ad una possibile riforma*, in *La riforma della parte speciale del diritto penale. Verso la costruzione di modelli comuni a livello europeo*, a cura di M. Papa, Giappichelli, 2005
- PELISSERO M., *Reato politico e flessibilità delle categorie dogmatiche*, Napoli, 2000
- PESSINA E., *Elementi di diritto penale*, vol. I, Napoli, Jovene, 1882;
- PETRINI D., *La tutela del buon costume*, in *Dir. informatica*, 2011;
- PETROCELLI B., *L'antigiuridicità*, III^a ed., Padova, Cedam, 1955;
- PETROCELLI B., *L'appropriazione indebita*, Morano, 1933;
- PETROCELLI B., *Norma penale e regolamento*, in *Scritti De Marsico*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1960;
- PIACENZA S., *Saggio di un'indagine sul dolo specifico*, Giappichelli, 1943;
- PICA G., *Rapina*, in *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, *I reati del codice penale e le disposizioni collegate*, a cura di S. Aleo e G. Pica, Cedam, 2012
- PICOTTI L., *Alle origini della nozione di dolo specifico: obiettività giuridica e obiettività ideologica nell'evoluzione della teoria carrariana del reato*, in *Francesco Carrara nel primo centenario della morte*, Atti del convegno internazionale Lucca-Pisa 2/5 giugno 1988, Milano, 1991

- PICOTTI L., *I delitti di sfruttamento sessuale dei bambini, la pornografia virtuale e l'offesa dei beni giuridici*, in *Scritti per Federico Stella*, vol. II, Jovene, 2007
- PICOTTI L., *Il dolo specifico. Un'indagine sugli "elementi finalistici" delle fattispecie penali*, Milano, 1993
- PICOTTI L., *La legge contro lo sfruttamento sessuale dei minori e la pedopornografia in internet (L. 6 febbraio 2006, n. 38) (Prima Parte)*, in *Studium iuris*, 2008;
- PIERGALLINI C., *Danno da prodotto e responsabilità penale: profili dommatici e politico-criminali*, Giuffrè, 2004
- PIERGALLINI C., *Il fondamento della prescrizione nel diritto penale (ancora una volta) all'esame della Consulta*, in *Giur. Cost.*, 2014;
- PISANI N., *Controlli sindacali e responsabilità nelle società per azioni. Posizioni di garanzia societarie e poteri giuridici di impedimento*, Milano, Giuffrè, 2003;
- PISANI N., *Posizioni di garanzia e colpa d'organizzazione nel diritto penale del lavoro*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2009;
- PISAPIA G. D., *Riflessioni in tema di recidiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961;
- PISTORELLI L., *Sub Art. 600-quater.1*, in *Codice penale commentato*, fondato da E. Dolcini e G. Marinucci, diretto da E. Dolcini e G.L. Gatta, Tomo III, (art. 593 e 734 bis), Giuffrè, 2015
- PIZZUTI G., voce *Rapina*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, Giuffrè, 1987;
- PLANTAMURA V., *Lo stalker, il perverso e il clandestino: il ritorno del tipo d'autore nel diritto penale del terzo millennio*, in *Ind. pen.*, 2012
- PRITTWITZ C., *Teoria e prassi del diritto penale dell'ambiente*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2010;
- PROSDOCIMI S., *Dolus eventualis*, Milano, 1993;
- PROTO E., *Insufficienza funzionale della teoria dell'unità parziale del reato continuato in tema di circostanze*, in *Arch. pen.*, 1955;
- PROTO E., *Sulla natura giuridica del reato continuato*, Palermo, G. Priulla, 1951;

- PULIGA S., *La certezza del diritto: un valore "classico" ed assoluto*, in *La certezza del diritto. Un valore da ritrovare*, Atti del Convegno di Firenze (2- 3 ottobre 1992), Milano, Giuffrè, 1993;
- PULITANÒ D., *Diritto penale*, VII^a ed., Giappichelli, 2017
- PULITANÒ D., *Diritto penale. Parte generale*, V^a ed., Torino, Giappichelli, 2013
- PULITANÒ D., *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, Giuffrè, 1976;
- PULITANÒ D., [La cultura giuridica e la fabbrica delle leggi](#), in *Dir. pen. cont.*, 28 ottobre 2015
- PULITANÒ D., *Lo sfaldamento del sistema penale e l'ottica amico-nemico*, in *Quest. Giust.*, 2006;
- PULITANÒ D., *Sicurezza e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009,
- PULITANÒ D., voce *Offensività del reato (principio di)*, in *Enc. dir.*, Annali VIII, Milano, Giuffrè, 2015;
- RAFFAELLI R., *La pedopornografia virtuale. Analisi della disciplina introdotta dalla l. n. 38 del 2006 alla luce dell'esperienza comparatistica*, in *Cass. pen.*, 2009
- RAMACCI F., *Corso di diritto penale*, V^a ed., a cura di R. Guerrini, Torino, 2015;
- RAMPIONI R., *I limiti teleologici di fattispecie del delitto di rapina*, in *Cass. pen.*, 5/1997
- RAMPIONI R., *Il problema del bene giuridico nelle falsità documentali*, in *Le falsità documentali*, a cura di F. Ramacci, Cedam, 2001;
- RAMPIONI R., *Il reato quale illecito di modalità e di lesione tipiche: l'impraticabilità di un "equivalente funzionale" al principio di riserva di legge*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2013
- RAMPIONI R., *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Cass. pen.*, 2016;
- RANIERI S., *Il reato complesso*, Giuffrè, 1940;
- RESTA E. , *La secolarizzazione della colpa. Note sugli autori del reato*, in *Storia d'Italia. Annali XII – La criminalità*, Torino, 1997;

- RESTA E., *La dismisura dei sistemi penali*, in *Il diritto penale minimo: la questione criminale tra riduzionismo e abolizionismo*, a cura di A. Baratta, Napoli, Jovene, 1985;
- RESTA E., *Nemici e criminali*, in *Pena, controllo sociale e modernità nel pensiero di David Garland*, a cura di A. Ceretti. *Atti del convegno in onore di David Garland*, Milano, Giuffrè, 2005,
- RESTA E., *Tra responsabilità e pena*, in *La bilancia e la misura. Giustizia, sicurezza e riforme*, a cura di S. Anastasia, M. Palma, Franco Angeli, 2001;
- RESTA F., *I delitti contro la personalità individuale, alla luce delle recenti riforme*, in *Giur. merito*, 2006
- RISICATO L., *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole generali di incriminazione suppletiva*, Milano, 2001;
- RISICATO L., *La partecipazione mediante omissione a reato commissivo. Genesi e soluzione di un equivoco*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1995;
- RISICATO L., *Verso un diritto penale illiberale? La crisi di senso dell'intervento penale tra derive securitarie e paternalistiche*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. I, Napoli, 2011
- ROCCO ART., *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale. Contributo alle teorie generali del reato e della pena*, Fratelli Bocca, 1913;
- RODOTÀ S., *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, Feltrinelli, 2006
- ROIATI A., *L'accertamento del rapporto di causalità ed il ruolo della colpa come fatto nella responsabilità professionale medica* in *Cass. pen.*, 2006;
- ROMANO B., *Diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 2016;
- ROMANO B., *Reati contro la persona*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, *Parte speciale*, vol. XIV, *Reati contro la persona*, Tomo III, *Reati contro la libertà individuale*, a cura di B. Romano, Giuffrè, 2016;
- ROMANO B., voce *Pedofilia*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. II, 2004

- ROMANO B., *Repressione della pedofilia e tutela del minore sessualmente sfruttato nella l. 269 del 1998*, in *Dir. fam.*, 1998;
- ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Art. 1-84, III^a ed. rinnovata e ampliata, Giuffrè, Milano, 2004;
- ROMANO M., *Complessità delle fonti e sistema penale. Leggi regionali, ordinamento comunitario, Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008;
- ROMANO M., *La legittimazione delle norme penali: ancora su limiti e validità della teoria del bene giuridico*, in *Criminalia*, 2011;
- ROMANO M., *Repressione della condotta antisindacale. Profili penali*, Milano, Giuffrè, 1974;
- ROMANO M., *Societas delinquere non potest (Nel ricordo di Franco Bricola)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995;
- RONCO M., *I decreti delegati al Governo in tema di riforma del sistema sanzionatorio*, in *Arch. pen.*, 2014;
- RONCO M., *Il principio di tipicità della fattispecie nell'ordinamento penale vigente*, Tricerri, 1979;
- RONCO M., *L'imputazione del torto penale*, in *Scritti in memoria di G. Marini*, a cura di S. Vinciguerra e F. Dassano, Napoli, 2010;
- ROSSI G., *Il nuovo istituto della "non punibilità per particolare tenuità del fatto": profili dogmatici e scelte di politica criminale*, in *Dir. pen. proc.*, 2016;
- RUGA RIVA C., *Diritto penale e leggi regionali dopo la riforma del titolo V Cost.: esiste ancora il monopolio punitivo statale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007;
- RUGA RIVA C., *Il lavavetri, la donna col burqa e il Sindaco. Prove atecniche di "diritto penale municipale"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008;
- RUGA RIVA C., *Regioni e diritto penale. Interferenze, casistica e prospettive*, Milano, Cuem, 2008;
- RUGGIERO G., *Gli elementi soggettivi della tipicità. Indagine sui rapporti tra tipicità e antigiuridicità nella teoria del reato*, Napoli, 2011

- RUOTOLO M., *Appunti sulla dignità umana*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, vol. IV, Esi, 2011,
- SALCUNI G., “*Ondate*” securitarie e “*argini*” garantistici: *il declino della riserva di legge nelle (il)logiche scelte del pacchetto sicurezza*, in *Cass. pen.*, 2006;
- SALCUNI G., *Quando l'autore incute paura. Riflessioni sull'aggravante dell'uso dell'arma nel delitto di rapina propria: “basta il pensiero”?*, in *Giur. merito*, 11/2005
- SANTAMARIA D., voce *Evento*, in *Enc. dir.*, vol. XVI, Milano, Giuffrè, 1967;
- SANTINI S., *L'articolo 131-bis c.p. al vaglio della Corte Costituzionale: irragionevole la sua mancata estensione alla ricettazione di particolare tenuità ex art. 648, comma 2, c.p.?*, in *Dir. pen. cont.*, 22 dicembre 2016;
- SCHMIDHÄUSER E., *Strafgesetzliche Bestimmtheit: eine rechtsstaatliche Utopie*, in *Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1987;
- SCHÜNEMANN B., *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1971;
- SCHÜNEMANN B., *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1979;
- SEMINARA S., *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Milano, 1987
- SGUBBI F., *Il diritto penale incerto e efficace*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001;
- SGUBBI F., *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Bologna, Il Mulino, 1990;
- SGUBBI F., *Osservando oggi il diritto penale. Brevi riflessioni*, in *Scritti in onore di L. Stortoni*, a cura di M. Mantovani, F. Curi, S. Tordini Cagli, V. Torre e M. Caianiello, Bologna, Bononia University Press, 2016;
- SGUBBI F., *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio. Libertà economica, difesa dei rapporti di proprietà e reati “contro il patrimonio*, Giuffrè, 1980;
- SGUBBI F., voce *Patrimonio (reati contro il)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXII, Giuffrè, 1982;

- SILVA SÀNCHEZ J.M., *L'espansione del diritto penale. Aspetti della politica criminale nelle società postindustriali*, edizione italiana a cura di V. Militello, Milano, 2004
- SINISCALCO M., *La struttura del delitto tentato*, Giuffrè, Milano, 1959,
- SOTIS C., *Diritto penale della rete e prospettiva europea: il caso della pornografia virtuale*, in *Dir. informatica*, 2011;
- SOTIS C., *Le "regole dell'incoerenza". Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, Aracne, 2012
- SOTIS C., *Obblighi comunitari di tutela e opzione penale: una dialettica perpetua?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002.;
- SOTIS C., *Il diritto senza codice*, Milano, Giuffrè, 2007;
- SPASARI M., voce *Condotta*, in *Enc. dir.*, vol. VIII, Milano, Giuffrè, 1961;
- STELLA F., *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, Giuffrè, 2001;
- STELLA F., *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973;
- STELLA F., *La tutela penale della società*, in *Il diritto penale in trasformazione*, a cura di G. Marinucci, E. Dolcini, Giuffrè, Milano, 1985;
- STELLA F., *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, II^a ed., Milano, Giuffrè, 2000;
- STORTONI L. –PADOVANI T., *Il diritto penale delle fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Bologna, Il Mulino, 2002
- STORTONI L., *L'abuso di potere nel diritto penale*, Milano, 1978;
- TESAURO A., *Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista*, Giappichelli, 2013,
- TRAPANI M., *Guerra e diritto penale, Sull'adeguatezza degli strumenti penalistici nei confronti del c.d. terrorismo islamico*, in *Studi in onore di S. Moccia*, Napoli, Esi, 2017;

- TRAPANI M., *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, vol. I, Torino, Giappichelli, 2006;
- TRAPANI M., voce *Legge penale. Le fonti*, in *Enc. Giur.*, vol. XVII, Treccani;
- VALLINI A., *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale*, Torino, Giappichelli, 2003;
- VALSECCHI A., *Brevi osservazioni di diritto sostanziale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2005
- VALSECCHI A., *Delitti contro l'inviolabilità e la libertà sessuale: prostituzione e pornografia minorile, violenza sessuale*, in *Reati contro la persona e contro il patrimonio*, a cura di F. Viganò e C. Piergallini, Giappichelli, 2015;
- VALSECCHI A., *Il problema della definizione di terrorismo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004
- VALSECCHI A., *Le modifiche alle norme incriminatrici in materia di terrorismo*, in *Il nuovo "pacchetto" antiterrorismo*, a cura di R.E. Kostoris, F. Vigan, Torino, 2015
- VANNINI O., *Ricostruzione sintetica della dottrina del reato*, in *Studi senesi*, 1927
- VASSALLI G., *Considerazioni sul principio di offensività*, in *Scritti in memoria di U. Pioletti*, Milano, Giuffrè 1982;
- VASSALLI G., *I principii generali del diritto nell'esperienza penalistica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993
- VASSALLI G., *La riforma penale del 1974*, Milano, Giuffrè, 1975;
- VASSALLI G., voce *Reato complesso*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, Giuffrè, 1987
- VIGANÒ F. – VIZZARDI M., *"Pacchetto sicurezza" ed espulsione: intenti legislativi e vincoli europei*, in *Dir. Pen. Proc.* 2008;
- VIGANÒ F., *Diritto penale del nemico e diritti fondamentali*, in *Legalità penale e crisi del diritto. Un percorso interdisciplinare*, a cura di A. Bernardi, B. Pastore, A. Pugiotto, Milano, 2008;

- VIGANÒ F., *Diritto penale del nemico e diritti fondamentali*, in *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*, a cura di A. Bernardi, B. Pastore, A. Pugiotto, Giuffrè, Milano
- VIGANÒ F., *La tutela penale della libertà individuale*, vol. I, *L'offesa mediante violenza*, Giuffrè, 2002
- VIGANÒ F., *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 1437 ss.;
- VIGANÒ F., *Terrorismo di matrice islamico-fondamentalista e art. 270-bis c.p. nella recente esperienza giurisprudenziale*, in *Cass. pen.*, 2007
- VIGANÒ F., *Terrorismo, guerra e diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2006
- VIGANÒ F., *Terrorismo, guerra e sistema penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc.2, 2006;
- VINCIGUERRA S., *Appunti sull'inoffensività, la tenuità dell'offesa e la tenuità del reato in Italia nel secondo Novecento*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. II, Giuffrè, 2006;
- VINCIGUERRA S., *Diritto penale italiano*, vol. I, II^a ed., Padova, Cedam, 2009;
- VINCIGUERRA S., *Le leggi penali regionali. Ricerca sulla controversa questione*, Milano, Giuffrè, 1974;
- VINCIGUERRA S., *Profili sistematici dell'adempimento del dovere imposto da una norma giuridica*, Giuffrè, Milano, 1971;
- VIRGILIO M., *Della recidiva, dell'abitudine e professionalità nel reato e della tendenza a delinquere*, in *Codice penale, Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, a cura di F. Bricola, V. Zagrebelsky, Torino, Utet, 1996;
- WENIN R., *Disposizioni sull'addestramento nell'uso di armi: un sintomo della degenerazione della coerenza sistemica?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014;
- WOLF E., *Vom Wess des Taters*, 1932;
- WÜRTEMBERGER T., *La situazione spirituale della scienza spiritualistica in Germania*, Milano, Giuffrè, 1965;

ZAGREBELSKY V., *Reato continuato e concorso formale di reati*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, diretta da F. Bricola e V. Zagrebelsky, II, Torino, 1996;

ZAGREBELSKY V., *Reato continuato*², Milano, Giuffrè, 1976;

ZENO-ZENCOVICH V., *Il corpo del reato: pornografia minorile, libertà di pensiero e cultura giuridica*, in *Pol. dir.*, 1998;

ZIELINSKI D., *Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff*, Berlin, 1973;

ZUCCALÀ G., *Sul preteso principio di necessaria offensività del reato*, in *Studi in memoria di G. Delitala*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1984;

ZUCCALÀ G., *Sul preteso principio di necessaria offensività del reato*, in *Studi in memoria di G. Delitala*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1984;