

III e IV settimana – II parte



TRACCE

IV Compitino (o tema) : Il consenso informato alla luce della legge 22 dicembre 2017 n. 219

V Compitino (o tema): il consenso dell'avente diritto e il reato di istigazione al suicidio

VI Compitino (o tema)Le scriminanti non codificate con particolare riguardo all'obiezione di coscienza

VII Compitino (o tema) Il concorso apparente di norme penali e il concorso di reato. Criteri di assorbimento.

VIII Compitino (o tema) La diminuzione di pena conseguente al mutamento del titolo del reato.

IX Compitino (o tema) Il concorso "esterno" al reato.

Sommario generale

1.Consenso dell'avente diritto. 2 Il reato di aiuto al suicidio. 3. L'esercizio di un diritto. 4.L'obiezione di coscienza nell'attività sanitaria. 5. L'adempimento di un dovere. 6. L'uso legittimo delle armi. 7. La legittima difesa (p.65). 8. Lo stato di necessità (p-135). 9. Il tentativo (pa. 139). 10. La struttura dei reati di possesso (p.154). 11. Le circostanze del reato (p.165). 12. Il concorso di reati (p. 180). 13. Concorso di reato e reato continuato (p. 184). 14. Concorso apparente di norme (p.186). 15. Concorso di persone (p.198). 16. Reato permanente e reato abituale (p.219).

Consenso dell'avente diritto

Da Altalex

Il consenso dell'avente diritto è disciplinato dall'articolo 50 c.p., che così recita: "Non è punibile chi lede o pone in pericolo un diritto, col consenso della persona che può validamente disporre". La scriminante del consenso dell'avente diritto è regolata

dall'art. 50 c.p.: “Non è punibile chi lede o pone in pericolo un diritto col consenso della persona che può validamente disporne”.

Perché il fatto non sia punibile occorrono tre presupposti:

- che il consenso abbia ad oggetto un diritto disponibile;
- che sia validamente prestato dal titolare;
- che sussista al momento del fatto.

Bisogna preliminarmente distinguere due ipotesi, in cui il consenso opera diversamente:

1) a volte la legge prevede che il consenso dell'avente diritto faccia venire meno il reato; in tal caso il soggetto verrà assolto perché il fatto non costituisce reato;

2) altre volte il consenso non fa venire meno il reato ma il fatto tipico: in questi casi si dice anche che è richiesto non tanto il consenso ma il dissenso affinché reato ci sia; in questa ipotesi il soggetto verrà assolto perché il fatto non sussiste.

Taluno, per queste due ipotesi, ha utilizzato la definizione “consenso dell'offeso del reato” con riferimento al primo caso, e “consenso dell'avente diritto”, nel secondo caso.

Per esempio nel caso della violenza carnale il consenso non fa venir meno il reato, ma il fatto tipico; in altre parole in tal caso non abbiamo un fatto di reato, non punibile per la presenza di una scriminante, bensì una fattispecie assolutamente diversa rispetto a quella tipica della violenza carnale; la stessa cosa avviene per la violazione di domicilio; il consenso a far entrare un estraneo in casa non esclude il reato, ma il fatto tipico. Avere un rapporto sessuale, o entrare in casa d'altri, infatti, non sono fatti proibiti dall'ordinamento; sono invece di per sé neutri. Se però il rapporto sessuale, o l'entrare nella casa altrui, sono realizzati nonostante il dissenso, allora il fatto diventa un reato.

Al contrario vi sono ipotesi in cui il consenso vale ad escludere il reato, ma non il fatto tipico; se io rompo il naso ad un amico che in tal modo spera di essere più bello, il fatto tipico rimane pur sempre quello delle lesioni; ma il consenso vale ad escludere il reato per la presenza della scriminante.

Fondamento della norma

Il fondamento della norma è stato variamente spiegato, ma tutte le tesi hanno un nucleo comune. Per alcuni questo va cercato nella rinuncia alla tutela da parte del titolare del diritto leso; per altri invece c'è un conflitto di interessi tra quello del titolare del diritto e quello dell'agente, che viene risolto a favore di quest'ultimo; infine, secondo Antolisei il fondamento della norma risiede nella mancanza di danno sociale, e di conseguenza nella carenza di un interesse statale alla repressione; tale carenza di interesse, però discende pur sempre dall'abbandono del bene da parte del suo titolare.

Nucleo centrale di ogni tesi, insomma, è l'interesse del soggetto passivo, ciò che si rifà al tradizionale brocardo "volenti et consentienti non fit iniuria".

Ambito di applicazione: diritti disponibili e indisponibili

Concetti generali

Abbiamo appena detto che non è possibile dare il consenso riguardo ad un diritto indisponibile. Il problema è stabilire la linea di demarcazione tra diritto indisponibile e diritto disponibile, il che non è sempre facile. In questa materia infatti non possono applicarsi le classiche categorie civilistiche. Ad esempio l'onore per il diritto civile è un diritto indisponibile, e tuttavia il consenso dato relativamente ad esso esclude il reato. Certamente non è possibile individuare la disponibilità nell'essere i beni in questione tutelati solo a seguito di una apposita querela di parte.

Né risulta soddisfacente il criterio che individua i beni disponibili in quelli di interesse privato, e indisponibili quelli in cui sussiste un interesse pubblico alla loro conservazione, perché a fronte di diritti sicuramente inquadrabili in una delle due categorie ve ne sono alcuni di incerta collocazione, che sono situati in una sorta di zona di confine, come il diritto alla libertà personale. L'indisponibilità va quindi intesa in senso diverso rispetto alla concezione tradizionale, e cioè come "diritto in ordine al quale non esiste un interesse dello stato a che non venga meno, neppure con il permesso del titolare, l'obbligo di astensione degli altri consociati". Individuare in quali casi non venga meno l'interesse dello stato, però, è compito non sempre agevole.

I singoli diritti

In linea generale – salvi i dovuti distinguo che possono comunque farsi in ogni caso – possiamo dire che sono disponibili;

- tutti i diritti patrimoniali,
- i diritti dell'onore e della libertà personale,
- i diritti relativi alla libertà sessuale
- il diritto all'inviolabilità del domicilio, della corrispondenza e delle comunicazioni telefoniche.

Sono indisponibili:

- i diritti che offendono direttamente la personalità dello stato e che offendono un numero indeterminato di persone;
- i diritti in materia familiare;
- il diritto alla vita; in tal caso il consenso dà luogo ad un delitto minore rispetto all'omicidio;
- i diritti dello Stato e della Pubblica amministrazione; ovviamente anche qui la generalizzazione non deve essere intesa in senso assoluto. Ad esempio il Rettore che mette a disposizione degli studenti un'aula magna, dà il consenso

all'utilizzazione di un bene che di per sé sarebbe indisponibile, ma comunque gli studenti non commettono alcun reato.

Il diritto all'integrità fisica

Per quanto riguarda i diritti della persona un valido criterio direttivo può essere offerto dall'articolo 5 c.c., il quale così recita: "gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionano una diminuzione permanente dell'integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume". Sarà così efficace il consenso al taglio di capelli, della barba, della trasfusione di sangue, ma non la lesione di un arto, o di un organo (salvo ovviamente i casi di donazione di organi che siano disciplinati dalla legge).

Anche la giurisprudenza è orientata in questo senso, stabilendo, ad esempio, che non ha efficacia scriminante il consenso dato dal tossicodipendente a farsi iniettare una dose di eroina, per contrarietà al buon costume e alla legge, con la conseguenza che in caso di morte sussiste la responsabilità per omicidio preterintenzionale da parte di chi ha fatto l'iniezione. Che in questa materia si debba fare ricorso all'articolo 5 del codice civile, però, è stato messo in discussione dagli studiosi che meglio di altri hanno approfondito la materia, utilizzando argomenti che meritano di essere presi in considerazione.

L'Avecone in particolare, dopo aver esattamente premesso che l'articolo 5 del codice civile ricomprende nel suo ambito fattispecie che dovrebbero avere rilevanza nel solo ambito civile (dal momento che - com'è noto - il diritto penale ha altre esigenze e segue altre logiche), ha evidenziato che utilizzando l'articolo 5 si giunge a risultati contraddittori e illogici. In base a questa norma, infatti, si arriva a concludere che sarebbero illecite tutte le lesioni dell'integrità personale cagionanti una diminuzione permanente dell'integrità psico-fisica; tuttavia occorre considerare che l'articolo 579 punisce in misura meno grave l'omicidio del consenziente rispetto all'omicidio comune; e allora sarebbe illogico e contraddittorio punire in misura meno grave l'omicidio del consenziente e non prevedere alcuna attenuante o scriminante per un reato meno grave come quello di lesioni. Occorre considerare, poi, che alcune lesioni sono punite solo a querela di parte, il che significa che in questa materia non è affatto di secondaria importanza l'interesse dell'avente diritto alla punibilità del reo. In conclusione, da questa prospettiva la lesione cagionata col consenso altrui sarebbe sempre scriminata.

E' stata di recente proposta anche un'altra ipotesi ricostruttiva che, sebbene sia abbastanza originale e per certi versi anche interessante, lascia perplessi per i risultati cui potrebbe pervenire. Secondo questa tesi, proposta da Delpino, il consenso dell'avente diritto scrimina negli stessi limiti in cui il soggetto che presta il consenso avrebbe il potere di cagionarsi da solo la suddetta lesione. In altre parole: gli atti di autolesione sono sempre consentiti con le sole eccezioni degli atti di automutilazione

o di procurata infermità per sottrarsi al servizio militare (dpr 237/1964 articolo 134) e 642 del codice penale (lesioni per conseguire il prezzo di un'assicurazione contro gli infortuni). Ora, dal momento che un principio generale del diritto è che ciascuno possa delegare agli altri i poteri di cui egli dispone, ne consegue che non commette reato chi procura una lesione ad un soggetto che presta il suo consenso, quanto costui avrebbe potuto cagionare a se stesso la medesima lesione senza commettere reato.

Le perplessità nascono dal fatto che in tal modo si scriminerebbe il soggetto affetto da AIDS che contagia il partner consenziente; colui che taglia un arto all'amico per simulare un'aggressione da parte di terzi per procurarsi un alibi, ecc..., situazioni, cioè, che non sembra possano essere tollerate dallo stato alla luce dei valori attualmente condivisi nella società e recepiti nell'ordinamento.

Il cosiddetto caso Muccioli

Applicando l'ultima delle teorie che abbiamo esaminato è possibile risolvere con maggiore precisione alcuni casi, come il famoso caso Muccioli che tanto ha fatto discutere dottrina e giurisprudenza. E' noto che Muccioli era il fondatore della comunità di recupero per tossicodipendenti "San Patrignano". I parenti di alcuni tossicodipendenti denunciarono Muccioli, accusandolo di aver segregato alcuni ospiti, tenendoli per giorni chiusi contro la loro volontà all'interno della comunità. Il punto però è che i tossicodipendenti avevano preventivamente dato il loro consenso alla privazione della libertà personale, e lo avevano revocato poi – come è assolutamente prevedibile - durante le crisi di astinenza. Muccioli fu condannato in primo grado, perché il tribunale ritenne che il consenso dato fosse invalido, avendo ad oggetto la limitazione della libertà personale che per sua natura è indisponibile. Fu poi assolto dalla Corte d'Appello, sul presupposto che il consenso all'entrata nella comunità implica anche il consenso a rimanere rinchiusi durante i periodi di astinenza e nuovamente assolto dalla Corte di Cassazione.

A noi sembra che se si parte dall'idea che la restrizione della libertà personale può anche essere autoimposta legittimamente (è perfettamente lecito, cioè, che un soggetto si privi della libertà personale per raggiungere determinati fini – si pensi all'Alfieri che si fece legare alla sedia dal suo servitore -) si capisce il motivo per cui il comportamento di Muccioli deve ritenersi assolutamente scriminato. In realtà costui non ha privato della libertà personale i soggetti affidati alle sue cure, ma ha aiutato costoro a raggiungere quel risultato che loro stessi si erano liberamente prefissi; occorre tenere conto, infatti, che è prevedibile che un tossicodipendente in crisi di astinenza non abbia un grado di volontà sufficiente a mantenere con se stesso l'impegno, preso in precedenza, di resistere al richiamo della droga.

Condizioni per la validità del consenso

L'atto con cui si dà il consenso è un atto giuridico volontario secondo alcuni, o un negozio giuridico, secondo altri. In realtà sembra preferibile la tesi dell'atto giuridico; il consenso in esame è cioè un atto che possiamo qualificare come "permesso", ma che

è peculiare del diritto penale, e a cui non possono applicarsi sic et simpliciter le categorie civilistiche, come invece vorrebbero alcuni.

Legittimato a dare il consenso è il titolare del diritto o il rappresentante, legale o volontario. Per dare validamente il consenso occorre poi la capacità di intendere e di volere, ma non la maggiore età (soluzione invece cui accedono coloro che accolgono la tesi del negozio giuridico).

La norma, in assenza di contrarie indicazioni, opera anche nei reati colposi e nelle contravvenzioni, anche se, per quanto riguarda i primi, la sua portata sarà abbastanza limitata dato lo scarso numero di reati colposi posti a tutela di interessi disponibili.

Consento tacito e presunto

Il consenso deve essere libero e spontaneo.

Il consenso putativo non fa venire meno il reato, ma in tal caso la persona non è punibile a norma dell'art. 59 comma 4° c.p..

Si discute invece se siano scriminanti il consenso tacito e quello presunto.

Quello tacito è senz'altro ammesso, purché ovviamente le circostanze di fatto siano tali che il consenso si palesi come oggettivamente univoco.

Per il consenso presunto invece sono state prospettate varie tesi, che però non è fondamentale esaminare in questa sede. La maggior parte degli studiosi (pur nella varietà delle posizioni) propende per l'ammissibilità scriminante del consenso presunto. In linea di massima occorrerà che il fatto sia necessario e sia compiuto nel materiale interesse della persona offesa, quando, ovviamente, le circostanze siano tali da far oggettivamente presumere il suo consenso. Ad esempio si ritiene scriminato chi entra in un appartamento altrui per spegnere le fiamme che si stanno propagando, o la persona che apre la lettera dell'amico per provvedere ad un'esigenza improcrastinabile.

Casistica

Non è disponibile il diritto all'apposizione della propria sottoscrizione quando si tratta di atti che circolando possano ledere la pubblica fede, come assegni, cambiali, ecc.

Non è disponibile il diritto alla libertà personale, quando si tratti di consenso dato dalla moglie al marito ad essere chiusa in casa senza mai poter uscire. In tal caso il marito risponde di sequestro di persona aggravato.

Non è valido il consenso dato per farsi iniettare una dose di eroina, che poi si rivelerà letale (Cass. 5544/1992).

Non è valido il consenso che una persona dia all'altra di procurargli ferite non preventivamente determinate (Cass. 57/1981).

Il consenso della vittima di un investimento, verificatosi nel corso di una ripresa cinematografica, a che si girasse una scena rischiosa per la sua vita e la sua incolumità, non integra l'ipotizzabilità dell'esimente di cui all'articolo 50 cp (Cass. 8611/1981).

In tema di illecito sportivo, il consenso dell'avente diritto alle lesioni provocate, è valido solo se la competizione si è svolta nell'ambito delle regole di sicurezza previste per quella disciplina (Cass. 1951/2000).

In tema di lesioni personali cagionate durante una competizione sportiva deve ritenersi non rientrante nell'ambito del cosiddetto rischio consentito (nello specifico: si trattava dell'intervento di un giocatore sulla palla a gioco fermo, per il fischio dell'arbitro) malgrado la vicinanza della mano di un giocatore caduto a terra: Cass. 20595/2010).

Il fatto che il soggetto agente sia di origine albanese e quindi proveniente da una cultura in cui alcuni comportamenti rientranti nell'ambito dei maltrattamenti familiari sono consentiti (nella fattispecie botte e torture di vario tipo), non integra la scriminante dell'articolo 50, trattandosi di diritti indisponibili: Cass. 3398/1999).

IL reato di aiuto al suicidio e diritto ad una morte dignitosa: la Procura di Milano richiede l'archiviazione per Marco Cappato

Da Diritto penale contemporaneo

Nota a Procura della Repubblica di Milano, Richiesta di Archiviazione del 26 aprile 2017, proc. 9609/2017 R.G.N.R., PP. MM. Siciliano e Arduini, indagato Cappato

Contributo pubblicato nel Fascicolo 5/2017

1. Ci risiamo: di fronte al silenzio legislativo su temi connessi al fine-vita, ancora una volta la magistratura è chiamata a farsi carico di individuare soluzioni per singoli casi concreti, che traccino la strada per la decisione di situazioni analoghe. In questa occasione, la Procura di Milano ha invitato il g.i.p. ad archiviare la posizione di un soggetto che ha accompagnato in Svizzera un malato irreversibile, ma non terminale, per sottoporsi ad una procedura di suicidio assistito. L'aspetto più interessante è il motivo per cui è richiesta l'archiviazione: la condotta di aiuto non sarebbe punibile perché, in buona sostanza, costituirebbe concorso nell'esercizio di un diritto dell'individuo.

2. Prima di procedere con l'analisi della motivazione, però, è opportuno richiamare i fatti, già piuttosto noti per via della rilevanza mediatica attribuita alla vicenda dai suoi attori principali[1]. Fabiano Antoniani, meglio noto come DJ Fabo, subisce nel 2014 un gravissimo incidente stradale, in seguito al quale rimane tetraplegico e cieco, pur conservando piena lucidità mentale e il senso del dolore. Dopo diversi tentativi di terapie e quasi un anno di ricovero presso l'ospedale Niguarda, le sue condizioni

cliniche vengono dichiarate irreversibili. Egli però non si arrende, e si sottopone a cure sperimentali in India, basate sull'uso delle cellule staminali; fallito anche quest'ultimo tentativo, Fabiano comincia a maturare l'idea di porre fine a quella che non considera neanche più "vita". Con l'aiuto della fidanzata e della madre, entra in contatto con l'associazione "Luca Coscioni" ed in particolare con il suo tesoriere, Marco Cappato. Quest'ultimo prospetta a Fabiano e alla sua famiglia diverse possibili strade per dare corso alla sua volontà di togliersi la vita, tra cui quella di recarsi in Svizzera per accedere al c.d. "suicidio assistito". La scelta dell'Antoniani, già in precedenza irrevocabile e determinata a percorrere la strada del suicidio, si indirizza quindi nel senso di cercare l'aiuto dell'associazione "Dignitas"; una strada che lo porterà, il 27 febbraio 2017, a porre fine alla propria vita sul letto del centro gestito da quest'ultima, vicino a Zurigo.

Ai fini del ragionamento condotto dai pubblici ministeri di Milano, particolare rilievo assumono le modalità con cui Antoniani sarebbe stato aiutato a darsi la morte. Nella ricostruzione operata dalla Procura, infatti, si evidenzia come all'interno del centro di Zurigo Fabiano ha avuto due colloqui privati con un medico, secondo la procedura prevista dalla legge svizzera, finalizzati ad accertare l'effettività, l'attualità e la libertà della scelta del suicidio. Solo dopo l'esito positivo di tale valutazione, il medico ha prescritto la dose di farmaco letale; tale sostanza è quindi stata posta in una siringa il cui stantuffo è stato azionato da Fabiano premendo con la bocca un pulsante collegato ad un apposito meccanismo. Questa procedura, resa più complessa dalle condizioni di quasi totale immobilità del malato, è predisposta al fine di garantire che il suicidio non si trasformi in una forma di eutanasia attiva volontaria, atto vietato anche per la legge svizzera. In questa vicenda, Marco Cappato interviene solo in modo marginale: più in particolare, accompagnando Fabiano dalla sua abitazione di Milano al centro gestito da "Dignitas" e prendendo parte ai preparativi per il suicidio. Tuttavia, egli stesso sceglie di autodenunciarsi ai carabinieri di Milano, dando così origine al procedimento penale su cui la Procura si è espressa con la richiesta in esame.

3. Con la scelta di richiedere l'archiviazione del procedimento, la Procura di Milano non esprime unicamente una valutazione circa la penale rilevanza della condotta concretamente posta in essere da Marco Cappato alla fine di febbraio, ma prende nettamente posizione su un tema che, negli ultimi anni, è oggetto di periodiche discussioni[2]. Procediamo con ordine: i pubblici ministeri ambrosiani, dopo aver accuratamente ricostruito la vicenda di Antoniani ed il coinvolgimento del Cappato nella stessa, individuano la fattispecie di riferimento nell'art. 580 c.p., ed in particolare nella condotta di "partecipazione materiale" nel suicidio altrui; sono escluse, al contrario, tanto l'ipotesi di omicidio del consenziente quanto quella di "aiuto morale", ossia l'istigazione o il rafforzamento del proposito suicida. Da un lato, infatti, l'atto estremo è stato compiuto liberamente da Fabiano, il quale ha così conservato il "dominio sull'azione esecutiva"; dall'altro, a detta dei p.m., l'autonoma e libera formazione della volontà suicida emerge con lampante chiarezza dagli atti di indagine.

Qualificato così il fatto, gli scriventi si interrogano sulla corretta interpretazione dell'art. 580 del Codice Rocco in relazione alla ipotesi alternativa di cooperazione materiale all'altrui suicidio. Tale norma, infatti, formulata in termini estremamente ampi, è stata interpretata dalla giurisprudenza di legittimità in modo estensivo[3]; al contrario, la richiesta in esame sceglie di adottare un'interpretazione restrittiva, che delimiti la rilevanza penale della condotta di "aiuto" ai soli casi in cui questa si espliciti "nella «fase esecutiva»" del suicidio. Sostengono i PM: "sembra più conforme a criteri interpretativi costituzionalmente orientati, anche al fine di evitare la criminalizzazione di condotte che solo marginalmente ledono il bene giuridico protetto dalla norma, che solo la condotta di chi abbia agevolato in senso stretto la fase esecutiva del suicidio, fornendo i mezzi o partecipando all'esecuzione dello stesso, possa essere oggetto di rimprovero penale". Sulla base di tali premesse, dunque, la condotta di accompagnamento del malato dalla sua abitazione al centro presso il quale ha ricevuto l'aiuto richiesto, e finanche la partecipazione ai preparativi del suicidio stesso, non risulterebbero penalmente rilevanti in quanto condotte non tipizzate, estranee già sul piano oggettivo dalla fattispecie di cui all'art. 580 c.p. Al riguardo, peraltro, la richiesta parla anche di "interruzione del nesso di causa" con riguardo all'affidamento del malato alla struttura svizzera; il fatto che, con l'inserimento di Fabiano nel centro gestito dalla "Dignitas", la sua sorte non fosse più nelle mani di Cappato comporterebbe, secondo i p.m., l'inizio di una serie causale autonoma in grado di determinare l'evento in maniera del tutto indipendente[4]. Ma il ragionamento non si esaurisce qui: avendo ritenuto la condotta del Cappato estranea alla fattispecie di aiuto materiale al suicidio altrui, i p.m. si interrogano sulla possibilità di individuare comunque una responsabilità a titolo di concorso nell'aiuto al suicidio prestato dai soggetti intervenuti nelle fasi successive a quelle in cui ha agito Cappato. Tuttavia anche tale ipotesi è da scartare, si sostiene nella richiesta, in quanto il principio di offensività esige che siano oggetto di sanzione penale solo quelle condotte che hanno una significativa incidenza sulla lesione del bene giuridico. In questo caso, al contrario, tra le condotte di Cappato e la lesione al bene vita si collocano una serie di ulteriori passaggi che impongono di relegare le prime tra gli atti prodromici, preparatori, non penalmente sanzionabili.

4. Su un piano diverso da quello dell'interpretazione restrittiva dell'art. 580 c.p., la parte più corposa della richiesta affronta però il tema del suicidio assistito inquadrandolo nel panorama costituzionale e della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

I p.m. milanesi, infatti, prendono atto della necessità di confrontarsi con tali fonti sovraordinate, dati il numero e la rilevanza dei diritti fondamentali che si intersecano in un ambito come quello del "diritto del fine-vita".

Gli inquirenti ribadiscono innanzitutto la natura "fondamentissima" del diritto alla vita, riconosciuto tanto dalla Corte costituzionale quanto dalla Corte di Strasburgo[5]. Al tempo stesso, però, essi affermano anche che in un ordinamento costituzionale, fondato sul principio personalistico, nessun valore può essere preso

come un assoluto; al contrario tutti i diritti in gioco debbono essere bilanciati onde assicurare il massimo “rispetto per la persona umana” imposto dalla Costituzione stessa. Il principale contraltare al diritto alla vita (o meglio, al principio della sua indisponibilità) è individuato nel diritto alla dignità e all’autodeterminazione positivizzato dagli artt. 2, 3, 13 e 32 c. 2 Cost. nonché dagli artt. 3 e 8 CEDU. Richiamando la giurisprudenza Englaro e Welby[6], nonché le sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo in materia di fine-vita, la Procura afferma che il principio di indisponibilità del diritto alla vita incontra un limite nella “«persona», ossia in quell’insieme di valori che costituiscono l’individualità di ogni essere umano, e che ben si compendiano nel concetto di «dignità della figura umana»”. Partendo da questo presupposto, si afferma che per pacifica giurisprudenza, in base all’art. 32 c. 2 Cost. a Fabiano Antoniani doveva essere riconosciuto il diritto a rinunciare ai trattamenti sanitari che lo tenevano in vita (in particolare, la respirazione e la nutrizione artificiali). Nel suo caso particolare, tuttavia, la rinuncia alle cure avrebbe costituito essa stessa una degradazione inaccettabile della sua persona, in quanto lo avrebbe costretto ad un’agonia prolungata fino a diversi giorni, che lo avrebbe esposto a sofferenze fisiche e psicologiche molto grandi, le seconde condivise anche dalle persone a lui più vicine.

Il diritto al rispetto della dignità umana impone dunque, a detta dei p.m. milanesi, di far prevalere il diritto all’autodeterminazione sul principio di indisponibilità della vita; ciò trasforma il suicidio – almeno in questa specifica ipotesi – da “mero fatto” in un vero e proprio diritto soggettivo. Tale ricostruzione è supportata anche da quei passaggi delle sentenze della Corte EDU che riconoscono il “diritto di un individuo a decidere con quali mezzi e in quale momento la sua vita debba concludersi” come aspetto del “diritto al rispetto della vita privata” garantito dall’art. 8 della Convenzione[7]. Compiuto questo passo fondamentale, si pone solo un ultimo problema: e cioè in che modo la diversa configurazione dell’atto suicida possa influire sulla condotta dell’“aiutante”. A questo proposito i p.m. individuano due possibili soluzioni: la prima, fondata sul principio di offensività, fa leva sul venir meno del bene giuridico tutelato; la seconda, invece, si incentra sull’applicazione dei principi che presiedono alle regole delle cause di giustificazione e del concorso. Per quanto riguarda l’assenza di offesa al bene giuridico, il ragionamento è il seguente: la metamorfosi del suicidio da mero fatto a diritto soggettivo trasforma il bene “vita” in un diritto disponibile; pertanto la condotta di aiuto a disporne mediante il suicidio non può più essere considerata un’offesa alla vita stessa, in quanto essa è oggetto di atto di disposizione autonomo e legittimo da parte del suo titolare.

L’altra soluzione prospettata, invece, si fonda sulla specifica configurazione del reato di cui all’art. 580: la struttura “concorsuale atipica” di tale fattispecie, infatti, fa sì che la causa di giustificazione dell’esercizio di un diritto non agisca direttamente sull’autore del reato, ma sul suo concorrente necessario. I p.m. parlano di “causa di giustificazione impropria”, in quanto l’esercizio di un diritto non scrimina un fatto di reato, ma rende lecito un fatto meramente tollerato – il suicidio – con conseguente

liceizzazione della condotta di concorso materiale nello stesso. In esito all'articolata argomentazione, quindi, la Procura conclude evidenziando come gli argomenti sviluppati, proprio perché fondati su diritti di rilievo costituzionale e convenzionale, porterebbero necessariamente alla richiesta di sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p., qualora non fosse accolta l'interpretazione proposta.

5. Prima di addentrarci in qualche prima, breve, considerazione sugli spunti forniti dal provvedimento in esame, è bene sottolinearne un aspetto generale: il tema del “diritto del fine-vita”, in quanto privo di normativa ad esso specificamente dedicata, è un campo in cui la giurisprudenza è necessariamente chiamata a “fare scuola” ogni volta che si propone una situazione diversa da quelle già oggetto di decisioni[8]. La richiesta di archiviazione in esame, da questo punto di vista, ricorda da vicino il ragionamento del g.u.p. di Roma nella già citata sentenza di assoluzione dell'anestesista Mario Riccio per la morte di Piergiorgio Welby: anche in questo caso, infatti, si tenta un'interpretazione che restringa l'area del penalmente rilevante basandosi su principi di rilievo costituzionale e convenzionale. In questo caso, tuttavia, si compie un passo ulteriore rispetto a quello fatto dal g.u.p. di Roma e dalla cassazione civile nel caso Englaro, inoltrandosi i p.m. ambrosiani nel campo del “diritto a morire”, e non più solo in quello – già arato - del “diritto a lasciarsi morire”.

6. Partendo da queste premesse, cerchiamo quindi di analizzare brevemente le soluzioni tecniche adottate dalla Procura di Milano, mettendone in luce quelli che sembrano essere i punti di maggior forza e di maggior debolezza.

Come detto, la prima strada battuta è quella dell'interpretazione restrittiva della norma di cui all'art. 580 del Codice. Non si tratta di una strada nuova: nel 1997, la Corte d'Assise di Messina aveva ritenuto che fosse da adottare un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 580 c.p. nella parte in cui incrimina la “partecipazione materiale” al suicidio altrui. I giudici siciliani avevano quindi affermato che anche la condotta di aiuto dovesse essere letta in termini istigativi: l'aiuto materiale assumerebbe rilevanza penale solo nelle ipotesi in cui abbia influito sulla formazione della volontà suicida, e non anche quando si sia esplicito su un piano meramente pratico-attuativo di una volontà già compiutamente preformata[9].

Tale interpretazione era stata tuttavia rigettata dalla Cassazione nel giudizio di impugnazione: in tale occasione, la Suprema Corte aveva enunciato quel principio di diritto cui fa riferimento anche la richiesta di archiviazione in commento[10].

L'interpretazione proposta dai p.m. milanesi si differenzia tuttavia da quella adottata dalla Corte d'Assise di Messina e respinta dalla Cassazione. Mentre i giudici messinesi avevano adottato un'interpretazione sostanzialmente abrogatrice della fattispecie di aiuto materiale al suicidio, finendo per trasformarla in una forma di “istigazione materiale”, nella richiesta in esame si fa leva su un dato testuale dell'art. 580 c.p. (“chiunque [...] agevola in qualsiasi modo l'esecuzione [del suicidio]”) per adottare

un'interpretazione restrittiva di una norma altrimenti configurata come molto ampia. Tale interpretazione pare più aderente alla *voluntas legis*, rispetto a quella proposta dai giudici siciliani nel 1997, e potrebbe trovare accoglimento anche da parte del giudice che deciderà sulla richiesta di archiviazione proposta dalla Procura pochi giorni fa. Se vogliamo, non si dovrebbe neanche parlare di interpretazione restrittiva, nel caso in esame, ma semplicemente di interpretazione letterale del dato normativo testuale.

Non si tratta però di una lettura scevra da difficoltà: il concetto di “fase esecutiva” del suicidio si presta, infatti, a diverse letture, più o meno ampie. Sembra infatti che la Procura consideri “fase esecutiva” unicamente l'atto con cui il suicida si toglie effettivamente la vita; tuttavia, si potrebbe anche considerare come “esecutiva” ogni attività prodromica al compimento dell'atto finale, ma frutto del concretizzarsi della volontà suicida maturata in precedenza. Anzi, questa seconda lettura pare forse maggiormente in linea con la lettera della norma, che punisce anche l'aiuto al tentato suicidio, quando questo abbia determinato lesioni gravi o gravissime: in queste ipotesi, l'atto propriamente finale potrebbe anche non essersi concluso (pensiamo al fatto di chi chiuda la valvola del gas con cui si stava procurando la morte prima di perdere completamente i sensi, ma quando l'inalazione di sostanza velenosa abbia già determinato una lesione permanente al suo apparato neurale), ma la fattispecie di aiuto è certamente configurabile (nell'esempio di prima, a carico di chi ha aiutato il suicida a posizionare la bombola del gas, o a disattivare le valvole di sicurezza dell'impianto). Anche l'affermazione per cui “l'aiuto penalmente rilevante deve essere limitato a quello prestato nella «fase esecutiva»” non convince pienamente. Posto che l'“esecuzione” del suicidio è atto che, per non sfociare in un omicidio del consenziente[11], deve rimanere saldamente nelle mani del suicida stesso, sarebbe forse più corretto ritenere che l'aiuto penalmente rilevante non sia solamente quello prestato “nella «fase esecutiva»”, come sostenuto dalla Procura, ma debba piuttosto essere aiuto “della «fase esecutiva»” del suicidio.

La differenza non è di poco conto, in quanto affermare che la condotta di agevolazione debba verificarsi nella fase esecutiva significa collocarla in un ambito spazio-temporale ben definito e piuttosto ristretto: il momento e il luogo in cui il suicidio si è effettivamente verificato. Al contrario, sostenere che l'agevolazione debba avere per oggetto la fase esecutiva del suicidio significa che la condotta del reo si può sostanziare in qualsiasi comportamento abbia in qualche modo reso possibile, o anche solo più agevole, il verificarsi del suicidio così come si è verificato. È evidente che tale seconda interpretazione vanifica, in buona parte, gli effetti dell'interpretazione restrittiva proposta dalla Procura, e il concetto di “agevolazione della fase esecutiva” finisce per risolversi nel concetto stesso di “agevolazione del suicidio” tout court.

7. Queste difficoltà di ricostruzione che emergono dall'interpretazione adottata dalla Procura non inficiano tuttavia, a nostro sommo avviso, il risultato raggiunto nel caso concreto. D'altra parte, è difficile ritenere che vi sia stata un'interruzione del

nesso causale, dal momento che quella che i p.m. considerano come una “serie causale autonoma” che si intromette tra condotta ed evento rappresenta in realtà il normale e prevedibile sviluppo della condotta stessa[12].

Vero è, piuttosto, che la condotta di Cappato costituisce un anello della catena causale piuttosto distante dall’evento finale (il suicidio). Sulla base della ricostruzione degli eventi effettuata dai p.m. di Milano, infatti, gli aiuti cronologicamente più prossimi al verificarsi dell’evento sono stati sicuramente quelli forniti dal medico e dai volontari dell’associazione Dignitas, i quali hanno predisposto la flebo contenente la sostanza venefica e il meccanismo idoneo a consentire a Fabiano di attivare l’iniezione.

Da tale considerazione i p.m. deducono che a Cappato, ponendo in essere un mero antecedente della condotta degli immediati cooperatori al suicidio, potrebbe al più essere imputato un concorso nell’aiuto al suicidio materialmente commesso da costoro[13].

Sulla base di tale premessa, e facendo applicazione del principio costituzionale di offensività, la richiesta di archiviazione conclude – non implausibilmente, a nostro sommo avviso – per la non configurabilità del “concorso nel concorso”: dal momento che la fattispecie di cui all’art. 580 c.p. tipizza non già una condotta direttamente lesiva del bene giuridico tutelato, bensì una ipotesi di mera agevolazione della condotta lesiva, il concorso in tale condotta si colloca in una fase molto lontana dalla effettiva lesione al bene giuridico, e deve essere considerato penalmente irrilevante.

8. Il passaggio più coraggioso ed innovativo della richiesta in esame consiste, peraltro, nell’affermazione dell’esistenza di un diritto costituzionalmente garantito ad ottenere una morte dignitosa.

Sul tema del suicidio molto si è già scritto in dottrina, e qui non è possibile far altro che limitarsi a qualche breve spunto di riflessione[14].

Il ragionamento dei p.m. è certamente innovativo, in quanto né la Corte costituzionale né la Corte di Strasburgo hanno finora riconosciuto il rango di diritto fondamentale al diritto a porre fine alla propria vita in modo dignitoso. Si può certamente individuare, nella giurisprudenza europea dei diritti dell’uomo, un trend di ampliamento del riconoscimento all’autodeterminazione in relazione a pratiche in senso lato eutanasiche; ma la Corte non si è mai spinta sinora fino al punto di imporre a tutti gli Stati parti della Convenzione la liceizzazione di tali pratiche[15]. Ciò non stupisce: trattandosi di tematiche di estrema delicatezza, un’imposizione da parte della Corte di Strasburgo non pare a ben guardare auspicabile.

Tuttavia, nella giurisprudenza convenzionale si rinvengono diversi spunti nel senso di un sempre più ampio riconoscimento della libertà di autodeterminazione dell’individuo. La Corte infatti ha affermato, fin dal caso Pretty del 2002[16], che il divieto assoluto di aiuto al suicidio costituisce un’interferenza con il diritto al rispetto della vita privata, salvo poi ritenere che tale divieto sia giustificato a norma dell’art.

8, par. 2 CEDU, in quanto rientrante nell'ampio margine di apprezzamento concesso agli Stati in materia.

Ora, affermare che un diritto esiste in linea di principio significa riconoscere che deve essere preso in considerazione; e tale considerazione pare legittimare la presa di posizione dei Pubblici Ministeri milanesi: anche se il prevalere del "diritto alla buona morte" su istanze di tutela della vita umana non è imposto dalla Convenzione, tale diritto esiste, è garantito dalla Convenzione, e il corretto bilanciamento tra di esso e il principio di indisponibilità della vita umana deve essere individuato dai singoli Stati membri. Vero è, infatti, che la Corte europea cita spesso il principio della "sanctity of life" come se da esso derivasse direttamente l'indisponibilità assoluta della stessa; ma è anche necessario evidenziare che, al di là delle petizioni di principio, il bilanciamento del diritto all'autodeterminazione è sempre condotto dalla Corte avendo come riferimento il contrapposto interesse alla tutela dei soggetti più deboli contro possibili scelte sconsiderate e contro la possibilità di abusi da parte di soggetti terzi; un controinteresse che, all'evidenza, non veniva in considerazione nel caso di Fabiano, la cui ferma e risalente decisione di morire, assunta in una situazione di intensa sofferenza fisica dopo avere riscontrato l'inutilità di ogni terapia, non poteva certamente considerarsi come una scelta impulsiva o sconsiderata, né determinata da condotte abusive altrui.

Ed allora, se la soluzione dei p.m. milanesi può apparire ardita, appare certamente lodevole il fatto che essa si sforzi di ricondurre il ragionamento su un piano di bilanciamento di interessi contrapposti. E dalle ultime righe del provvedimento emerge chiaramente l'intenzione di portare tale bilanciamento davanti alla Corte costituzionale, qualora la soluzione proposta non venisse fatta propria anche dal Giudice per le indagini preliminari.

9. Resta da chiedersi quali potrebbero essere gli effetti di un accoglimento della richiesta di archiviazione per eventuali futuri casi analoghi a quello in esame[17]. È evidente infatti che, se il g.i.p. ritenesse di archiviare la posizione di Marco Cappato attraverso il riconoscimento del diritto al suicidio di Antoniani, la prima obiezione che potrebbe essere formulata sarebbe quella di un rischio di "slippery slope", di "china scivolosa". Occorre al riguardo sottolineare il rilievo attribuito nella richiesta di archiviazione alle procedure adottate in Svizzera per accertare la volontà dell'Antoniani e per garantirne la revocabilità fino all'ultimo. Tali procedure rappresentano, nell'economia del provvedimento, un elemento costitutivo della fattispecie di causa di giustificazione "impropria" individuata dalla Procura, sicché la loro assenza dovrebbe portare ad escludere che tale diritto al suicidio sia stato correttamente esercitato. Pertanto, un eventuale accoglimento della richiesta da parte del g.i.p. non parrebbe poter costituire una base legittimante per pratiche home made di "suicidio assistito", bensì esclusivamente per condotte di aiuto a soggetti terzi a recarsi presso strutture estere che esercitano tali pratiche in un contesto regolamentato.

[1] La vicenda che ha visto coinvolti Fabiano Antoniani, meglio noto come “DJ Fabo”, e Marco Cappato, ha ricevuto una amplissima copertura mediatica nei giorni immediatamente precedenti e successivi i fatti in esame. Si veda, ad esempio, il servizio del programma “Le Iene” andato in onda il 22 febbraio 2017 (disponibile a questo link).

2] Il tema, oggetto di conflitti particolarmente accesi che hanno visto coinvolte anche le istituzioni dello Stato nel 2007, immediatamente prima della morte di Eluana Englaro, ha conosciuto di recente un rinnovato interesse, anche in virtù del dibattito parlamentare sul d.d.l. in materia di rinuncia e interruzione dei trattamenti sanitari e di disposizioni anticipate di trattamento (DAT, il c.d. testamento biologico). Al riguardo si veda C. Cupelli, Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: dai principi alla legge?, in questa Rivista, 13 marzo 2017.

[3] In materia la giurisprudenza della cassazione è quantomai scarna: si può fare riferimento alla sentenza C. Cass., sez. I, 6 febbraio 1998 (dep. 12 marzo), n. 3147, imp. Munaò, in Riv. Pen., 1998, pp. 466 ss., citata anche nel provvedimento in esame, e che pare essere l’unico precedente rilevante: “La legge [...] ha voluto punire [...] qualsiasi forma di aiuto o di agevolazione di altri del proposito di togliersi la vita, agevolazione che può realizzarsi in qualsiasi modo”.

[4] Interessante, anche se meramente incidentale, il ragionamento operato nella richiesta in esame in relazione alla posizione dei sanitari e dei volontari svizzeri: questi ultimi, cui l’art. 580 c.p. si applicherebbe in virtù della clausola di applicabilità della legge italiana al fatto commesso dallo straniero all’estero di cui all’art. 10 c.p., sono ritenuti non responsabili per errore incolpevole sulla legge penale. La ragione a sostegno di questa affermazione è data dalla liceità della condotta di aiuto al suicidio nell’ordinamento svizzero; a conferma della loro tesi, i p.m. richiamano una sentenza della Cassazione (C. Cass., sez. V, 10 marzo 2016, n. 13525) in materia di surrogazione di maternità, in cui la Corte ha ritenuto non punibili per mancanza dell’elemento soggettivo una coppia di italiani che si erano recati in Ucraina per ottenere, appunto, la surrogazione di maternità, che in Italia costituisce reato punito dall’art. 12 c. 6 l. 40/2004.

[5] Corte edu, V sez., sent. 19 giugno 2012, Koch c. Germania, § 51, parla di “principio di sacralità (sanctity) della vita umana”.

[6] C. Cass., sez. I civ., sent. 16 ottobre 2007, n. 21748 e G.u.p. Roma, sent. 23 luglio 2007 (dep. 17 ottobre), n. 2049, imp. Riccio.

[7] Il riferimento è, in particolare, a C. edu, sez. II, sent. 14 maggio 2013, Gross c. Svizzera, §§ 59-60; in quella particolare ipotesi, poi, la Corte non ha riconosciuto la violazione dell'art. 8 CEDU, ma la situazione normativa oggetto di valutazione era completamente diversa da quella qui in esame.

[8] Tale necessità di creare un “diritto giurisprudenziale” in un settore così delicato dell'ordinamento non è da considerarsi un fattore unicamente negativo: si veda al riguardo quanto sostenuto da F. Viganò, *Decisioni mediche di fine vita e attivismo giudiziale*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2008, pp. 1594 ss., in proposito delle decisioni dei casi Welby ed Englaro. Il già ampio panorama comparatistico fornito dall'A. si è inoltre ampliato con le decisioni in materia della Corte Suprema canadese, *Carter v. Canada*, sent. 6 febbraio 2015 e della Corte costituzionale colombiana, sent. T-970 del 2014, su cui si rinvia ad U. Adamo, *Il diritto convenzionale in relazione al fine vita (eutanasia, suicidio medicalmente assistito e interruzione di trattamenti sanitari prodotti di una ostinazione irragionevole)*. Un'analisi giurisprudenziale sulla tutela delle persone vulnerabili, in *Rivista AIC*, 2016, fasc. 2.

[9] Corte d'Assise di Messina, sent. 10 giugno 1997, Pres. Arena, Est. Bonanzinga, Imp. Munaò, in *Giur. mer.*, 1998, fasc. 4-5, pp. 731 ss. con nota di E. Felici, *Doppio suicidio: omicidio del consenziente o aiuto al suicidio?*, ivi, pp. 735 ss.

[10] C. Cass., sent. 3174/1998, Munaò, cit.. Su questa sentenza e sulla pronuncia della Corte d'Assise di Messina cit. alla nota precedente si veda anche L. M. Masera, Sub art. 580, in F. Viganò – C. Piergallini (a cura di), *Reati contro la persona e contro il patrimonio*, II ed., Torino, 2015, pp. 52-53, in F. C. Palazzo – C. E. Paliero (a cura di), *Trattato teorico-pratico di diritto penale*.

[11] Per la distinzione tra omicidio del consenziente e aiuto al suicidio dal punto di vista della condotta materiale del soggetto agente si fa riferimento al concetto di “dominio sull'azione esecutiva”, richiamato anche dalla richiesta di archiviazione in esame. Si veda, ancora una volta, C. Cass., sent. 3174/1998, Munaò, cit., e, in dottrina, F. M. Iacovinello, Sub art. 580, in G. Lattanzi – E. Lupo, *Codice penale: rassegna di giurisprudenza e di dottrina – Vol. XI, Tomo I, Libro II*, Milano, 2010.

[12] Sul tema del nesso di causalità e sul concetto di “serie causale autonoma” idoneo ad interrompere il nesso di causa si rinvia, per una trattazione generale, a G. Marinucci – E. Dolcini, *Manuale di Diritto Penale – Parte Generale*, V ed. aggiornata da E. Dolcini e G. L. Gatta, Milano, 2015, pp.205 ss.

[13] Sulla distinzione tra autore principale e concorrente, e sul criterio per individuare le due figure, si rinvia alla fondamentale opera di C. Pedrazzi, *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, 1952, in particolare pp. 113 ss.

[14] Per maggiori approfondimenti si rinvia ai numerosissimi interventi citati in bibliografia da A. Valsecchi – T. Trinchera, Sub art. 579 e 580, in E. Dolcini – G. L. Gatta, *Codice penale commentato – Tomo II, IV ed.*, Milano, 2015, pp. 2931 e 2943. Si veda inoltre S. Canestrari, *Principi di biodiritto penale*, Bologna, 2015, pp. 63-67, in cui l'A. fornisce una panoramica generale delle diverse posizioni dottrinali in tema di inquadramento giuridico del suicidio.

[15] La giurisprudenza della Corte in materia non è particolarmente ampia, e si rinviene tutta compendiata nel factsheet dal titolo *End of life and the European Convention on Human Rights*, reperibile in questa pagina web. Alcune di tali pronunce sono massimate, in lingua italiana, in T. Trinchera, Sub art. 579, in E. Dolcini – G. L. Gatta, *Codice penale commentato – Tomo II, IV ed.*, Milano, 2015, pp. 2926-2927. Per una trattazione più esaustiva, si veda invece U. Adamo, *Il diritto convenzionale in relazione al fine vita (eutanasia, suicidio medicalmente assistito e interruzione di trattamenti sanitari prodotti di una ostinazione irragionevole)*. Un'analisi giurisprudenziale sulla tutela delle persone vulnerabili, in *Rivista AIC*, 2016, fasc. 2.

[16] C. edu, sez. IV, sent. 29 aprile 2002, *Pretty c. Regno Unito*, § 67.

[17] Dalle cronache giornalistiche, risulta già pendente un analogo procedimento nei confronti sempre di Marco Cappato e di Mina Welby presso la Procura di Massa, ma non si può assolutamente escludere che casi analoghi non si verifichino in futuro.

L'esercizio di un diritto

Generalità

La scriminante dell'esercizio di un diritto è prevista dall'art. 51, comma 1, c.p.

La norma – che deve essere considerata una norma penale in bianco – si rifa al principio "qui iure suo utitur neminem laedit", e dunque al principio di non contraddizione. Vi sono infatti due norme in conflitto: una che vieta un certo comportamento e l'altra che lo permette. L'articolo 51 risolve il conflitto nel senso che esercitare un diritto previsto da una norma esclude il reato, in quanto si dà la prevalenza al soggetto che è titolare del diritto. La norma è, talvolta, complementare alla precedente (art. 50 c.p.), sul consenso dell'avente diritto: chi è destinatario di un atto di consenso, infatti, ha il diritto ad esercitare una determinata azione, sì che taluno ha affermato che le due fattispecie esaminano lo stesso problema da due punti di vista diversi: dal punto di vista del soggetto attivo, nell'articolo 50; dal punto di vista del soggetto passivo, nell'articolo 51.

Ampiezza e ambito di applicazione della norma

Il termine diritto va riferito non solo ai diritti soggettivi, come pure sostengono alcuni autori e alcune sentenze (Cass. 9250/1982 e 5889/1996), ma, più correttamente, a qualsiasi posizione di potere riconosciuta dall'ordinamento: diritto potestativo, facoltà, potestà, ecc. Quanto alla fonte del diritto, questa non è soggetta al principio di legalità, in quanto l'articolo 51 si limita a riconoscere diritti presenti in altre branche dell'ordinamento; e dunque il diritto può nascere anche da regolamenti, consuetudini, contratti, atti amministrativi, o dal diritto straniero, ecc.

Criteri di risoluzione del conflitto

Qualche autore ha notato la superfluità della norma (infatti nessuno avrebbe dubitato, anche in assenza dell'articolo 51, stante il principio di non contraddizione dell'ordinamento, che l'esercizio di un diritto impedisse il reato).

Per contro, si nota l'assenza di utili indicazioni da parte del legislatore per risolvere il conflitto tra la norma permissiva e quella impeditiva, oltretutto per capire, nel conflitto tra una norma che impone un comportamento e una che corrispondentemente lo vieta, a quale dare la prevalenza. Secondo la dottrina più autorevole la questione va risolta per mezzo di tre criteri:

- gerarchico, la legge superiore prevale su quella inferiore;
- cronologico, la norma successiva prevale su quella antecedente;
- di specialità; la norma speciale prevale su quella generale.

Tuttavia in certi casi i tre criteri ora citati non bastano a dirimere il conflitto, che resta quindi delicata (e incerta) opera dell'interprete, il quale deve bilanciare gli interessi in conflitto per stabilire a quale dare la prevalenza. Questo problema si ripropone in molte delle fattispecie che a lungo hanno tormentato la scienza penale e tuttora costituiscono oggetto di dibattito.

Ad esempio l'attività giornalistica dà il diritto di divulgare notizie riservate altrui ed è noto che superando certi limiti il giornalista può incorrere nel reato di diffamazione; tuttavia i suddetti criteri non forniscono una chiave di risoluzione del problema.

Altro esempio: i genitori hanno il potere di punire i figli a scopo educativo, e oltre certi limiti scatta il reato di maltrattamenti in famiglia, ma mancano dei validi criteri indicatori per capire il limite a partire dal quale il comportamento diventa reato.

L'individuazione dei suddetti limiti nelle fattispecie in questione è stata quindi effettuata dalla giurisprudenza, attraverso iter tortuosi e impossibili da riassumere in poche righe, di cui si può tracciare solo una sorta di bilancio finale complessivo.

Un bilancio, però, che è ben lungi dall'essere definitivo perché, come abbiamo detto, siamo in presenza di una norma penale in bianco, il cui contenuto evolve continuamente in funzione del contenuto e dell'ampiezza dei diritti che vengono riconosciuti ad ogni individuo, dalla legge e dalla giurisprudenza.

Attività giornalistica

Diritti di cronaca

Quando i giornali riferiscono fatti che obiettivamente ledono la reputazione di una persona non ricorre il reato di diffamazione. Riferire fatti altrui rientra infatti nell'ambito dell'esercizio del diritto di manifestazione del proprio pensiero, che è un diritto riconosciuto a livello costituzionale, oltre che da testi di diritto internazionale (oltre all'articolo 21 della Costituzione ricordiamo l'articolo 29 della dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e l'articolo 10 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo e le libertà fondamentali).

E' ovvio, però, che il diritto di cronaca non può essere esercitato senza alcun limite, ma occorre precisarne i contorni in modo definito.

In sintesi possiamo dire che la giurisprudenza è assestata sui seguenti canoni:

- la notizia deve essere vera (o provenire da fonte adeguatamente controllabile);
- deve esistere un interesse pubblico alla sua diffusione;
- l'informazione deve essere esposta in modo obbiettivo e sereno.

Questi limiti sono quelli sanciti recependo gli orientamenti più consolidati della giurisprudenza precedente e della migliore dottrina, fin dalla Cassazione 10.10.1984 (soprannominata, non a torto, il decalogo del buon giornalista e confermata varie altre volte: v. ad es. Cass. 6018/1997).

La giurisprudenza ha inoltre precisato che:

- in tema di diffamazione a mezzo stampa, il limite della continenza, entro il quale deve svolgersi un corretto esercizio del diritto di cronaca e di critica, viene superato quando le informazioni, pur vere, si risolvano - per il lessico impiegato, per l'uso strumentale delle medesime, per la sostanza e la forma dei giudizi che le accompagnano - in un attacco personale e gratuito al soggetto cui si riferiscono: quando cioè, al di là della offensività della notizia e della negativa sua valutazione (che sono scriminate se veritiere e di interesse sociale) si realizzi una lesione del bene tutelato, attraverso il modo stesso in cui la cronaca e la critica vengono attuate;
- in tema di diffamazione aggravata col mezzo della stampa, ciò che conta, ai fini del corretto esercizio del diritto di cronaca e di critica, è che il fatto sia vero e non possono sussistere limiti al diritto di fornire la prova della verità del fatto medesimo. Sicché tale prova può essere fornita od integrata anche per mezzo di documenti successivi alla pubblicazione della notizia ed il cui esatto contenuto fosse eventualmente ignoto all'autore dell'articolo giornalistico (Cass., sez. V, 14.6.1999, n. 7648);
- Cass., sez. V, 2.4.2004, n. 15595, e analogamente Cass., sez. I, 26.6.2003, n. 27778, secondo cui "in tema di diffamazione a mezzo stampa, la condotta del giornalista che, pubblicando il testo di un'intervista, vi riporti «alla lettera» dichiarazioni del soggetto intervistato di contenuto oggettivamente lesivo

- dell'altrui reputazione, è scriminata dall'esercizio del diritto di cronaca a condizione che vi sia un interesse pubblico alla conoscenza di tali dichiarazioni”;
- la scriminante del diritto di cronaca è configurabile qualora la notizia sia vera anche indipendentemente dalla verità del fatto che ne costituisce l'oggetto, purché la notizia stessa sia di interesse pubblico, anche in relazione ai soggetti coinvolti, e sia presentata oggettivamente come tale e non come verità del fatto narrato (Cass. 11897/2010);
 - non sussiste l'esimente in esame ove il giornalista si sia avvalso di uno scritto anonimo (Cass. 7252/1992: nella fattispecie il direttore e il giornalista avevano pubblicato una lettera contenente espressioni offensive e firmata da un non meglio identificato “direttivo ultras Spezia”).

Diritti di critica

Dottrina e giurisprudenza distinguono poi il diritto di cronaca da quello di critica. Se infatti la cronaca è il resoconto di un fatto, e quindi è legittimo attendersi un certo margine di oggettività e imparzialità, la critica (che rientra senz'altro tra le forme di manifestazione del pensiero tutelate dall'articolo 21 della Costituzione) è per sua natura soggettiva.

I limiti della critica sono quindi più elastici rispetto a quelli della cronaca, e chi esercita tale diritto deve rispettare questi limiti:

- correttezza del linguaggio,
- rispetto dei diritti altrui,
- interesse pubblico o sociale della critica,
- motivazione della critica, nel senso che il giudizio negativo, il dissenso, il disvalore, eventualmente espressi nell'articolo, libro o saggio, devono essere motivati.

“Non costituisce legittimo esercizio del diritto di critica satirica e non può, quindi, valere come scriminante del reato di diffamazione, quello che, trascendendo l'ambito di una interpretazione che, per quanto esasperata e financo maliziosa di un accadimento reale, sia comunque volto a suscitare l'ilarità dei destinatari del messaggio, finisca per risolversi in allusioni, gratuitamente offensive, a fatti inesistenti o a condotte asseritamente lesive di doveri funzionali, come nel caso di magistrati del pubblico ministero il cui comportamento venga presentato come clamorosamente antitetico rispetto al connotato di imparzialità che, pur nella logica particolare della parte pubblica, deve comunque costituzionalmente ispirare l'azione degli uffici del pubblico ministero, se non altro per la loro esclusiva soggezione alla legge” (Cass., sez. V, 9.10.2001, n. 36384).

La critica deve comunque basarsi su una corretta e veritiera riproduzione della realtà fattuale (Cass. 9373/2006 e 12807/2005)

Lo ius corrigendi e la disciplina familiare

Nell'ambito dei rapporti familiari i genitori hanno il cosiddetto "ius corrigendi"; cioè il diritto di esercitare la potestà, che si può manifestare in comportamenti che normalmente possono costituire un reato, come percosse, limitazioni alla libertà personale, offese, ecc.

Tale facoltà si desume anche dall'articolo 571 c.p., il quale incrimina l'abuso dei mezzi di correzione, venendo implicitamente ad ammettere che l'uso di essi sia legittimo.

La stessa facoltà spetta anche a coloro che sui minori svolgono un'attività di vigilanza o educazione, mentre non spetta al terzo che esercita tale potere per una situazione momentanea e contingente (ad esempio l'amico di famiglia che porta il bambino a fare una passeggiata). In quest'ultimo caso possono solo ipotizzarsi – ricorrendone gli estremi – i casi della legittima difesa o dello stato di necessità.

La giurisprudenza esclude la possibilità di invocare lo ius corrigendi anche nel caso di offesa arrecata dal marito alla moglie, posto che l'ordinamento giuridico non riconosce un simile potere del primo nei confronti della seconda.

In tema di ingiuria in ambito lavorativo, il potere gerarchico, disciplinare e di sovraordinazione padronale consente di richiamare, ma non di ingiuriare il dipendente lavoratore, legittimando anche richiami duri e perentori, non sanzionabili soltanto se mantenuti nei limiti della correttezza e del rispetto della dignità umana. Esula, quindi, da ogni potestà disciplinare, astrattamente configurabile anche nei rapporti di lavoro come ius corrigendi, l'uso di espressioni che, per la forma univocamente e manifestamente offensiva o per la valenza mortificatrice del contenuto, travalichino ogni finalità correttiva e disciplinare (Cass., sez. V, 9.7.1997, n. 6603).

Gli offendicula e la difesa della proprietà

La tematica degli offendicula attiene anche alla legittima difesa, mentre alcuni autori la trattano nell'ambito delle scriminanti non codificate. Gli offendicula sono mezzi di difesa preventiva della proprietà: vetri sporgenti, punte aguzze sui cancelli, ecc. Il proprietario in tal caso non risponde degli eventuali danni cagionati a colui che tenterà di entrare nella sua proprietà. Anche qui, però, secondo la dottrina, occorre una certa proporzione tra offesa e difesa: non è legittimo porre armi da fuoco automatiche a difesa di un pollaio, ma lo stesso comportamento può diventare lecito se la difesa concerne le cassette di sicurezza di una banca.

Quando il mezzo usato è altamente lesivo, secondo la giurisprudenza, occorre dare adeguata pubblicità ad esso e il mezzo stesso non deve essere insidioso.

In conclusione, gli offendicula sono leciti quando hanno i seguenti caratteri:

1. la loro lesività sia proporzionata al bene da difendere: la giurisprudenza della Suprema Corte di cassazione ha evidenziato, in proposito, come limiti posti alla causa di giustificazione dell'esercizio di un diritto, ed in particolare di quello di proprietà, ed all'utilizzazione degli offendicula concernono anche gli animali. L'esigenza di un bilanciamento di interessi che deriva dall'esercizio di un diritto, essendo lo stesso limitato dalla compresenza di altri, aventi eguale o differente

forza, comporta di ritenere lecito l'uso degli offendicula nei limiti in cui i medesimi appaiono necessari per la difesa di quel diritto e solo qualora non vi sia la possibilità di utilizzare altri mezzi meno o per nulla dannosi, intendendo la pericolosità di questi strumenti nel senso di essere capaci di attentare gli interessi protetti dalla norma incriminatrice con un differente grado, onde occorre scegliere sempre quello che è capace di produrre un danno minore (Cass., sez. III, 19.12.1994, n. 12576);

2. siano forniti di adeguata pubblicità (quindi sono proibiti i cosiddetti offendicula insidiosi): affinché la difesa del diritto mediante il ricorso agli offendicula possa ritenersi consentita, occorre che gli stessi non siano - di per sé e per loro stessa natura - idonei a cagionare eventi di rilevante gravità, come le lesioni personali o la morte di colui che il diritto protetto aggredisce. Se, invece, si tratta di strumenti che abbiano un'intensa carica lesiva e siano, dunque, idonei a cagionare conseguenze dannose all'incolumità personale, occorre - per l'applicazione della causa di giustificazione di cui all'art. 51 c.p. - effettuare, anzitutto, un giudizio di raffronto e di proporzione fra il bene difeso ed aggredito e quello offeso ed, altresì, accertare se la presenza degli offendicula era stata debitamente segnalata ed evidenziata, in modo che l'aggressore potesse e dovesse conoscere il pericolo al quale volontariamente si esponeva;
3. consentano di salvaguardare eventuali terzi non aggressori.

Altre ipotesi

Il diritto di esercitare le proprie convinzioni religiose non può arrivare fino al limite di compromettere un altro diritto costituzionalmente tutelato, come quello della salute, specie se la salute riguarda un'altra persona (con riferimento ai genitori testimoni di Geova che rifiutavano la trasfusione di sangue per il figlio (Cass. 667/1984).

Il ministro del culto cattolico che somministra i sacramenti ad un latitante e celebra la messa all'interno del suo nascondiglio non commette il reato di favoreggiamento, perché tale condotta è scriminata dal diritto del sacerdote di esercitare le sue funzioni nei confronti di chiunque, diritto esplicitamente riconosciuto dalle norme concordatarie e dal diritto canonico (Corte d'appello Palermo 8.7.2000).

Il diritto di sciopero va esercitato senza ledere le altre libertà costituzionalmente garantite, come quella di non intendono scioperare; non giustifica pertanto la violenza o altro comportamento diretto ad impedire l'accesso al posto di lavoro e che riveste il carattere di reato (Cass. 1979/1983).

Si è al di fuori dall'esercizio del diritto alla libertà religiosa quando la scelta operata dai genitori di non operare una trasfusione di sangue ha provocato la morte del figlio (Cass. 667/1984). Valentina Abu Awwad

L'OBIEZIONE DI COSCIENZA NELL'ATTIVITÀ SANITARIA

(Rivista italiana di medicina legale, 2012, fasc. 2, pag. 403-423)

1. La tutela costituzionale della libertà di coscienza.

La nostra Costituzione, a differenza di quanto accade in altri ordinamenti, come ad esempio l'ordinamento tedesco 1), non contiene un esplicito riferimento alla tutela della libertà di coscienza. Nessuno dubita, tuttavia, che tale prerogativa trovi comunque riconoscimento nella Carta fondamentale 2). Le perplessità in merito alla previsione di una tutela costituzionale della libertà di coscienza si riducono, quindi, all'individuazione della norma a cui fare riferimento. A tal riguardo, viene anzitutto richiamato il principio personalista di cui all'art. 2 Cost., interpretato quale clausola aperta di adeguamento automatico destinata ad accogliere e costituzionalizzare ogni interesse della persona che si affermi quale esigenza inviolabile 3). Taluni richiamano altresì l'art. 13 Cost., norma posta a salvaguardia della libertà, per così dire, della mente e del corpo, comprensiva quindi della libertà di coscienza, nella duplice dimensione di libertà di non ricevere imposizioni nella formazione dei propri convincimenti e di tenere comportamenti esterni secondo i dettami della propria coscienza 4). Per altri, la libertà di coscienza trova copertura costituzionale nell'art. 19 Cost., in quanto la libertà religiosa non può non comprendere la libertà di coscienza, che ne costituisce la necessaria premessa logica e valoriale 5). Per altri ancora, l'aggancio alla Carta Costituzionale andrebbe individuato nella lettura sistematica degli artt. 2, 19 e 21 Cost. 6). O, ancora, nell'art. 9 CEDU, per il tramite dell'art. 10 Cost. o nell'art. 10 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 7 dicembre del 2000 laddove tali disposizioni prevedono che ogni individuo abbia diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione.

La libertà di coscienza si fonda sul riconoscimento della libertà individuale, sul diritto all'autodeterminazione da parte di ogni persona e, quindi, sul riconoscimento giuridico di quegli atteggiamenti che si esplicano nel rifiuto di adempiere a precetti obbligatori dell'ordinamento giuridico in virtù di idee e valori soggettivi 7). E ciò in quanto la libertà di coscienza non può ammettere che si tuteli solo la sua libera formazione, ma pretende che tale libertà si esteriorizzi ed il soggetto possa agire conformemente al 'proprio io' 8). In questo senso, può affermarsi che l'obiezione di coscienza è una forma di attuazione del più ampio diritto di libertà di coscienza, in quanto, attraverso il suo esercizio, l'individuo proietta nel mondo esterno la propria identità personale, le proprie più profonde convinzioni 9).

2. L'obiezione di coscienza: nozione e contenuto.

L'obiezione di coscienza, dal latino *obiecto*, derivato di *obicere* che significa "gettare contro", costituisce dunque una forma di resistenza individuale alla legge, in quanto il soggetto obiettore si vuole sottrarre, in ragione del proprio foro interno, ad un obbligo giuridico, la cui inosservanza è penalmente sanzionata dall'ordinamento 10). Il critico rapporto esistente fra libertà di coscienza ed obbedienza alla legge penale, ossia l'antinomia potenziale fra la disposizione incriminatrice ed i vincoli cui il soggetto ritenga di non potersi sottrarre, determina quello che si è soliti qualificare come il "dilemma di Antigone" 11). Affinché la scelta del singolo possa ritenersi giuridicamente rilevante, l'obiezione di coscienza deve quindi esprimere un conflitto interno alla singola coscienza fra la *lex fori* e la *lex poli*. La *lex fori* deve esprimere

una scelta che, pur essendo espressione di una libera decisione individuale (c.d. carattere individuale dell'obiezione di coscienza), deve essere diretta ad universalizzare l'opzione alternativa invocata (c.d. carattere pubblico dell'obiezione di coscienza), con effetti che necessariamente devono ricadere nella sfera giudica dell'obietto (12). Invero, la lex poli deve concretarsi in un obbligo giuridico avente come oggetto un determinato fare, rispetto al quale la condotta dell'obietto assume i tratti di un'astensione che, facendo venir meno la collaborazione dell'obbligato, impedisce all'ordinamento di conseguire l'obiettivo che si era prefissato mediante la predisposizione del precetto (13). Siffatto conflitto viene per lo più definito in termini di conflitto improprio, in quanto trattasi di contrasto fra una norma giuridica (la norma incriminatrice) e una norma extragiuridica (la norma morale) (14).

Quanto a contenuti e motivazioni, l'atto di obiezione deve inerire ad orientamenti etici la cui pratica è vissuta dall'individuo come un aspetto necessario della propria dignità e della propria autostima (self-respect) (15). In altri termini, è importante che le convinzioni siano etiche e morali, a prescindere dalla loro matrice religiosa o laica, essendo il diritto all'obiezione di coscienza compatibile con entrambe le visioni. Per vero, mentre la convinzione a carattere religioso difende una verità morale oggettiva alla quale la coscienza dovrebbe uniformarsi, la convinzione laica difende credenze soggettive che l'individuo ritiene di non poter smentire con l'azione, senza con ciò tradire la propria autenticità e identità (16).

In questa prospettiva, giova osservare come il settore medico appaia più di altri esposto a conflitti di coscienza proprio a causa dello stretto legame sussistente fra pratiche mediche e questioni esistenziali (17). In particolare, l'importanza di riconoscere dignità alle scelte dell'obietto origina dalla particolare rilevanza dei beni con i quali le professioni sanitarie necessariamente vengono a confrontarsi (vita, salute, dignità umana, autodeterminazione del paziente) e dalla non sempre facile "compatibilità" tra le diverse istanze sottese a tali beni; dai progressi della scienza e della tecnica nell'ambito biologico e medico che, accrescendo le potenzialità di manipolazione dell'ordine naturale e della stessa vita umana dalle origini alla fine, finiscono per sollecitare interrogativi etici sempre più pressanti (18). In particolare, il venir meno della prospettiva paternalistica e l'affermarsi del paradigma consensualistico nella gestione del rapporto terapeutico impongono all'atto medico un orientamento che tenga conto anche delle espressioni di autodeterminazione del paziente, le quali potrebbero essere animate da motivazioni od opzioni valoriali non condivise dal sanitario. Per tale ragione, in quest'ambito, il numero di soggetti che considerano superati i limiti di accettabilità e di tolleranza delle prassi biomediche, pur normativamente legittimate, è destinato a crescere e, di conseguenza, il numero di soggetti obiettori di coscienza (19). In questo senso, in dottrina, si parla di una vera e propria "emergenza etica" collocata all'interno di una realtà sociale divisa quanto a scala di valori (20).

3. Il riconoscimento normativo dell'obiezione di coscienza in materia di interruzione volontaria della gravidanza e di procreazione medicalmente assistita.

In ambito sanitario, il legislatore ha dato copertura normativa all'obiezione di coscienza 21), quantomeno in riferimento alle ipotesi tradizionali di interruzione volontaria della gravidanza (l. 22 maggio 1978, n. 194) 22) e fecondazione medicalmente assistita (l. 19 febbraio 2004, n. 40 23)). In tali previsioni il legislatore ha tradotto positivamente i termini del conflitto tra beni costituzionali, bilanciando i contrastanti doveri o beni di rilievo costituzionale e graduandone la possibilità di realizzazione in modo da non arrecare pregiudizio ad altri beni di rango costituzionale 24). Infatti, un bilanciamento normativo è imprescindibile soprattutto laddove l'obiezione di coscienza abbia « un ampio spettro di diffusione » e riguardi « persone che ricoprono funzioni pubbliche », ossia soggetti « in linea di principio legati da doveri di ruolo » che dando attuazione alle proprie personali istanze recano pregiudizio ad interessi di soggetti terzi 25).

In materia di interruzione di gravidanza, l'art. 9, L. 194/1978 prevede che “il personale sanitario ed esercente le attività ausiliarie non (sia) tenuto a prendere parte alle procedure di cui agli articoli 5 e 7 ed agli interventi per l'interruzione della gravidanza quando sollevi obiezione di coscienza”. La suddetta previsione riconosce il diritto all'obiezione di coscienza entro determinati limiti e nel rispetto di specifiche modalità di esercizio. In primo luogo, l'esonero del personale sanitario si riferisce alle sole attività specificatamente e necessariamente dirette a determinare l'interruzione di gravidanza, ma non all'assistenza antecedente e conseguente all'intervento. In secondo luogo, sotto il profilo delle modalità di esercizio, l'esonero presuppone che il sanitario con una dichiarazione preventiva (con effetti posticipati) affermi di volersi avvalere di tale clausola di coscienza, così da consentire la sostituzione del soggetto obiettore con altri soggetti non obiettori 26). I limiti oggettivi all'obiezione di coscienza sono posti, come sopra accennato, dalla linea di demarcazione fra “attività specificatamente e necessariamente diretta a determinare l'interruzione della gravidanza” ed assistenza “antecedente o successiva all'intervento”, quest'ultima non coperta dalla clausola di coscienza 27). In particolare, secondo parte della dottrina, il requisito della specificità impone di valutare l'atto al fine di considerare se esso sia in concreto da riferire univocamente ad un intervento di interruzione volontaria della gravidanza: in astratto, infatti, un intervento potrebbe attenere ad una pluralità di interventi ma risultare specifico soltanto qualora sia attuato nell'ambito di un protocollo di interruzione della gravidanza. Secondo altra parte della dottrina, invece, il requisito della specificità dovrebbe essere valutato in astratto e, pertanto, le attività specificatamente volte alla interruzione della gravidanza sarebbero soltanto quelle che, in linea di massima, non potrebbero essere correlate ad ogni tipo di trattamento 28). Il requisito della necessità circoscrive le azioni oggetto di obiezione a quelle, in assenza delle quali, l'intervento non potrebbe essere realizzato. Sulla base di queste considerazioni la giurisprudenza è giunta, ad esempio, ad escludere la possibilità per un'ostetrica di sollevare obiezione di coscienza in relazione all'effettuazione di un elettrocardiogramma o alla predisposizione del campo sterile necessari alla pratica di un aborto, con conseguente condanna di chi si era astenuto da tali prestazioni per il reato di omissione d'atti d'ufficio ex art. 328 c.p. 29).

Dal punto di vista temporale, la norma esclude la possibilità di rifiutare la prestazione a cui il personale sanitario sarebbe obbligato per attività di assistenza antecedenti e successive all'interruzione della gravidanza. Tale affermazione significa a contrario che l'obiezione di coscienza può essere invocata solo in relazione ad attività di assistenza posta in essere durante l'intervento: in tale fase, infatti, anche un mero atto assistenza è da considerare come specificatamente e necessariamente correlato all'intervento di aborto. In ogni caso, giova ricordare che la normativa de qua prevede l'obbligo per il personale medico obiettore di coscienza di garantire la prestazione sanitaria qualora la stessa, in considerazione della particolarità della circostanza, si riveli "indispensabile per salvare la vita della donna in imminente pericolo di vita" 30).

L'art. 16 della legge 40/2004 regola l'obiezione di coscienza nella procreazione medicalmente assistita in modo analogo a quanto previsto dalla legge sull'interruzione volontaria della gravidanza, con corrispondenze anche letterali con l'art. 9 l. 194/1978, tanto che la normativa in questione ha mantenuto persino il riferimento al personale "esercitante le attività sanitarie ausiliarie" sebbene tale dizione sia stata abolita dalla legge 26 febbraio 1999, n. 42 recante "Disposizioni in materia di professioni sanitarie". Più specificatamente, l'art. 16 della legge sulla procreazione medicalmente assistita prevede che il personale sanitario 31) debba comunicare il proprio esonero dallo svolgimento di determinate attività con dichiarazione preventiva ("entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge") o successiva (ossia al di fuori dei termini di cui al comma 1, con effetti differiti di un mese dalla presentazione della comunicazione 32)); tale esonero riguarda soltanto le procedure e le attività specificatamente e necessariamente dirette a determinare l'intervento ma non l'assistenza antecedente e conseguente l'intervento. La norma non contiene, a differenza l. 194/78, una disposizione che preveda l'impossibilità per il personale sanitario ed esercitante le attività ausiliarie di invocare l'obiezione di coscienza quando, data la particolarità delle circostanze, il loro personale intervento sia indispensabile per salvare la vita della donna in imminente pericolo. Tuttavia è da considerarsi pacifico che, anche in materia di procreazione medicalmente assistita, restino obbligatori interventi a carattere salvifico funzionali ad una generica esigenza di tutela della salute della donna.

4. Profili penali connessi alle ipotesi di obiezione di coscienza "secundum legem".

Qualora, come nei casi sopra riportati, l'obiezione di coscienza sia prevista ex lege e, quindi, sia estrensicazione di un diritto conferito per legge, il comportamento che viola il precetto penale non risulta punibile in quanto esercizio del diritto della libertà di coscienza 33). Pertanto, il comportamento di astensione, a determinate condizioni consentito dalla legge, non costituisce reato in virtù dell'operare della scriminante di cui all'art. 51 c.p. poiché rispondente all'esigenza di salvaguardare valori diversi, e nel caso specifico, contrapposti rispetto a quelli sanzionati nella fattispecie tipica di reato 34). Tale tesi non è tuttavia condivisa da quella parte della dottrina che ritiene il comportamento in oggetto estraneo ab origine al precetto penale, essendo tenuto in assenza di un obbligo penalmente sanzionato di svolgere le funzioni sanitarie o di

presentare servizio 35). In ogni caso, non vi sono dubbi circa la non punibilità del soggetto che si sottrae all'obbligo giuridico di compiere attività specificatamente e necessariamente volte a realizzare interventi di interruzione della gravidanza o di procreazione medicalmente assistita, avvalendosi delle clausole di coscienza previste dalle rispettive normative.

Potrà, ovviamente, residuare una responsabilità penale a carico dell'obiettore che superi i limiti e le condizioni entro i quali può essere sollevata obiezione di coscienza. Si tratta di casi giurisprudenziali in cui, ad esempio, l'infermiere si astenga dall'attività di assistenza successiva all'intervento, avendo erroneamente qualificato l'attività posta in essere come diretta e specifica rispetto all'aborto o del soggetto che, pur non rivestendo la qualifica formale di personale sanitario, si avvalga per errore della clausola di obiezione di coscienza ritenendosi legittimato a tale comportamento. In tali situazioni, la responsabilità del sanitario (o del soggetto che non rivesta tale qualifica) potrà essere esclusa dando al più rilievo all'eventuale errore sulla scriminante quale errore sul precetto 36); non è, tuttavia, su una siffatta problematica, pur di grande interesse, che intendiamo soffermare la nostra attenzione 37).

5. Esercizio del diritto all'obiezione di coscienza al di fuori di previsioni legislative "autorizzative". I limiti della scriminante di cui all'art. 51 c.p..

Di più difficile soluzione sono le numerose ipotesi di obiezione di coscienza non codificate, rispetto alle quali è acceso il dibattito in merito alla necessità o meno che vi sia una *interpositio legislatoris*. In assenza di specifiche leggi autorizzanti non vi sono, infatti, che due soluzioni 38): o riconoscere il diritto di obiezione anche *sine lege*, a condizione che il suo esercizio avvenga entro certi limiti e nel rispetto di alcune specifiche modalità 39); oppure ritenere imprescindibile un'interposizione legislativa 40).

Secondo una parte della dottrina, l'obiezione di coscienza acquisisce rilievo solo se prevista e, quindi, legittimata dal legislatore. In quest'ottica l'obiezione di coscienza troverebbe nella Costituzione solo una tutela mediata e di principio 41). Premessa di questa impostazione, assecondata dalla stessa giurisprudenza costituzionale, è che la libertà di coscienza necessiti di una delicata opera del legislatore diretta da un lato, ad operare un bilanciamento, altrimenti impossibile, con contrastanti doveri o beni di rilievo costituzionale e dall'altro, a graduarne la possibilità di realizzazione in modo da non arrecare pregiudizio al buon andamento delle strutture organizzative e dei servizi di interesse generale 42).

La predetta tesi è criticata da chi sostiene che il diritto all'obiezione di coscienza costituisca un diritto umano costituzionalmente garantito e direttamente azionabile anche in mancanza di una previsione normativa che ammetta il comportamento omissivo del soggetto obiettore. In base a questo orientamento, addirittura, un reale problema di obiezione di coscienza, evocativo delle premesse costituzionali più volte citate, sorgerebbe soltanto nei casi *contra legem*, ossia quando l'armonizzazione tra la *lex fori* e la *lex poli* non sia già stata compiuta per legge (c.d. obiezione di coscienza *secundum legem*) 43). Questa tesi è tuttavia ritenuta plausibile solo ove si precisi che

il diritto all'obiezione di coscienza deve comunque essere subordinato al rispetto di determinate condizioni. In particolare, l'obiezione di coscienza a) non deve essere fondata su principi palesemente incostituzionali b) deve essere ispirata ad un criterio di ragionevolezza, nel senso che non può essere alimentata da indifferenziati soggettivismi della coscienza ed eccentricità individuali; c) i beni in conflitto devono essere ponderati dal giudice, in quanto la libertà di coscienza deve essere bilanciata con altri valori costituzionali di uguale rango. In questo senso, l'habitat naturale dell'obiezione di coscienza diviene quello della giurisprudenza e compito del giudice quello di bilanciare gli interessi in gioco, valutando quando debba essere data prevalenza all'opzione assunta dalla coscienza e quando, invece, debbano predominare altri interessi sociali effettivamente coinvolti nelle circostanze concrete 44).

È del resto pacifico, anche per i sostenitori di siffatto orientamento, che, pur in presenza dei suddetti requisiti, l'esercizio del diritto di obiezione di coscienza non risolve interamente la questione della invocabilità della scriminante di cui all'art. 51 qualora il comportamento dell'obiettore sia tale da ledere interessi fondamentali propri della persona umana. Due sono infatti i limiti a cui è soggetto l'esercizio del diritto di libertà di coscienza, come diritto di fonte costituzionale: un limite (interno) connesso alla stessa ratio essendi del diritto ossia all'esatto ambito di operatività della norma che lo configura e un limite (esterno) ricavabile dal complesso di norme di cui fa parte la norma che attribuisce un diritto, e derivante dal bilanciamento con altri interessi di rango costituzionale 45). Più specificatamente, il limite interno comprende non solo la possibilità di formazione di una libera coscienza, ma la libertà di agire secondo le proprie personali convinzioni; il limite esterno deriva dal bilanciamento con controinteressi di rango costituzionale tutelati dall'oggettività della fattispecie incriminatrice.

5.1. Segue : l'individuazione degli interessi giuridici in conflitto.

Nel caso specifico dell'obiezione esercitata dal personale sanitario, il bene-libertà di coscienza si trova a dover essere ponderato con altri beni costituzionalmente rilevanti, come il bene-salute (da intendersi in senso lato alla stregua di benessere psico-fisico globale della persona) o, in gran parte dei casi, con il valore dell'autodeterminazione del paziente 46). In questo caso, l'esercizio del diritto di libertà di coscienza, urtando con diritti prevalenti, non acquisisce alcuna efficacia scriminante: l'astensione dall'attività giuridicamente obbligatoria per il sanitario è idonea a giustificare il fatto di reato, soltanto laddove l'offesa non ecceda i confini entro i quali il sacrificio dei beni coinvolti dall'esercizio del diritto è da ritenersi congruo e proporzionato 47). Tale tesi può tuttavia essere sostenuta soltanto a condizione che sia evitato l'equivoco di bilanciare i beni in gioco avendo riguardo non al bene giuridico-libertà di coscienza ma al bene sotteso all'esercizio di tale libertà. Quest'ultima affermazione può essere meglio compresa laddove si consideri l'ipotesi di obiezione di coscienza all'aborto: il bene salute della donna che richiede la prestazione sanitario ex art. 32 Cost. non deve essere comparato con il diritto alla vita dell'embrione tutelato dal sanitario attraverso la propria omissione bensì sic et simpliciter con il bene della libertà di coscienza

facente capo a quest'ultimo 48). Vero è che il diritto all'obiezione di coscienza è riconosciuto solo laddove non si fondi su valori incostituzionali ed irragionevoli (v. sopra requisiti a e b), ma è altrettanto innegabile che tale valutazione non possa risolversi in un sindacato circa la motivazione addotta, e tale da negare alla libertà di coscienza il rango di bene giuridico a sé stante. E ciò anche in considerazione del fatto che le esigenze di tutela reale di un ordinamento giuridico, ossia corrispondenti oggettivamente ad interessi meritevoli di protezione, non sempre potrebbero coincidere con le opinioni presenti all'interno di una collettività 49). Diversamente argomentando, la libertà di un individuo di agire secondo i propri convincimenti sarebbe estesa o compressa sulla base di una scala di valori del tutto soggettiva e relativa, dando luogo ad « una ingiustificata diversità di attuazione di uno stesso fondamentale principio di libertà, che finirebbe così per non essere pienamente riconosciuto come tale, come principio, cioè dell'ordinamento» 50). In sostanza, deve escludersi che lo specifico interesse sotteso alle convinzioni personali dell'obietto sia rilevante per stabilire la sfera di prevalenza fra gli interessi giuridici oggetto del giudizio di bilanciamento. Al più la rilevanza di tale interesse dovrà essere presa in considerazione per determinare il quantum di pena applicabile (v. infra).

Orbene, una siffatta impostazione, pur essendo pienamente condivisibile, esige tuttavia di essere accompagnata da ulteriori chiarimenti e precisazioni, essendo anch'essa spesso viziata da apriorismi di fondo che finiscono per compromettere la correttezza dell'intero ragionamento. A tal proposito, giova sottolineare come gli interessi coinvolti siano da un lato, la libertà di coscienza, da considerarsi come bene giuridico a sé stante, dall'altra il bene giuridico leso dal comportamento omissivo del soggetto e ricostruito alla luce del fatto tipico di reato integrato dal comportamento criminoso dell'agente 51). Si pensi, ad esempio al rifiuto del personale sanitario di fornire, per motivi di coscienza, la prestazione richiesta. La norma penale che viene in considerazione è l'art. 328 c.p.: la condotta incriminata consiste infatti nel rifiuto "indebito" di compiere atti di ufficio qualificati in vista di obiettivi normativamente specificati, ossia « per ragioni di giustizia o di sicurezza pubblica, o di ordine pubblico o di igiene o di sanità» 52). Ebbene, in questa prospettiva, l'oggetto di tutela penale di tale reato è rappresentato dalla garanzia del regolare funzionamento dell'attività amministrativa e, nello specifico, dalla garanzia di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, da intendersi come erogazione di servizi a tutela dei più fondamentali diritti individuali e collettivi 53).

L'imparzialità e il buon andamento della pubblica amministrazione, lungi dall'esprimere un mero criterio organizzativo "interno" alla pubblica amministrazione o dall'essere meramente strumentali alla protezione di altri più rilevanti interessi, rappresentano, già in quanto tali beni finali la cui tutela si giustifica in sé. In base a tale preliminare rilievo è possibile quindi constatare come sia errato, in presenza di un reato contro l'amministrazione della pubblica amministrazione, individuare i contrapposti interessi esclusivamente in funzione del bene facente capo al singolo cittadino piuttosto che in funzione del "bene istituzionale" facente capo allo Stato 54).

Tornando, quindi, a titolo esemplificativo, al caso del comportamento omissivo del sanitario in materia di aborto, il bene libertà di coscienza non deve essere temperato (soltanto) con il bene salute della donna che richiede la prestazione sanitaria rilevante ex art. 32 Cost., bensì (anche) con il bene dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa.

È allora proprio in quest'ottica che si può comprendere perché, al di fuori delle previsioni di legge, il rifiuto del sanitario di adempiere ad un obbligo giuridico connesso ad una sua funzione pubblicistica, avente causa psicologica in motivi di coscienza, non possa assumere alcuna efficacia scriminante. Riconoscere la facoltà di orientare l'azione amministrativa alle pulsioni della coscienza individuale, significherebbe negare alla radice l'operatività dei criteri – invece espressamente costituzionalizzati – dell'imparzialità, del buon andamento e dell'orientamento verso un interesse pubblico della pubblica amministrazione. Detto diversamente, nel momento in cui la Costituzione dichiaratamente prescrive che l'attività della pubblica amministrazione non è soggetta ad una "libera discrezionalità" dei pubblici funzionari, ma deve ritenersi vincolata soltanto alla legge, che a sua volta deve garantire dinamiche amministrative rigorosamente orientate ad imparzialità, efficienza e garanzia del miglior temperamento degli interessi in gioco, è come se implicitamente, ma fortemente negasse, in questo settore almeno, ogni valore "normativo" alla lex fori del singolo funzionario, in quanto non solo occasionalmente, ma strutturalmente, per così dire, incompatibile con la definizione di quei parametri. Fermo restando che detti parametri costituzionali, a stretto rigore, mirano a dirigere l'andamento della pubblica amministrazione, possono, al più, riconoscersi spazi per un'obiezione di coscienza scriminante in tutti quei casi in cui l'astensione non alteri le dinamiche amministrative, o perché attuata da chi di esse non è ancora e/o direttamente responsabile (si pensi al cittadino che, per motivi di coscienza, rifiuta a priori di assumere il ruolo di giurato), o perché la normativa che regola il settore interessato attribuisce gli strumenti per un'efficace e pronta "sostituzione" della prestazione omessa.

5.2. Segue : la rilevanza della qualifica soggettiva di pubblico ufficiale od esercente un servizio di pubblica utilità.

I rilievi da ultimo accennati offrono l'occasione per ricordare come ad una siffatta conclusione fosse già pervenuta, sia pure sotto un differente punto di vista, quella parte della dottrina secondo cui vi sarebbe inconciliabilità ontologica fra titolarità di una pubblica funzione e diritto all'obiezione di coscienza come causa di giustificazione (55). Tale orientamento, com'è facile capire, si fonda sulla convinzione che chi svolge una funzione pubblica non possa pretendere di godere della medesima libertà di esteriorizzare il proprio pensiero che, invero, dovrebbe essere garantita al cittadino comune contro il detentore del potere (56). Diversamente opinando, coloro che esercitano funzioni pubbliche o comunque servizi di utilità generale sacrificerebbero le suddette funzioni e i fondamentali interessi pubblici ai propri convincimenti interiori, venendo meno al dovere inderogabile di solidarietà politica, economica e

sociale (art. 2 Cost.) che rappresenta proprio uno dei limiti generali all'operatività dell'istituto dell'obiezione di coscienza 57). In questa prospettiva, è escluso che la tutela della coscienza individuale delle persone legate da doveri di ruolo possa risolversi in un danno nei confronti di terzi 58).

Sotto un differente angolo visuale, non si può non osservare come coloro che hanno scelto di assumere il pubblico ufficio, pur nella piena consapevolezza di dover svolgere funzioni contrastanti con il proprio foro interno, si sono esposti volontariamente al rischio di un conflitto interiore e consapevolmente hanno assunto tale eventualità come «una sorta di rischio professionale indeclinabile» a cui non potrebbero sottrarsi senza incorrere nella sanzione penale 59).

Pertanto, laddove manchi una disposizione legislativa ad hoc attributiva del diritto di sollevare obiezione di coscienza, agli esercenti pubblici funzioni od servizio di pubblica utilità del diritto non potrà essere consentito di omettere l'adempimento richiesto al solo scopo di riaffermare propri imperativi morali. D'altro canto, anche qualora l'esigenza di rifiutare per motivi di coscienza l'adempimento dei propri doveri di ruolo sorga nella sfera interiore del pubblico ufficiale in una fase successiva all'inizio di una determinata attività, il pubblico ufficiale potrà rinunciare all'incarico, non prima, tuttavia, di aver compiuto l'atto il cui mancato esercizio esporrebbe la parte interessata ad un pregiudizio 60).

In breve: dall'insieme di tali riflessioni è evidente che, in assenza di una norma a livello ordinario che autorizzi il comportamento omissivo, non è possibile, sulla base di una semplice mediazione tra "principi generali" e precetti costituzionali, riconoscersi valore esimente all'esercizio del diritto alla libertà di coscienza da parte del medico o del personale sanitario-ausiliario, con conseguente ricaduta del "fatto di coscienza" nell'ambito di applicazione di una fattispecie tipica di reato 61). Pertanto, soltanto attraverso la previsione di eccezioni alla legge comune – corredate da accorgimenti logistici e procedurali volti a garantire che comunque il "servizio pubblico" di riferimento venga garantito agli utenti – risulta possibile superare il conflitto fra gli interessi in gioco nel rispetto delle diverse posizioni 62). Una volta chiarito, in termini generali, il ristretto ambito di rilevanza che assume, quantomeno nel settore sanitario, l'obiezione di coscienza come diritto scriminante, è necessario esaminare, in termini più specifici, se vi siano ulteriori ipotesi di obiezioni di coscienza che, pur non apparendo prima facie codificate, siano riconducibili (in base ad un'assimilazione dei metodi farmacologici ai metodi interruttivi della gravidanza) al medesimo ambito di applicazione delle clausole di coscienza disciplinate per legge (specificatamente l'art. 9 l. 194/1978), così da configurare tale ipotesi come esercizio di una facoltà concessa ex lege.

6. L'obiezione di coscienza del medico all'aborto farmacologico.

Tra le nuove forme di obiezione di coscienza in relazione a pratiche abortive realizzate con modalità diverse da quelle previste dalla legge sull'interruzione volontaria della gravidanza merita segnalare, in particolare, due ipotesi.

In primo luogo, l'obiezione di coscienza concernente l'uso della pillola avente la sigla RU486 63). Si tratta di un farmaco che può essere assunto fino a sette settimane dopo la gestazione ed è ritenuto pacificamente abortivo, provocando l'eliminazione della mucosa uterina e dell'embrione che vi sia annidato. Per questo l'utilizzo di questo medicinale è ospedalizzato e non ne è consentita la vendita al pubblico nelle farmacie (con esclusione del problema di obiezione di coscienza del farmacista alla vendita del farmaco) 64). In questo caso, non vi sono dubbi circa la riconducibilità dell'utilizzo di questo farmaco alla disciplina generale di cui alla legge 194/1978 e, in particolare, alle procedure contemplate dalla legge e alla norma che prevede la tutela del diritto di obiezione di coscienza in favore del personale sanitario ed esercente attività ausiliarie 65). Il sanitario, dunque, non è punibile laddove desista dal prescrivere il farmaco, invocando la clausola di coscienza di cui all'art. 9 della legge sull'aborto.

Un problema parzialmente diverso e, senza dubbio più complesso, pone invece il medicinale a base di levonorgestrel comunemente conosciuto con il nome di "pillola del giorno dopo". Trattasi di un contraccettivo d'emergenza da assumersi non oltre le 72 ore dalla consumazione di un rapporto sessuale. Al fine di valutare la configurabilità di una responsabilità penale in capo al medico, il primo interrogativo che deve essere sciolto è se esista il dovere giuridico del medico di prescrizione della "pillola del giorno dopo". Infatti, solo in presenza di tale dovere, potrà configurarsi una fattispecie penale che ne sanziona l'omissione. Sotto questo profilo, giova distinguere la posizione dei medici da quella dei farmacisti i quali, ai sensi dell'art. 38 Reg. 1706/1938, hanno l'obbligo di vendere il farmaco a seguito della presentazione della ricetta medica, senza alcuna discrezionalità in merito e rispetto ai quali pare pacifica la configurazione in termini di illiceità penale dell'eventuale rifiuto di somministrazione 66). Diversamente, la discrezionalità attribuita ai medici nella prescrizione del farmaco, sembrerebbe far venir meno la rilevanza penale di tale omissione, per insussistenza di un siffatto obbligo giuridico in capo agli stessi. In realtà, deve condividersi l'opinione di quella dottrina secondo cui la discrezionalità attribuita al medico concerne le scelte terapeutiche, non potendo invero dipendere da ragioni a carattere etico o religioso del predetto: pertanto, laddove sussistano i presupposti previsti dalla legge per l'erogazione del servizio, la libertà assicurata al medico non sarebbe tale da consentire a quest'ultimo di sottrarsi ai propri doveri sulla base di scelte meramente personali 67).

6.1. Segue: applicabilità della clausola a tutela della libertà di coscienza di cui all'art. 9 L. 194/1978.

La presenza, in capo al sanitario (o al farmacista) dell'obbligo giuridico di prescrivere (o di somministrare) il medicinale a base di levonorgestrel può trovarsi a configurare con il dovere morale di quest'ultimo di non distruggere un "essere umano". È bene precisare che un simile conflitto di coscienza sorge, tuttavia, laddove si ritenga che il farmaco operi non tanto in termini contraccettivi, bensì "contragestazionali", e quindi si attribuiscono allo stesso effetti abortivi, alla stregua di un particolare concetto di gravidanza.

La tesi secondo cui non si tratterebbe di farmaco abortivo ma di semplice « contraccettivo d'emergenza » si fonda sulla considerazione, assolutamente prevalente ed accreditata, anche a livello internazionale, secondo cui tale medicinale bloccherebbe soltanto l'ovulazione 68). In questo senso la "pillola del giorno dopo" si differenzierebbe dalla pillola RU486, pacificamente abortiva agendo, diversamente da quest'ultima, prima dell'impianto dell'ovulo fecondato nell'utero come confermato dallo stesso foglietto illustrativo della Norlevo, e finanche prima della stessa fecondazione 69).

I sostenitori della tesi secondo cui tale pillola sarebbe del tutto assimilabile ad un intervento abortivo sottolineano come il farmaco, oltre a provocare il blocco dell'ovulazione, inibendo la fecondazione alla stregua di un normale contraccettivo, sia in grado di impedire l'impianto nell'utero della cellula uovo fecondata, con soppressione dell'embrione che, invero, merita protezione fin dalla fecondazione. Secondo tale orientamento, pertanto, nel dubbio, circa i meccanismi di operatività del farmaco, e i possibili effetti abortivi dello stesso occorrerebbe ragionare – anche ai fini del riconoscimento di un diritto all'obiezione di coscienza, ex art. 9 l.194/78 – "come se" lo stesso determinasse l'estinzione di un embrione già formato, in virtù del principio di precauzione 70). In realtà, in primo luogo, una tale tesi è plausibile soltanto a condizione che si opti per un determinato concetto di gravidanza e, più chiaramente, a condizione che si faccia coincidere tale momento con l'ultima mestruazione della donna (teoria dell'età gestazionale) 71) o con il momento del presumibile concepimento (teoria dell'età concezionale) 72). Tuttavia, nel mondo scientifico è ormai assodata la diversa convinzione che la gravidanza coincida con il momento dell'annidamento dell'ovulo fecondato nell'utero materno (c.d. teoria dell'annidamento) 73), dato che, solo con l'impianto in utero si verificherebbero nel corpo della donna quelle modificazioni istologiche ed ormonali che caratterizzano lo stato di gravidanza. In questa prospettiva è da escludersi che il farmaco in discussione possa ritenersi abortivo, agendo senz'altro in un momento antecedente l'annidamento dell'embrione all'utero. Al risultato opposto si giunge, laddove tuttavia, si ritenga che la gravidanza abbia inizio dalla fecondazione (e non già dall'impianto della blastocisti nella parete uterina) e che la vita umana debba essere difesa fin dal suo concepimento: in quest'ottica al levonorgestrel dovrebbe essere riconosciuti effetti contragestazionali e tale pratica sarebbe qualificabile come abortiva 74).

In conclusione e, al di là di formule definitive, occorre constatare che, soltanto qualora al Norlevo sia attribuita la natura di farmaco abortivo, il personale sanitario, come già avviene per la somministrazione della pillola RU486, potrà sollevare obiezione di coscienza ai sensi dell'art. 9 L. 194/1978. Diversa è, invero, la soluzione a cui giungere nel caso in cui, come appare preferibile, al farmaco venga attribuita la natura di semplice contraccettivo: in questo caso, la clausola di coscienza di cui all'art. 9 L. 194/1978 non troverebbe alcuna operatività e l'eventuale rifiuto del sanitario di prescrivere il farmaco per ragioni inerenti la propria coscienza integrerebbe la fattispecie criminosa di cui all'art. 328 c.p.

6.2. Segue : estensione analogica della clausola di cui all'art. 9 L. 194/1978.

Nell'ambito del filone di pensiero che ritiene riconducibile il farmaco in questione fra quelli con effetto abortivo, si colloca quell'orientamento che, a prescindere dalla possibilità di ritenere codificata l'ipotesi di obiezione di coscienza del sanitario che rifiuta la somministrazione della pillola del giorno dopo, considera in ogni caso applicabile l'art. 9 L.194/1978 in base ad un'estensione analogica di tale disposizione, possibile in virtù del carattere non eccezionale di tale disposizione, espressione del principio generale del diritto alla vita. In altri termini, secondo i sostenitori di tale tesi, l'obiezione di coscienza, essendo espressione del principio del non uccidere, e facendo eccezione alla disciplina dell'aborto, costituirebbe un'eccezione ad un'eccezione, e in questo senso, confermerebbe la regola (ossia il diritto alla vita) 75). In realtà, la soluzione in esame, pur essendo sostenuta da autorevole dottrina, presenta, come sopra già rilevato, un ostacolo insormontabile, avendo individuato il principio generale, estendibile analogicamente non nella libertà di coscienza ma nel principio di tutela della vita dell'embrione, ossia nel bene sotteso all'esercizio della predetta libertà.

Tuttavia, come già rilevato, considerato che l'interesse giuridico con cui deve essere bilanciato il bene rientrante nell'oggettività giuridica della norma penale integrata nell'esercizio del diritto, è unicamente il bene-libertà di coscienza, deve essere respinta la tesi che estende analogicamente l'art. 9 sul presupposto che il rispetto del principio generale del non uccidere rappresenta la regola, rispetto all'intervento interruttivo della gravidanza.

Altra parte della dottrina, pur accogliendo la tesi della natura non eccezionale di tale disposizione, in quanto la libertà di coscienza costituisce espressione di un principio costituzionale che non necessita di alcuna interpositio legislatoris, arriva al risultato opposto di escludere l'applicazione per analogia della suddetta disposizione 76). I sostenitori di siffatto orientamento obiettano alla teoria precedente che, pur essendovi identità di ratio fra l'obiezione di coscienza all'interruzione volontaria di gravidanza e quella alla prescrizione della "pillola del giorno dopo", la lacuna normativa sarebbe frutto di una precisa scelta legislativa (come confermato dallo carattere tassativo dei limiti previsti dall'art. 9 L. 194/1978 in riferimento ai soggetti legittimati all'esercizio dell'obiezione di coscienza e agli atti che possono costituire oggetto di obiezione di coscienza) e, pertanto, la stessa non sarebbe colmabile mediante il procedimento di analogia 77). Formulata in questi termini, la tesi che esclude l'applicazione analogica della disposizione in esame non pare tuttavia meritare accoglimento, finendo nei fatti per risultare contraddittoria: pur partendo dal presupposto che la libertà di coscienza ha rango costituzionale e l'obiezione di coscienza è norma a carattere generale, non necessitante in quanto tale di alcuna previsione legislativa per il suo legittimo esercizio, nel caso specifico dell'obiezione di coscienza dei pubblici funzionari in ambito sanitario postula la necessità di un'apposita disciplina positiva in considerazione dell'incidenza di detta obiezione su diritti fondamentali di terzi.

In realtà, la soluzione della questione può essere impostata diversamente e, volendo, in modo più tranchant. A bene vedere, l'applicabilità in via analogica dell'art. 9 L. 198/1978 potrebbe essere esclusa facendo perno non tanto sul carattere eccezionale o meno di tale disposizione, bensì escludendo l'ammissibilità del procedimento analogico in materia di scriminanti, tenuto conto che i casi non previsti dalla norma scriminante non sono privi di regolamentazione ma rientrano nella sfera di applicazione della fattispecie incriminatrice. In considerazione di ciò, è evidente come il preteso procedimento analogico sarebbe strutturalmente non ammissibile andando ad occupare uno spazio già disciplinato dalla legge 78). In altri termini, l'estensione in via analogica dell'art. 9 non prospetterebbe « un riempimento di una lacuna, ma il sovvertimento di una disciplina legalmente stabilita» 79).

7. Possibili soluzioni per escludere la responsabilità penale del sanitario. Il profilo della colpevolezza.

Una volta esclusa la possibilità di configurare la libertà di coscienza in termini di causa di giustificazione (in mancanza di una disciplina legislativa che autorizzi espressamente il sanitario ad omettere il comportamento dovuto per motivi di coscienza), è necessario passare ad un diverso inquadramento della problematica in questione.

A tal proposito, è interessante chiedersi anzitutto come il c.d. "fatto di coscienza" possa essere valutato laddove l'agente invochi un errore sull'esistenza della scriminante dell'esercizio della libertà di coscienza. Orbene, in questo caso il soggetto agente si rappresenta il fatto di reato correttamente ma erra sulla qualificazione ritenendolo giustificato, in quanto esercizio di una libertà costituzionalmente garantita e « l'errore finisce (...) per riflettersi sui limiti di applicabilità della norma penale violata, e quindi sul divieto ». Tale situazione trova allora la propria disciplina nell'art. 5 c.p., da interpretare, a seguito della dichiarazione di illegittimità della Corte Costituzionale 364/88 80), nel senso che l'ignoranza inevitabile non scusa tranne nei casi in cui si tratti di ignoranza inevitabile. Stando così le cose, nei casi in esame difficilmente può essere esclusa la colpevolezza del soggetto agente, in quanto, normalmente, gli autori del reato in questione non agiscono sul presupposto erroneo che l'ordinamento gli accordi la possibilità di operare secondo coscienza, bensì scelgono di accordare priorità assoluta alla propria regola morale rispetto a qualsiasi altro comportamento di cui, tuttavia, ben percepiscono l'attuale doverosità in termini strettamente "giuridico-formali".

Semmai, meriterebbe prendere in considerazione l'oggetto del dolo, ossia l'incapacità dell'obiettore di percepire la dimensione offensiva del fatto, alla luce della distinzione tracciata da parte della dottrina fra ignoranza dell'illiceità penale e mancata consapevolezza dell'offensività del fatto 81). In base a tale impostazione, premesso che la coscienza dell'offesa all'interesse protetto dalla norma rientrerebbe nell'oggetto del dolo, l'elemento soggettivo dovrebbe essere escluso ogniqualevolta l'autore, disorientato dalla propria legge morale, non sia in grado di percepire quel disvalore specifico. A ben guardare, tuttavia, nei frangenti che abbiamo preso in considerazione,

il dolo difficilmente potrebbe essere escluso anche a voler aderire all'impostazione, peraltro controversa, cui si è appena fatto cenno: infatti, come già rilevato, nella normalità dei casi il personale sanitario si rende ben conto di subordinare a proprie istanze interiori l'attuazione di una pubblica funzione, dunque di produrre quella alterazione dell'imparzialità e del buon andamento della p.a. che costituisce esattamente il disvalore tipico del delitto realizzato 82).

Diversa è la questione circa la possibilità di attribuire alla pressione della coscienza un significato scusante. La categoria penale della inesigibilità del comportamento conforme al precetto è infatti spesso invocata in presenza di fenomeni di conflitto fra opzioni normative penali e scelte di comportamento alternative rispetto alle prescrizioni ivi contenute 83). In particolare, la dottrina tedesca ha spesso inquadrato tale tematica nella categoria della Unzumutbarkeit (inesigibilità) da intendersi come autonoma causa di esclusione della colpevolezza 84). La possibilità di far ricorso a tale scusante è peraltro per lo più esclusa in dottrina data la mancanza nel nostro ordinamento di una clausola generale riguardante l'inesigibilità del comportamento doveroso 85). Nel silenzio del legislatore, infatti, tale categoria giuridica finisce per apparire come una clausola vuota, ossia come priva di indicazioni tassative sufficienti ad escludere la colpevolezza del soggetto agente, rivelandosi in contrasto con il principio di legalità formale. Le superiori considerazioni permettono allora di comprendere il motivo per cui la dottrina è indotta a non riconoscere alcuna efficacia scusante alle ipotesi di conflitto (soggettivo) di doveri 86).

7.1. Segue : Trattamento sanzionatorio dell'obiettore di coscienza.

In ultima analisi, si dovrà valutare la responsabilità dell'obiettore in relazione ai criteri di determinazione della sanzione penale che permettono di attenuare la pena. Da tale angolo visuale viene anzitutto in considerazione l'art. 133 c.p. e, in particolare, la capacità a delinquere del reo. In realtà, come osservato in dottrina – sia pur in riferimento ai c.d. “reati culturalmente motivati”, ma con considerazioni valide anche nell'ambito di nostro interesse – il suddetto parametro potrebbe condurre ad un aumento della pena in quanto le motivazioni di coscienza, se sincere, si prospettano come durature e, quindi, come fonte di altri possibili ricadute nel delitto “in nome” della propria coscienza 87).

Deve, invero, essere valutata, sul piano circostanziale, l'applicabilità dell'art. 62, n. 1, c.p. che prevede un'attenuante per chi agisca per motivi di particolare valore morale e sociale. Il problema che tuttavia pone l'applicabilità dell'art. 62, n. 1, c.p. riguarda il parametro da utilizzare nel concedere o meno tale attenuante. A tal proposito, secondo un orientamento consolidato, tali motivi possono assumere un significato positivo solo laddove ricevano l'incondizionata approvazione della società in cui il soggetto agisce, in modo da sminuire l'antisocialità dell'azione criminale e riscuotere il generale consenso della collettività. Ma è inevitabile come una tale formula appaia difficilmente invocabile in un contesto sociale pluralistico e democratico, per la mancanza, nei fatti, di istanze etiche e valoriali che godano realmente di una approvazione generalizzata, specie quando invocate allo scopo di “scusare”, sia pure in parte, la realizzazione di un

disvalore penalmente rilevante. Da tale impasse e soprattutto dal rischio di una interpretatio abrogans dell'attenuante, si esce, quindi, mediante una lettura di tale circostanza alla luce non di "valutazioni etico-sociali" (peraltro difficilmente ponderabili), bensì delle scelte della nostra Costituzione, da considerarsi come misura del valore morale e soprattutto sociale degli scopi perseguiti: il movente sarà di elevato valore morale e sociale se idoneo ad esprimere valori patrocinati dalla nostra Costituzione 88). Soltanto in tale prospettiva, potrebbe allora essere dato rilievo attenuante all'esercizio dell'obiezione di coscienza ogniqualvolta detta obiezione appaia ispirata a beni di rilevanza costituzionale, come ad esempio il bene della vita nell'ipotesi di rifiuto di prescrizione della "pillola del giorno dopo". Pertanto, considerato che il valore a cui si ispira l'obiettore di coscienza, prescindendo dal singolo episodio criminoso, è tale da condurre solitamente al compimento di azioni costituzionalmente apprezzabili, ad esso il giudice potrà riconoscere valore positivo ex art. 62, n. 1 c.p. Abu Awwad Valentina Avvocato, valentina.abuawwad@gmail.com

1) La Legge fondamentale tedesca al §4, 3 afferma che «Nessuno può essere costretto, contro la sua coscienza, al servizio militare con le armi. I particolari sono regolati da una Legge federale».

2) Sul punto, v. ex multis Spadaro A., *Laicità e confessioni religiose: dalle etiche collettive (laiche e religiose) alla "metaetica" pubblica (costituzionale)*, Relazione al Convegno nazionale A.I.C., Napoli, 26-27 ottobre, su *Problemi pratici della laicità agli inizi del secolo XXI*, p. 28; Canestrari S.-Cornacchia L.-De Simone G., *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, Il Mulino, Bologna, 2007, p. 242.

3) Palazzo F., *Obiezione di coscienza*, *Enc. dir.*, XXIX, 542, 1979.

4) Mantovani F., *Obiezione di coscienza: problema epocale*, *Iustitia*, 2, 141, 2011.

5) Cfr. Pugiotto A., *Obiezione di coscienza nel diritto costituzionale*, *Digesto delle discipline pubblicistiche*, X, 244, 1991.

6) Per una ricostruzione di tali teorie, v. Pugiotto A., loc. cit. sub 5.

7) Bomprezzi A., *Libertà di coscienza e poteri pubblici. Tendenze e prospettive della società contemporanea*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 32.

8) Bomprezzi A., loc. cit. sub 7.

9) Bomprezzi A., loc. cit. sub 7.

10) Viola F., *L'obiezione di coscienza come diritto*, *Diritto & Questioni pubbliche*, 169, 2009.

11) Sofocle, *Antigone*, Introduzione, Traduzione e Premessa e Note, in Ferrari F., *Antigone – Edipo re – Edipo a Colono*, Bur, 1995, pp. 60 ss., la violazione da parte di Antigone dell'editto di Creonte che le vietava di dare sepoltura al fratello Polinice è emblema del potenziale conflitto fra la legge pubblica dello Stato e la legge interiore di Antigone fondata sulla pietà per i propri defunti.

12) Cfr. Pugiotto A., loc. cit. sub 5, p. 251.

- 13) Pugiotto A., loc. cit. sub 5, p. 251.
- 14) Baratta A., *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza*, Milano, Giuffrè, 1963, p. 10.
- 15) Viola F., loc. cit. sub 10, p. 179.
- 16) Viola F., loc. cit. sub 10, p. 182; Contra, v. Navarro Valls R.-Torrón J. M., *Le obiezioni di coscienza. Profili di diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 1995.
- 17) Dalla Torre G., *Bioetica e diritto. Saggi*, Giappichelli, Torino, 1993, pp. 19 ss.
- 18) Casonato C.-Cembrani F., *Il rapporto terapeutico nell'orizzonte del diritto*, in Lenti L.-Palermo Fabris E.-Zatti P., *Trattato di biodiritto. I diritti in medicina*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 46 ss.
- 19) Mantovani F., loc. cit. sub 4.
- 20) Dalla Torre G., loc. cit., sub 17, p. 20.
- 21) Il diritto all'obiezione di coscienza trova altresì un espresso riconoscimento legislativo in relazione al servizio militare e alla sperimentazione e vivisezione animale (D.lgs. 27 gennaio 1992, n. 116 e l. 12 ottobre 1993, n. 442).
- 22) Sul punto v., Bianca-Busnelli, *Commentario alla legge 22 maggio 1978 n. 194, Nuove Leggi civ. comm., II, 1593*, 1978; Padovani T., *Procreazione (dir. pen.)*, Enc. dir., XXXVI, 969, 1987.
- 23) In merito v., Vallini A., *Procreazione medicalmente assistita. (Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40, Norme in materia di procreazione medicalmente assistita)*, in Padovani T., *Leggi penali complementari*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 570 ss.; Casini C.-Casini M.-Di Pietro M., *La legge 19 febbraio 2004, n. 40. « Norme in materia di procreazione medicalmente assistita »*. Commentario, Giappichelli, Torino, 2004.
- 24) Corte Cost., 19 dicembre 1991 n. 467, in <http://www.giurcost.org>.
- 25) La Rosa E., *Attività sanitaria, norme penali e conflitti di coscienza*, Criminalia, 113, 2008.
- 26) In particolare, il comma 1 dell'art. 9 l. 194/1978 specifica che "La dichiarazione dell'obiettore deve essere comunicata al medico provinciale e, nel caso di personale dipendente dello ospedale o dalla casa di cura, anche al direttore sanitario, entro un mese dall'entrata in vigore della presente legge o dal conseguimento della abilitazione o dall'assunzione presso un ente tenuto a fornire prestazioni dirette alla interruzione della gravidanza o dalla stipulazione di una convenzione con enti previdenziali che comporti l'esecuzione di tali prestazioni. L'obiezione può sempre essere revocata o venire proposta anche al di fuori dei termini di cui al precedente comma, ma in tale caso la dichiarazione produce effetto dopo un mese dalla sua presentazione al medico provinciale".
- 27) Cfr. Casonato C.-Cembrani F., loc. cit., sub 18, pp. 72 ss.
- 28) V. Padovani T., loc. cit. sub 22, p. 982.

- 29) Pret. Penne, 6 dicembre 1983, Giur. it., 314, 1984, nota di Nappi A.
- 30) Dalla Torre G., loc. cit. sub 17, p. 20.
- 31) Cfr. Vallini A., loc. cit. sub 23, p. 661, il quale individua come soggetti legittimati a sollevare obiezione di coscienza non solo il medico (dipendente pubblico o libero professionista) e i soggetti di cui all'art. 9 t.u.l.p.s. (come ostetriche e infermieri diplomati), ma anche lo stesso personale dotato di compiti dirigenziali ed organizzativi (quando – v'è da ritenere – rientrante nel concetto di "personale sanitario") non essendo previsto, alla stregua dell'art. 9 l. 194/7, l'obbligo per il centro di assicurare in ogni caso l'espletamento delle pratiche in oggetto.
- 32) Turchi V., Nuove forme di obiezione di coscienza, in www.statoechiesa.it.
- 33) Per questo assunto, in relazione al servizio armato, Palazzo F., loc. cit. sub 3.
- 34) Vallini A., loc. cit. sub 23, p. 664.10
- 35) Palazzo F., loc. cit. sub 3, p. 547; La Rosa E., loc. cit. sub 25, p. 123.
- 36) Grosso C. F., L'errore sulle scriminanti, Giuffrè, Milano, 1962, p. 199; Lanzi A., La scriminante dell'art. 51 c.p. e le libertà costituzionali, Giuffrè, Milano, 1983, p. 42.
- 37) La Cute G., L'obiezione di coscienza e il reato di omissione di atti d'ufficio, Giurisprudenza di merito, II, 904, 1984.
- 38) Mantovani F., loc. cit. sub 4.
- 39) Eusebi L., Obiezione di coscienza del professionista sanitario. Statuto delle Professioni sanitarie, in Lenti L.-Palermo Fabris E.-Zatti P., Trattato di biodiritto. I diritti in medicina, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 175 ss., secondo il quale "l'obiezione di coscienza si manifesta come un diritto direttamente desumibile dalla Costituzione"; Dalla Torre G., Libertà di coscienza e di religione, Relazione al Convegno su Libertà religiosa e multiculturalismo, Gallipoli, 29 febbraio-1° marzo 2008.
- 40) Cfr. Palazzo F., loc. cit. sub 3, p. 543.
- 41) Pugiotto A., loc. cit. sub 5, pp. 244 ss.
- 42) Per una ricostruzione completa delle sentenze della giurisprudenza costituzionale in materia v. Pugiotto A., loc. cit. sub 5, p. 248.
- 43) Viola E., loc. cit. sub 10, p. 183.
- 44) Navarro Valls R.-Torron J. M., loc. cit. sub 16, p. 33.
- 45) Gargani A., Libertà religiosa e precetto penale nei rapporti familiari, Il diritto ecclesiastico, 1022, 2003.
- 46) Le medesime argomentazioni sono state utilizzate per escludere l'invocabilità dell'art. 51 c.p. (in particolare sotto il profilo della libertà religiosa) in tutti quei casi in cui, per rispettare un precetto del proprio culto, il genitore testimone di Geova abbia lasciato morire il figlio rifiutando di sottoporre il minore alla trasfusione di sangue, che costituiva l'unico rimedio contro la malattia da cui risultava affetto. In tal

senso v. Fiandaca G., Reati omissivi e responsabilità penale per omissione, *Foro it.*, V, c. 28, 1983.

47) De Francesco G., *Diritto penale. I fondamenti*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 260.

48) Contra Eusebi L., loc. cit. sub 39, 186, parere del quale l'esercizio della libertà di coscienza, che si manifesta attraverso l'obiezione all'adempimento di determinati obblighi, deve intendersi correlato anzitutto al rango preminente nell'assetto costituzionale che l'obietto intende salvaguardare e, quindi, nel caso specifico dell'aborto, al bene-vita.

49) De Francesco G., loc. cit. sub 47.

50) Bertolino R., *L'obiezione di coscienza*, *Il diritto ecclesiastico*, XCIV, 337, 1983.

51) Donatelli P., *Coscienza, libertà e professioni sanitarie*, in "Nascere e morire: quando decido io?", a cura di G. Baldini-M. Soldano, Firenze, 2011, 57, il quale rileva come la professione sanitaria sia caratterizzata, rispetto ad altre professioni, da un legame particolare con interessi e diritti fondamentali. La medicina garantisce, infatti, da un lato il diritto alla salute (diritto con larghi spazi di discrezionalità, ma con puntuali casi di violazione), dall'altro un interesse sociale alla salute, legato al buon funzionamento della società.

52) V. La Rosa E., loc. cit. sub 25.

53) Cass., Sez. Un., 25 giugno 2009, n. 38691, in dejure.giuffre.it, sub art. 314 c.p.

54) Palazzo F., *Corso di diritto penale. Parte generale*, IV, Giappichelli, Torino, 2000, p. 66.

55) Onida V., *L'o.d.c. dei giudici e dei pubblici funzionari*, in Perrone B., *Realtà e prospettive dell'obiezione di coscienza. I conflitti degli ordinamenti*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 368.

56) Cfr. Prisco S., *Stato democratico, pluralismo dei valori, obiezione di coscienza. Sviluppi recenti di un antico dibattito*, in www.associazioneconstituzionalisti.it.

57) Cavana P., *Il giudice e il crocifisso: note critiche su una prospettata nuova figura di obiezione di coscienza*, *Il diritto di famiglia e delle persone*, XXXV, 651, 2006.

58) Rodotà S., *Problemi dell'obiezione di coscienza*, *Quad. dir. Pol. Eccl.*, 65, 1995.

59) La Rosa E., *Uso e abuso del simbolo religioso: profili di rilevanza penale*, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 739, 2008.

60) Prisco S., loc. cit. sub 56.

61) Sul punto v. parere del Comitato Nazionale per la Bioetica in <http://www.governo.it/bioetica/pareri>.

62) Bertolino R., loc. cit. sub 50, p. 331; Rodotà S., loc. cit. sub 58, p. 58. Per una tesi ancor più radicale, v. Donatelli P., loc. cit. sub 50, il quale afferma, sia pure con qualche distinzione e precisazione per il caso specifico dell'aborto, che in ambito sanitario (almeno in tutti i casi concernenti le professioni scelte su base volontaria) la clausola di coscienza non a posto per essere ammessa: la professione medica è infatti

organizzata per rispondere a diritti e promuovere interessi cruciali ed irrinunciabili, che giustificano l'organizzazione della medicina e le sue richieste al personale medico.

63) Liguori L., La pillola della discordia, *Bioetica. Rivista Interdisciplinare*, XIX, 2, 120, 2011.

64) V. Determinazione n. 1460 24.11.2009 con cui il Consiglio di Amministrazione ha autorizzato l'immissione in commercio del medicinale mifepristone (Mifegyne) pubblicata in *Gazzetta Ufficiale*, 9.12.2009, n. 286, Supplemento Ordinario, n. 229, p. 58.

65) Turchi V., loc. cit. sub 32.

66) Di Cosimo G., I farmacisti e la pillola del giorno dopo, *Quaderni costituzionali*, XXI, 142, 2001.

67) Ventura M., Aborto. Caso n. 5: Pillola del giorno dopo ed obiezione di coscienza, in Funghi P.-Giunta F., *Medicina,*

bioetica e diritto. I problemi nella loro dimensione normativa, ETS, Pisa, 2005, p. 65.

68) TAR Lazio, Sezione I bis, 12 ottobre 2001, n. 8465, *Giust. Civ.*, I, 2981, 2002, con nota di G. Cassano-F. Patrono.

69) Del Bò C., Contraccezione d'emergenza e obiezione dei farmacisti, *Bioetica. Rivista Interdisciplinare*, XIX, 2, 244, 2011.

70) Sul principio di precauzione v., Castronuovo D., Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza. La logica precauzionale come fattore espansivo del "penale" nella giurisprudenza della Corte di Cassazione, www.dirittopenalecontemporaneo.it; Giunta F., Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione, *Criminalia*, 2007; Ruga Riva C., Principio di precauzione e diritto penale, in *Studi Marinucci*, II, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 1743 ss.

71) Casini C.-Cieri F., *La nuova disciplina dell'aborto*, Cedam, Padova, 1978, p. 131.

72) Zanchetti M., *La legge sull'interruzione volontaria della gravidanza, Commentario sistematico alla legge 22 maggio 1978 n. 194*, Cedam, Padova, 1992, p. 98.

73) Bompiani V., *Aspetti giuridici della tutela dell'embrione e del feto umano*, in *Aa.Vv., Il dono della vita*, a cura di Sgreccia E., Giuffrè, Milano, 1987, p. 195.

74) Sul punto v. Casini M.-Spagnolo G. A., *Aspetti giuridici, deontologici ed etici della prescrizione medica degli estroprogestinici a scopo contraccettivo*, *Medicina e Morale*, 437, 2002/2003.

75) V. Lombardi Vallauri L., *Bioetica, potere, diritto*, *Jus*, XXXI, 76, 1994; Boni G., *Il dibattito sull'immissione in commercio della c.d. pillola del giorno dopo: annotazioni su alcuni profili giuridici della questione, in particolare sull'obiezione di coscienza*, *Il diritto di famiglia e delle persone*, XXX, 680, 2001; Eusebi L., loc. cit. sub 39, p. 185; ContraDI Cosimo G., loc. cit. sub 66, p. 142.

76) La Rosa E., loc. cit. sub 25, pp. 128 ss.

- 77) La Rosa E., loc. cit. sub 25, p. 129.
- 78) De Francesco G., loc. cit. sub 47, p. 250.
- 79) Padovani T., *Diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 35.
- 80) Corte Cost., n. 364/1988, *Foro it.*, I, 1385, 1988, con nota di Fiandaca G., *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: "prima lettura" della sentenza n. 364/88.*
- 81) Per la coscienza di offendere l'interesse protetto, v. Bricola F., *Dolus in re ipsa. Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, 1960, in *Scritti di diritto penale, Opere monografiche*, 2000, p. 94; Cass., sez. I, 24 settembre 1976, in *Cass. pen.*, 1977, p. 570, con nota di Padovani T., *Spunti giurisprudenziali sulla coscienza dell'illiceità come elemento del dolo.*
- 82) Sul punto v. Grandi C., *Diritto penale e società multiculturali: stato dell'arte e prospettive de iure condendo*, *Indicepenale*, 283, 2007, p. 278 ss.
- 83) Cfr., Grandi C., loc. cit. sub 82.
- 84) J. Baumann-U. Weber-W. Mitisch, *Stafrecht AT*, 520, 2003.
- 85) Cfr. Fornasari G., *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Cedam, Padova, 1990, p. 131; Venafro E., *Scusanti*, Giappichelli, Torino, 1990, pp. 33 ss.
- 86) Salcuni G., *Libertà di religione e limiti alla punibilità. Dalla «paura del diverso» al dialogo*, in De Francesco G.-Piemontese C.-Venafro E., *Religione e religioni. Prospettive di tutela, tutela della libertà*, Giappichelli, Torino, 2007, p.179.
- 87) De Maglie C., *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, ETS, Pisa, 2010, p. 229.
- 88) Vallini A., *Circostanza del reato*, in De Francesco G., *Le forme di manifestazione del reato*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 47 ss.

L'ADEMPIMENTO DI UN DOVERE

DA ALTALEX

L'adempimento di un dovere è una scriminante in base alla quale è esclusa la punibilità in caso di adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica o da un ordine dell'autorità (art. 51 cod. pen.).

Se un fatto costituente reato è commesso per ordine dell'autorità, del reato risponde il pubblico ufficiale che ha dato l'ordine; risponde altresì del reato chi ha eseguito l'ordine, salvo che per errore di fatto abbia creduto di obbedire ad un ordine legittimo.

Non è punibile chi esegue l'ordine illegittimo quando la legge non gli consente alcun sindacato sulla legittimità dell'ordine. La fattispecie dell'adempimento del dovere è collocata, per ovvie ragioni logiche, insieme all'esercizio del diritto, all'articolo 51 c.p.

E' evidente la ratio della norma in esame, che è da rinvenirsi nel principio di non contraddizione, non potendo uno stesso fatto essere punito da una norma e imposto da un'altra. Anch'essa, quindi, è sostanzialmente una norma inutile, in quanto anche in assenza di essa nessuno avrebbe dubitato della sua operatività.

Gli esempi classici sono quelli del boia che esegue una condanna a morte, del soldato che uccide in guerra, ma anche del poliziotto che procede ad un arresto (privando quindi un soggetto della libertà personale, fatto che di per sé costituirebbe reato), o del testimone che riferendo i fatti a cui ha assistito lede l'onore di una persona.

Il dovere

Il dovere può essere imposto da:

- una norma giuridica. Norma che può essere sia di legge ordinaria che regolamentare. In questo campo possono avere rilevanza anche le norme degli ordinamenti stranieri, quando si tratta di norme che il cittadino italiano all'estero ha il dovere di rispettare, con il solo limite dell'ordine pubblico internazionale;
- un ordine dell'autorità; l'ordine (che può essere gerarchico o di polizia) deve essere legittimo, sia dal punto di vista formale che dal punto di vista sostanziale. Il rapporto tra superiore e inferiore deve essere un rapporto di gerarchia previsto dal diritto pubblico. L'articolo in questione individua il superiore con il termine "pubblico ufficiale", il che dovrebbe significare, stando alla lettera, che il soggetto che impartisce l'ordine possa essere solo un pubblico ufficiale; la giurisprudenza sostiene invece che la norma si estenda anche alle persone incaricate di pubblico servizio (e talvolta la si è estesa anche ai soggetti esercenti servizi di pubblica necessità).
- Sono esclusi quindi i rapporti di lavoro di diritto privato. Se un dipendente commette un illecito obbedendo ad un ordine del datore di lavoro, la fattispecie può venire in rilievo sotto il profilo della mancanza di colpevolezza.

Responsabilità per ordine illegittimo

Il secondo e il terzo comma della norma in esame dicono chiaramente che la scriminante sussiste solo se l'ordine è legittimo. Se l'ordine è illegittimo, invece, risponderanno sia l'inferiore che il superiore. Ne consegue che l'inferiore che riceve un ordine deve effettuare un controllo di legittimità dell'ordine impartito, controllo che deve riguardare non solo la legittimità formale, ma anche quella sostanziale.

Vi sono però due casi in cui chi riceve l'ordine, nonostante l'illegittimità di esso, non risponde (nel qual caso risponde solo il superiore):

1) il caso in cui per errore di fatto l'inferiore ha creduto di obbedire ad un ordine legittimo (comma 3);

2) i casi in cui egli per legge non poteva sindacare la legittimità dell'ordine (si tratta di quegli ordini impartiti nell'ambito di ordinamenti di tipo militare, come carabinieri, vigili del fuoco, soldati).

La norma è apparentemente chiara: nei casi in cui all'inferiore non è consentito di sindacare la legittimità dell'ordine non ci dovrebbe essere spazio per valutazioni di legittimità. Tuttavia la dottrina ha individuato due casi in cui, nonostante esista il rapporto di gerarchia di tipo militare, al subordinato è riconosciuto ugualmente il diritto di opporsi; si tratta delle seguenti ipotesi:

- quando l'ordine è palesemente criminale. Si fa l'esempio di un superiore che ordina di far fuoco su dei cittadini inermi. Tale ipotesi è espressamente prevista dal codice penale militare ma in realtà la si ritiene applicabile anche al diritto penale comune;
- quando l'ordine sia illegittimo per i seguenti motivi: a) per ragioni di forma; b) per incompetenza dell'autorità che lo ha emanato; si pensi ad un colonnello dell'aviazione che impartisca un ordine ad un soldato di fanteria; c) per incompetenza di chi dovrebbe eseguire l'ordine. Secondo Caraccioli questa impostazione dottrinale, peraltro seguita dalla giurisprudenza, è erronea, perché opera un'estensione analogica a casi non previsti, e per giunta si tratta di analogia in malam partem. Il punto invece è un altro, perché negli esempi prospettati dalla dottrina e dalla giurisprudenza, la mancanza della forma, oppure la palese follia dell'ordine impartito, fanno sì che nel comportamento del superiore manchi qualsiasi elemento perché lo si possa correttamente qualificare dal punto di vista giuridico come "ordine". In altre parole, il punto non è che l'ordine è illegittimo, ma che negli esempi fatti non siamo proprio alla presenza di un ordine.

Il progetto Grosso

Le conclusioni raggiunte dalla dottrina e dalla giurisprudenza sono state mirabilmente recepite dal progetto della Commissione Grosso, che le ha sinteticamente convogliate nell'articolo 36, che vale la pena di riportare:

"L'esercizio di un diritto o l'adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica o da un ordine legittimo dell'autorità esclude la punibilità.

Se un fatto costituente reato è commesso per ordine di un superiore, del reato rispondono sia chi ha dato l'ordine, sia chi lo ha eseguito. (ndr, come si vede scompaiono l'aggettivo pubblica e l'espressione autorità, per estendere la norma anche ai rapporti di lavoro privato). L'ordine legittimo esclude la punibilità di chi lo esegue quando la legge non gli consente di sindacare la illegittimità dell'ordine. Sono sempre sindacabili la competenza ad emanare l'ordine, la competenza ad eseguirlo, la forma in cui l'ordine deve essere impartito se richiesta dalla legge. Chi esegue l'ordine illegittimo non sindacabile è punibile quando la criminalità dell'ordine è manifesta o è comunque nota all'esecutore". Via Serbelloni, 1 | 20122 MILANO (MI) | Telefono: 0289283000 | Fax: 0292879187 | redazione@penalecontemporaneo.it

**L'USO LEGITTIMO DELLE ARMI
TRA L'AFFERMAZIONE DEL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ
E LE INCERTEZZE GIURISPRUDENZIALI IN MATERIA DI FUGA
Da Diritto Penale Contemporaneo**

Nota a Cass. Pen., Sez. IV, Sent. 22 maggio 2014 (dep. 16 febbraio 2015), n. 6719,
Pres. Zecca, Rel. Esposito

di Roberta Donizzetti

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La proporzione come principio generale. - 3. Il riconoscimento del requisito della proporzione nell'art. 53 c.p. ad opera della giurisprudenza di legittimità. - 4. Orientamenti giurisprudenziali in materia di fuga. - 5. Uso legittimo delle armi e reato aberrante.

1. Premessa.

La scriminante dell'uso legittimo delle armi si presenta come una figura foriera di dubbi e perplessità derivanti dal fatto che l'art. 53 c.p., nell'elencare i criteri della scriminante in questione, non fa alcun cenno al requisito della proporzionalità che, al contrario, rappresenta un limite espresso all'operatività della legittima difesa e dello stato di necessità di cui agli articoli 52 e 54 c.p. Tale vuoto crea non pochi problemi, in particolare con riguardo al principio di tassatività e di determinatezza giacché mancano dei criteri precisi che definiscano i confini della legittimità dell'uso delle armi da parte del pubblico ufficiale.

Ne consegue che, da un lato, gli appartenenti alle forze dell'ordine, non conoscendo a priori i requisiti necessari per l'operatività dell'art. 53 c.p., agiscono in un contesto incerto, che non consente loro di operare con la dovuta tranquillità; dall'altro lato, vi è il rischio di legittimare eccessi della forza pubblica a discapito di diritti fondamentali costituzionalmente tutelati, quali il diritto alla vita e all'integrità fisica dei singoli consociati.

Nel silenzio del legislatore, si è sviluppato un trend giurisprudenziale volto al riconoscimento del requisito della necessaria proporzione quale elemento implicito dell'art. 53 c.p. Nella suddetta tendenza interpretativa si inserisce la sentenza in commento la quale, partendo dalla valorizzazione del principio di proporzionalità, tenta di risolvere la querelle attinente alla fuga del reo discostandosi da due orientamenti ermeneutici estremi: il primo, caratterizzato dal riconoscimento in ogni

caso dell'uso delle armi contro il fuggiasco; il secondo, connotato dall'esclusione della fuga e della cd. resistenza passiva dall'ambito di operatività dell'art. 53 c.p.

2. La proporzionalità come principio generale.

Osservando la struttura e la formulazione dell'art. 53 c.p. non può non rilevarsi come la scriminante de qua costituisca un'evidente aporia all'interno di un sistema giuridico retto da principi guida imprescindibili, tra i quali il principio di proporzionalità. Non trascurabile è, infatti, il ruolo rivestito dal principio di proporzionalità, il quale rappresenta un valore irrinunciabile del sistema giuridico nel suo complesso, nonché il risvolto di un'operazione di bilanciamento tra i valori fondamentali dell'ordinamento giuridico.

Tale principio, la cui funzione è quella di dettare un criterio risolutivo ai conflitti tra valori eterogenei, innerva l'ordinamento nelle sue molteplici articolazioni, essendo il conflitto di valori sostanza dell'intero ordinamento nel suo complesso ¹.

Il principio di proporzionalità riveste un ruolo fondamentale soprattutto con riguardo alla Costituzione.

A tal proposito, di recente, la Corte Costituzionale ha affermato: «che tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in un rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale ²».

¹ 1 Con riguardo all'azione amministrativa, ad esempio, la necessità di cercare un equilibrio tra i vari interessi pubblici e privati coinvolti impone alla pubblica amministrazione di agire conformemente al principio di proporzionalità inteso, nel caso di specie, come rispetto dell'equilibrio tra gli obiettivi pubblici da perseguire e i mezzi utilizzati, di guisa tale che «la pubblica amministrazione debba adottare la soluzione idonea ed adeguata, comportante il minor sacrificio possibile per gli interessi compresenti» (Cons. Stato, Sez VI, 14 aprile 2006, n. 2087). Cfr. sul punto SANDULLI, La proporzionalità dell'azione amministrativa, Padova 1998, p. 367. Nel diritto civile, nonostante la diffidenza iniziale mostrata da parte della dottrina, il principio di proporzionalità può dirsi divenuto un principio cardine dell'ordinamento, specie nella materia contrattuale e ciò soprattutto grazie all'influenza comunitaria e all'opera interpretativa della Corte di Giustizia. Tale principio penetra nel sistema contrattuale attraverso l'equità ed è alla base di una serie di istituti volti ad evitare che con il contratto si realizzino sproporzioni eccessive a svantaggio di una delle parti, quali la rescissione del contratto, la clausola penale, la risoluzione per eccessiva onerosità, nonché le norme a tutela del consumatore quali gli artt. 1341 e 1342 cc. Il d.lgs. 6 settembre 2005 n. 206 (cd. Codice del consumo). Cfr. sul punto PERLINGIERI, Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti, in Rass. dir. civ., 2001, 334, e ss. nonché dello stesso Autore, Nuovi profili del contratto, ivi, 2000, p. 546.

² 2 Il riferimento è alla sentenza 9 maggio 2013, n. 85 in www.cortecostituzionale.it con la quale la Corte, nel dichiarare la legittimità del d.l. n. 207/2012 convertito in legge n. 231/2012 (il cd. decreto "salva ILVA"), ha individuato il principio di proporzionalità quale criterio per rinvenire un punto di equilibrio tra i diritti fondamentali tutelati nella Carta Costituzionale.

Il terreno elettivo del principio di proporzionalità è costituito senza dubbio dal diritto penale. Esso funge da “limite armonizzante dell’esercizio del potere” giacché riveste un ruolo di primo piano soprattutto nella calibrazione della risposta sanzionatoria ³.

Tale principio, infatti, riguarda non solo la selezione delle condotte punibili, la scelta dei beni da proteggere e le stesse tecniche di tutela, ma anche la commisurazione delle sanzioni, le quali dovranno essere sempre proporzionate al disvalore del fatto commesso giacché, come ribadito di recente, una pena non conforme a proporzione vanifica, già a livello di previsione legislativa astratta, la finalità rieducativa della pena che, ove sproporzionata, sarà fatalmente avvertita come ingiusta dal condannato ⁴.

L’esigenza di proporzionalità si ricollega ad una serie di principi cardine del sistema penalistico, quali i principi di offensività (specie in punto di legittimità dello scopo perseguito e del mezzo impiegato, attraverso il tradizionale controllo su “beni” e “tecniche di tutela”), di sussidiarietà/extrema ratio (con riferimento alla necessità dell’intervento penale rispetto ad uno meno invasivo), di colpevolezza e di uguaglianza ⁵.

Una sede naturale di operatività del principio in questione è rappresentata, in particolar modo, dalle cause di giustificazione ove è presente un costante conflitto di interessi che richiede un’opera di bilanciamento.

3. Il riconoscimento del requisito della proporzione nell’art. 53 c.p. ad opera della giurisprudenza di legittimità.

Non trascurabili sono i contributi apportati dalla dottrina e dalla giurisprudenza di legittimità le quali, nel tentativo di salvare la scriminante di cui all’art. 53 c.p., hanno ritenuto che il requisito della “proporzione”, pur non risultando dal testo della norma, costituisca un limite implicito che consente all’organo giudicante di verificare se l’operato del pubblico ufficiale sia effettivamente legittimo.

Come evidenziato da attenta dottrina, all’interno di un diritto penale della Costituzione, il principio di imparzialità che informa l’attività della pubblica amministrazione ai sensi dell’art. 97 Cost. impone alla p.a e agli agenti della forza pubblica il rispetto del principio di proporzione e la valutazione di tutti gli interessi coinvolti.

A tal proposito recentemente la Cassazione ha affermato che «perché possa ritenersi integrata la scriminante prevista dall’art. 53 cod. pen., il ricorso all’uso delle armi deve costituire l’“extrema ratio” nella scelta dei mezzi necessari per l’adempimento del dovere, essendo esso ammissibile solo quando non sono praticabili altre modalità d’intervento né sono superati i limiti di gradualità dettati dalle esigenze del caso

³ 3 Così MANES, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2007, p. 758.

⁴ 4 Cfr. C. Cost. 28 marzo 2012, n.68 in www.cortecostituzionale.it.

⁵ 5 Cfr. MANES, *Op.cit.* p. 761 il quale sottolinea che pur avendo un ruolo fondamentale, il principio di proporzionalità ha registrato un calo di attenzione presso la dottrina italiana soprattutto a causa delle incertezze e dell’assenza di criteri più specifici che orientino tale principio.

concreto ed è inoltre rispettato il principio di proporzione, inteso come necessario bilanciamento tra interessi contrapposti in relazione alla specifica situazione ».

Nel caso di specie, ritenendo non adeguatamente verificato proprio il rispetto del principio di proporzione, la Corte ha annullato con rinvio la sentenza che aveva ravvisato la sussistenza della scriminante dell'uso legittimo delle armi in rapporto alla condotta di due poliziotti i quali, nel corso dell'inseguimento di due individui su un motociclo, approfittando di un momento di quiete del traffico, avevano esploso verso l'alto un colpo di fucile a pompa il cui proiettile, per cause accidentali, aveva attinto gli inseguiti, omettendo tuttavia di accertare se, anche alla luce della condotta tenuta da questi ultimi, gli agenti potessero utilmente ricorrere ad altre forme di intervento.

In tale pronuncia si fa espresso riferimento al principio di proporzione, il quale costituisce un limite non espressamente nominato nell'art. 53 c.p., ma implicitamente deducibile dalla disposizione e, comunque, applicabile quale principio generale dell'ordinamento giuridico, valido anche nella disciplina delle cause di giustificazione. Nella motivazione, la Suprema Corte sviluppa e approfondisce il concetto di "necessità" e di "proporzione".

La necessità va intesa come applicazione del principio secondo il quale l'uso delle armi o di altri mezzi di coazione deve costituire l' *extrema ratio* nella scelta dei metodi necessari per l'adempimento del dovere, di guisa tale che l'uso delle armi può essere considerato legittimo solo ove non vi sia altro mezzo possibile per respingere una violenza o vincere una resistenza. Perché si possa considerare integrato il requisito della necessità, è inoltre indispensabile che vi sia una gradualità nell'uso dei mezzi di coazione la quale ricorre qualora, tra più mezzi di coazione ugualmente efficaci, venga scelto quello meno lesivo (ad esempio l'utilizzo di idratanti e lacrimogeni in luogo delle armi da fuoco). Passando al requisito della proporzione, nell'affermare che tale principio deve essere inteso come espressione di un bilanciamento tra interessi contrapposti alla luce della situazione concreta, la Suprema Corte propone un rinnovato concetto di proporzionalità, prendendo le distanze da quegli indirizzi meno recenti che ritenevano la proporzione un giudizio riguardante esclusivamente i "mezzi esecutivi". Circa i termini del giudizio di proporzione, infatti, in dottrina si sono registrati orientamenti non univoci.

Secondo la dottrina più risalente, il giudizio di proporzione non può avere ad oggetto il raffronto tra i beni in conflitto, bensì deve vertere sul raffronto tra i mezzi impiegati e i mezzi a disposizione. Tale dottrina, che deduce il concetto di proporzione tra i mezzi dalla disciplina dell'eccesso colposo di cui all'art. 55 c.p., ritiene inutile una valutazione della proporzione tra i beni giacché, si afferma, l'art. 53 c.p. considera a priori prevalente l'interesse pubblico all'adempimento delle funzioni dell'autorità sull'interesse del privato a vedere tutelata la propria integrità fisica .

In quest'ottica, pertanto, il principio di proporzione viene inteso come un elemento del concetto di necessità.

Per converso, altra parte della dottrina⁸ ha evidenziato che il criterio della proporzione tra i beni non costituisce un indice di valutazione decisivo giacché uno stesso mezzo può avere una plurima potenzialità offensiva potendo servire ad esempio, a uccidere, a ferire o anche solo a minacciare.

Da qui la tendenza a ritenere la proporzione un giudizio intercorrente tra l'interesse pubblico sotteso al dovere che deve essere adempiuto (ad es. la cattura di un latitante) e l'interesse offeso. L'accoglimento del principio personalistico che ispira la Costituzione repubblicana, infatti, comporta che l'art. 53 c.p. non possa mai autorizzare la lesione di diritti inviolabili dell'uomo al di fuori di una logica di proporzione⁹.

In una posizione intermedia si colloca quell'orientamento che ritiene che affinché l'uso delle armi possa considerarsi legittimo, è necessario che il rapporto di proporzione riguardi sia i beni in conflitto sia i mezzi impiegati e il tipo di resistenza da vincere¹⁰. Se è pur vero, infatti, che beni come la vita e l'integrità fisica si trovano in una posizione preminente rispetto agli interessi perseguiti dall'attività amministrativa (di guisa tale che, ad esempio, gli interessi sottostanti un provvedimento giurisdizionale di sgombero di un edificio occupato abusivamente non possono giustificare l'utilizzo della forza pubblica per uccidere o ferire gli occupanti) è pur vero che il principio di proporzione può dirsi rispettato qualora tali beni vengano attentati in misura lieve e con dei mezzi con scarsa carica lesiva (ad esempio utilizzo di gas lacrimogeni sugli occupanti dell'edificio o l'uso di catene chiodate per forare le ruote della vettura in fuga¹¹).

Nonostante le incertezze circa i termini del giudizio di proporzione, l'orientamento giurisprudenziale odierno, nel quale si colloca la pronuncia de qua, ritiene che il giudizio di bilanciamento debba avere ad oggetto i beni giuridici¹² e gli interessi in gioco, tra i quali gli interessi sottostanti l'adempimento del dovere da parte dei pubblici ufficiali e gli altri interessi di valore costituzionale, quali il diritto all'integrità fisica e alla vita dei soggetti coinvolti nel reato o estranei alla commissione del medesimo.

La proporzione può ritenersi, pertanto, rispettata allorché l'uso delle armi non leda un interesse avente maggiore valore per l'ordinamento giuridico¹³.

⁶ 9 Cfr. PADOVANI, *Diritto Penale*, X ed., Milano 2012, p. 175.

⁷ 10 Cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VI ed., Bologna, p. 314.

⁸ 11 Così DOLCINI-MARINUCCI *Corso di diritto penale*, Milano 2001, p. 265.

⁹ 12 Circa l'importanza del ruolo rivestito dal bene giuridico nell'operazione di balancing test, MANES, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 763 il quale sottolinea che, soprattutto alla luce di un approccio costituzionale in materia penale, il principio di proporzione esige che "una compressione di libertà fondamentali non può essere costruita secondo schemi presuntivi nemmeno in nome di altri beni di (supposto) rilievo costituzionale, perché anche laddove si tratti di tutelare beni che nel sistema costituzionale costituiscano limiti espliciti o impliciti alla libertà, la tutela non può comprimere l'esercizio delle libertà se non nei limiti del pericolo concreto".

¹⁰ 13 Cfr. MANTOVANI, *Op. cit.*, p. 277 che, sulla scorta dell'applicazione di tale principio, considera legittimo l'uso delle armi allorché sia finalizzato a impedire l'assalto del Parlamento mentre, al contrario, considera ingiustificata e assurda

I principi appena richiamati sono rinvenibili anche in ulteriori pronunce di legittimità. La Suprema Corte, infatti, richiama dei principi elaborati già in precedenza con la sentenza n. 854 del 2008 secondo cui «perché possa riconoscersi la scriminante dell'uso legittimo delle armi, quale prevista dall'art. 53 cod.pen., occorre: che non vi sia altro mezzo possibile; che tra i vari mezzi di coazione venga scelto quello meno lesivo; che l'uso di tale mezzo venga graduato secondo le esigenze specifiche del caso, nel rispetto del fondamentale principio di proporzionalità. Ove risultino soddisfatte tali condizioni è da escludere che si possa porre a carico dell'agente il rischio del verificarsi di un evento più grave rispetto a quello da lui perseguito 14¹¹».

Tali principi sono stati ripresi nella pronuncia n. 14670 del 2011, ove la Corte ha chiarito che il principio di proporzione implica anche una “gradualità nell’uso dei mezzi di coazione”, alla stregua della quale potrà essere sufficiente sparare in aria (a scopo intimidatorio e di coazione psichica) oppure al lato del soggetto agente (sempre con intenti persuasivi) e così via, potendosi ammettere soltanto quale *extrema ratio* la possibilità di mirare e sparare al corpo della persona, giustificabile solo ove il conflitto riguardi interessi di valore assoluto 15¹². Anche la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo richiama e valorizza i principi di proporzione e di gradualità nell’uso dei mezzi di coazione. In particolare, essa occupandosi della vicenda relativa all’omicidio di Carlo Giuliani da parte di un carabiniere in occasione del G8 di Genova del 2001, ha considerato legittimo l’uso delle armi da parte del carabiniere Placanica giacché nel caso di specie non erano stati travalicati i limiti di quanto era assolutamente necessario per tutelare la propria vita e quella dei suoi colleghi da un pericolo percepito dall’agente come reale 16¹³.

La Corte ha, quindi, affermato che nel caso di specie il ricorso alla forza omicida è stato assolutamente necessario «per garantire la difesa di ogni persona contro la violenza illegale», ai sensi dell’articolo 2 par. 2 lettera a) della Convenzione.

4. Orientamenti giurisprudenziali in materia di fuga.

l’uccisione di uno o più soggetti che, facendo resistenza, impediscono ad un pubblico ufficiale di adempiere un dovere posto a garanzia di un interesse tutelato con una contravvenzione.

¹¹ 14 Cfr. Cass.pen.Sez. 4, Sentenza n. 854 del 15/11/2007 (dep. 10/01/2008) ove la Corte ha ritenuto che correttamente fosse stata affermata la responsabilità, a titolo di eccesso colposo, nei confronti di un agente di polizia il quale, in ora notturna ed in zona poco frequentata, a fronte del gesto di un soggetto che aveva estratto e puntato contro la pattuglia di cui detto agente faceva parte una pistola, rimanendo quindi fermo in tale atteggiamento, con un ginocchio a terra, nel mezzo della strada, aveva esploso contro costui, dopo essersi portato a distanza di sicurezza, al riparo dell'autovettura di servizio, i cui fari abbagliavano l'antagonista, alcuni colpi di pistola che ne avevano cagionato la morte.

¹² 15 Cfr. Cass. pen. Sez. IV, Sentenza n.14670 del 17/02/2011 (dep. 12/04/2011).

¹³ 16 La sentenza 24 marzo 2011 (ricorso n. 23458/02) è relativa agli scontri avvenuti durante il vertice dei Capi di Stato e di Governo del G8, tenutosi a Genova dal 19 al 21 luglio 2001, fra le forze dell’ordine e gruppi di dimostranti, in occasione dei quali perdeva la vita Carlo Giuliani per mano del carabiniere Placanica il quale, a bordo di una camionetta Defender rimasta circondata dai manifestanti ed oggetto di una sassaiola, aveva esploso alcuni colpi attingendo la testa del Giuliani, che era morto immediatamente.

Alla luce delle più recenti pronunce giurisprudenziali non si può non rilevare che, allo stato dell'arte, l'orientamento prevalente considera il principio di proporzione un requisito irrinunciabile, delimitativo della legittimità dell'utilizzo delle armi da parte dei pubblici ufficiali. Proprio alla luce del principio di proporzione deve essere affrontata la problematica del se la cd. resistenza passiva e la fuga legittimano l'uso delle armi o di altri mezzi di coazione da parte dei pubblici ufficiali.

Come noto, l'art. 53 c.p. richiede che i pubblici ufficiali ricorrano alle armi solo ove si trovino nella condizione di necessità di dover respingere una violenza o di vincere una resistenza all'Autorità. Se con riguardo al concetto di violenza vi è unanimità in dottrina nel ritenere che esso comprenda sia la violenza fisica che quella psichica¹⁴, meno pacifica è la definizione del concetto di resistenza, da intendersi non come un'aggressione autonoma bensì come un antagonismo tra due forze.

Secondo una parte della dottrina e della giurisprudenza più risalente, infatti, per resistenza deve intendersi un atteggiamento consistente in una condotta attiva e mai in una mera condotta passiva quale la fuga, la mera disobbedienza o l'opposizione verbale.

A sostegno di tale lettura restrittiva della nozione di resistenza vengono avanzate considerazioni di ordine sistematico: in particolare, si afferma, l'ultimo comma dell'art. 53 c.p. richiama delle norme speciali che disciplinano espressamente l'uso delle armi in casi particolari quali la fuga¹⁵. Si tratta di ipotesi nelle quali il legislatore ha voluto espressamente dar rilievo alla resistenza passiva, ma trattandosi di ipotesi eccezionali¹⁶, esse non possono erigersi a regola generale¹⁷.

Altra parte della dottrina¹⁸, al contrario, ritiene che non sussistono ragioni che si oppongono al riconoscimento della resistenza passiva quale presupposto per un legittimo uso delle armi. Contrariamente a chi ritiene che l'uso delle armi diretto a vincere una resistenza passiva difetti del requisito della proporzione, tale dottrina sottolinea che anche in tali ipotesi è necessario il rispetto del suddetto requisito. In altre parole, si afferma, siccome l'art. 53 c.p. non si riferisce solo alle armi ma anche ad altri mezzi di coazione fisica meno lesivi, il ricorso alle armi può definirsi legittimo allorché, in linea con il principio di proporzionalità, si faccia ricorso a mezzi meno

¹⁴ 17 Cfr. RIPAMONTI, sub art. 53, cit. p. 632 la quale ritiene che la violenza atta a legittimare l'uso delle armi possa ricadere anche sulle cose purché essa consista in un impedimento all'azione dell' Autorità.

¹⁵ 18 Si veda, ad esempio, l' art. 41 co. 1 l. 26 luglio 1975 n. 354 che autorizza il personale di custodia a fare uso della forza fisica qualora i detenuti non ottemperino all'ordine di rientrare nelle celle

¹⁶ 19 Così Cass. Pen., Sez. 4, Sentenza n. 14670 del 17/02/2011 (dep. 12/04/2011) : «la disciplina in tema di uso legittimo delle armi in danno di chi si sottrae con la fuga ad una intimazione o all'arresto, prevista dalle leggi in materia di contrabbando, è eccezionale, e non può essere applicata in via analogica a casi diversi da quelli in essa contemplati»; Sez. 4, Sentenza n. 9285 del 13/03/1986 Ud. (dep. 15/09/1986): «l'uso delle armi contro chi si sottrae con la fuga ad una intimazione o all'arresto non è legittimo (salve le eccezioni previste dalle specifiche disposizioni di legge, come in materia di contrabbando, passaggio abusivo delle frontiere, custodia di detenuti) perché esso richiede che si sia posta in essere una resistenza attiva».

¹⁷ 20 Cfr. DOLCINI-MARINUCCI, Corso di diritto penale, p. 264; Cfr. anche ANTOLISEI, Manuale di diritto penale. Parte generale, p. 277.

¹⁸ 21 Cfr. FIANDACA-MUSCO, Diritto penale. Parte generale, p. 313 ; Cfr. PADOVANI , Diritto Penale, p. 173.

lesivi quali, ad esempio, l'uso delle catene chiodate per forare le ruote della vettura in fuga. L'orientamento giurisprudenziale tradizionale, delimitando il concetto di resistenza alla sola resistenza cd. attiva, esclude che la mera resistenza passiva (classica ipotesi rappresentata dalla resistenza pacifica opposta da un gruppo di scioperanti distesi sui binari per impedire il passaggio di un treno) e la fuga possano giustificare l'uso delle armi giacché, si afferma, in tali casi difetta il requisito della proporzione ²²¹⁹.

In quest' orientamento si colloca la sentenza della Cassazione Sez. III l 22 maggio 2007 n. 11879, che ha affermato che la scriminante di cui all'art. 53 c.p. non è configurabile in caso di fuga, poiché tale ipotesi rappresenta una mera resistenza passiva.

Senonché la recente giurisprudenza, negli ultimi anni, muovendo proprio dal principio di proporzionalità, si sta evolvendo nel senso di non considerare la fuga come un elemento che a priori delegittima l'uso delle armi. Conseguentemente, sulla scorta di tale orientamento, al pubblico ufficiale è consentito l'utilizzo delle armi tutte le volte in cui esso risulti necessario all'esito di un giudizio di bilanciamento e di proporzione avente ad oggetto i vari beni giuridici coinvolti (quali la vita e l'integrità del fuggitivo e dei terzi e i beni oggetto di tutela da parte dei pubblici ufficiali) e i mezzi di coazione impiegati. Pertanto, ad esempio, se non è consentito ricorrere alle armi da fuoco contro un gruppo di scioperanti che protestano pacificamente, è possibile ricorrere, invece, ad altri mezzi di coazione meno lesivi.

Non vi sono ragioni, quindi, di dubitare della legittimità del ricorso dei mezzi di coazione nei confronti di un soggetto che si dà alla fuga impedendo l'esecuzione di un dovere d'ufficio. In tale ipotesi, anche al di fuori dei casi espressamente previsti dalle leggi speciali, al pubblico ufficiale è consentito vincere la resistenza attraverso una serie di comportamenti coattivi che non devono necessariamente concretarsi nella morte o nella lesione del soggetto destinatario degli stessi, con la conseguenza che in tal caso, al pari della resistenza attiva, sarà applicabile la disciplina in tema di eccesso colposo ²³²⁰. In tale evoluzione giurisprudenziale si colloca la sentenza della

¹⁹ 22 In tal senso, Cass. Sez. 4, Sentenza n. 12137 del 05/06/1991 (dep. 29/11/1991) afferma che «In tema di uso legittimo di armi, nel caso di resistenza posta in essere con la fuga, manca il rapporto di proporzione tra l'uso dell'arma e il carattere non violento della resistenza opposta al pubblico ufficiale». In questo senso anche Cass. Sez. 1, Sentenza n. 5527 del 28/01/1991 (dep. 20/05/1991): «L'uso delle armi nei confronti di persone disarmate, datesi alla fuga per sottrarsi all'intimazione o all'arresto, non è legittimo, trattandosi di comportamento di resistenza passiva». Si veda anche Cass. Sez. 4, 5 giugno 1991 (dep. 29 novembre 1991) ove si afferma che, mancando nella fuga il rapporto di proporzione tra l'uso dell'arma e il carattere non violento della resistenza posta in essere con la fuga, il pubblico ufficiale non può invocare l'art. 53 c.p. neanche sotto il profilo della putatività, ritenendo di aver agito in presenza di una causa di giustificazione. L'errore sull'esistenza delle circostanze di esclusione della pena spiega efficacia discriminante allorché investa i presupposti di fatto che integrano la causa di giustificazione e non, invece, quando si risolve in un errore di diritto sfociante nell'erronea ed inescusabile convinzione che la situazione nella quale l'agente si trova ad operare (nella specie la fuga di un uomo) rientri tra quelle cui l'ordinamento giuridico attribuisce efficacia scriminante giacché diversamente si finirebbe per considerare inoperante, sul terreno delle cause di giustificazione, il principio generale posto dall' art. 5 c.p.

²⁰ 23 Così in dottrina MARINI, *Usò legittimo delle armi (Diritto Penale)* in Nss. Dig.It, Torino 1975, XX, p. 262.

Cassazione in commento nella quale, oltre a ribadire i principi dettati in materia di proporzionalità, la Corte si pronuncia sul tema dell'uso delle armi in caso di fuga.

Nel caso di specie, confermando la sentenza della Corte d'Appello di Cagliari, la Corte assolve un carabiniere dal reato di cui all' art. 589 c.p. per aver commesso il fatto in presenza della causa di giustificazione dell'uso legittimo delle armi.

La vicenda posta all'attenzione della Corte vede come protagonisti quattro rapinatori travisati e in possesso di pistole calibro 9 e di una bomba a mano i quali, dopo aver effettuato una rapina in un ufficio postale, trascinano fuori dall'ufficio due impiegati presi in ostaggio. Da ciò sorge un conflitto a fuoco tra i carabinieri e i rapinatori che si danno alla fuga, impossessandosi di un furgone che transitava e costringendo uno dei passeggeri dell'autoveicolo a mettersi alla guida. Durante l'inseguimento, uno dei passeggeri viene colpito al capo da un proiettile di rimbalzo esploso dall'imputato, riportando delle gravi ferite che dopo alcuni mesi lo conducono alla morte.

Nella motivazione la Corte premette che, oltre alla mancata previsione del requisito della proporzione, la scriminante di cui all'art. 53 c.p. si distingue dalle tradizionali cause di giustificazione anche per ulteriori aspetti, quali il mancato riconoscimento nei confronti di chi della causa di giustificazione si avvale, dell'opzione della rinuncia o del *commodus discessus*, riconosciuta nel caso della legittima difesa.

D' altra parte, nella sentenza viene evidenziato che, nonostante le peculiarità dell'art. 53 c.p., il ricorso alle armi richiede pur sempre la presenza di una situazione necessitante da intendersi come esigenza di utilizzare il mezzo coercitivo in assenza di alternative valide per adempiere al proprio dovere . Siccome il requisito della necessità deve sussistere anche nel caso in cui l'attività svolta dall'agente sia avvenuta in costanza di fuga, nel chiedersi se nel caso di specie ricorra o meno la situazione necessitante, la Corte giunge ad una soluzione positiva, valutando la resistenza posta in essere dai malviventi come un'azione violenta e non, al contrario, una mera resistenza passiva.

Nell'affermare che la cd. resistenza passiva ricorre solo qualora la fuga sia finalizzata esclusivamente alla sottrazione alla cattura e cioè alla conservazione dello stato di libertà, la Corte richiama una precedente pronuncia della Cassazione nella quale si asseriva che la fuga del soggetto nei cui confronti il pubblico ufficiale è tenuto ad adempiere al dovere d'ufficio, elemento non rientrante tra quelli tipici della fattispecie, non può escludere in assoluto l'esistenza della scriminante, essendo necessario procedere alla valutazione delle modalità con le quali la fuga stessa è realizzata e dovendosi ritenere che, quando tali modalità siano tali da porre a repentaglio l'incolumità di terze persone, l'uso delle armi, opportunamente graduato secondo le esigenze del caso e sempre nell'ambito della proporzione, è legittimo, sempre che non sia possibile un altro mezzo di coazione di pari efficacia ma meno rischioso ²⁴ ²¹.

²¹ 24 Cfr. Cass. Sez. 4, Sentenza n. 9961 del 07/06/2000 (dep. 22/09/2000) ove la Corte ha ritenuto che la fuga posta in essere da sconosciuti intercettati dai Carabinieri, dopo un iniziale tentativo di speronamento dell'autoveicolo di servizio, non sia configurabile come mera resistenza passiva, ma, per la elevata velocità del veicolo fuggitivo e per i rischi causati

Ne deriva che, ove la fuga faccia sorgere rischi e pericoli per l'incolumità di terzi, il pubblico ufficiale può far uso di armi da fuoco, qualora il ricorso a queste costituisca l'*extrema ratio* per adempiere ai propri doveri istituzionali.

Conseguentemente, qualora ricorrano le condizioni della necessità e della proporzione, il rischio della verificazione di un evento più grave non può essere posto a carico dell'agente e ciò anche qualora l'evento più grave non riguardi prettamente gli autori dell'illecito, bensì terzi coinvolti nel teatro del sinistro.

Dalla motivazione della pronuncia si evince che la Suprema Corte con la sentenza in commento si inserisce nel più recente orientamento giurisprudenziale caratterizzato dall'ampliamento, seppure a precise condizioni, dell'ambito di applicazione dell'art. 53 c.p. anche alle situazioni aventi ad oggetto l'inseguimento dei fuggitivi.

E' necessario, però, che si tratti pur sempre di una "fuga pericolosa" connotata da atti positivi di aggressione o di minaccia ²⁵²² e non di una mera disobbedienza o di una resistenza passiva.

E' questo sicuramente il caso in cui si ponga in essere una cd. "fuga armata" ²⁶²³, mentre al contrario non costituisce presupposto per l'uso legittimo delle armi la fuga "all' ALT" o all' arresto, non costituendo essa una resistenza attiva ²⁷²⁴.

Con riguardo al caso analizzato in sentenza, va rilevato, quindi, che la fuga attuata dai malviventi non può essere considerata una resistenza passiva *tout court*, giacché sia nella fase antecedente alla fuga sia durante la fuga medesima era in atto da parte dei malviventi un'azione violenta che ha messo a repentaglio le vite di tre persone inermi. Prova del carattere violento della condotta dei criminali è riscontrabile nella fase conclusiva dell'azione, che ha visto il rapinatore rifugiarsi in un'abitazione privata e tenere in ostaggio, sotto la minaccia dell'arma, la padrona di casa ed i due figli di costei, prima di arrendersi dopo trattative.

Si tratta, pertanto, di una fuga non finalizzata alla conservazione dello stato di libertà ma che, al contrario, assume i connotati della resistenza attiva.

agli utenti della strada, costituisca resistenza da vincere e legittimi pertanto l'uso delle armi, diretto agli pneumatici del veicolo inseguito, quale unico mezzo per arrestarne la corsa.

²²

²⁵ Cass., Sez. VI, 5 giugno 2008, Parisi, in Mass. Uff., n. 241187, secondo cui perché ricorrano gli estremi del reato di resistenza a un pubblico ufficiale è necessario il verificarsi di atti positivi di aggressione o di minaccia che impediscano al pubblico ufficiale di compiere l'atto del proprio ufficio: ciò che non si verifica, realizzandosi semmai una mera disobbedienza o resistenza passiva, nella condotta di chi, non aderendo all'invito rivoltogli dagli operanti di seguirli presso i loro uffici, senza porre in essere alcuna violenza o minaccia, ma limitandosi a rimanere "aggrappato" al braccio di uno degli operanti, finisce con l'essere introdotto di peso nell'autovettura di servizio

²³ ²⁶ Non si rilevano particolari dissensi in giurisprudenza circa il riconoscimento dell'uso delle armi nei casi di cd. fuga armata, trattandosi essa di un'ipotesi di resistenza attiva. Cfr. Cass. Pen., Sez I 16.5.1978, Ognibene, CED 140918, in Riv. Pen. 1979, p.444 citata in DOLCINI-MARINUCCI (a cura di), Codice Penale Commentato, vol. I, II ed., 2006, p. 642.

²⁴ ²⁷ Cfr. Cass., Sez. IV, 17 febbraio 2011, Serafino, in Cass. pen., 2012, 1369 ss., che ha rigettato il ricorso avverso la sentenza di condanna per omicidio colposo pronunciata nei confronti di un carabiniere che risultava avere sparato, con esito mortale, alcuni colpi nei confronti di un veicolo non arrestatosi all'alt, in assenza di condizioni di "pericolosità" della fuga, tali da giustificare l'utilizzo dell'arma per arrestare la condotta di fuga.

Circa la possibilità di individuare una responsabilità colposa in capo all'imputato, la Corte esclude tale ipotesi, sia perché da parte dell'imputato sono state osservate tutte le cautele possibili, sia perché la concitazione dell'azione non ha consentito di operare distinzioni circa il soggetto da colpire. Ne deriva che la deviazione del tiro, non essendo dovuta ad un atteggiamento negligente o imprudente, non è imputabile al carabiniere tanto più se si considera che il proiettile non ha attinto la vittima direttamente, ma solo di rimbalzo, circostanza che fa evincere l'intento dell'agente di evitare danni ai presenti.

La situazione di emergenza nella quale i militari hanno operato, inoltre, induce la Corte a ritenere legittima la scelta di utilizzare le armi e non di ricorrere, invece, ad altri mezzi di coazione meno lesivi, non essendo questi sufficienti a fronteggiare la situazione di pericolo e di emergenza. Va rilevato che, se da un lato la recente giurisprudenza tende sempre con più favore a ricomprendere la fuga tra i presupposti di applicazione dell'art. 53 c.p., dall'altro lato vi sono significative indicazioni normative dalle quali emerge un'intentio legis sfavorevole all'ammissibilità dell'uso delle armi in ipotesi di fuga del reo: l'art. 158 ultimo comma del regio decreto 773/1931, (TULPS), prevede, ad esempio, la possibilità di usare le armi per impedire i passaggi abusivi attraverso i valichi di frontiera e dunque per il contrasto di una condotta attiva invasiva e non di una fuga. La norma è integrata dalla legge 494/1940 che prevede inoltre che, comunque, prima di sparare, il militare deve intimare "l'ALT". Ancora, gli artt. 1 e 3 della legge 100/1958 vietano l'uso delle armi allorché il contrabbandiere si dia alla fuga o abbandoni il carico.

Ciò che ne deriva è un quadro confuso e insoddisfacente giacché, in assenza di precisi limiti normativi all'operatività dell'art. 53 c.p. (fatta eccezione per le suddette indicazioni normative che però sono circoscritte ad ipotesi ben specifiche), pur nell'apprezzabile intento di creare dei limiti in via interpretativa, la giurisprudenza si è mostrata particolarmente ondivaga. Al di là degli sforzi interpretativi, la struttura della scriminante in questione è costituita da presupposti estremamente indeterminati, il che sicuramente pone dei problemi con riguardo al rispetto del principio di legalità e, in particolare, del principio di tassatività, non potendo l'interprete sostituirsi interamente all'attività del legislatore ²⁸.

In dottrina vi è chi ha osservato che, anche alla luce dei più recenti e apprezzabili sforzi interpretativi, la ratio e la struttura dell'art. 53 c.p. impediscono una legittimazione della norma secondo i principi fondamentali dello stato sociale di diritto.

L'estrema indeterminatezza dei presupposti applicativi della scriminante in parola, nonché l'ampliamento del suo campo di applicazione anche ai meri atti preparatori ²⁹, non garantiscono la realizzazione delle finalità specialpreventive e

²⁸ 28 Cfr MOCCIA, Op. cit, p. 195. L'Autore ritiene che, per quanto siano apprezzabili gli sforzi interpretativi volti a ridurre l'ambito di applicazione dell'art. 53 c.p., la ratio della norma costituisce un ostacolo alla legittimazione della scriminante secondo i parametri ordinamentali dello stato sociale di diritto.

²⁹ 29 L'art. 14 della legge 22 maggio 1975 n. 152 ha anticipato l'intervento coercitivo del pubblico ufficiale anche agli atti preparatori autorizzando l'uso delle armi o di altro mezzo di coazione fisica per « impedire la consumazione dei

generalpreventive di tipo positivo, intese come risocializzazione del condannato e aggregazione di consensi da parte dei cittadini intorno ai principi dell'ordinamento giuridico. Da qui la necessità sentita specialmente in dottrina di procedere o ad un'abrogazione della fattispecie di cui all'art. 53 c.p. oppure ad una sua riformulazione avente ad oggetto la fissazione di limiti normativi e di requisiti oggettivi ben precisi, tali da ridurre i margini di discrezionalità circa i parametri di legittimità della scriminante in questione.

5. Uso legittimo delle armi e reato aberrante.

Il caso sottoposto all'attenzione della Corte costituisce un interessante spunto per analizzare i rapporti intercorrenti tra la figura dell'uso legittimo delle armi e quella del cd. reato aberrante disciplinato dagli artt. 82 e 83 c.p..

In particolare, è dubbio se possa applicarsi la disciplina in tema di aberratio ictus di cui all'art. 82 c.p. a quei casi in cui il pubblico ufficiale, nel porre in essere la condotta giustificata, a causa o di un errore nell'uso dei mezzi (ad es. sbaglio di mira, arma difettosa) o per altra causa (ad es. spostamento improvviso dell'aggressore) cagiona un'offesa ad una persona diversa da quella che ha posto in essere la resistenza o la violenza.

Si tratta, cioè, di un'ipotesi peculiare in cui l'offesa ideata è fondata su una causa di giustificazione, mentre l'offesa realizzata a persona diversa dall'aggressore non è coperta da alcuna scriminante.

Proprio nel caso oggetto della sentenza in commento, colui che subisce l'offesa è persona diversa dai rapinatori in fuga ed estranea al teatro criminoso, trattandosi di un soggetto che per puro caso transitava con il proprio autoveicolo nelle vicinanze del luogo ove è stata commessa la rapina.

Orbene, con riguardo al tema concernente la posizione dell'ostaggio e l'errore nell'individuazione della vittima, nella sentenza in commento la Corte non risolve la questione alla luce dell'art. 82 c.p. bensì richiama un precedente orientamento giurisprudenziale³⁰²⁷ al fine di escludere la responsabilità del pubblico ufficiale con riguardo all'evento più grave riguardante una persona diversa rispetto all'aggressore.

In particolare, partendo dalla premessa che ove risultino soddisfatte determinate condizioni (e cioè l'assenza di un altro mezzo possibile; la scelta del mezzo meno lesivo tra i vari mezzi di coazione; la graduazione dell'uso di tale mezzo secondo le esigenze specifiche del caso, nel rispetto del fondamentale principio di proporzionalità) il rischio del verificarsi di un evento più grave rispetto a quello perseguito dal pubblico ufficiale non può essere posto a suo carico, la Corte conclude nel ritenere che «non è possibile operare distinzioni secondo che l'evento più grave venga a colpire gli stessi autori dell'illecito o anche terzi coinvolti nel teatro del sinistro, questi ultimi, peraltro,

delitti di strage, di naufragio, sommersione, disastro aereo, disastro ferroviario, omicidio volontario, rapina a mano armata e sequestro di persona».

²⁷ 30 Il riferimento è alla sentenza Cass. pen., Sez. 4 n. 854 del 15/11/2007.

difficilmente distinguibili dai primi in ragione dell'accertata dinamica dell'intera azione».

Soprattutto in dottrina ci si è interrogati circa la possibilità di risolvere tali casi problematici, e non infrequenti, alla luce dell'art. 82 c.p. 31²⁸.

Nonostante le indagini condotte abbiano riguardato in particolare l'applicazione della disciplina in tema di aberratio ictus ai casi di legittima difesa, le osservazioni che ne sono derivate possono essere estese anche alle ipotesi di cui all'art. 53 c.p. giacché in entrambe le figure esimenti la reazione difensiva o eliminante la violenza o la resistenza deve dirigersi esclusivamente verso colui che ha posto in essere l'aggressione o la resistenza.

Parte della dottrina 32²⁹, partendo dalla premessa che l'art. 82 c.p. ha accolto un criterio dell'equivalenza giuridica tra l'offesa ideata e l'offesa realmente realizzata, ritiene che nel caso di specie sia ugualmente applicabile la scriminante giacché, si afferma, come viene considerata lecita l'offesa commessa nei confronti dell'aggressore, parimenti deve essere considerata tale l'offesa arrecata a una persona diversa. Per converso, altra parte della dottrina ritiene che la disciplina in tema di aberratio ictus non possa trovare applicazione e che la questione debba essere affrontata, invece, partendo dal presupposto che nella mente e nella volontà dell'agente si è rappresentata solo l'offesa ideata penalmente irrilevante (in quanto coperta da una scriminante) e non anche l'offesa arrecata al terzo estraneo. Di conseguenza, essendo assente nel soggetto agente la volontà di arrecare un'offesa a una persona diversa dall'aggressore, il disposto dell'art. 82 c.p. risulta inapplicabile giacché proprio l'imputazione dolosa costituisce il presupposto dell'applicazione della disposizione medesima 33³⁰.

In altre parole, per valutare la punibilità del soggetto agente basta rifarsi ai principi generali e non occorre, al contrario, richiamarsi all'art. 82 c.p. . Sullo schermo mentale dell'agente si riflette, infatti, solo la rappresentazione dell'offesa ideata e non anche quella realizzata, la quale (differentemente dall'offesa ideata) risulta essere penalmente rilevante in quanto non coperta da alcuna scriminante. Ne consegue la non punibilità dell'agente, mancando una corrispondenza tra elemento soggettivo ed elemento oggettivo della fattispecie criminosa.

Analogo discorso viene fatto allorché l'agente offenda la persona ideata, e oltre a questa un terzo: in tal caso l'agente non risponde né dell'azione ideata per assenza di anti giuridicità (e di rilevanza penale) né dell'azione realizzata per assenza di dolo. Orbene, la presenza di una scriminante viene a rompere quell'omogeneità di rilevanza

²⁸ 31 Cfr. MANTOVANI, Op.cit., p. 262; VENDITTI, Aberratio ictus e cause di giustificazione, in Giur.it., 1959, II, p. 311; MAGGINI, Aberratio ictus e legittima difesa, in Riv.it., 1981, p. 931.

²⁹ 32 Cfr. MANZINI, Trattato di diritto penale italiano, Vol. II, Torino 1861, pp. 58 ss.

³⁰ 33 Cfr. VENDITTI, Aberratio ictus e cause di giustificazione, in Giur. it, 1959, II, p. 311; MAGGINI, Aberratio ictus e legittima difesa, cit., 1981, p. 931.

penale richiesta dall'art. 82, secondo comma c.p. di guisa tale che non è possibile l'applicazione della disciplina medesima.

A sostegno della tesi che esclude l'applicabilità della disciplina in materia di aberratio è stato evidenziato, altresì, che l'art. 82 c.p. è norma che presuppone l'assenza di scriminanti mentre, al contrario, nel caso di cui agli artt. 52 e 53 c.p. l'autore agisce in presenza di una situazione di legittima difesa o di costrizione dovuta alla necessità di respingere una violenza o vincere una resistenza. Parimenti, in quest'ottica, si esclude l'applicazione dello stesso art. 52 c.p., non essendo la persona offesa l'autore dell'offesa ingiusta (o della violenza e della resistenza da respingere o da vincere) 35³¹.

Si esclude, altresì, l'applicazione della disciplina in tema di stato di necessità giacché il requisito della necessità difetta nell'azione difensiva dovuta ad un errore di esecuzione nei confronti di un estraneo, non essendo questa idonea a salvare sé o altri.

Secondo tale impostazione, la soluzione va rinvenuta alla luce di un'indagine sull'atteggiamento psicologico dell'agente di guisa tale che, anche in presenza di una scriminante, sarà possibile rinvenire un'ipotesi di responsabilità colposa dell'agente ogniqualvolta l'offesa al terzo estraneo sia dovuta ad una violazione delle doverose regole di condotta 36³².

Quando il fatto verificatosi nei confronti dell'aggressore (o di colui che ha posto in essere la violenza o la resistenza) risulta eccessivo, si realizza ai sensi dell'art. 55 c.p. una fattispecie di eccesso colposo di legittima difesa o di uso legittimo delle armi. Orbene, si afferma, anche qualora il fatto offensivo riguardi un estraneo, non è possibile prescindere dalla valutazione circa la presenza o meno di un atteggiamento colposo giacché, ragionando diversamente, si giungerebbe al paradosso di richiedere un'osservanza delle regole cautelari solo in presenza dell'esimente, ritenendo, invece, il fatto non punibile qualora venisse offesa una persona diversa.

Ne deriva che il pubblico ufficiale che fa uso delle armi è tenuto ad agire rispettando il requisito della proporzionalità e della necessità alla luce delle circostanze che si presentano nel caso concreto. In altre parole, qualora egli incominciasse a sparare all'impazzata in un luogo frequentato al fine di respingere una violenza, il suo atteggiamento esulerebbe dal rispetto delle regole cautelari e, di conseguenza, il rischio della verificazione di un evento lesivo diverso dall'obiettivo programmato è posto a suo carico.

Diversa è l'ipotesi in cui l'offesa ad un terzo sia stata cagionata da un evento fortuito (si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui un pubblico ufficiale non colpisca l'aggressore e

³¹ 35 Cfr. MAGGINI, Op.cit.; MANTOVANI, Op.cit., p. 262 i quali evidenziano che la reazione per essere legittima deve ricadere sempre sulla persona dell'aggressore che ha posto in essere l'offesa ingiusta o la violenza e la resistenza da vincere.

³² 36 Cfr. MANTOVANI, op.cit, p. 262 il quale risolve i predetti casi partendo da concetti già noti alla dottrina penalistica, quali quello di "rischio consentito" e di "attività giuridicamente autorizzata". In particolare, si afferma, trattandosi di attività giuridicamente autorizzate (quelle di cui agli artt. 52 e 53 c.p.), non è configurabile alcun tipo di responsabilità dolosa o colposa in capo al soggetto agente allorché questi agisca nel rispetto delle regole cautelari, di guisa tale da non eccedere i limiti del cd. "rischio consentito".

uccida, invece, un terzo estraneo a seguito di una spinta ricevuta che realizza una deviazione del tiro). In tal caso, secondo tale impostazione, trova applicazione l' art. 45 c.p e la condotta dell'agente non è punibile in quanto non vi è la possibilità per il soggetto agente di prevedere l'evento non voluto né di evitare il pericolo.

Si definiscono attività giuridicamente autorizzate quelle attività che pur essendo definite pericolose dall'ordinamento giuridico, sono consentite dal medesimo entro il limite del cd. rischio consentito, superato il quale si entra nel campo della responsabilità per colpa. Si pensi all' attività medico- chirurgica, la quale pur rientrando nel novero delle attività definite pericolose, viene autorizzata dall' ordinamento giuridico giacché connotata da finalità utili e lecite, quali la salvaguardia della salute e della vita della persona.

La scriminante della legittima difesa è disciplinata dall'art. 52 c.p., che così recita: "Non è punibile chi ha commesso il fatto, per esservi stato costretto dalla necessità di difendere un diritto proprio od altrui contro il pericolo attuale di una offesa ingiusta, sempre che la difesa sia proporzionata all'offesa.

Nei casi previsti dall'articolo 614, primo e secondo comma, sussiste il rapporto di proporzione di cui al primo comma del presente articolo se taluno legittimamente presente in uno dei luoghi ivi indicati usa un'arma legittimamente detenuta o altro mezzo idoneo al fine di difendere:

- a) la propria o la altrui incolumità;
- b) i beni propri o altrui, quando non vi è desistenza e vi è pericolo d'aggressione.

La disposizione di cui al secondo comma si applica anche nel caso in cui il fatto sia avvenuto all'interno di ogni altro luogo ove venga esercitata un'attività commerciale, professionale o imprenditoriale".

La causa di giustificazione della legittima difesa si trova da tempo immemorabile in tutte le legislazioni penali.

Per questo motivo per spiegare il fondamento della norma sono state prospettate le teorie più varie. La verità è che probabilmente il fondamento della norma può essere cercato in tutte le tesi di cui stiamo per dare conto, senza che necessariamente l'una escluda l'altra.

Senz'altro da escludere la teoria del Florian, secondo cui nella legittima difesa mancherebbe la colpevolezza, in quanto l'agente non agirebbe con malvagità ma solo per difendersi, sì che nessun rimprovero potrebbe muoversi a costui. La verità è che la scriminante della legittima difesa opera oggettivamente, e quindi – ad esempio - anche nel caso in cui un soggetto che viene aggredito approfitti dell'occasione per uccidere una persona che voleva assassinare da tempo. In presenza dei requisiti oggettivi della legittima difesa, cioè, sarebbe scriminato anche un fatto doloso.

Un'altra teoria classica, che risale al Manzini, e accolta da Fiandaca-Musco, è quella della delegazione. Lo stato cioè delegherebbe al privato il compito di difendersi, essendo operazione impossibile da compiere in sua vece. Si tratta quindi di un potere di autotutela che viene dato al privato, il quale agisce delegato dallo stato.

Contro questa tesi si sono mosse varie obiezioni. Si è detto che il delegante non può attribuire al delegato un potere maggiore di quello che avrebbe lui stesso; il privato avrebbe infatti anche il potere di uccidere, che invece lo Stato non ha, e oltretutto costui può reagire contro fatti che di per sé non costituiscono un reato. Tutto ciò impedirebbe di configurare la legittima difesa come una delegazione.

L'obiezione è erronea sotto due punti di vista. In primo luogo non è vero che lo stato non ha il potere di uccidere. In casi eccezionali infatti gli agenti di polizia e i militari possono sparare per uccidere, e questo negli stessi limiti in cui ciò è possibile al privato (ad es. il poliziotto che uccide un malvivente in un conflitto a fuoco, nell'adempimento del servizio, viene scriminato in base alla legittima difesa, negli stessi limiti in cui viene scriminato il privato). Senza contare le guerre, che fanno milioni di morti, in teoria legalmente. In secondo luogo è tutto da dimostrare che il delegante non possa trasferire al delegato un potere maggiore. Dal momento che il delegante in questione non è un quisque de populo, ma lo Stato stesso, cioè un soggetto che è dotato di sovranità, e dal momento che l'istituto della delega non è né costituzionalizzato né previsto da una legge ordinaria, appare assolutamente possibile il trasferimento di un potere al privato, anche con modalità e limiti diversi rispetto a quelli che spetterebbero al soggetto pubblico. Maggiori consensi trova la tesi del bilanciamento di interessi (detta anche dell'interesse prevalente). In pratica nella legittima difesa vi sarebbero due interessi in contrapposizione, quello dell'aggressore e quello dell'aggredito, nel conflitto dei quali lo stato sceglierebbe di dare la prevalenza a quest'ultimo.

Non troppo distante da quest'ultima è la tesi di Antolisei secondo cui la non punibilità dell'aggredito si fonda sulla mancanza di danno sociale. Per l'autore, dal momento che l'offesa all'aggressore è indispensabile per salvare l'aggredito, viene meno l'interesse statale alla repressione perché il fatto – proprio perché necessitato – non provoca alcun allarme sociale.

Come abbiamo detto probabilmente ogni tesi coglie una parte di verità; hanno ragione infatti quegli autori i quali, evidenziando che la legittima difesa è un istituto conosciuto praticamente da tutti gli ordinamenti in tutte le epoche, risponde ad esigenze di diritto naturale.

Requisiti dell'aggressione

Oggetto dell'offesa. Il diritto

L'articolo 52 parla genericamente della necessità di difendere un diritto, proprio o altrui. Si discute quali diritti possano essere ricompresi nell'ambito di applicazione della norma, da taluno sostenendosi che il termine vada riferito solo ai diritti personali, con esclusione dei diritti patrimoniali.

Altri invece sostengono che la norma si applichi anche ai diritti patrimoniali.

Probabilmente è corretto ritenere che la legittima difesa possa essere invocata per qualunque diritto minacciato, senza preclusioni. Né sembra corretto escludere dalla nozione di "diritto" anche i meri interessi, gli interessi legittimi o le aspettative, come invece sostiene qualche autore. In primo luogo perché il diritto penale vive di vita autonoma e quindi i termini ivi usati non necessariamente corrispondono a quelli utilizzati in altri settori dell'ordinamento; in secondo luogo per la considerazione che non si vede il motivo per cui sarebbe legittima la reazione per difendere un proprio diritto di credito (ad esempio una cambiale) e non una posizione di mera aspettativa (ad esempio il risultato di una puntata al gioco), delegittimando in tal modo comportamenti aggressivi diretti contro situazioni che sono pur sempre giuridiche. Padovani fa l'esempio del candidato a un concorso pubblico che reagisce in malo modo per evitare che un commissario passi il compito ad un altro candidato; qui la difesa sarebbe legittima eppure la posizione tutelata è di interesse legittimo.

Il diritto che si difende può essere proprio o altrui, e quindi anche di un passante sconosciuto incontrato per strada; non esiste infatti un dovere di intervenire in soccorso di sconosciuti che vengono aggrediti, tuttavia chi decide di intervenire viene scriminato in base all'articolo 52.

L'offesa ingiusta

Quanto all'offesa ingiusta, anzitutto il termine offesa non deve far pensare necessariamente ad una violenza. Qualsiasi condotta umana, commissiva o omissiva può essere considerata "offesa ingiusta"; ad esempio la condotta omissiva del medico che si rifiuta di visitare un paziente. E' un'offesa poi anche un comportamento passivo, come piazzarsi davanti alla porta dell'abitazione per non far entrare il proprietario, oppure una condotta di per sé non violenta, come il tentativo di somministrare un ansiolitico contro la volontà dell'altro. Quanto all'ingiustizia, alcuni autori interpretano restrittivamente il termine, richiedendo la contrarietà del comportamento offensivo ai precetti dell'ordinamento. In realtà è preferibile l'opinione secondo cui l'ingiustizia si identifica anche con ogni offesa non imposta dallo stato, o comunque tollerata. Ad esempio non è legittimo reagire contro un poliziotto che cerca di arrestare un criminale (trattandosi di offesa imposta dallo stato) ma lo è reagire contro un'aggressione effettuata in stato di necessità (che è solo tollerata) o per eccesso di legittima difesa.

E' ingiusta anche la legittima difesa attuata contro soggetti che godono di immunità o contro non imputabili. In particolare, per quanto riguarda i non imputabili, ci sono autori come Manzini che inquadrano la difesa contro costoro nello stato di necessità, partendo dal presupposto che un incapace non può compiere atti contrari al diritto, e dunque per l'impossibilità di qualificare una loro aggressione come "ingiusta". Tuttavia tale tesi ha due difetti; dal punto di vista teorico non si vede come potrebbe essere giusta l'aggressione da parte di un incapace; dal punto di vista pratico, invece, dal momento che lo stato di necessità ha presupposti più rigidi rispetto alla legittima difesa, si viene a comprimere maggiormente il diritto di difesa di ogni cittadino, il quale, peraltro, è spesso nell'impossibilità di capire lo stato di capacità dell'aggressore.

Il pericolo. L'attualità del pericolo

La difesa è legittima solo di fronte ad un pericolo, cioè ad una situazione potenzialmente lesiva. Il pericolo può provenire da un uomo, un animale o una cosa. Tuttavia quando si tratta di animali o cose è sempre necessario che tale pericolo si riconnetta ad una condotta umana. Ad esempio di fronte al proprietario di un cane pericoloso, che si rifiuta di richiamare l'animale che sta per aggredire un bambino, la reazione del padre che impugna una pistola per costringere il proprietario ad intervenire sarà perfettamente legittima. Quando invece il pericolo proveniente dall'animale o dalla cosa non è riconducibile a una condotta umana allora ricorreranno gli estremi dello stato di necessità.

Il pericolo deve essere attuale; il che è logico, perché altrimenti non ci sarebbe più una difesa, ma una vendetta (se il pericolo è passato); qualora il pericolo sia futuro, invece, il soggetto è tenuto a invocare la difesa dello stato.

Così è senz'altro illegittimo il comportamento di colui che insegue il ladro, che oramai ha posato la refurtiva e scappa, e una volta acciuffatolo lo picchia o lo uccide.

Il pericolo non volontariamente causato

La legge non fa riferimento, come invece per lo stato di necessità, alla involontarietà del pericolo. Tuttavia la giurisprudenza e parte della dottrina richiedono ugualmente tale requisito, giungendo così ad escludere che si possa invocare la scriminante della legittima difesa in casi come i seguenti:

- a) Caio minaccia di picchiare Tizio e questo gli dà un ceffone, Caio, per pararsi dal ceffone, lo picchia a sua volta;
- b) Caio rompe il naso a un amico che ha sfidato a un incontro di lotta libera.

In realtà sembra preferibile l'opinione di coloro che sostengono che il pericolo possa anche essere volontariamente causato. Ciò che conta non è che il soggetto si sia cacciato nel pericolo senza volontà, ma solo l'ingiustizia dell'offesa. Se ad esempio Tizio sfida a pugni Caio, e quest'ultimo tira fuori una pistola, Tizio sarà scriminato anche se in effetti il pericolo è stato causato volontariamente. Ciò che rileva infatti è – lo ribadiamo - che l'offesa (in questo caso la ferita d'arma da fuoco) sia ingiusta, cioè non autorizzata né tollerata dallo stato.

Nelle ipotesi fatte prima, ad esempio (Caio che minaccia Tizio; Caio che sfida l'amico a botte), non può invocarsi la scriminante della legittima difesa, non perché il pericolo è volontario, ma perché l'offesa non può dirsi ingiusta, e dunque la difesa non è necessaria. Partecipare ad una rissa, infatti, non è un fatto necessitato e in casi del genere viene quindi meno la ratio sottesa alla scriminante in esame; non c'è ragione infatti di invocare l'autotutela sol che si pensi che chi sfida qualcuno ad un incontro di lotta non potrebbe di certo invocare il soccorso dell'autorità.

Compatibilità tra legittima difesa, sfida e reato di rissa

Una delle tematiche maggiormente interessanti, in tema di legittima difesa, attiene alla applicabilità della stessa nel caso di rissa, duello ed ogni altra ipotesi di sfida. Secondo l'impostazione dominante in giurisprudenza, non è invocabile la legittima difesa da parte di colui che accetti una sfida o si ponga volontariamente in una situazione di pericolo dalla quale è prevedibile o ragionevole attendersi che derivi la necessità di difendersi dall'altrui aggressione. La configurabilità dell'esimente della legittima difesa deve escludersi nell'ipotesi in cui lo scontro tra due soggetti possa essere inserito in un quadro complessivo di sfida giacché, in tal caso, ciascuno dei partecipanti risulta animato da volontà aggressiva nei confronti dell'altro e quindi, indipendentemente dal fatto che le intenzioni siano dichiarate o siano implicite al comportamento tenuto dai contendenti, nessuno di loro può invocare la necessità di difesa in una situazione di pericolo che ha contribuito a determinare e che non può avere il carattere della inevitabilità (Cass., sez. I, 17.11.1995, n. 11264). In siffatte ipotesi non è nemmeno configurabile l'attenuante della provocazione, in forza della totale illiceità del suo comportamento, anche se occasionato da un precedente fatto dell'avversario neppure l'attenuante della provocazione in forza della totale illiceità del suo comportamento, anche se occasionato da un precedente fatto dell'avversario.

Per quanto attiene al reato di rissa, ed a quelli commessi nel corso di essa, l'impostazione maggioritaria non ritiene applicabile la legittima difesa perché i corrisanti sono animati dall'intento reciproco di offendersi ed accettano la situazione di pericolo nella quale volontariamente si sono posti, sicché la loro difesa non può dirsi necessitata. Solo eccezionalmente, in simili ipotesi, l'esimente di che trattasi può essere riconosciuta ed è quando, esistendo tutti gli altri requisiti voluti dalla legge, vi sia

stata una reazione assolutamente imprevedibile e sproporzionata, ossia una offesa che, per essere diversa e più grave di quella accettata, si presenti del tutto nuova, autonoma e in tal senso ingiusta (Cass., sez. I, 26.1.1993, n. 710)

Requisiti della reazione

Necessità di difendersi. La costrizione

La necessità di difendersi e la costrizione sono due elementi diversi ma tuttavia connessi. Necessità di difendersi significa che la reazione deve essere difensiva, e quindi non aggressiva, nel senso che deve essere un'azione che si contrappone ad un'altra azione uguale e contraria, o perlomeno analoga.

La costrizione implica che la legittima difesa non possa essere invocata tutte le volte che il soggetto aggredito aveva altre modalità di difesa (ad esempio quando poteva sottrarsi al pericolo con la fuga, oppure chiamando un agente nelle vicinanze). Il soggetto infatti deve essere costretto, cioè trovarsi in una situazione implicante impossibilità di scelta.

In particolare, per quanto riguarda i mezzi alternativi alla difesa c'è un annoso problema, trattato in tutti i manuali, che riguarda la fuga. Ci si domanda cioè se possa invocare la legittima difesa chi poteva sottrarsi al pericolo scappando. C'è chi sostiene che lo stato non potrebbe imporre la viltà agli onesti (per giunta in tal modo incentivando indirettamente gli aggressori), affermando quindi che la fuga non sarebbe mai una valida alternativa alla reazione; e chi distingue casi in cui la fuga non sia disonorevole da quelli in cui lo sia (ad esempio sarebbe sempre disonorevole per i militari, che devono salvaguardare l'onore della divisa). A noi pare che la soluzione preferibile sia quella di distinguere caso per caso senza valutazioni aprioristiche. Ad esempio se un adulto viene aggredito da un bambino, o da un handicappato nell'impossibilità di camminare, è legittimo aspettarsi una fuga, più che una reazione violenta; ma in molti altri casi occorre considerare attentamente il singolo accadimento.

Anche in relazione a questa problematica occorrerà quindi effettuare un bilanciamento di interessi caso per caso, potendosi affermare, in linea di massima, che l'aggredito non è tenuto a fuggire quando la fuga risulti poco efficace, o quando con essa esporrebbe sé o altri ad un probabile danno uguale o superiore a quello che cagionerebbe all'aggressore difendendosi.

La proporzione con l'offesa

Il requisito della proporzionalità implica che il male inflitto all'aggressore deve essere proporzionato a quello che si stava per subire. Si discute se la proporzione debba essere effettuata tra i mali inflitti, tra i mezzi usati, o tra i beni sacrificati. In realtà la

questione è di lana caprina, nel senso che quando c'è proporzione tra i mali o le offese ci sarà anche quella tra i mezzi, e viceversa. Al contrario, i mezzi usati, o i mali, potrebbero essere equivalenti, ma la difesa essere lo stesso illegittima (come nel caso di chi viene minacciato con un coltello poco appuntito da una persona che ha chiaramente il solo scopo di intimidire e l'agredito reagisca con un coltello affilato uccidendo l'aggressore; oppure nell'ipotesi in cui la persona che sta per ricevere uno schiaffo reagisca con un colpo di karatè lesivo di un organo vitale; oppure nell'esempio di chi spara, per difendere il proprio cane, ad uno sconosciuto il quale, a sua volta, sta per sparare all'animale).

La dottrina più moderna tende infatti a sminuire l'importanza della disputa.

Secondo alcuni la proporzione deve essere intesa tra i mezzi difensivi effettivamente a disposizione dell'agredito e quelli utilizzati; ciò legittimerebbe la conclusione che l'utilizzo di un mezzo ad alta potenzialità offensiva potrebbe essere legittimo quando l'agredito non ha a disposizione altri strumenti. In realtà anche in tal caso sarebbe errato prendere posizioni preconcepite e l'affermazione non deve essere intesa in senso troppo rigido. Infatti, se in certi casi questo criterio è senz'altro valido (ad es. se una persona molto gracile, o una donna, vengono aggrediti da un uomo robustissimo e violento, potrebbe essere legittimo l'uso di un'arma da fuoco) in altri il metodo risulta essere fuorviante; ad esempio, secondo qualche autore, sarebbe lecito sparare da una finestra a chi sta per rubare il proprio cane, se il fucile è l'unico mezzo a disposizione dell'agredito.

In realtà non è possibile dare una risposta a priori ed è necessario effettuare ancora una volta un bilanciamento tra il bene offeso o messo in pericolo e quello leso da chi si difende; e da questo punto di vista si può affermare che non è lecito ledere la vita o l'incolumità fisica di una persona per salvare un interesse meramente patrimoniale. A meno che, però, il danno al patrimonio non sia elevatissimo e la lesione all'incolumità personale sia di piccola entità (ad esempio dare un pugno sul naso a chi sta per rubare un portafoglio potrebbe essere legittimo).

Insomma, in conclusione, la proporzione non deve essere intesa in senso matematico, né ha senso la disputa che cerca di capire se l'oggetto del giudizio di proporzionalità siano i mezzi o i beni; **la valutazione è affidata all'apprezzamento del giudice, e va effettuata tenendo conto di tutte le circostanze del caso, nonché degli interessi in gioco, come chiaramente dice l'articolo 52, nel momento in cui richiede la proporzione tra offesa e difesa, cioè tra due termini idonei a ricomprendere unitariamente tanto i mezzi che i beni.** In tal senso sembra essere anche la giurisprudenza dominante, secondo la quale, infatti, "La legittima difesa presuppone un'aggressione ingiusta ed una reazione legittima; la prima deve concretarsi nel pericolo attuale di un'offesa che, se non neutralizzata tempestivamente, sfocerebbe nella lesione del diritto, la seconda comporta l'inevitabilità del pericolo, la necessità della difesa e la proporzione tra questa e l'offesa. Ne consegue che non è giustificabile una reazione quando l'azione lesiva sia ormai esaurita; né può ritenersi legittimo l'uso di mezzi che non siano gli unici nella circostanza disponibili, perché non sostituibili

con altri ugualmente idonei ad assicurare la tutela del diritto aggredito e meno lesivi per l'aggressore. Ed invero il requisito della proporzione viene meno, nel conflitto fra beni eterogenei, quando la consistenza dell'interesse leso è enormemente più rilevante, sul piano della gerarchia dei valori costituzionalmente e penalmente protetti, di quella dell'interesse difeso ed il male inflitto all'aggredito abbia una intensità di gran lunga superiore a quella del male minacciato” (Cass., sez. I, 29.7.1999, n. 9695).

Legittima difesa e proprietà privata

L'articolo 52 è stato modificato nel 2006, con l'aggiunta dei commi 2 e 3: “Nei casi previsti dall'articolo 614, primo e secondo comma, sussiste il rapporto di proporzione di cui al primo comma del presente articolo se taluno legittimamente presente in uno dei luoghi ivi indicati usa un'arma legittimamente detenuta o altro mezzo idoneo al fine di difendere:

- a) la propria o altrui incolumità;
- b) i beni propri o altrui, quando non vi è desistenza e vi è pericolo d'aggressione.

La disposizione di cui al secondo comma si applica anche nel caso in cui il fatto sia avvenuto all'interno di ogni altro luogo ove venga esercitata un'attività commerciale, professionale o imprenditoriale”.

La riforma ha introdotto dunque una sorta di presunzione assoluta (*iuris et de iure*) di proporzione fra difesa e offesa, nei casi di reazione avvenuta durante la commissione di delitti di violazione del domicilio ed in presenza di un pericolo di aggressione fisica. In pratica, la novità legislativa è costituita solo dal diverso concetto che viene introdotto di proporzionalità, fermi restando gli altri presupposti (attualità dell'offesa e inevitabilità dell'uso delle armi); in questo senso Cass. 16677/2007 e 28802/2014.

Al domicilio sono equiparati i luoghi di esercizio di attività economiche; la riforma infatti è stata aggiunta proprio dopo un noto caso di cronaca, in cui un tabaccaio aveva ucciso un rapinatore. Riassumendo, perché operi questa “presunzione di proporzione” è necessario:

- che ricorra uno dei casi previsti dall'articolo 614, comma 1 e 2 c.p.;
- che colui che pone in essere la legittima difesa sia legittimato a trovarsi in quel luogo (quindi sia il proprietario, il locatario, o un ospite, ecc.);
- che vi sia un pericolo per l'incolumità della persona;
- che venga utilizzata un'arma o un altro strumento di coercizione legittimamente detenuto da chi la adopera.

Stante la relativamente recente novità della norma, la giurisprudenza della Cassazione sul tema è ancora abbastanza scarsa ma, per quanto emerge dalle sue prime applicazioni, è possibile affermare che poche o nessuna novità la norma ha apportato alla fattispecie della difesa domiciliare. Quella che alcuni infatti vedevano come l'introduzione nel nostro ordinamento della possibilità di difendersi più efficacemente in casa propria, sulla scia del modello americano, si è rivelata come un nulla di fatto

dal punto di vista pratico; frequenti sono infatti i casi di proprietari di abitazione che vengono condannati per aver sparato ai ladri introdottosi nottetempo in casa, o nel luogo di lavoro, senza poter apprezzare suscettibili cambiamenti rispetto al passato riguardo al trattamento penale del soggetto.

Cass. 28802/2014 ha confermato, ad esempio, la condanna in appello e in primo grado del proprietario di casa che aveva ucciso un ladro entrato (insieme ad altri) nella sua abitazione di notte, sul presupposto che non fosse in corso un'aggressione personale, in quanto i ladri, vistisi scoperti, si stavano allontanando con l'auto (rubata dal giardino del proprietario) e quindi non esistesse "attualità del pericolo". La corte ha precisato che la norma dell'articolo 52 comma 2 non rappresenta una sorta di "licenza di uccidere", ma vale solo a precisare e definire meglio i contorni della figura quando la legittima difesa è esercitata all'interno del proprio domicilio.

Così Cass. 25663/2008 ha precisato che "ai fini della causa di giustificazione della legittima difesa, il requisito della necessità della difesa va inteso nel senso che la reazione deve essere, nelle circostanze della vicenda, apprezzata ex ante, l'unica possibile, non sostituibile con altra meno dannosa ugualmente adeguata a tutelare il diritto (nella fattispecie la S.C. ha censurato la decisione con cui il giudice di appello ha ritenuto insussistente detto requisito nei confronti di un soggetto che, ricacciato con violenza nella propria abitazione dal suo dirimpettaio e da questi colpito insieme alla figlia con un bastone, aveva perso un coltello da pesca ferendo il vicino – senza spiegare adeguatamente in che modo la dinamica degli eventi e la loro progressione concreta consentissero o meno all'imputato di porre in essere senza pericolo per sé e per sua figlia una iniziativa qualificabile come *commodus discessus*").

L'evoluzione normativa e giurisprudenziale della legittima difesa: La legge 13 febbraio 2006, n° 59 e prospettive di riforma, di Marco Zanucoli

Cap. I

VERSO UNA RIFORMA DELL'ISTITUTO

1. I giudizi sull'art. 52 codice Rocco - 2. Le mancanze dell'istituto e la necessità di dare certezza legislativa a requisiti prodotti giurisprudenzialmente - 3. La proporzione e l'impatto dei casi di cronaca sulla collettività

1. I giudizi sull'art. 52 codice Rocco

L'istituto della legittima difesa, così come delineato in decenni di applicazione giudiziale e di studio dottrinale, è giunto ad un momento cruciale del proprio percorso. Il mondo giuridico è ormai conscio della necessità di pervenire ad una riforma del diritto penale in generale e ad una modifica della scriminante, che ne rimedi le eventuali deficienze rendendola nel contempo più adeguata ai cambiamenti della società odierna, in particolare.

La disposizione nata nel 1930 è stata innegabilmente vagliata e sezionata sotto innumerevoli punti di vista, le diverse teorie nate dalle fondamenta dell'istituto si sono confrontate per anni argomentando fini ragionamenti logico-giuridici che hanno costruito un'elaborazione di altissimo livello. Altrettanto innegabilmente è corretto affermare che la stessa disposizione enunciata nel codice Rocco è anch'essa di altissimo livello, una norma di portata generale che riflette un equilibrio elevatissimo, una presenza chiara nell'ordinamento penale e una direttiva rispettosa dei diritti fondamentali dell'uomo, tutto ciò all'interno di una categoria – quella delle cause di giustificazione – che ponendosi in logico contrasto con numerose fattispecie di reato risulta da sempre di difficile organizzazione.[1] Non a caso tale disposizione è stata in grado di oltrepassare indenne decenni di applicazione, di conformarsi alle differenti realtà sociali del dopoguerra, di accogliere importanti mutamenti normativi a livello internazionale come l'introduzione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, un risultato di sicuro livello per una norma inserita in un codice elaborato e promulgato sotto la persistenza ideologica del periodo fascista, alla quale però l'istituto della legittima difesa sembra non avere mai aderito.[2]

Una norma ben congegnata quindi, dotata al proprio interno di una serie di elementi che grazie a cospicui apporti dottrinali e giurisprudenziali hanno sempre indicato l'alto grado di civiltà giuridica del nostro ordinamento, un modello di sapienza e di equilibrio al quale sinora non si era ritenuto di dover apportare modifiche a livello legislativo.[3]

D'altronde l'art. 52 era stato creato proprio per raggiungere tale scopo, creare una norma che potesse reggere l'urto dei tempi e ampliare l'applicazione dell'istituto della legittima difesa quel tanto necessario a farvi rientrare la tutela di ogni interesse giuridicamente protetto. Invero la profonda svolta storica della scriminante nacque proprio dall'introduzione, nella norma di portata generale, della possibilità di tutela dei beni patrimoniali, estensione che non avrebbe potuto essere effettuata pienamente tramite la parte speciale del nuovo codice, ma che doveva avvenire con l'utilizzo di una disposizione generale. A questa scelta si deve in gran parte l'assetto dell'art. 52 nel codice Rocco, perché essa impose la necessità di inserire nella disposizione letterale quell'elemento di valutazione e di equilibrio che è la proporzione. La prima conseguenza di una norma di tal fatta fu l'ampia discrezionalità affidata all'organo giudicante, il quale poteva modellare il giudizio sul caso concreto, analizzando in modo anche diverso la grande quantità di elementi che caratterizzavano il giudizio su base relativistica della proporzione e giungere così a risultati valutativi che tenessero conto di ogni aspetto della situazione. Analogamente, tutti gli altri requisiti dell'istituto ricevettero un profondo vaglio per riuscire a determinare nella maniera più precisa possibile i rispettivi ambiti di applicazione. Ciò avvenne per il requisito della necessità, del pericolo attuale, dell'offesa ingiusta e della proporzione stessa. A ben vedere, il pregio dell'art. 52 – cioè la sua caratteristica di norma generale ed astratta – impose un ampio lavoro di determinazione dei margini – sia a livello di

contenuto che di estensione – dei requisiti presenti nel dato letterale, margini e precisazioni dei quali la norma legislativa era scevra. Lavoro che la giurisprudenza affrontò, ma che non sempre – nonostante il lungo periodo a disposizione – è stato in grado di offrire criteri di decisione omogenei e riconoscibili anche per casistiche di grande rilevanza, come ad esempio le intrusioni notturne e le rapine.[4]

2. Le mancanze dell'istituto e la necessità di dare certezza legislativa a requisiti prodotti giurisprudenzialmente

Lungo settant'anni di vigenza dell'istituto della legittima difesa, la realtà quotidiana ha fatto sorgere problematiche sempre nuove e la sua costante applicazione ha reso necessario integrare i fondamenti della scriminante dando così risposte a casi cui la sola lettera dell'art. 52 non era in grado di soddisfare. E' stato un lavoro altamente impegnativo che ha affiancato quotidianamente quello di normale interpretazione che ogni norma subisce e che nel corso degli anni ha toccato tutti gli elementi della disposizione. Per quanto riguarda il concetto di pericolo, la giurisprudenza ha svolto la sua opera nel tentativo di definirne i confini. In particolare si parla dei confini cronologici che permettono all'organo giudicante di valutare se la condotta del soggetto aggressore configurava già – e fino a quando avrebbe configurato – attualità di pericolo. La vita reale ha infatti posto il problema del momento iniziale di questo lasso temporale e successivamente del suo momento finale.[5] Ipotesi che rileva in modo molto marcato con la possibilità di difesa dei beni patrimoniali, in particolare del momento in cui il ladro fugge con la refurtiva e l'agredito lo rincorre. Questo è uno dei casi che una riforma dell'istituto dovrebbe prendere in considerazione, dato che se la giurisprudenza ha progressivamente precisato tali limiti, per evitare nuove future problematiche nel risolvere casi frequenti di furti e rapine sarebbe preferibile un dato normativo certo, che stabilisca con maggior determinazione le facoltà dell'agredito in relazione al prolungarsi o meno di una "fittizia" attualità di pericolo, in cui l'aggressione è stata compiuta e manca solo il definitivo consolidarsi della nuova – illecita – situazione.

Altro problema legato al pericolo è poi la causazione dello stesso, cioè il requisito della sua produzione non volontaria. Anche questa possibilità non è presa in esame dall'art. 52 in via diretta, per cui si è sempre assistito ad uno scontro tra le teorie che ammettono l'utilizzo del requisito, anche se non contemplato – come ad esempio propone la giurisprudenza – e quelle che invece non lo ammettono.[6] Che per godere della scriminante in questione non si debba dare vita al pericolo è senza dubbio buona cosa, ma il legislatore ha contemplato tale ipotesi solamente nello stato di necessità, cioè nell'art. 54. Non è facile perciò individuare in dottrina ed in giurisprudenza una posizione univoca sulla questione, come invece accaduto in un particolare caso di produzione volontaria del pericolo, cioè in caso di causazione preordinata con scopi offensivi, per potersi poi trovare nella condizione di doversi difendere e quindi legittimamente ledere l'aggressore. Questa possibilità è comunemente aborrita, anche se nemmeno tale ipotesi viene contemplata dalla disposizione in esame. Un nuovo testo di legge dovrebbe certamente prevedere la comparizione di tale requisito –

prodotto giurisprudenzialmente – per via legislativa, almeno nella sua forma più pregnante data dalla preordinazione del pericolo a scopi offensivi. Questa estensione servirebbe anche a delineare un fondamento positivo per le condotte riguardanti i casi di rissa e di duello cavalleresco e rusticano, che già comunque il mondo giuridico non accetta, negando l’uso della scriminante, con l’eccezione che il corissante non modifichi in maniera eccessiva, aumentandola, il proprio comportamento e la propria azione lesiva.

Anche il requisito della necessità presenta già a livello di studio dottrinale e giurisprudenziale alcune modifiche che ben potrebbero rilevare in una futura riforma. Modifiche nate dalla problematica esistenza del termine costretto che richiama elementi soggettivi mal conciliabili con la natura oggettiva della legittima difesa, almeno nella sua dimensione generale. Modifiche nate dalla mancanza del richiamo all’inevitabilità della difesa, che sarebbe opportuno inserire e infine modifiche riguardanti l’accettazione della fuga – o meglio del solo *commodus discessus* – come base della condotta, quando esso sia praticabile senza pregiudizio all’onore del soggetto in pericolo.

Allo stesso modo una corrente predominante si è rivelata riguardo all’uso di offencicula, il cui uso con modalità non eccessivamente lesive è a priori certamente possibile, ma che non viene considerato dalla norma in esame, la quale paga il suo pregio di norma generale ed astratta con la mancanza di previsioni in grado di regolare episodi anche frequenti, obbligando il mondo giuridico a creare le risposte adatte a tali situazioni.

A fronte di queste che sono “mancanze” derivanti dalla caratteristica di essere una norma generale ed astratta, una vera e propria critica mossa all’art. 52 consiste nella sua dimensione prettamente egualitaria, del tutto priva di ipotesi speciali per determinate situazioni come aggressioni in luoghi particolarmente sentiti come “intoccabili” dall’opinione pubblica, quali il domicilio privato e quello lavorativo.[7] Tali ipotesi consisterebbero in eccezioni al giudizio di proporzione, che verrebbe escluso oppure diversamente delineato, secondo una strada seguita sia in ordinamenti stranieri, sia in legislazioni del passato. Eccezioni consistenti nella possibilità di reagire con maggiore lesività contro aggressori notturni all’interno del domicilio ed eccezioni che tengano conto del particolare stato d’animo che l’aggredito manifesta nello stesso caso. L’art. 52 non ha mai contemplato tali rilevanti particolarità, ed anche se un uso corretto e sapiente dell’elemento della proporzione potrebbe servire al caso, è indubbio che esso sia per certi versi sicuramente limitativo, naturalmente limitato in modo bilanciato ed equo. A fronte di ciò il cosiddetto *fur nocturnus* difficilmente potrà essere lesionato e l’aggredito scriminato tramite l’utilizzo di una ipotesi eccezionale di autodifesa, e a quest’ultimo nemmeno servirà invocare panico o terrore, in quanto sebbene tali stati d’animo possono essere utilizzati dall’organo giudicante nell’ambito di un giudizio relativo e completo sulla situazione, non vi è nessuna espressa previsione legislativa che essi siano determinanti.[8]

A fronte di tale disamina si può agevolmente notare come i veri difetti dell'art. 52 codice Rocco non siano altro che requisiti troppo generici per far fronte all'estesa applicazione giurisprudenziale richiesta in materia, genericità data dall'essere una norma generale ed astratta. Di conseguenza, chi recentemente contesta la legittima difesa, non ne critica l'assetto della disposizione dell'art. 52, né i requisiti che esso contiene, piuttosto contesta l'istituto stesso nel suo fondamento, nella sua ratio di autodifesa sussidiaria e marginale a quella dello Stato, proponendo altresì inconsciamente una ben più marcata – e diversamente qualificata – autotutela.

3. La proporzione e l'impatto dei casi di cronaca sulla collettività

Ma il nuovo dibattito sulla legittima difesa ha sempre avuto come principale oggetto il requisito della proporzione. Un elemento tanto importante perché fautore di quell'equilibrio dalla maggioranza definito il culmine giuridico di questo istituto. Un requisito che – sulla base relativistica e completa della valutazione – è stato creato per poter essere il punto di congiunzione in uso ai giudici per adattare la disposizione generale alla molteplicità dei casi della vita. E se questo risultato è stato sicuramente ottenuto nella maggior parte dei casi, si registrano anche opinioni contrarie e decise critiche a quella che – a detta di alcuni – sembra la fonte di tutti i mali che affliggono l'autodifesa nel mondo odierno. Infatti, l'istituto della legittima difesa incontra oggi la necessità di confrontarsi con una realtà sociale differente da quella di solo qualche decennio fa. Diversi fattori hanno contribuito a far crescere una generale insoddisfazione nella collettività circa l'operatività della scriminante, complici certi casi di cronaca di pesante impatto e alcuni successivi processi particolarmente delicati a carico di persone aggredite che si sono difese. Il tutto inasprito dal naturale e forte appoggio della popolazione a quelle persone che si sono trovate a doversi difendere da soggetti aggressori in situazioni comuni a tutti quali il lavoro quotidiano o – ambiente ancora più sentito – il domicilio privato.[9]

Ancora una volta è la proporzione a fare le spese delle critiche mosse all'art. 52, ed è sicuramente difficile riuscire a far intendere ai cittadini – colpiti dalla criminalità e non – che l'attuale disciplina della legittima difesa è tutt'altro che disattenta alle esigenze della difesa e che, se utilizzata in modo proprio e corretto, permette anche l'uso di armi per proteggersi dalle aggressioni, naturalmente nel rispetto di quel baluardo di cultura civica che la proporzione stessa rappresenta.[10] Ma l'allarme sociale esistente nel paese si risveglia ciclicamente col susseguirsi di episodi di cronaca nera, aggravati dalla presenza di "stranieri" che spesso non vengono tollerati e fatti oggetto di qualunque responsabilità in relazione al problema criminalità, là dove solo pochi anni prima si potevano incontrare solamente "compaesani" conosciuti. Tabaccai e gioiellieri che rispondono con armi da fuoco, che inseguono malviventi fino in strada ed esplodono colpi di fucile, rispondono di ampio favore nella collettività, ma in questi ed in altri casi in cui la difesa viene attuata in modo violento, la proporzione si mostra valico insuperabile.[11] Ancora più, la proporzione viene percepita come strumento del giudice per operare un bilanciamento che non tiene conto – secondo molti – della reale situazione delle persone aggredite, che tiene in considerazione troppo alta la

posizione del criminale di turno e – e qui si trova il dato più allarmante – tutto ciò fa crescere il convincimento che la magistratura sia animata da un favor per l'aggressore. In definitiva, che esso sia più tutelato della vittima.[12]

Da tutto ciò si delinea un'attuale clima riguardo alla criminalità certamente surriscaldato, molte famiglie non si sentono tutelate dallo Stato e non si sentono sicure nemmeno in casa propria, ma se un allarmismo di tal fatta è sicuramente spesso ingiustificato, rimane utilissimo cavallo di battaglia e spunto per azioni politiche propagandistiche. In un clima siffatto è facilmente spiegabile come, ad ogni caso di cronaca nera, corrispondano nuove critiche all'istituto dell'autodifesa con conseguente generale desiderio di riforma dell'istituto in termini estensivi. Molte quindi le richieste di una facoltà di tutela anticipata dei propri beni, allargata rispetto a quella del codice Rocco, possibilità che la giurisprudenza aveva sempre considerato in maniera estremamente restrittiva, stante il fondamento stesso della scriminante rinvenibile nella caratteristica di extrema ratio della legittima difesa a fronte di una riserva dello Stato a proteggere e difendere i cittadini.[13]

La perdita di credibilità dell'istituto si riscontra anche in un sondaggio risalente alla primavera 2004, pubblicato da un settimanale italiano[14] e che costituisce un punto di partenza – naturalmente da esaminare con la dovuta cautela – per capire l'insoddisfazione popolare e la richiesta di riforma oggi. La domanda era: "Lei ritiene che le leggi sulla legittima difesa in Italia siano troppo sbilanciate a svantaggio di chi cerca di difendersi?" il 73,7% ha risposto di sì, il 18% ha risposto <non so>, e l'8,3% di no. Alla successiva domanda "Hanno fatto bene Giuseppe e Rocco Maiocchi a sparare contro i due uomini che avevano tentato una <spaccata> nella loro gioielleria a Milano?", il 56,4 % ha risposto di sì, il 9,3% ha risposto <non so> e il 34,3% ha risposto di no.

Ora, se è vero che tali fonti non costituiscono in nessun modo un dato scientifico, è però vero che esse sono indicative dello stato di allarme che permea la società in relazione all'istituto della legittima difesa. La possibilità di subire un processo penale e magari persino una condanna realizzano una volontà di cambiare il sistema dell'autodifesa.[15] Di fronte ad una situazione simile, la disposizione di legge contenuta nel codice Rocco ed elaborata nel 1930 è stata il naturale bersaglio delle più importanti critiche e delle richieste continue di riforma. L'alto compito che essa è venuta a svolgere in questi decenni non è stato sufficiente a risparmiarla, venendo a ritenersi la legge inadeguata di fronte alla realtà criminale di tipo "predatorio" che caratterizza le forme violente di delitti contro il patrimonio e che segnano in modo così profondo l'opinione pubblica.[16] Questo insieme di dati e di sensazioni costituiscono la base delle ragioni che invocano a gran voce la riforma della legittima difesa. L'inasprimento della situazione criminogena e sociale, legato alle croniche difficoltà che la giustizia detiene, ha portato ad un risultato di inadeguatezza della legge di fronte ad un quadro globale di problemi che costituiscono i motivi e i fondamenti della necessità di riforma, e che si possono riassumere in ragioni di ordine fenomenologico, di sicurezza collettiva e infine in ragioni processuali.

Le prime sono causate da un aumento quantitativo delle rapine e da un costante peggioramento qualitativo delle stesse. E' dato sicuro che, nonostante le voci circolanti sul numero dei fatti criminali non sia sempre esatto e subisca un generale sovradimensionamento da parte del cittadino, essi siano innegabilmente aumentati, e non di rado anche caratterizzati da una immotivata e sproporzionata violenza e freddezza, della quale fanno preciso riferimento i colpi portati a segno grazie anche a percosse, sequestri ed uccisioni. Le seconde – attinenti alla sicurezza collettiva – provengono da quelle cerchie di soggetti che maggiormente vedono colpiti i propri colleghi o compaesani, e sono dirette sia ad un più efficace intervento statale, sia all'estensione delle possibilità di autotutela, e sono direttamente proporzionali alle critiche mosse allo Stato e alla sua incapacità – giustificata o meno – di protezione preventiva.

Infine valgono ragioni di ordine processuale. Ragioni nascenti dalla cronica lunghezza dei processi, della quale la collettività si lamenta e che, nel caso di specie, colpisce coloro che si sono legittimamente difesi ma, per vedere liceizzata la propria condotta, devono attendere e poi subire un lungo processo di riconoscimento della scriminante, stante l'attribuzione all'organo giurisdizionale di fare luce su ogni aspetto della vicenda.[17] E, a seguito di tali fatti e ragioni, altre conseguenze derivano – più in generale – dall'insoddisfazione popolare riguardo alla capacità dello Stato di porre freno alla criminalità attraverso i consueti sistemi di pubblica sicurezza, insoddisfazione che nasce dalla mancanza di poter garantire alla collettività un'adeguata difesa contro i malviventi, dalla probabile impunità di cui persone potenti usufruiscono e infine dalla certezza che molti criminali, grazie alle mancanze del sistema processuale e ai "clemenzialismi" legislativi che si sono accumulati negli anni, dando vita ad una generale ineffettività della pena particolarmente sentita come negativa dalla collettività, saranno ben presto rimessi in libertà.[18]

Tutto ciò ha come conseguenza la produzione una serie di fenomeni degenerativi, che incidono pesantemente sulla qualità della partecipazione pubblica alle vicende di emergenza che lo Stato deve affrontare, quali l'omessa denuncia o querela dei reati subiti – nella certezza dell'inutilità dell'atto –, quali la volontà di autogiustizia immediata al limite di linciaggio e vendette, quali, infine, la presa di coscienza che – appunto – solo un'adeguata dose di autodifesa privata può servire allo scopo.[19]

E ci si trova di fronte ad un nuovo pericolo, cioè la voglia improvvisa di riforme immediate e poco meditate, di interventi normativi non adeguatamente ponderati emanati sulla scia dell'emotività del momento, sulla spinta mediatica e anche politica di chi intende sfruttare per propri fini la situazione attuale, senza pensare nemmeno per un attimo che forse la sola soluzione del problema sta in un lunghissimo percorso di insegnamento dei valori civici e di solidarietà, di isolamento del criminale per opera della collettività stessa e di ripristino di un controllo generale di cultura che più non esiste. Per cui si torna alla presunta cogente necessità di riforme riguardanti l'intera materia della sicurezza pubblica, e di come vengano ridotte a mere misure di tipo emergenziale, auspiccate ad alta voce da una parte della collettività e fornite

velocemente da un legislatore a volte più attento alla caccia e alla gestione del consenso popolare che alla reale ricerca di strategie strutturali a lungo termine, inserite in un tentativo di riforma esteso, logico e compiuto.[20]

Opinione mia personale è che, se si desidera modificare una norma definita da tanti come un modello di equilibrio normativo e sapienza giuridica, ciò va fatto costruendo una norma che sia sì rispettosa dei mutamenti della società e ricettiva dei requisiti prodotti giurisprudenzialmente, ma che costituisca un altrettanto alto modello di equilibrio e di sapienza, evitando riforme dominate dall'inopportunità di voler a tutti i costi mettere mano all'istituto per soddisfare cicliche quanto momentanee velleità di riforma.

Cap. II

Le proposte di riforma

1. Introduzione - 2. Il progetto Pagliaro - 3. Dal disegno di legge Riz al progetto Grosso - 4. Il progetto Nordio e l'emendamento Finocchiaro – Fanfani del 4 ottobre 2005

1. Introduzione

La sempre più sentita necessità di innovare la legislazione degli ultimi anni ha toccato non solo l'istituto della legittima difesa, ma l'intero settore delle cause di giustificazione fino a ricomprendere la totale essenza dell'ordinamento penale. Il codice Rocco – emanato sotto la vigenza di un regime da settant'anni decaduto – non è più considerato rappresentativo dell'odierno sistema giuridico. Nel corso degli anni tali e numerose sono state le leggi, emanate nelle più disparate materie, che la legislazione speciale ha completamente invaso la struttura del codice, del quale oggi se ne conserva – più che altro – il simulacro. L'attuale codice penale rappresenta pertanto un ibrido di ciò che era inizialmente, un insieme di disposizioni che ha perduto i suoi tratti originari senza acquisirne, però, di nuovi e compiuti. Per tali motivi la necessità di una riforma completa del sistema penale si è sentita fin dal primo dopoguerra, attraverso un'evoluzione giuridica segnata da continui tentativi a vuoto e da discussioni giuridiche sulle quali gravava incessantemente il tema della riforma.[21] Essa si ripresentava fra l'altro in veste sempre più accattivante in occasione di ogni accadimento di cronaca del Paese, con sempre maggior forza per quanto maggiore fosse la gravità del fatto. Ad aumentare maggiormente la richiesta di riforma è sempre stata non solo l'insoddisfazione per il generale stato della legislazione penale, ma – per il settore che qui rileva – il fatto che il singolo istituto dell'art. 52 incontri enormi ostacoli posti dalle più disparate parti. La riforma della legittima difesa è da tempo avvertita come una domanda sociale reale, una vera e propria risposta all'emergenza criminalità che aumenta e che viene sempre più considerata – a torto oppure no – come intollerabile.[22] Fu così che sull'onda dell'approvazione del nuovo codice di procedura penale, avvenuta nel 1988, ebbe inizio una nuova era della codificazione penale. Ebbe inizio infatti un lungo periodo – ancora oggi non ultimato – fatto di commissioni create ad hoc per la stesura di un nuovo

codice, composte dai migliori giuristi dell'epoca attuale e che giunsero perfino alla stesura di nuovi articolati che però, a causa di varie vicende – financo politiche ed istituzionali – non raggiunsero mai il traguardo dell'approvazione parlamentare, rimanendo prezioso materiale di discussione per ogni nuova proposta che verrà in futuro analizzata.

2. Il progetto Pagliaro

Fra i primi scritti interessanti in materia troviamo quello che viene definito come Progetto Pagliaro, dal nome del presidente che presiedette la relativa commissione di riforma, che venne istituita nel 1991 con lo scopo di creare una legge-delega contenente uno schema generale di riforma, il quale avrebbe dovuto poi essere elaborato in articolato. Subito chiari furono i limiti e le problematiche che il processo di riforma avrebbe dovuto superare. L'iter legislativo infatti sarebbe stato tale da rendere difficile una sua approvazione, inoltre la dilatazione dei tempi necessari per le decisioni camerali avrebbe costituito un nodo complesso per qualunque tentativo di riforma successivo. Fu altrettanto subito chiaro che la doppia problematica di costruire un articolato così complesso mettendo d'accordo le varie voci in campo, e l'approvazione parlamentare, se combinata con la cronica difficoltà lavorativa che da lungo tempo avvolge governo e parlamento, avrebbe reso molto difficile l'approvazione di qualsiasi proposta di riforma.

Il progetto Pagliaro nacque sotto le migliori intenzioni ma in un clima politico – quello precedente alla crisi del 1992, poi definita Tangentopoli – che non lasciava ampio spazio a possibilità di riforma. Nondimeno la Commissione giunse alla scrittura ampia e ben discussa di una legge delega che si sarebbe successivamente dovuta trasformare in articolato vero e proprio. Per la parte che a noi interessa, rileva l'art. 16 dello schema di delega. La legittima difesa incontra in tale articolo la sua prima seria possibilità di rinnovamento. L'art. 16, 1.3 recita: "Prevedere come cause di giustificazione la difesa legittima, specificando che il pericolo non deve essere stato preordinato e che il requisito della proporzione deve riferirsi a tutti gli elementi significativi dell'aggressione".^[23] La delega, impostando l'articolato in tal modo, ritiene indubbiamente efficace l'istituto così come descritto dei settant'anni precedenti. La specifica ivi contenuta riguarda perciò due elementi che mancavano nell'art. 52 codice Rocco e che la giurisprudenza aveva delineato come importanti ed irrinunciabili. La non preordinazione del pericolo è elemento di sicuro spicco nella legittima difesa, anche se non estesa alla vera e propria non volontaria causazione del pericolo^[24], ma ancora più importante risulta la precisazione riguardante la proporzione. Stabilendo che essa debba riferirsi a tutti gli elementi dell'aggressione,^[25] obbliga l'organo giudicante ad effettuare il giudizio su di una base più ampia e completa che non precedentemente, lasciando però il dubbio che una diversa struttura della delega sarebbe stata probabilmente migliore se si fosse riferita non solamente all'aggressione, ma a tutti gli elementi significativi della situazione, introducendo così la possibilità di allargare il giudizio ad ogni elemento a disposizione,

imponendo oltretutto un più deciso riferimento alla natura oggettiva della scriminante.[26]

Il progetto Pagliaro non poteva però avere fortuna. Il periodo storico estremamente sfavorevole fece sì che lo schema di delega venisse archiviato senza la possibilità di affrontare – data l'estrema instabilità politica del momento – l'iter legislativo previsto.

3. Dal disegno di legge Riz al progetto Grosso

Attraversando il decennio successivo ci si imbatte in altri progetti di riforma che – analogamente al progetto Pagliaro – non sono giunti a buon fine. Nel dicembre del 1994 il senatore Riz presentò un disegno di legge per la riforma del codice penale, che segna il passo verso il secondo ampio tentativo di riforma che sarà compiuto qualche anno dopo da una commissione presieduta da Federico Grosso. Il disegno di legge Riz – nominato disegno di legge n. 2038, d'iniziativa dei senatori Riz ed altri – ricalcava in modo ampio il precedente schema di legge-delega elaborato dalla commissione Pagliaro. Relativamente alla difesa legittima esso recitava all'art. 50 che “Non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di difendere un diritto proprio od altrui contro il pericolo attuale e non preordinato di un'offesa ingiusta, sempre che la difesa sia proporzionata all'offesa e si riferisca a tutti gli elementi significativi dell'aggressione”. Da tale enunciato si nota come la difesa legittima non sia stata, nemmeno in questo caso, stravolta. Alla canonica definizione dell'art. 52 c.p. Rocco viene aggiunto l'elemento della non preordinazione del pericolo, come correttamente avveniva anche nello schema di Pagliaro, e come in quel caso anche nel presente disegno di legge si è cercato di dare più ampiezza al giudizio di proporzione, prevedendo esplicitamente che esso debba essere valutato alla luce delle circostanze oggettive contingenti. Ciò che si critica al disegno Riz è che la scelta enunciativa appare inadeguata, da un lato perché non precisa in alcun modo quali debbano essere tali circostanze – e fino a qui si potrebbe ribattere che vanno prese in esame tutti gli elementi utili – ma d'altro lato viene specificato un riferimento esclusivo all'aggressione, tralasciando le contrapposte circostanze – anch'esse importantissime – della difesa.[27] La formulazione così proposta risultava perciò non del tutto chiara e completa, con la possibile creazione di ambiguità in sede di studio e applicazione.

Fu successivamente che con d.m. 1 ottobre 1998 venne istituita dall'allora ministro di Grazia e Giustizia Giovanni Maria Flick, una nuova commissione di riforma del codice penale, questa volta al seguito di Carlo Federico Grosso. Essa terminò i propri lavori con la presentazione di un articolato che all'art. 36 enuncia una disposizione relativa all'istituto della difesa legittima in cinque commi. Di grande rilevanza per l'esame del progetto in questione è l'analisi della relazione conclusiva, ove riguardo alle cause di giustificazione viene subito notato come parte della commissione abbia criticato la scelta dello schema di legge delega Pagliaro, che in materia le differenziava in due sottospecie, definendo le oggettive all'art. 16 e le soggettive all'art. 17. La commissione Grosso ha preferito mantenere l'impianto originale.

L'articolato del progetto è il seguente[28]:

1. Non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di difendere un diritto proprio od altrui contro il pericolo attuale di un'offesa ingiusta, sempre che la difesa sia proporzionata all'offesa.
2. La proporzione deve essere valutata fra i beni contrapposti.
3. Chi interviene a difesa propria o altrui, a parità di efficacia difensiva è obbligato a scegliere la difesa meno lesiva per l'aggressore.
4. Qualora l'agredito possa sottrarsi all'aggressione con la fuga senza correre nessun rischio, egli è tenuto ad evitare la reazione.
5. La difesa legittima non è applicabile a chi ha suscitato ad arte l'aggressione allo scopo di potere colpire impunemente l'aggressore.

Dal punto di vista contenutistico il progetto – poi leggermente modificato nel 2001 con l'introduzione, all'interno dello stesso testo ma all'art. 38, di alcune locuzioni – ha cercato di porre rimedio a problematiche relative all'istituto in esame, problematiche sentite come fondamentali, tanto è vero che è possibile notare come la commissione considerasse l'occasione di una riforma come un'opportunità da sfruttare al massimo grado. La prima tematica affrontata concerne l'importanza dell'elemento soggettivo nella percezione del pericolo. La relazione al progetto rilevava come solo una piccola parte della dottrina richiedeva la percezione del pericolo da parte dell'agredito come condizione per l'attuazione della scriminante.^[29] E questa, minoritaria, è stata invero la strada seguita dal progetto, ove – sebbene il primo comma sia rimasto sostanzialmente invariato rispetto al precedente art. 52 – nell'articolato del 2001 è stata inserita la locuzione percepito dall'agente in relazione al pericolo attuale di un'offesa ingiusta, dimostrando come la commissione Grosso abbia preferito dare una fondamentale importanza alla percezione del pericolo, subordinando a ciò l'operatività della scriminante, per cui l'agente che si difende deve dimostrare di avere compreso trattasi di una situazione di minaccia.^[30] Al secondo comma invece la commissione ha affrontato un particolare problema di decennale vita, quello relativo al giudizio di proporzione, in particolare all'utilizzo della teoria tra beni contrapposti oppure tra mezzi utilizzati. Seguendo il sempre crescente andamento giurisprudenziale e dottrinale la commissione ha optato per il primo di essi. Ma con l'utilizzo di una formula estremamente settaria e che pone i beni contrapposti in ambito di assoluta supremazia rispetto a tutti gli altri elementi contingenti e che qualificano più precisamente la situazione sia aggressiva che difensiva.^[31] Con le successive modifiche è stata aggiunta la locuzione "L'interesse leso dalla reazione può essere moderatamente superiore rispetto a quello tutelato." Tale modifica è sicuramente ben accetta, in quanto da una parte sancisce definitivamente – ed in termini pratici di lesività – la preminenza del bene tutelato rispetto al bene dell'aggressore, e d'altra parte permette una maggiore elasticità sia nel momento della scelta difensiva sia nel momento della sua valutazione. L'assetto derivante da una simile disposizione – che secondo la relazione al progetto di riforma è stata preferita ad altre per evitare smodate reazioni a tutela di interessi patrimoniali, ancorché rilevanti – è certamente valido, ma pecca nel momento in cui non si tiene conto di tutti gli elementi qualificanti

l'aggressione, che permetterebbero di procedere ad un giudizio di proporzione maggiormente ancorato alla situazione reale. Nel terzo comma il progetto Grosso affronta la questione relativa al requisito della necessità e al requisito – mancante nella disposizione del '30 – dell'inevitabilità del pericolo. Si tratta anche qui di dare certezza legislativa ad un requisito prodotto giurisprudenzialmente, sancendo – nel caso in cui la reazione difensiva sia inevitabile – il principio dell'alternatività tra le condotte difensive, ed il conseguente obbligo di selezionare, tra tutte le possibili, la meno lesiva per il soggetto aggressore. Il comma quattro è invece espressamente dedicato ad una delle questioni più annose e discusse in tema di legittima difesa, una questione che vede la propria nascita secoli or sono, quella del *commodus discessus*. Se la disciplina previgente nulla diceva, la commissione Grosso ha inteso dotare il codice di un comma che lo riguarda ampiamente, obbligando chiunque – quando lo si possa fare senza alcun ulteriore rischio – ad evitare la reazione. In pratica, a fuggire. La commissione ha così espresso la propria parola sul problema principale, quello cioè riguardante la lesione dell'onore derivante da un'indecorosa fuga, lesione che lo stesso Grosso considera – nella visione di valori ed ideali odierna – lontana da quella antica e cavalleresca, non più realmente percepibile dal singolo e dalla società.[32]

A questo punto la difficoltà di esprimere il concetto in maniera ideale, bilanciandolo col il principio di favor di cui comunque gode l'agredito, ha dato vita all'esortazione che in ogni caso il *commodus discessus* non deve causare nessun altro rischio all'agredito, avvertenza che appena smorza la rigidità della disposizione.[33] Infine il progetto prende in esame – così come anche il progetto Pagliaro ed il disegno di legge Riz – l'esclusione della legittima difesa nel caso in cui il soggetto poi aggredito abbia ad arte dato vita al pericolo per potersi poi trovare nella posizione di doversi difendere, ed impunemente offendere. La commissione, conscia del fatto che locuzione pericolo non volontariamente causato ha efficacia ed estensione ben diversi,[34] ha preferito rinunciare a dare certezza legislativa all'intero segmento della non volontaria causazione del pericolo, le cui conseguenze sarebbero state ben più rilevanti, argomentando nella relazione che: “nè vi è motivo di estendere alla difesa legittima, dove opera un aggressore ingiusto, un requisito che nello stato di necessità si giustifica in considerazione della posizione paritetica degli antagonisti”[35] ma condividendo però la necessità di ricomprendere nella riforma almeno il requisito nella sua accezione più pregnante e pericolosa.

4. Il progetto Nordio e l'emendamento Finocchiaro - Fanfani del 4 ottobre 2005

Il progetto Grosso, al pari di ogni altro tentativo di riforma del codice finora compiuto, non riuscì ad affrontare l'iter parlamentare previsto, benché nel dicembre 2001 venne presentato alla Camera dei deputati come disegno di legge di iniziativa parlamentare. Fu così che con l'avvento di una nuova legislatura e di un nuovo governo, nel 2001 si diede vita ad un ulteriore tentativo di riforma del codice penale. L'allora ministro Guardasigilli Roberto Castelli, con D.M. del 23 novembre 2001 istituì una commissione di riforma presieduta da Carlo Nordio, che negli anni successivi, complice rilevanti integrazioni di importanti giuristi e docenti nella sua

conformazione, giunse alla scrittura di un completo articolato che, come si legge nel Progetto di codice penale della Commissione Nordio, lavorò con l'obiettivo di presentare il progetto entro un termine idoneo a consentirne lo studio e l'approvazione nell'ambito della relativa legislatura, tenendo in ampio merito i lavori delle precedenti commissioni, tanto che "l'attuale risultato non sarebbe stato possibile senza le solide e condivise fondamenta scientifiche poste dai progetti Pagliaro, Riz e Grosso, e senza l'efficace contributo dei commenti che ne sono seguiti" [36].

La commissione Nordio è intervenuta, in primis, sull'aspetto generale delle scriminanti, con un'importante disposizione che all'art. 27 del progetto fa chiarezza circa il fondamento e l'operatività delle esimenti, prescrivendo che esse agiscono solo in virtù di una specifica disposizione di legge, che esse operano oggettivamente e che, in presenza di una scriminante, il reato si considera insussistente, applicando così i principi di tassatività e oggettività, e definendo in modo compiuto il campo delle cause di giustificazione dalle diverse scusanti. [37] Inoltre essa è intervenuta modificando l'istituto contenuto all'art. 52, ma non solo, dato che – sempre nell'ambito di reazioni scriminate da cause di giustificazione – è stato ampiamente modificato anche l'articolo relativo alla scriminante dell'uso legittimo delle armi. Prendendo le mosse dalla difesa legittima si cita il testo dell'articolato proposto all'art. 30, intitolato difesa legittima.

"1. E' scriminato il fatto commesso da chi è stato costretto dalla necessità di difendere un diritto proprio o altrui contro il pericolo attuale di un'offesa ingiusta, sempre che la difesa sia proporzionata all'offesa, tenuto conto dei beni in conflitto, dei mezzi a disposizione della vittima e delle modalità concrete dell'aggressione.

2. Non è scriminato il fatto di chi ha preordinato a scopo offensivo la situazione da cui deriva la necessità di difesa."

La disposizione così costruita è sicuramente una norma di alto livello, dotata del pregio della chiarezza sistematica che ben riflette la natura dell'istituto. [38] Le indicazioni rilevanti dell'art. 52 sono state mantenute nel primo comma, dove il riferimento alla necessità è stato accentuato con la locuzione modalità concrete dell'aggressione, e dove il pericolo attuale e l'offesa ingiusta continuano a esercitare la propria forza, ma soprattutto là dove la proporzione è stata mantenuta elemento centrale ed essenziale dell'istituto. [39] Proprio riguardo al requisito della proporzione si notano importanti inserimenti, tali per cui il giudizio di valutazione sul rispetto o meno del rapporto di proporzione si arricchisce di precisazioni legislative che finora erano emerse solamente a livello dottrinale e giurisprudenziale. Esse riguardano il riferimento ai beni in conflitto, per cui il giudizio è sanamente vincolato ai beni contrapposti, secondo l'importante teoria che pone proprio essi alla base del giudizio; il riferimento alle modalità concrete dell'aggressione, ragion per cui ogni elemento contingente la situazione reale deve essere esaminato dal giudice, e soprattutto ogni condotta del soggetto aggredito deve essere valutata alla luce di tali

particolari accadimenti reali. Infine, si inserisce a livello legislativo un preciso riferimento ai mezzi a disposizione della vittima, elemento che dovrà essere integrato e fatto perfettamente combaciare con gli altri appena citati, nell'ambito di un corretto e completo giudizio, in cui ciascun elemento – che se operante in solitario sarebbe stato foriero di critiche e problematiche – diviene soltanto uno dei requisiti che devono essere vagliati.[40]

La proporzione così descritta sembra poter far fronte ad un ampio numero di casi, anche se non manca chi definisce la scelta di coinvolgere nel giudizio i mezzi a disposizione come un'alterazione del criterio della proporzione, che perderebbe così la possibilità di un suo più naturale funzionamento, vanificando i limiti di reazione che la norma conserva.[41] Meno problematico il secondo comma dell'articolo, che prevede – come già le proposte di riforma precedenti – l'inoperatività della scriminante nel caso di chi preordini, a scopo offensivo, la situazione di pericolo, accettando quindi la linea di pensiero – soprattutto giurisprudenziale – che considerava tale requisito come presente e parte integrante dell'istituto, sebbene non fosse espressamente menzionato.

Ma i cambiamenti più consistenti in materia il progetto Nordio li riserva all'articolo successivo, il n. 31, rubricato **Uso legittimo delle armi o di altri mezzi di coazione fisica, ove al terzo comma stabilisce che: “E’ scriminato il fatto di chi fa uso di armi perché è costretto dalla necessità di difendere l’inviolabilità del domicilio contro un’intromissione ingiusta, violenta o clandestina e tale da destare ragionevole timore per l’incolumità o la libertà delle persone presenti nel domicilio”.**

La disposizione così varata manifesta senza alcun dubbio la volontà del proponente di far fronte a quelle aggressioni che risultano più dannose e odiate dall'opinione pubblica, cioè le aggressioni – soprattutto notturne – che avvengono nel proprio domicilio. L'intenzione è senz'altro lodevole, ma intensi dubbi suscita la via prescelta per darvi attuazione. In particolare si nota il fatto di come la commissione abbia introdotto una disposizione di portata generale all'interno di una norma che è a carattere proprio – e quindi di applicazione riservata ad una sola categoria di persone, in questo caso i pubblici ufficiali – ma che permette a tutti di usufruirne, in quanto chi difende il domicilio è una chiunque persona che vi abita, vi lavora e che non gode di alcuna qualifica pubblica.[42] Inoltre, considerando il caso di cui all'art. 31 comma 3 come un caso di legittima difesa – in quanto sono presenti gli elementi del pericolo, dell'offesa ingiusta, della necessità e anche della proporzione – si nota però come quest'ultimo sia stato alterato permettendo la difesa anche al di fuori del bilanciamento dei beni e della sostanziale parità tra mezzi di offesa e di reazione, innescando un delicato rischio di caduta verso l'autodifesa individuale eccessiva.[43] Altro dubbio che l'art. 31 del progetto rivela riguarda l'uso dell'espressione ragionevole timore che compare nel testo in relazione all'incolumità personale. Ora, è ben ipotizzabile che il ragionevole timore di cui si parla sia ben diverso dal canonico pericolo attuale che invece caratterizza l'articolo precedente, trattandosi invece della

sola rappresentazione plausibile di un tale pericolo, dando vita ad una legittima difesa ampiamente putativa, svincolata da un vero e proprio giudizio di proporzione e difficilmente sindacabile in sede giurisdizionale.[44]

Il progetto Nordio, sebbene presentato nel 2004, risente dell'avvicinarsi della conclusione della legislatura, per cui la maggioranza, definite altre priorità di governo e di legislazione, lo accantona, certificandone l'abbandono a favore di altre leggi speciali, anche in materia penale e, come vedremo oltre, pure nel campo della legittima difesa. Peraltro il processo riformatore non si ferma e, il 4 ottobre 2005, viene presentato alla Camera un emendamento che vede come primi firmatari i deputati Anna Finocchiaro, Ds, e Giuseppe Fanfani, Margherita, anch'esso riformatore dell'istituto. La proposta ivi descritta sembra avere l'obiettivo di inserire nella disposizione dell'art. 52 un elemento che tenga conto, almeno in parte, della difficoltà di chi si difende in ambito domiciliare. Il testo dell'emendamento recita: "Nei casi previsti dall'art. 614 c.p., primo e secondo comma, non è punibile colui che, legittimamente presente in uno dei luoghi ivi indicato, usa un mezzo idoneo a contrastare l'offesa, che non sia manifestamente sproporzionato alla stessa". Il testo così ordinato sembra poter essere convincente nel raggiungere il suo scopo di estendere confini e limiti della proporzione quel tanto che basta a consentire una difesa domiciliare più idonea alle difficoltà di chi si trovi a reagire in tale ambito, senza avere la pretesa di porre in essere una difficile riforma radicale dell'istituto.

Tale previsione legislativa avrebbe fatto modo di punire solamente quelle condotte che manifestamente avrebbero privilegiato la difesa rispetto all'offesa, disponendo nei luoghi di privata dimora di una possibilità prima non esistente. Il tentativo non ebbe però fortuna, in quanto la maggioranza parlamentare, impegnata in una propria riforma di cui vedremo l'esito nei prossimi capitoli, respinse l'emendamento.[45]

In ogni caso, negli ultimi anni le serie problematiche legate alla pubblica sicurezza diedero vita ad una vera e propria fioritura di emendamenti e disegni di legge in materia di legittima difesa, aprendo un'era di dibattiti parlamentari e non, che si sarebbe chiusa, almeno momentaneamente, solo con l'approvazione di una nuova legge riformatrice dell'istituto, della cui bontà è però ancora doveroso investigare.

Cap. III

La legge 13 febbraio 2006, n° 59

1. Il cammino dei lavori preparatori: a) Obiettivi della riforma b) Un diverso modo di concepire l'autotutela -2. I requisiti della legge n. 59/2006: a) Il richiamo dell'art. 614 c.p. b) La legittima presenza nel domicilio c) L'arma legittimamente detenuta o altro mezzo idoneo d) La difesa della propria o altrui incolumità e la difesa dei beni propri o altrui e) L'elemento della non desistenza f) Il pericolo d'aggressione g) I luoghi di applicazione e l'estensione operata dal nuovo terzo comma - 3. La presunzione di proporzionalità

1. Il cammino dei lavori preparatori e la ratio della legge

A) Obiettivi della riforma

Lo spirito riformatore che per anni è vissuto nelle commissioni di riforma del codice penale, e che in diversi casi ha condotto all'elaborazione di un preciso articolato, porta a distinguere un'ulteriore faccia della stessa medaglia. Infatti, accanto alle istituzionali commissioni di riforma, vive un diverso sistema di modifica delle disposizioni penali, un sistema spesso contestato per la sua caratteristica conseguenza di dotare l'ordinamento giuridico di norme scollegate fra loro e spesso create da un legislatore privo delle necessarie capacità tecniche in materia giuridica, ossia la legislazione speciale. Essa fiorisce in momenti di difficile convivenza della legge con la società, e rappresenta quella voglia di cambiamento immediato e poco meditato che contraddistingue un modo di far legge poco attento ai reali problemi del paese.[46] Inoltre, essa è spesso il risultato del più aspro scontro politico fra maggioranza ed opposizione, o addirittura all'interno della stessa parte politica, per cui la naturale ratio della norma è più che altro il risultato di una collisione che ha prodotto modificazioni di vario genere che snaturano sia l'essenza che l'originale efficacia della disposizione.

Anche la riforma dell'istituto della legittima difesa è stata oggetto di numerose iniziative che sono state presentate in Parlamento senza che provenissero da esperti in materia, come invece accade in caso di commissioni appositamente create. D'altronde ciò è normale, in un paese democratico il legislatore è stato legalmente eletto ed è sua facoltà emanare leggi in attuazione delle proprie qualifiche. E allora il compito del giurista diventa quello di fare propri i passi dalle camere compiuti, interpretando ed analizzando, ancor prima che criticando, ciò che è stato portato a termine, per dotare la conoscenza propria degli organi giurisdizionali dei più ampi pareri, osservando oltretutto come il legislatore porterebbe in ogni caso a termine la propria opera per cui, ancora prima di criticare il lavoro compiuto, è bene analizzarlo a fondo, eliminando in questo modo i possibili difetti e le incogruenze che immediatamente si rimproverano alla norma e lasciando ad altra sede eventuali disquisizioni mosse da motivazioni principalmente politiche.[47]

In materia di legittima difesa, tutta la scorsa legislatura è stata foriera di interventi riformatori che, parallelamente ai lavori della commissione presieduta da Carlo Nordio, hanno tentato di modificarne l'istituto. Se ne contano diversi, ma il principale tentativo è stato comunicato alla Presidenza del Senato il 20 dicembre 2002, trattasi del disegno di legge n. 1899, ad iniziativa del senatore Gubetti ed altri. Tale disegno di legge conteneva la formulazione di un articolo 52-bis, rubricato Diritto all'autotutela in un privato domicilio e il testo dichiarava: "Nel contrastare una violazione di domicilio finalizzata allo scopo di commettere altri reati, si configura in ogni caso come legittima difesa la condotta di chi: a) vedendo minacciata la propria o altrui incolumità, usa un'arma legalmente detenuta o qualsiasi altro mezzo idoneo per dissuadere o rendere sicuramente inoffensivo l'aggressore; b) vedendo minacciati i

propri o altrui beni e constatata l'inefficacia di ogni invito a desistere dalla azione criminosa, per bloccarla usa qualsiasi mezzo idoneo o un'arma legittimamente detenuta, mirando alle parti non vitali di chi persiste nella minaccia". Tale disegno di legge fu assegnato alla II commissione (Giustizia), in sede referente, il 19 marzo 2003 con parere della commissione I, e venne poi presentato in aula con relazione del sen. Caruso il 27 aprile 2004, e definito atto n. 1899-s, che nel frattempo aveva assorbito un altro disegno di legge, presentato dal sen. Danieli di Alleanza Nazionale, il n. 2287, comunicato alla Presidenza del Senato il 28 maggio 2003, il quale pure richiedeva l'introduzione di un nuovo articolo 52-bis rubricato Esclusione del criterio di proporzionalità.

Fin dalle prime dichiarazioni di accompagnamento ai disegni, si nota bene qual'è lo spirito del legislatore e quali le intenzioni di chi promuove la riforma. La relazione al d.d.l. Gubetti sottolineava come "l'eccessivo grado di discrezionalità che è stato lasciato al potere di interpretazione dei magistrati, finisce per vanificare la certezza del diritto. Fatti del tutto simili vengono giudicati in modo completamente difforme da un tribunale all'altro, da un grado di giudizio all'altro. Al povero imputato, colpevole di aver difeso la propria vita, i propri beni, la scritta nei tribunali – la legge è uguale per tutti – appare spesso come una beffa, il ghigno irridente di una giustizia cieca, imprevedibile e crudele".[48] Ancora "In tal modo, si è voluto superare una pericolosa deriva culturale secondo cui i delinquenti e gli aggressori sarebbero da tutelare, quasi vi fosse un peccato che la nostra società deve scontare [...]. In base a questa impostazione culturale, che spesso e volentieri si traduce in una certa impostazione giurisprudenziale, le vittime sono lasciate senza tutela. In effetti, sino ad oggi si è affermata una mentalità deviata, se così la possiamo definire, per cui, da un lato, i delinquenti hanno tutti i diritti, compreso quello di entrare impuniti nelle case di persone oneste, mentre queste ultime hanno il dovere di rispettare i delinquenti, anche a rischio della loro vita [...]. Con questo provvedimento, la sicurezza del cittadino diventa finalmente un diritto primario, in quanto consente di esercitare il diritto alla difesa nella propria casa e nel proprio negozio".[49] Da tali prime anticipazioni dei lavori preparatori emerge il primo obiettivo della riforma, cioè eliminare sostanzialmente la discrezionalità in materia dei giudici, che sarebbe confermata da "...un'ampia casistica di sentenze della Cassazione [...]. che finiscono – è vero – per riconoscere l'innocenza degli imputati, ma dopo anni di calvario giudiziario, con conseguenti gravissimi danni economici, psichici e biologici".[50]

Secondo i propugnatori della riforma, sarebbe infatti tale discrezionalità a base del giudizio di proporzione a creare i problemi che si mira a risolvere. Essi considerano che se il soggetto che si è difeso è costretto ad accettare una decisione difforme da quella che altri tribunali hanno dato ad un caso simile, oppure se egli – al momento di porre in essere la reazione – non è in grado di conoscere con esattezza quali possono essere i limiti di condotta che gli vengono imposti, a discapito della certezza del diritto, questo sarebbe a causa dell'eccessiva discrezionalità di cui gode l'organo giudicante e che nasce dalla disciplina che il codice del '30 ha inteso dare alla legittima

difesa. In tale configurazione l'organo giudicante doveva procedere ad una raccolta e valutazione di tutti gli elementi conosciuti, e secondo la teoria ex post persino di quelli non conosciuti ma esistenti, provvedendo così alla formazione di un'ampia base di dati sui quali lavorare per approvare o meno la condotta del reagente.[51]

E' indubbio che un siffatto sistema ha sempre concesso all'organo giudicante la possibilità di applicare il requisito della proporzione in maniera consona al fondamento giuridico che permea la legittima difesa, evitando quindi concessioni ampie ad una difesa incontrollata di beni di minor valore quali quelli patrimoniali, ma al contempo ha reso difficile affrontare questioni aperte sul campo dell'attualità, quali quelle riguardanti le aggressioni nel proprio domicilio e le rapine in luoghi di lavoro. In conclusione, è facile affermare come il requisito della proporzione sia stato il più naturale bersaglio di ogni tentativo di estensione della facoltà di autotutela.[52]

A fronte di queste critiche avanzate, è in effetti possibile affermare – e qui non si da torto a priori ai propugnatori di questa riforma – che sarebbe necessaria una maggior precisione della norma definitoria. Non v'è dubbio infatti che la proporzione non è sempre riuscita, stante il dato di interpretazione e di individuazione dei casi limite, a risolvere in modo certo casi anche ampi quali quelli sopra citati, e nemmeno è possibile eliminare del tutto l'impressione che la Corte di Cassazione abbia sovente utilizzato – per sopperire a tali difficoltà applicative – l'istituto dell'eccesso colposo come sistema equitativo, per evitare da una parte la piena condivisione di condotte reattive lesive di beni personali nei suddetti casi e dall'altra di allontanare lo spettro di una condanna grave data dalla totale esclusione di operatività della scriminante.[53] Ciò significa che un'attento legislatore potrebbe veramente introdurre norme utili in cui definire meglio i limiti e i confini della proporzione e della legittima difesa in generale, anche in un'ottica di certezza del diritto che non è mai da tenere in disparte.[54] Ciò significa inoltre intervenire sugli elementi che qualificano l'operatività dell'art. 52 e modificarne la portata, prevederne eccezioni e fare in modo che la caratteristica di generalità ed astrattezza che ha sempre qualificato il codice Rocco non tradisca le aspettative al momento della sua applicazione.[55] Il tutto da inserire all'interno di un pericoloso trend molto in voga nel nostro come in altri paesi e che mira ad esaltare le risorse di autodifesa del cittadino di fronte alla sfida di una criminalità avvertita sempre più come aggressiva.[56]

Nonostante queste precisazioni, è però da notare come negli ultimi anni, immediatamente precedenti la riforma, la corte di Cassazione abbia introdotto nuove prospettive di tutela dei beni patrimoniali, riuscendo a definire maggiormente rispetto al passato i limiti di reazione nei confronti di chi abbia attentato a beni patrimoniali.[57] In particolare, con la sentenza n. 20727 del 2003, la corte aveva stabilito, in relazione alle possibilità di difesa di chi subisce una rapina, che l'uso di arma da fuoco è sì consentito, ma solo quando ciò sia l'unico mezzo per impedire l'aggressione, quando sussista comunque la proporzione tra il danno subito e la reazione difensiva ed infine consentendo un utilizzo dell'arma volto il maggiormente

possibile a mirare in aria o a veicoli di fuga, con l'obiettivo perciò di spaventare ovvero impedire la fuga.[58] Ancora successivamente, con la sentenza n. 37960 del 2004, la corte aveva stabilito come "Il privato, pur se non ricorrono le condizioni previste dal combinato disposto degli artt. 383 e 380 c.p.p., e quindi anche se non ha la facoltà di procedere all'arresto in flagranza dell'autore dei reati per i quali è solo previsto l'arresto facoltativo da parte della polizia giudiziaria, ha tuttavia il diritto di difendere la sua proprietà e quella di terzi dagli attacchi dei malfattori (arg. ex artt. 52 e 59, comma 4, c.p.); e quindi di inseguire un ladro al fine di recuperare la refurtiva e di consentirne l'identificazione e l'eventuale arresto da parte della polizia giudiziaria".[59] Questo insieme di problematiche costituisce il primo nucleo – od obiettivo – di riforma dell'istituto, che sarà perseguito seguendo la doppia strada di una maggior precisione della norma e di un'ampiamiento dei suoi limiti, attuato tramite una presunzione di proporzionalità almeno nei casi più importanti, quelli che riguardano il domicilio e la difesa dei luoghi lavorativi.[60]

Accanto a ciò, i lavori preparatori in Camera e in Senato hanno dato nuovo spunto alla riforma, come si nota ad esempio nelle dichiarazioni dell'on. Guido Giuseppe Rossi, Lega Nord, che ha commentato come "la proposta di legge ha il pregio di individuare con esattezza i confini del cosiddetto diritto di autotutela nella legittima difesa" e il sen. Ziccone, Forza Italia, che abbina la nota di eccessiva discrezionalità del giudice con la lunghezza estenuante degli iter processuali. Ecco allora che si delinea un secondo punto da centrare per la riforma, accanto a quello che mira a diminuire la discrezionalità del potere dei giudici, cioè eliminare o limitare l'assogettamento dell'agredito ad un processo che si prevede quasi sempre come lungo, stressante e dispendioso.[61] Tale secondo rilevante problema, relativo alla durata dei processi, investe l'agredito quale che sia la sua posizione, e considerato sempre più aberrante in particolare in casi di probabile innocenza del reagente. In simili condizioni si avverte un sensibile fastidio nella collettività per il fatto che l'agredito è sottoposto a – quanto mai necessario – procedimento giuridico, la cui necessità nasce innanzitutto dallo stesso fondamento giuridico su cui la scriminante poggia. Infatti mantenendo tale fondamento su di un piano di eccezionalità quale quello delineato finora, non vi sono dubbi che tutta la legittima difesa poggi su di una base solida ma molto limitata, quale quella che legittima la condotta reattiva a difesa di un bene anche patrimoniale senza l'intervento della forza pubblica, ma solo a particolari condizioni. Ma è chiaro che la stessa reazione che si compie si materializza in una condotta dell'agredito che viene sussunta in una fattispecie di reato. Ed è logico, di fronte ad una tale evenienza, che l'organo giurisdizionale verifichi senza meno la sussistenza degli elementi e delle circostanze in gioco, per appurare l'assoluta mancanza di dolo e di volontà lesiva-aggressiva.[62] Dello stesso avviso si proclama l'opposizione riguardo all'obiettivo di cui sopra. In diversi interventi si proclama infatti l'impraticabilità di un tale fine, almeno dato il tenore letterale della nuova disposizione, così come ha, per tutti, esplicitamente osservato l'on. Finocchiaro, Ds: "promettono i colleghi della Lega – ed i colleghi della maggioranza, assieme a questi ultimi – che approvando tale norma chi abbia reagito contro l'offesa ingiusta non

dovrà più andare di fronte ad un giudice e vedere sottoposte a verifica le circostanze nelle quali il fatto si è verificato. Nulla di più falso, attenendosi esattamente al testo del provvedimento! Infatti, in ogni caso, mai si potrà prescindere dall'accertamento di circostanze concrete. [...]”.[63]

E l'opposizione aggiunge un'altra freccia al proprio arco, ragionando sul fatto che la riforma in esame prevede la votazione di un testo che si allontana notevolmente dagli articolati che le commissioni di riforma del codice penale hanno elaborato negli ultimi anni. Infatti sia la commissione Grosso che la commissione Nordio – quest'ultima al lavoro fino al mese di aprile 2005, sono giunte allo studio di una riforma che prevede una nuova disciplina della legittima difesa. E l'opposizione ricorda alla Camera la più alta qualità di tali lavori – ed il fatto che discendono da una commissione composta dai migliori esperti del diritto – con la proposizione di una questione sospensiva dell'esame della legge. Le motivazioni addotte riguardano sia il fatto che le commissioni hanno avuto maggior tempo per elaborare i propri progetti, sia che il loro studio è frutto dei lavori compiuti dalle precedenti commissioni, delle quali esse ne richiamano, quantomeno, la profondità giuridica, sia infine che le loro prese di posizione sono antitetiche a quelle che ora i propugnatori della riforma intendono far diventare legge, "tale iniziativa legislativa si pone in totale antitesi sia con le indicazioni provenienti dalla commissione ministeriale per la riforma del codice penale, presieduta dal professor Grosso (costituita nel corso della XIII legislatura), sia con quelle provenienti dalla commissione ministeriale presieduta dal dottor Nordio, e nominata dall'attuale Ministro della giustizia". Inoltre la questione sospensiva afferma come una problematica tanto delicata come quella delle cause di giustificazione vada senza meno affrontata con l'utilizzo di tutte le risorse a propria disposizione, evitando che l'istituto della legittima difesa perda quel controllo giurisdizionale che da sempre garantisce la via più logica per un sicuro accertamento dei fatti, e auspicando che una riforma della scriminante non venga compiuta senza una parallela riforma del codice intero, "la complessità e la delicatezza della materia dalla proposta di legge in esame sono tali che sarebbe dannoso e controproducente trattarla in maniera estemporanea e senza una rivisitazione complessiva del codice penale, da tempo necessaria”.[64]

B) Un diverso modo di concepire l'autotutela

Introducendo le ragioni che hanno portato i propugnatori della riforma, espressa nel disegno di legge Gubetti, a tentare l'iter legislativo, si giunge ad un nuovo punto dello stesso quadro. Ciò in quanto gli scopi sopra enunciati, come la limitazione della discrezionalità del giudice e la diminuzione dei processi accertativi della causa di giustificazione, sono sì obiettivi importanti e fondamentali, ma che ben potrebbero essere diretti anche ad un miglioramento dello stesso art. 52 codice Rocco, mentre la riforma in esame tenta qualcosa di più, qualcosa di nuovo che esula dalle possibilità dell'istituto come finora delineato, mirando ad allargare i confini che segnano l'ambito

di applicazione dell'esimente ed introducendo così sia un concetto di presunzione riferita all'operatività della proporzione, sia un concetto di legittima difesa diverso da quello finora conosciuto e voluto.

I lavori preparatori mostrano infatti un alto desiderio di permettere al soggetto aggredito di porre in essere reazioni che finora non erano consentite. L'idea di fondo costituita dal già richiamato problema della giustizia, che si manifestava nella credenza – da parte di cittadini ma sottolineata pure dagli stessi propugnatori della riforma – che l'autorità giudiziaria consentisse una più alta protezione del malvivente piuttosto che una più giusta tutela del cittadino onesto, ha fatto sì che la legge in Parlamento si arricchisse di argomenti volti a modificare tale – presunta – situazione. Dai lavori preparatori si legge che “alcuni mesi fa, ho appreso dai giornali una notizia stranissima [...], un tabaccaio è stato condannato alla pena di otto anni di reclusione per avere sparato ad un cittadino italiano che era entrato nel suo negozio con una scaccia cani in mano: questo “poverino” – nel senso che, essendo rimasto ferito gravemente, è stato in fin di vita – ha patteggiato la pena e, dopo due mesi, era di nuovo per strada, mentre il “buon tabaccaio” si è beccato otto anni di reclusione (e sono centinaia i casi analoghi)”. [65] Questo passo è indicativo della volontà di dotare l'ordinamento di una legge che non permetta al giudice di operare una valutazione (della proporzionalità) che risulti negativa per l'aggredito, giungendo così ad assicurare che lo Stato, d'ora in avanti, sarà al fianco del cittadino che si difenda anche in modo altamente lesivo. [66]

Ma questo modo di intendere la difesa privata postula una dimensione della legittima difesa diversa da quella finora attuata. Il legislatore intende dare al cittadino la possibilità di difendere – nel momento della reazione – non solamente il bene privato che lo legittima alla tutela, ma tutto l'ordinamento giuridico completamente considerato, trasformandosi così in uno strumento di lotta al crimine che si manifesta nella riaffermazione della vigenza del diritto violato. [67] “Il cittadino che si difende legittimamente al pari dell'agente dell'ordine, agisce in primis per la difesa di un diritto, del diritto proprio o altrui di essere libero e sicuro all'interno delle mura domestiche o del luogo di lavoro e difende in quel momento tutta la comunità civile”. [68] A fronte di ciò si avvia una privatizzazione della difesa contro il crimine – che sarà ben tenuta in considerazione ed esaminata sotto diversi punti di vista nel prosieguo di questo lavoro – fortemente avversata dall'opposizione in Parlamento, tramite le voci del sen. Maritati, Ds, e dell'on. Rocchi, Margherita, interventi del 19 ottobre 2004 e del 28 novembre 2005, che contrastano anche un'altra voluta conseguenza della riforma, cioè quella che si manifesta nella – presunta – maggior paura del malvivente a commettere un delitto sapendo di trovarsi di fronte un cittadino pronto a difendere se stesso e la propria collettività, anche grazie alla nuova possibilità di uso delle armi. [69] In tal caso il ladro notturno – o la banda di ladri notturni, inferociti e senza scrupoli, come d'altronde si legge nei passaggi di maggioranza dei lavori preparatori – che entra in azione dovrebbe risultare intimorita dalla consapevolezza che affronta un cittadino – addormentato, ma pur sempre

strumento di giustizia – che rappresenta il Diritto di tutti, e non solo il proprio. Ma tale conseguenza è auspicabile soltanto per i propugnatori della riforma, mentre l’opposizione chiarisce come la differenza di valori e ideali tra cittadino onesto e malvivente sia fortemente indicativa del fatto che il primo è spesso meno abile nell’uso delle armi e soprattutto meno pronto a porre in essere atti di violenza, anche se giustificati, col rischio inoltre di una più calcolata preparazione armata dei rapinatori in procinto di compiere il reato.[70] Ma ormai il lungo passaggio parlamentare è finito, i lavori preparatori sono giunti al termine del loro percorso, e il 13 febbraio 2006 la legittima difesa viene dotata di una nuova disciplina, che tenterà – nel tempo che avrà a disposizione – di perseguire gli obiettivi che i propugnatori della riforma hanno inteso darvi. Il testo approvato è pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 51 del 2 marzo 2006 e la nuova normativa, che entrerà in vigore il 17 marzo 2006, è – nella sua completa e definitiva stesura – la seguente:

Legge 13 febbraio 2006, n. 59 – Modifica all’art. 52 del codice penale in materia di diritto all’autotutela in un privato domicilio:

Art. 1. Diritto all’autotutela in un privato domicilio.

1. All’art. 52 del codice penale sono aggiunti i seguenti commi:

“Nei casi previsti dall’art. 614, primo e secondo comma, sussiste il rapporto di proporzione di cui al primo comma del presente articolo se taluno legittimamente presente nei luoghi ivi indicati usa un’arma legittimamente detenuta o altro mezzo idoneo al fine di difendere:

- a) la propria o altrui incolumità;
- b) i beni propri o altrui, quando non vi è desistenza e vi è pericolo d’aggressione.

La disposizione di cui al secondo comma si applica anche nel caso in cui il fatto sia avvenuto all’interno di ogni altro luogo ove venga esercitata un’attività commerciale, professionale o imprenditoriale”.

2. I requisiti della legge n. 59/2006

Una volta approvata la tanto cercata riforma della legittima difesa è doveroso, ancor prima che segnalarne difetti e pregi, ancor prima di procedere ad annotare commenti e pareri, procedere ad un’attenta disamina delle modifiche da essa introdotte, per capire come e dove abbia realmente innovato, cercando di stabilire col massimo grado di precisione possibile i nuovi limiti dell’istituto, che si presenta ora nella formulazione di tre commi, il primo dei quali non è mutato dalla legislazione previgente, mentre i due successivi – di cui ora si sta trattando – costituiscono la novità della riforma.

Infatti, l’approvazione della legge non ha portato – come sembrava in un primo momento – alla creazione di un nuovo articolo ulteriore rispetto al n. 52 che già disciplinava la legittima difesa, ponendo il dubbio, di cui si tratterà in seguito, circa la

creazione in toto di una nuova scriminante oppure di una più semplice specificazione dell'istituto già esistente.[71]

A) Il richiamo dell'art. 614 c.p.

Analizzando la lettera della legge, si nota come la presunzione di proporzionalità – che costituisce il punto focale della riforma – possa attuarsi solo previo rispetto di una serie di requisiti la cui sussistenza ne è condizione necessaria. Il primo di essi, chiamato ad esercitare la propria influenza sull'istituto, è il richiamo alla fattispecie descritta all'614 c.p. e relativo al reato di violazione di domicilio.[72] Esso introduce un primo limite di ordine spaziale e circoscrive l'applicazione del comma ai soli casi rientranti nei luoghi di domicilio, di privata dimora e nelle relative appartenenze. Nella disciplina ivi rientrante sono da configurare anche tutti gli altri luoghi ove si svolga attività di vita privata diverse da quelle domestiche e da riscontrarsi nelle attività religiose, nelle attività di svago e in quelle lavorative o politiche, restandone invece esclusi i luoghi pubblici e i mezzi di trasporto, anche collettivi.[73] La giurisprudenza si è nondimeno espressa nel senso di un'accettazione ampia dei suddetti luoghi, introducendovi “qualsiasi luogo destinato permanentemente o transitoriamente all'esplicazione della vita privata o dell'attività lavorativa” e costruendo un'impostazione in materia molto aperta, tanto che essa per privata dimora intende “ogni altro luogo, diverso dalla casa d'abitazione, dove la persona si sofferma per compiere, anche in modo contingente e provvisorio, atti della sua vita privata, quali manifestazioni della sua attività per motivi diversi”. [74] E secondo un orientamento a volte discusso ma anche seguito dalla Cassazione, vi rientrerebbero persino bar, studi professionali, saloni di banca e in genere tutti i negozi commerciali,[75] con la conseguente enorme dilatazione dei luoghi – e conseguentemente delle situazioni e possibili iterazioni – ove diviene a prima vista possibile reagire oltre la normale proporzione.[76] Al riguardo è però opportuno tentare due precisazioni. Innanzitutto è da notare come la lettera delle legge anticamente contenga nel titolo della rubrica un preciso riferimento al privato domicilio, locuzione tendente ad un'interpretazione restrittiva del requisito, salvo poi al comma terzo cercare di risolvere possibili dubbi tramite una radicale estensione ai luoghi ove si svolga attività commerciale, professionale o imprenditoriale, e successivamente è da rilevare come il requisito dell'offesa ingiusta – che a rigore deve sempre essere presente in quanto requisito base dell'operatività dell'art. 52, qualunque comma – non sia soddisfatto dalla semplice e sola violazione di domicilio, richiedendosi un quid pluris offensivo in confronto ai beni o all'incolumità personale, per non cadere in una sostanziale interpretatio abrogans dell'elemento in esame.[77] Proseguendo nell'analisi del requisito, è importante notare come il rinvio operato non costituisca un mero tentativo di delimitazione spaziale, ma sia la base per una necessità di reato, per la quale la disciplina ex novo art. 52 potrà applicarsi solo previa violazione di domicilio da parte dell'aggressore, che della legittima difesa domiciliare costituisce requisito necessario ma non sufficiente. L'aggressore dovrà necessariamente compiere una delle condotte che possono qualificare reato per l'art. 614 c.p. e cioè,

rispettivamente al primo e al secondo comma, introdursi clandestinamente o con l'inganno nell'altrui abitazione o luogo di privata dimora oppure, una volta entratovi legittimamente, si rifiuti di allontanarsi oppure vi rimanga presente con comportamento clandestino o con inganno.[78] Tale primo requisito inizia a segnare il passo della riforma e a mostrare le prime differenze ma pure le prime interconnessioni con l'operatività determinata dal primo comma. In questo caso l'attuarsi delle condizioni richieste dalla violazione di domicilio imporrà – previo riconoscimento degli altri requisiti operanti in materia – l'applicazione del nuovo secondo comma, mentre nei confronti di un'azione lesiva conseguente ad una condotta che per i più vari motivi non possa costituire reato di violazione di domicilio si vedrà chiamato in causa il comma primo dell'articolo e quindi l'istituto della legittima difesa nel suo aspetto più generale.[79]

B) La legittima presenza nel domicilio

La disposizione di cui all'art. 52 secondo comma procede nell'esame dei requisiti richiesti con la locuzione legittimamente presente nei luoghi ivi indicati. Questa specificazione introduce il fatto che, della nuova previsione di proporzionalità presunta, potranno godere solamente quei soggetti che – a qualsiasi titolo – saranno legittimamente presenti nel domicilio o nel luogo di privata dimora ove l'aggressione avviene a seguito di violazione di domicilio ex art. 614. Perché ciò avvenga non si richiede all'agredito, o a colui che si attivi per la difesa altrui, di essere necessariamente il titolare dello ius excludendi, quindi di essere il proprietario ex art. 832 c.c. dell'abitazione o il beneficiario di un diritto di godimento o il titolare di un negozio, ma più semplicemente di essere legittimamente presente nel luogo violato, opzione che ricomprende perciò commessi di negozi, clienti di banca, amici o parenti del proprietario della casa. In generale, tutti coloro che non vi si siano introdotti con condotta caratterizzata dalle modalità descritte dall'art. 614 c.p.[80]

Si tratta di un limite soggettivo all'applicazione del comma, un limite di ordine personale che mira in primo luogo ad eliminare dall'ambito di utilizzo dell'esimente in questione l'aggressore stesso, il quale potrà – nei limiti cui la giurisprudenza ha sempre permesso l'ammissibilità della legittima difesa a chi abbia dato origine al pericolo – beneficiare della scriminante originale ex art. 52 primo comma.[81]

E' un limite che – a parte la motivazione sopra espressa – non sembra essere dettato da una vera funzione di utilità, quanto piuttosto dal fatto che, con esso, il legislatore ha inteso dare meritevolezza a colui che difende la propria libertà e incolumità familiare e lavorativa, volendo sottolineare la giustizia e la legalità di tale nuova difesa allargata.

Ma il requisito in esame non è esente da difficoltà interpretative, date soprattutto da quei casi nei quali un particolare soggetto, per particolari motivi, è presente nel luogo di domicilio o di privata dimora oggetto dell'aggressione, motivi quali ad esempio la clandestina relazione con la moglie del comproprietario dello stabile – situazione che

la giurisprudenza riconosce come violazione di domicilio punibile a querela della persona offesa, cioè il marito. In tale caso l'amante clandestino si vedrebbe probabilmente negare l'operatività del secondo comma a favore della classica previsione di cui al primo comma. Aldilà di tali casi sembra corretto affermare che la legittimità della presenza sia soddisfatta quando chiunque sia presente – sotto l'autorizzazione di chi gode dello jus excludendi – anche se di nascosto dagli altri titolari, eliminando in tal modo una difficilmente spiegabile mancanza di operatività della nuova opzione, risultando infatti irragionevole che – a fronte dei lavori preparatori e a fronte dell'estensione che l'istituto ha subito per permettere una migliore difesa dell'abitazione – simili casi vengano esclusi dall'ambito di operatività della riforma.[82]

C) L'arma legittimamente detenuta o altro mezzo idoneo

Il secondo comma dell'art. 52 c.p. procede con l'introduzione di un requisito che, a prima vista, sembra estraneo alla classica legittima difesa, quello della legittima detenzione dell'arma. Tale comma precisa che la nuova previsione di proporzionalità presunta potrà operare solo quando l'agredito utilizzi per la difesa un'arma che egli legittimamente detiene, oppure un altro mezzo idoneo, al fine di difendere.

Si tratta di un requisito che senza dubbio dovrà essere correttamente interpretato per fornire indicazioni utili e non dare adito a risultati paradossali al momento dell'applicazione pratica dell'istituto, e questo perché innanzitutto si tratta di un elemento che mai, né la dottrina né tantomeno la giurisprudenza, hanno chiamato in causa nelle rispettive trattazioni. Entrambe hanno sempre concesso la possibilità di godimento della legittima difesa a prescindere dalla legittimità della detenzione dell'arma, richiedendosi per la stessa, eventualmente, soltanto la punibilità data dalla relativa disciplina per il detentore abusivo. Perciò, per trovare il fondamento di tale inserimento è necessario fare richiamo alla volontà del legislatore, diretta ad escludere dall'applicabilità del nuovo comma tutti coloro che – detentori di armi ma in modo abusivo – si qualificerebbero come meno idonei e meno capaci, quanto anche più propensi, all'utilizzo smodato delle stesse, lasciando invece aperta ogni possibilità a chi ha correttamente adempiuto alla legislazione in materia di detenzione di armi ed ai relativi obblighi. In tal modo il requisito si porrebbe come una compensazione diretta a restringere il campo dei possibili utilizzatori solamente a coloro ritenuti degni di una più meritata affidabilità.[83] Il particolare tema trattato dal requisito in questione – che dispiega la sua efficacia su tutte le tipologie di armi il cui utilizzo è sottoposto ad autorizzazione – deve inoltre far richiamare l'attenzione sul fatto che esso ha disciplinato la possibilità di utilizzo del mezzo, ma non anche l'effetto che da tale uso deriva. Pertanto è da tenere in buon conto che il suo uso non è in alcun modo diretto ad una libertà di determinazione degli effetti, essendo questi sempre sottoposti ad un preciso vaglio di idoneità che il principale elemento della necessità esercita nella sua più ampia concezione di necessità-inevitabilità.

Un nuovo inconveniente relativo alla legittima detenzione dell'arma deriva dal significato più o meno ampio – o più o meno oggettivo – che si dà alla parola legittima.

Infatti, per non incorrere in assurde situazioni di divieto di uso dell'arma sotto il beneficio della riforma per chi non è il legittimo e legale detentore, è bene intendere tale elemento nella sua più ampia concezione oggettiva, cioè come legittimazione indipendente dalla formale intestazione ma risultante solamente dalla legittima presenza in loco, con conseguente irrilevanza se ad usare l'arma è il detentore legale oppure altra persona ivi legittimamente presente, come ad esempio un familiare.[84]

A seguito della menzione della legittimità dell'arma, si dispone che la difesa coperta da presunzione di proporzionalità potrà essere attuata anche mediante qualunque altro mezzo idoneo. Ci si trova in tal caso di fronte ad una nozione di carattere residuale che ricomprende qualunque mezzo a disposizione, anche quelli altamente lesivi, come coltelli, bottiglie, fuoco, lanciando in tal modo un messaggio che sviscera il precedente tentativo di limitare l'applicabilità del nuovo comma solo a quelle persone che – avendo attuato tutte le misure previste per certe armi – si sono poste in una posizione di garanzia.[85]

D) La difesa della propria o altrui incolumità e la difesa dei beni propri o altrui

Il fine di difendere è la ragion d'essere della legittima difesa, che normalmente si materializza in una condotta atta ad offendere per, appunto, difendere. E la riforma, introducendo un'importante presunzione di proporzione, è chiamata a specificare quelle che sono le ragioni del difendere, precisando che ad una lesione del bene dell'aggressore si può pervenire per la difesa, innanzitutto, della propria o altrui incolumità e, secondariamente, per la difesa dei beni propri o altrui, corredando così la disposizione di un ulteriore criterio di determinazione del suo ambito di applicazione, e modificando la formulazione in termini maggiormente soggettivi, diversamente da quanto non avvenga nel primo comma, dove la dottrina maggioritaria ha sempre negato la necessità di un vero e proprio animus defendendi per la legittimità della reazione difensiva, animus che comunque, nella nuova disciplina, non potrà certo sostituirsi alla presenza attuale di un vero pericolo.[86]

Le due diverse finalità di difesa non godono fra l'altro del medesimo trattamento giuridico, ma costituiscono un doppio regime che si realizza in una variazione di disciplina, interna alla nuova legittima difesa. La questione nasce dal fatto che la seconda possibilità, relativa alla difesa dei beni propri o altrui, è subordinata alla presenza di altri due elementi, definiti come la non desistenza ed il pericolo di aggressione. A complicare il quadro della non particolarmente felice scelta è poi la preferenza accordata dal legislatore al termine incolumità, in quanto esso non è di facilissima interpretazione. La questione nasce dal fatto che – a seconda dell'estensione che si riserva al requisito – ne verranno influenzate le modalità di difesa dei suddetti beni. Infatti normalmente del termine incolumità se ne propugna un'interpretazione restrittiva, per la quale al suo interno vengono inclusi il diritto alla vita e all'integrità fisica, lasciandone al di fuori gli altri beni giuridici personali, come le libertà personali, di circolazione e la libertà sessuale.[87] Conseguenza di tale interpretazione è il fatto che la difesa delle libertà non comprese al primo punto nel termine incolumità sarà possibile grazie al secondo punto relativo ai beni, che però è

subordinato alla presenza dei due sotto-requisiti sopra menzionati, cioè la non desistenza e il pericolo di aggressione. Al termine di tale percorso sarà chiaro come si materializzerebbe una disparità di difficile spiegazione tra la difesa di situazioni importanti, come la libertà personale posta in pericolo da un sequestro, e la difesa di situazioni minori, come una lesione personale, ma lieve. Infatti nel primo caso sarebbe necessario attendere la compresenza di un pericolo di aggressione, mentre nel secondo la presunzione di proporzionalità potrebbe operare autonomamente. Da tale ragionamento e dalla volontà del legislatore si deduce che il termine incolumità va inteso in senso estensivo, anche per il non secondario fatto che, nel linguaggio giuridico, il termine generico bene viene riferito dall'art. 810 c.c. alle "cose che possono formare oggetto di diritti", presupponendone con ciò un'accezione più vicina alla patrimonialità.[88]

E) L'elemento della non desistenza

Una volta stabilito con precisione i diritti e le situazioni che possono essere oggetto di una difesa estesa dalla presunzione di proporzionalità, e dopo aver distinto tra beni relativi all'incolumità personale e tra beni di natura patrimoniale, è necessario analizzare come la legge n.59 del 2006 abbia inteso subordinare la proporzionalità presunta di questi ultimi a due requisiti, del quale il primo è la non desistenza. Il fatto che esso implichi in sé un concetto di attualità del pericolo e che sia richiesto solamente per la difesa dei beni patrimoniali non significa che si intende permettere la difesa dei beni relativi all'incolumità a prescindere dalla non desistenza o dalla sussistenza di altra situazione di pericolo, essendo quest'ultimo un requisito sempre vigente e sempre mantenuto ben saldo sia da chi legge nella riforma un nuovo tipo di scriminante sia da chi vi vede solamente una specificazione del principio generale.[89] La presenza del requisito della non desistenza e del successivo pericolo di aggressione appare per la prima volta nell'aprile del 2004 in un testo elaborato dalla Commissione Giustizia, la quale aveva accolto l'invito rivoltole dalla Commissione Affari costituzionali ad individuare con maggiore tassatività le circostanze della situazione che legittimano una reazione in stato di difesa legittima.[90] Ciò in quanto si temeva un possibile eccessivo allargamento delle situazioni cui applicare la presunzione di proporzionalità.

Elemento della non desistenza significa che, in un'ottica progressiva del reato – da violazione di domicilio a furto e conseguentemente a rapina, a seguito della scoperta dell'intruso in casa – l'aggressore non mostra, di fronte all'essere scoperto, all'essere minacciato dal titolare del bene protetto o altra persona presente, o di fronte ad una precisa intimazione ad andarsene, di voler desistere. Innescando a questo punto una condotta per fatti concludenti che elimina in toto la possibilità di una cessazione immediata dell'aggressione.[91] Ed in ciò si rileva sia la ratio del requisito in esame, sia il perché esso sia destinato solo alla protezione di beni patrimoniali, cioè eliminare ogni possibile fraintendimento e fatalità prima di procedere all'uso delle armi a difesa di beni non primari, imponendo in tal modo al privato e all'agredito un onere

implicito di verificare la volontà dell'aggressore di perseguire l'azione criminosa, onere che non viene rivolto anche alla difesa dell'incolumità per evitare di ridurre eccessivamente l'ambito della riforma, oltre che per il fatto che sarebbe illogico ed inutile prevedere come elemento della scriminante un'offesa che costituisce il pericolo stesso per cui quella scriminante è stata concepita, e onere che viene di regola soddisfatto con la percezione da parte dell'aggressore delle potenzialità difensive dell'aggredito ed in una sua non conseguente ed immediata fuga.[92]

Effettivamente la soddisfazione dell'onere in senso molto ampio è da preferirsi in quanto non è immaginabile dotare la disposizione di un vero e proprio obbligo di esclamare la classica frase: "fermo o sparo", che si tradurrebbe in un'impossibile richiesta che avrebbe la conseguenza di avvantaggiare marcatamente il rapinatore o comunque l'intruso concedendogli un tempo di reazione più ampio e misurato, come ha giustamente delineato il sen. Calvi nel proprio intervento del 6 luglio 2005: "Sarà onere che incomberà sulla parte offesa, sull'aggredito dimostrare che non vi è stata desistenza, occorre che io preavverta l'aggressore dicendo: fermati, altrimenti ti sparo; attendi un attimo. Se per caso egli non è un rapinatore avrà il tempo per chiarire la sua posizione, ma se sta per compiere effettivamente un'azione violenta nei miei confronti, il mio preavvertimento si tradurrà sicuramente in un incentivo ad aggredirmi". Perciò è bene intendere la non desistenza non come onere per l'aggredito di intimare alcunché, ma come non immediata fuga o ritirata del malvivente, interpretazione che finisce sicuramente per svilire la presenza stessa del requisito della non desistenza ma che appare la più ovvia anche alla luce dei lavori preparatori.[93]

In ogni caso, il limite paradigmatico dato dalla desistenza si incentra sui beni, perciò continuerà a perseguire nel proposito criminoso il ladro che fuggendo porti con sé la refurtiva, o parte di essa, situazione che però difetterà certamente del requisito tra poco esaminato del pericolo d'aggressione, rendendo in tal caso impossibile l'operatività del secondo comma, e lasciando invece sussistere la possibilità di difesa ex art. 52 comma 1.[94]

F) Il pericolo d'aggressione

Insieme alla non desistenza il secondo comma dell'art. 52 novellato dalla riforma richiede la presenza di un pericolo di aggressione. Ciò significa che, dato un pericolo per i beni patrimoniali, una volta configuratasi la situazione di scelta per l'aggressore tra perseguire l'azione criminosa oppure darsi alla fuga, e decisi per la prima, è richiesto che sorga pure un pericolo d'aggressione, che costituisce il *quid pluris* per

l'applicazione della presunzione di proporzionalità nel caso di minor valore, l'attacco ai beni patrimoniali. Questo requisito si qualifica, come quello precedente, per la natura preclusiva in ordine al funzionamento della presunzione in parola, lasciando eventualmente aperto il campo per l'entrata in azione della scriminante della legittima difesa nel suo aspetto più generale, quello da sempre delineato al comma primo.[95]

Un dubbio potrebbe sorgere circa l'obiettivo cui dev'essere rivolta la predetta aggressione – termine meno usuale e di norma da non preferire al più preciso offesa – cioè se essa debba essere rivolta agli stessi beni patrimoniali oppure all'incolumità personale, protetta già al punto precedente e senza l'ausilio di elementi preclusivi. Il quesito si può agevolmente superare notando come l'elemento in questione sia richiesto come *quid pluris* per la difesa presunta proporzionata di beni patrimoniali, per cui un'aggressione a tali beni è già in atto, ma siccome si necessita un ulteriore elemento aggressivo per permettere la più pericolosa e lesiva difesa con armi legittimamente detenute o altro mezzo idoneo, a tal scopo è chiaro come la locuzione pericolo d'aggressione debba per forza di cose essere rivolta all'incolumità personale, con ciò richiedendosi che la situazione aggressiva, che continua stante la non desistenza dell'aggressore, si arricchisca di un nuovo elemento di pericolo, questa volta per l'incolumità delle persone.[96]

Un ulteriore problema e limite di tale casistica tassativa in ordine all'operatività dell'esimente è dato dalla difficoltà con cui elaborare un criterio che specifichi la vera e comprovata esistenza dell'aggressione stessa, essendo un elemento che si presta – stante la paura ed il timore che sempre accompagnano tali situazioni illecite – ad una difficilissima prova e ad una naturale estensione che deriva dalla soggettività con cui l'agredito può intendere il pericolo di aggressione nei confronti propri o dei propri familiari.[97]

In ultimo, si può notare come sia proprio il requisito del pericolo di aggressione ad instillare i maggiori dubbi in chi avversa la riforma, in quanto, per la difesa di interessi patrimoniali, viene permesso l'utilizzo di armi e della presunzione di proporzione grazie – appunto – ad un pericolo di aggressione, con ciò volendo dire che ci si trova su di un piano ben diverso dal più preciso e pregnante attualità del pericolo di un'offesa ingiusta,[98] essendo il termine aggressione più ampio di quello di offesa e legittimando l'uso della forza sulla base di un pericolo generico, ma addirittura non anche attuale, come lo stesso sen. Ziccone proclama in un suo intervento: “il pericolo di aggressione [...] non corrisponde all'aggressione attuale, perché altrimenti la norma sarebbe quasi inutile. Si indica una situazione nella quale non è esclusa la possibilità dell'aggressione ed è quindi giustificata la reazione [...]”.[99] Interpretazione la cui opinione storica del legislatore sarebbe confermata anche dalla bocciatura dell'emendamento dell'on. Siniscalchi, Ds, il quale intendeva aggiungere il più logico e mirato inciso “quando l'aggressore faccia uso di violenza alle persone o sia palesemente armato”. Tale figura del requisito del pericolo di aggressione – e della tutela di diritti patrimoniali in tal modo allargata – costituisce un difficile aspetto della legittima difesa, innovata dalla legge 59 del 2006, dal punto di vista di una sua

presunta incostituzionalità, che sarà più avanti esaminata. Per ora è sufficiente introdurre il problema citando l'intervento del sen. Zancan il quale si chiede: "Possiamo dire che il ladro il quale, trovato all'interno di un domicilio, non alza le braccia e non scappa immediatamente può essere abbattuto in forza di una legge che quindi non rende più inviolabile il diritto alla vita, che è il primo dei diritti della persona umana, così come rivisitato, esplicitato e concretizzato nella Convenzione di Roma del 1950?".[100]

G) I luoghi di applicazione e l'estensione operata dal nuovo terzo comma

Il terzo comma della legge n. 59 del 2006 opera al terzo comma una significativa estensione in ordine ai luoghi di applicazione degli elementi del secondo comma. La stessa disposizione che nella rubrica citava l'autodifesa in un privato domicilio giunge ora a contemplare ogni luogo chiuso ove si svolga attività commerciale, professionale, imprenditoriale. La presenza del terzo comma non nasce fra l'altro per questioni squisitamente logiche o giuridiche, ma grazie ad un emendamento della maggioranza propugnatrice, la quale ne cita la necessità allo scopo di garantire la futura applicazione della legge. Il perché di tale inconsueta motivazione lo si può capire richiamando l'attenzione su di un passo dei lavori preparatori, pronunciato dall'on. Bobbio, An: "credo sia giusto e doveroso, nello spiegare il perché di questo emendamento, prendere atto di una purtroppo ormai usuale evenienza: alcuni mesi fa, quando il Senato ha iniziato a lavorare già in Commissione, [...] puntualmente sui giornali comparve il solito comunicato dell'Associazione nazionale magistrati, la quale si dichiarava contraria alla modifica dell'art. 52 c.p. nel senso di cui oggi trattiamo." E prosegue nella spiegazione, paventando il rischio di una modificazione dell'orientamento giurisprudenziale in merito all'ambito di applicazione dell'art. 614 c.p. in senso marcatamente restrittivo, per tentare di ridurre in tal modo l'estensione che la riforma concede all'autotutela, "Ebbene, da quella dichiarazione [...] è purtroppo ben facile prevedere che, una volta entrata in vigore la normativa, ci troveremo di fronte ad una brusca inversione di tendenza della interpretazione giurisprudenziale. [...]. Ebbene, dicevo, è facile prevedere che la giurisprudenza si affretterà ad espungere dal concetto di domicilio proprio quei luoghi che non sono direttamente ed espressamente sussumibili in questa nozione".[101] Scopo dubbio dell'emendamento è, perciò secondo l'allora maggioranza, tutelare la propria autonomia, ma di fronte alla legale e costituzionalmente protetta indipendenza della magistratura, che gode sicuramente – come si era già visto nelle altre dichiarazioni dei lavori preparatori – di una buona dose di sfiducia da parte dei propugnatori della norma.[102] Secondo – e più autorevole – motivo di esistenza del terzo comma in questione è dato dal fatto che l'estensione geografica ai luoghi sopracitati è utile per permettere di raggiungere uno degli obiettivi che hanno segnato maggiormente l'opinione pubblica e il percorso di nascita della riforma, attraverso le notizie riportate dai mass media, e cioè le rapine in piccoli esercizi commerciali. Da questo punto di vista appare comunque non del tutto immotivato l'inserimento del terzo comma, date le promesse compiute dai propugnatori, che avevano affermato come la non punibilità

degli aggreditivi in esercizi commerciali fosse uno degli obiettivi della riforma, e dato anche che la giurisprudenza inserisce sì tali ambiti all'interno della nozione di domicilio o privata dimora, ma secondo una corrente che non è del tutto esente da critiche e scelte differenti.

Resta il fatto che la nozione richiamata dal secondo comma che opera un rinvio all'art. 614 primo e secondo comma, coniugata con il disposto del terzo comma del nuovo art. 52 c.p., giunge ad estendere notevolmente l'ambito di applicazione della riforma, anche in relazione a casi pratici, soprattutto perché vi inserisce luoghi – come banche o supermercati – che sono normalmente frequentati da una grande quantità di persone, per cui l'autorizzazione a far fuoco di fronte a rapinatori armati potrebbe porre in pericolo molte persone conseguendo un risultato che forse la normativa non aveva previsto.[103] Pertanto, alla luce di questa "forzata" estensione che metta al riparo l'operatività della riforma da mutamenti giurisprudenziali e dottrinali restrittivi, è agevole poter affermare come in futuro ci sarà comunque la necessità di procedere ad una determinazione più precisa dei luoghi rientranti nel terzo comma, in quanto la casistica naturale delle circostanze possibili porterà sicuramente a delle difficili interpretazioni di questo terzo comma così estensivo, tanto estensivo che forse supera persino l'obiettivo proprio del legislatore, che – come ha sempre affermato – mira alla sicurezza dei piccoli commercianti in particolare, quali tabaccai, gioiellieri, benzinai. Un'ultima precisazione in merito, non sarà comunque necessario che in quei luoghi l'attività si svolga attualmente, richiedendosi il mero ambito geografico, così da ricomprendere anche aggressioni notturne scoperte all'interno di un negozio chiuso.[104]

3. La presunzione di proporzionalità

La legge n. 59 del 2006 contiene molti elementi che il legislatore ha introdotto e che è stato necessario vagliare a fondo per capire la reale portata della riforma, ma la loro natura, la loro stessa essenza, è tutta rivolta ad un punto base della nuova disposizione, che costituisce la vera ragion d'essere di questa legge così fortemente voluta e altrettanto fortemente avversata, la presunzione di proporzionalità. Essa viene riportata all'incipit della legge, dove sono poste le parole "sussiste il rapporto di proporzione di cui al primo comma del presente articolo". L'innovazione è veramente di ampia portata, e non per le conseguenze che ne deriveranno per l'attuazione dell'istituto, in quanto – come si vedrà in seguito – le difficoltà applicative e le interpretazioni più consoni al dettato costituzionale la ridurranno alquanto, ma per il fatto che con essa si è inteso tentare di modificare la base che regge l'istituto, cercando di dare una nuova luce al fondamento dell'istituzione stessa. La legittima difesa viene modificata proprio in quell'elemento, la proporzione, che negli ultimi settant'anni ha sempre costituito un'esempio di saggezza giuridica per il nostro ordinamento, e che era stato introdotto proprio per arginare la possibile deriva verso una poco auspicabile offesa-difesa tra beni ampiamente eterogenei data dall'introduzione nell'ambito dei diritti difendibili anche dei diritti patrimoniali.[105] Il legislatore del '30 – dimostrando nel caso ampia lungimiranza – aveva dotato l'art. 52 di un requisito che

a ragione viene considerato oggi un principio generale del sistema penale e dell'intero ordinamento, un valore politico fondamentale ed una presenza fissa in molteplici punti del sistema tanto da impedirne una riducibilità a semplice regola di giudizio.[106]

Il legislatore odierno ha invece inteso risolvere i problemi che gravano sull'istituto della legittima difesa seguendo una strada che è contraria a quella percorsa dalla giurisprudenza e dalla dottrina, che nell'arco di decenni di applicazione avevano consolidato la presenza della proporzione come elemento irremovibile dell'istituto. Egli ha delineato una situazione in cui a prima vista il giudice è privato del compito di raccogliere gli elementi che caratterizzano la situazione aggressiva e difensiva, e del compito di valutare la sussistenza o meno del valore della proporzione tra difesa ed offesa secondo i canoni di bilanciamento tra beni e tra mezzi così come delineati da ampia giurisprudenza.[107] E per tali motivi ci troviamo di fronte al vero asse portante della riforma, di cui gli altri elementi, dal richiamo all'art 614 c.p. relativo alla violazione di domicilio alle possibilità di difesa dei beni personali e patrimoniali, ai requisiti di non desistenza e di pericolo di aggressione, ne costituiscono principalmente le condizioni di applicabilità. D'altronde l'intento dichiarato del legislatore era innanzitutto quello di fare in modo che la maggior parte delle situazioni di autodifesa non fossero vagliate da un giudice ritenuto detentore di una discrezionalità troppo ampia, successivamente quello di fare in modo che la legittima difesa subisse un'estensione abbastanza vasta da far presupporre una modifica nel fondamento stesso della base dell'istituto, che avrebbe portato ad una consapevolezza della collettività di potersi legittimamente difendere attuando nel contempo una repressione del crimine e dell'ordinamento giuridico violato ed, in ultimo, l'intento dei propugnatori era di far sì che l'agredito – soprattutto in ambito domiciliare – non andasse incontro ad un accertamento processuale da parte degli organi giurisdizionali. Obiettivi di respiro davvero molto ampio ma che la modifica del solo requisito della proporzione non era in grado di soddisfare pienamente, come si vedrà in seguito.[108]

La legge n. 59 costituisce perciò la risposta del legislatore ai problemi che la società affronta in materia di legalità, di rapine, di furti domiciliari, la cui ultima crescita è stata sufficiente per incendiare sia le pagine dei giornali così come le richieste di autotutela della collettività, ed infine per far giungere tali richieste ad un legislatore che, conscio del poco tempo a propria disposizione, non ha atteso di vedere ultimati i lavori della commissione presieduta da Carlo Nordio e ha dato nuova vita ad un percorso riformatore che del progetto elaborato dalla stessa commissione non ha tenuto granché conto.

Cap. IV

L'OPERATIVITA' DELLA PRESUNZIONE DI PROPORZIONALITA'

1. L'operatività della presunzione e la mancata introduzione di una nuova causa di giustificazione - 2. Il rapporto tra la presunzione e gli elementi del primo comma - 3.

L'introduzione di una presunzione semplice e relativa - 4. Profili probatori e secondo comma art. 53 c.p. - 5. Tra profili di incostituzionalità ed una nuova lettura della necessità

1. L'operatività della presunzione e la mancata introduzione di una nuova causa di giustificazione

A fronte delle premesse di cui al capitolo precedente, è bene vagliare attentamente l'ambito di operatività della nuova legge, soprattutto il *modus operandi* della presunzione di proporzione e, infine, i suoi rapporti con gli altri elementi contenuti nel primo comma quali il pericolo attuale, l'ingiustizia dell'offesa e la necessità della difesa.

Ad una prima lettura della norma la presunzione di proporzionalità opera, a regola del secondo comma del nuovo art. 52, eliminando di fatto la possibilità del giudice di procedere all'elaborazione dei dati raccolti circa la situazione oggettiva, in particolare circa l'utilizzo delle armi, e – una volta soddisfatti i requisiti richiesti riguardanti una condotta sussumibile nell'art. 614 c.p. e perciò una violazione di domicilio, una necessità di difesa di beni relativi all'incolumità personale, oppure ai beni patrimoniali, col supplemento di richiesta relativo alla non desistenza ed al pericolo d'aggressione – vincolando lo stesso giudice alla presenza incondizionata della proporzione. L'inserimento di tale regola di gestione della legittima difesa è in linea con le volontà del legislatore storico, quale tentativo di ridurre la discrezionalità del giudice e di semplificare il riconoscimento di liceità in ambito processuale.[109]

Ma un'attenta valutazione degli elementi stessi di non desistenza e di pericolo di aggressione, nonché di violazione di domicilio, perciò dell'intero secondo comma, fa notare come essi non costituiscano in toto gli elementi specializzanti una nuova fattispecie, ma qualifichino le condizioni per cui, nell'ambito della legittima difesa ordinaria, il giudice è vincolato in merito ad un solo requisito, senza esplicita menzione di altri elementi che – autonomi ed autosufficienti – siano in grado di far nascere una nuova scriminante. La fondatezza di tale conclusione appare anche avendo riguardo della scelta linguistica operata dal legislatore, e materializzata nella locuzione sussiste il rapporto di proporzione di cui al primo comma, la quale evoca un richiamo a qualcosa di già esistente, ad una base già presente e sedimentata, e non ancora modificata, sulla quale la nuova previsione si instaura con i propri elementi qualificanti e determinanti l'applicazione di un vincolo per il giudice, relativo alla proporzione soltanto, riconoscibile nella possibilità di uso delle armi in un privato domicilio per difendere sé od altri, i propri beni o quelli altrui, quando non vi sia desistenza e vi sia pericolo d'aggressione.

Con tutto questo, è sicuramente vero che la volontà storica del legislatore è quella di estendere il più possibile la portata della riforma, ma egli, nonostante non abbia fatto espresso richiamo agli elementi del primo comma, non ha nemmeno posto le basi perché il secondo comma possa autonomamente poggiare su altri requisiti propri. Oltre a ciò, ritenere inapplicabili i punti di contatto con lo stesso primo comma porterebbe all'eliminazione dell'attualità del pericolo e soprattutto della necessità

della difesa, la quale funge invece da freno ad una nuova previsione che si intende proclamare autonoma ma che indubbiamente tace, ad esempio, sull'uso che se ne può fare dell'arma legittimamente detenuta, col rischio di porre la novella su di un binario moralmente inaccettabile oltreché – come si vedrà più avanti – a rischio di incostituzionalità. [110]

Per tali motivi è da ritenere che la riforma in esame, forse diversamente dagli obiettivi del legislatore, non ha introdotto una nuova causa di giustificazione, in quanto l'operatività della stessa necessita del primo comma e dei principi – e limiti – che esso contiene. [111] Differentemente da tale impostazione è però da notare il pensiero di diversi autori, anche autorevoli, che si manifesta in modo contrario a quanto sopra sostenuto, affermando in special modo l'eterogeneità che la mancanza del solo requisito della proporzione è in grado di marcare, e giungendo così ad ipotizzare come il legislatore abbia inteso “mascherare” – nell'ambito dell'istituto della legittima difesa – una scriminante che richiama piuttosto quella dell'uso legittimo delle armi di cui all'art. 53 c.p., che il progetto Nordio aveva scelto come posizione sistematica di una simile previsione. [112]

Una volta riconosciuto tale fondamento sarà possibile procedere all'utilizzo della nuova previsione quando ne ricorrano i presupposti, ma solo quando i requisiti descritti all'art. 52 comma 1 siano completamente soddisfatti, e pertanto la situazione sia tale da determinare un pericolo attuale per l'aggregato di un'offesa ingiusta – con i relativi orientamenti giurisprudenziali in materia di provocazione del pericolo – ed una necessità della difesa, intesa anche come inevitabilità, che determini non solo l'obbligo di una reazione, ma in particolare l'obbligo di quel tipo di reazione, con ciò limitando fortemente la portata innovatrice della riforma in senso costituzionalmente orientato. [113]

Da quanto detto si deduce come, mentre all'avverarsi degli elementi presenti al secondo e terzo comma della nuova previsione il giudizio autonomo e discrezionale del giudice in merito alla proporzione sia precluso, ciò non è sufficiente a qualificare il fatto difensivo come lecito, per cui la nuova presunzione di proporzione è da ritenersi operante entro limiti restrittivi, e parimenti da escludersi è la possibilità che la riforma legittimi ogni tipo difesa nel domicilio, e in particolare ogni incondizionata licenza di usare le armi e di uccidere, come era stato – in un primo tempo – paventato.

2. Il rapporto tra la presunzione e gli elementi del primo comma

Come poco fa accennato, la nuova previsione non costituisce una nuova scriminante inserita dal legislatore all'interno di un articolo da tempo conosciuto ed analizzato, ma realizza un semplice caso di legittima difesa per cui, all'avverarsi di specifiche condizioni, la sola proporzione viene ad essere estromessa dall'ambito della discrezionalità del giudice, in quanto unico elemento della nuova disciplina di cui egli non dispone di piena attribuzione. [114]

Ciò premesso, possiamo immaginare ora la nuova fattispecie come un quid pluris di disciplina aggiunto alla legittima difesa previgente, della quale essa entra a far parte, e il cui ambito di applicabilità costituisce il sottofondo necessario anche per la nuova disciplina. Procedendo con l'immagine mentale che tende a formarsi da un siffatto pensiero, possiamo pensare alla nuova ipotesi come ad un cerchio concentrico – il comma 2 del nuovo art. 52 – all'interno di un altro cerchio di portata ben più ampia – il comma primo – i cui non confini, ma sovrapposizioni, sono regolate attraverso il richiamo alla violazione di domicilio e financo alla non desistenza e pericolo di aggressione.

A fronte di tale ragionamento metaforico, i requisiti della legittima difesa ordinaria valgono e sono chiamati ad operare anche qualora, in quanto quid pluris, si dovrà poi applicare la presunzione di proporzionalità. [115]

E ciò dovrà accadere anche quando l'interpretazione dei nuovi elementi introdotti dalla riforma porti erroneamente a pensare che essi sostituiscano i classici requisiti dell'art. 52, invece di costituirne una specificazione, come può avvenire per le relazioni introduzione nel domicilio e il pericolo attuale, non desistenza e pericolo d'aggressione e offesa ingiusta ed ancora pericolo attuale, e come può accadere per presunzione di proporzionalità e uso delle armi per i requisiti di necessità ed inevitabilità. Gli elementi introdotti dalla riforma, non costituendo in alcun modo interpretatio abrogans dei relativi componenti già facenti parte dell'art 52 previgente, ne realizzano solamente una particolare accezione – in taluni casi così blanda da indurre a domandarsi il perché della loro introduzione – dal cui avverarsi dipenderà l'operatività o meno della presunzione. [116]

L'esame dell'operatività degli elementi di cui al primo comma può prendere le mosse dal pericolo attuale, per abbracciare poi i requisiti dell'offesa ingiusta e della necessità, i quali non solo non possono mai mancare, ma a ben vedere iniziano a presentarsi ancora prima della possibile chiamata in causa della nuova previsione. Quest'ultima infatti comincia a presentare una sua ragion d'essere tramite la commissione di una violazione di domicilio – ancora lontano è però il verificarsi degli altri elementi dello stesso secondo comma – ma in tal momento il pericolo attuale e gli altri requisiti del primo comma sono, anche se in misura tale da permettere una difesa di modesta entità,

già attivi dal momento in cui viene lesa l'altrui diritto di proprietà, difendibile per effetto del primo comma in quanto lesivo di un diritto proprio o altrui. E' quindi evidente – nonostante l'esiguità del pericolo – che la legittima difesa dispiega già i propri effetti sul titolare che proporzionalmente e nel pieno requisito di necessità-inevitabilità reagisce per allontanare l'intruso dalla propria proprietà. Nel momento in cui l'intruso commette violazione di domicilio con l'ingresso nei luoghi stabiliti dall'art. 614 c.p. e viene scoperto, il pericolo attuale è ancora presente, ed in misura sempre maggiore. A questo punto è possibile che si verifichino una serie di ipotesi della quale qui si riportano le più chiarificanti. Chi ha commesso violazione di domicilio può attentare l'incolumità di chi si trovi nella casa, ed allora – qualora vi si trovino persone legittimamente presenti, e nel rispetto degli altri elementi della fattispecie dell'istituto – opererà pure il secondo comma con conseguente utilizzo della presunzione di proporzionalità.[117]

Come seconda ipotesi è possibile che l'intruso attenti solamente ai beni patrimoniali – stabilendo un nuovo rapporto pericolo attuale, necessità, inevitabilità della reazione – e se una volta scoperto non desista ma ponga in essere un pericolo d'aggressione all'incolumità delle persone presenti, anche in questo caso la legittima difesa non avrà mai smesso di gettare la propria luce sulla situazione, solo che le circostanze sono in grado di integrare – oltre a quelle classiche – anche quelle sussumibili nel secondo comma della scriminante, e sarà perciò applicabile non tanto il solo secondo comma, quanto l'istituto della legittima difesa anche nei suoi elementi specificanti e introdotti con la riforma, compresa la presunzione di proporzionalità.

Come terza ipotesi è possibile che l'intruso, una volta visto scoperto, abbandoni ogni tentativo di reato, per cui si dia alla fuga senza attentare nemmeno ai beni patrimoniali. In tal caso l'istituto in genere non potrà essere applicato, data la scomparsa immediata dell'attualità del pericolo e della necessità della difesa.

Ma per capire bene le interconnessioni tra il primo e il secondo comma è bene richiamare altre due ipotesi, delle quali la prima è relativa alle situazioni in cui l'intruso attentatore di beni patrimoniali, visto scoperto, desista dalla violazione di domicilio – ormai consumata – ma non dal furto, per cui fugga portando però con sé, ad esempio, del denaro. A rigor di logica e d'interpretazione il secondo comma dell'art. 52 non potrà operare in alcun modo, data la mancanza di uno degli elementi che la nuova previsione richiede perché operi la presunzione di proporzionalità, e cioè il pericolo d'aggressione all'incolumità personale dei soggetti legittimamente presenti. Ma ciò non significa certo che la legittima difesa non sia operante, essa è ancora pienamente attiva, ma entro i limiti e le possibilità che tutto lo studio giurisprudenziale e dottrinale sull'istituto concede in tali ipotesi, e secondo le possibilità così ben delineate nelle sentenze della Cassazione in materia di difesa dei

beni patrimoniali e di poco antecedenti la riforma, qui richiamate al paragrafo 1.A del precedente capitolo.

Sempre allo scopo di tracciare le linee di interconnessione tra le due “fattispecie” si svolge l’ultima ipotesi qui riportata. Vistosamente scoperto nel tentativo di furto, l’aggressore non desiste e minaccia – con deboli elementi – il proprietario della casa. Essendo presenti tutti gli elementi di cui al secondo comma, sembra chiaro che l’aggredito possa disporre di qualsiasi arma legittimamente detenuta per lesionare l’aggressore e far cessare così il pericolo. Ma ivi entrano in gioco – o meglio, emergono dal sottofondo dal quale non sono mai mancati – gli elementi generali della legittima difesa, per cui la presunzione opererà solamente se, dal punto di vista della necessità ed inevitabilità, la condotta non si manifesti in maniera obiettivamente sproporzionata, seguendo l’impostazione della presunzione relativa di cui al paragrafo seguente.

Da ciò si deduce come tutti gli elementi che l’articolo 52 oggi contiene siano essenziali – nelle più diverse circostanze – perché si possa parlare di operatività della legittima difesa, con un sostanziale *quid pluris* inserito dalla riforma che, però, non ha modificato più di tanto i valori in campo, in quanto la mancanza di valutazione del requisito della proporzione ha dato nuovo spunto all’operatività di tutti gli altri elementi qualificanti l’istituto e – come si leggerà successivamente – in particolare della necessità.

3. L’introduzione di una presunzione semplice e relativa

In linea con le dichiarazioni ai paragrafi precedenti, il giudice dovrà accertare e valutare, quando ricorrano i requisiti richiesti per l’applicazione della presunzione di proporzionalità, tutti gli elementi della legittima difesa, tranne uno, la proporzione. Ma è da notare come il limite di valutazione dato dalla presunzione di proporzionalità subisca un ulteriore ridimensionamento in merito alla propria estensione e forza. La questione risale fino ai lavori preparatori, quando venne apportata una modifica sostanziale a quello che era il dispositivo del primo disegno di legge, là dove alle parole in ogni caso, riferite ad ogni requisito e relative all’applicazione certa della legittima difesa, venne sostituita una presunzione riferibile solamente alla proporzione, con scomparsa della detta locuzione. Tale passo portò a far riflettere sull’effettiva incisività che la presunzione di proporzionalità riuscisse ad avere sulla disciplina della legittima difesa e portò a meditare pure sulle conseguenze sia sostanziali che probatorie al seguito di un utilizzo più o meno assoluto della presunzione. Si tratta di un percorso che effettivamente sarebbe inutile compiere se il legislatore non avesse, dal punto di vista sistematico, mancato di introdurre una certa e sicura presunzione legale, come tale sempre operante al suo massimo livello. Ma così non è stato. Il testo di legge non è in grado di sostenere quelle che erano le intenzioni del legislatore. Sia la strada lasciata aperta al primo comma e all’applicazione dei requisiti ivi contenuti

sia la presenza della Costituzione e il relativo rischio di una censura d'illegittimità aprono le porte allo studio delle reali potenzialità della presunzione. Ciò premesso, e prendendo in esame tutte le possibilità, le seguenti sono le strade percorribili. O la presunzione di proporzione opera in maniera molto marcata, *iuris et de iure* eliminando di fronte al giudice la possibilità di un qualsiasi vaglio giuridico – e si è già intuito come la percorribilità di una tale ipotesi non sia molto fattibile – oppure la proporzione non può essere valutata che nel senso più stretto, alla stregua di una sproporzione non accentuata, lasciando al giudice, anche grazie all'operatività degli altri elementi fondanti l'istituto, un preciso vaglio generale in merito alla valutazione di tutte le circostanze.

La questione assume una certa rilevanza qualora si chiamino in causa gli istituti dell'eccesso di difesa e della legittima difesa putativa.[118] Seguendo la prima teoria sopra esposta, di eccesso di difesa non si potrebbe nemmeno parlare, in quanto una presunzione operante *iuris et de iure* – con conseguente congelamento dei requisiti di necessità, inevitabilità e pericolo – impedirebbe un qualsiasi controllo giurisdizionale in ordine sia ai mezzi utilizzati, sia al modo stesso dell'utilizzo, rendendo impraticabile la strada di un riconoscimento di responsabilità a titolo di colpa, secondo gli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali basati sull'art. 55 c.p.. Anche in tale situazione si può agevolmente riconoscere uno degli obiettivi del legislatore, cioè eliminare le condanne per eccesso colposo a favore di piene assoluzioni.

Ma è la seconda teoria sopra esposta quella da seguire. La presunzione in esame è da considerarsi una presunzione semplice o quantomeno relativa, alla luce di una interpretazione costituzionalmente orientata ed anche alla luce degli ulteriori elementi qualificanti – da sempre – la legittima difesa. Per cui solo alcuni casi di eccesso verrebbero ad essere ricompresi dalla riforma, ma in sostanza il giudice, qualora rilevi manifeste sproporzioni in ordine all'eterogeneità tra i beni difesi dall'aggredito e i beni lesi dalla sua reazione, potrà – nonostante l'applicabilità del secondo comma dell'art. 52 – concludere per un eccesso di difesa. Analogamente una presunzione relativa o semplice ammetterà il riconoscimento della legittima difesa putativa – che non potrà essere desunta dal mero timore soggettivo o stato d'animo dell'agente, ma che dovrà essere accertata sulla base della situazione obiettiva reale[119] – e persino della sua causazione a titolo di colpa con conseguente applicazione della pena a titolo di colpa.[120]

Una lettura in chiave costituzionalmente orientata per giungere all'interpretazione della presunzione nella sua accezione più ridotta è d'obbligo anche avendo riguardo alla parallela vicenda dell'art. 53 c.p. relativo all'uso legittimo delle armi. In tale disposizione – che non conteneva alcun riferimento alla proporzione – il legislatore del '30 applicò una presunzione tacita e assoluta a favore dell'adempimento dei doveri pubblici rispetto ai beni dei cittadini. Ma il diverso assetto della scala gerarchica dei beni introdotta con la Costituzione impose – per non giungere ad una certa declaratoria di incostituzionalità della previsione – una valutazione in concreto e caso

per caso degli elementi e beni di volta in volta in gioco, eliminando in tal modo la presunzione di cui sopra.[121]

Significativo è in ultimo ricordare il fondamento da sempre posto a base della legittima difesa, quale istituto operante per la difesa dei diritti in via eccezionale e sussidiaria a quella dello Stato. Infatti, anche volendo riconoscere al legislatore storico di aver prodotto un mutamento nella base di funzionalità della legittima difesa, come funzione di lotta al crimine e di ripristino dell'ordine giuridico violato, si dovrebbe pur sempre osservare come la stessa autorità di pubblica sicurezza non goda degli stessi eccessi che la riforma in esame intenderebbe legittimare, tradendo così la logica della delega di funzioni, in quanto si finirebbe per autorizzare in capo al delegato un diritto di cui lo stesso delegante non dispone.[122]

4. Profili probatori e secondo comma art. 52 c.p.

L'incidenza dell'introduzione del nuovo secondo comma in calce all'art. 52 c.p. è da valutare anche in considerazione della diversa disciplina probatoria cui esso sarebbe sottoposto. I principi generali del nostro ordinamento processuale prevedono che ciascuno debba provare i propri fatti allegati, in quanto l'onere di prova grava in genere sulla parte che ne trae vantaggio. Lo stesso dicasi per il piano probatorio che ha sempre contraddistinto il primo comma dell'art. 52. Chi intende avvalersi della scriminante, ha da sempre l'onere di provare la rilevanza dei relativi requisiti.

Per quanto riguarda la previsione introdotta dalla riforma, a prima vista si può affermare come essa abbia introdotto un difficile schema probatorio. Dal punto di vista dell'aggredito per l'applicabilità del secondo comma è necessario che egli fornisca la prova degli elementi qualificanti l'operatività dello stesso, quali la violazione di domicilio, la non desistenza ed il pericolo d'aggressione, ma la prima difficoltà si riscontra proprio nelle caratteristiche di tali elementi. Infatti, una volta esaminati a dovere, è agevole notare come la loro prova non sia immediata, né tanto meno facile. Particolarmente difficile risulta la dimostrazione del requisito della non desistenza, in quanto la condotta stessa dell'aggressore – che non perde la titolarità e l'importanza dei propri beni costituzionalmente protetti, come la vita, nonostante si sia posto contro il diritto – è di difficile determinazione e rappresentazione, e parimenti complicata è la prova del pericolo di aggressione, previsto in via secondaria al secondo comma per la tutela dei beni patrimoniali. In questo caso le difficoltà probatorie riguardano la natura stessa del requisito – stante la particolarità di tali situazioni, dato che di notte e di fronte ad un ladro, l'aggressione sembra sempre inevitabile – col grave rischio di farlo apparire come sempre presente e attuando in tal modo un'indebita estensione dell'applicazione di tutta la nuova previsione.[123]

Come appena formulato, spetta al reagente fornire la prova degli elementi specializzanti la disciplina ma, diversamente dal solito, non le circostanze relative alla proporzione. La questione orbita in modo alquanto correlato al grado di forza che si da alla presunzione di proporzionalità stessa. Si è già detto come una presunzione iuris

et de iure non consenta alcuna prova contraria, ma per i motivi sopra richiamati la riforma non è in grado, nella sua formulazione così come nell'interpretazione volta a ricavarne una norma non in contrasto con l'ordinamento costituzionale, di generare un tale tipo di conseguenza. Sul piano probatorio, può allora divenire molto utile allacciare alla nuova disciplina un diverso carico probatorio, che contempra al proprio interno il riconoscimento di una presunzione relativa e al contempo ne tragga forza per raggiungere l'obiettivo di una più felice interpretazione.[124] Ma se il nuovo comma introdotto dalla riforma non genera, per gli stessi motivi sopra citati, una presunzione assoluta, nemmeno si può riconoscerle un piano probatorio simile al primo comma, con valutazione della proporzione caso per caso, in quanto il contrasto con la lettera della legge – che inserisce pur sempre una presunzione – sarebbe manifesto, dando inoltre corso ad una poco spiegabile interpretatio abrogans di tutto il secondo comma.

La presunzione semplice e relativa sopra auspicata sarebbe allora in grado di generare un piano probatorio particolare, dove a colui che si è difeso spetta di provare solo l'avverarsi dei requisiti specialistici introdotti dal secondo comma, in particolare quelli relativi alla non desistenza ed al pericolo di aggressione, ma spetterebbe alla pubblica accusa, e ne sarebbe una facoltà in tal modo riconosciuta, l'assumersi il carico probatorio dell'esistenza di una sproporzione, così da superare il limite – oggettivo e a rischio incostituzionalità – di una legittima difesa sempre presente e sempre operante.

Di fronte alla difficoltà di calibrare l'effetto della riforma, ecco allora farsi strada la suddetta via, in grado di evitare sia gli eccessi di una presunzione assoluta sia gli effetti abrogativi di una presunzione da valutarsi caso per caso. L'applicazione di una presunzione relativa avrebbe infatti il privilegio di coniugare le ragioni riformatrici del legislatore con le difficoltà nate dal suo stesso intervento.[125] In virtù di una tale presunzione, la proporzione sarà, qualora ne ricorrano i presupposti, da riconoscersi, ma contro di essa la pubblica accusa potrà provare sia l'esistenza di una sproporzione obiettiva così come l'inesistenza di una proporzione putativa, o comunque la sua causalità a titolo di colpa, per quanto difficile da provare.[126] Sproporzione obiettiva che potrebbe risultare dal non effettivo pericolo per l'incolumità e dalla manifesta sproporzione tra i beni in conflitto, soprattutto a seguito dell'applicazione dell'elemento della necessità inteso come inevitabilità. Necessità che a seguito della riforma è in grado di spiegare meglio le proprie possibilità, generando un limite che non può essere – e da qui la relatività della presunzione – non attentamente valutato, data soprattutto la strettissima interconnessione che da sempre si riconosce fra i requisiti di necessità e proporzione.[127]

5. Tra profili di incostituzionalità ed una nuova lettura della necessità

La riforma, attraverso l'introduzione dei commi secondo e terzo, ha disciplinato un diverso sistema di applicazione della scriminante della legittima difesa, inseguendo obiettivi di natura giuridica, di natura dogmatica ed anche processuale. L'intenzione

che si rilevava nelle dichiarazioni del legislatore fin dai lavori preparatori era quella di sfruttare l'occasione di un passaggio riformatore per riuscire a mutare l'istituto della scriminante il più possibile, compatibilmente con il tempo a disposizione e le avverse opinioni dell'opposizione. Tale proposito del legislatore – che si rivelò poi materializzato nell'introduzione di una presunzione di proporzione operante iuris et de iure nelle loro intenzioni e in una più o meno ampia estensione del fondamento della scriminante e dell'uso delle armi – ebbe però il problema di denunciare fin dal principio possibili vizi di incostituzionalità. La censura della Corte costituzionale avrebbe riportato la situazione di operatività della scriminante agli identici e prevalenti livelli della legislazione Rocco.

Su di un piano più pratico è infatti da rilevare come l'entrata in vigore della Costituzione introdusse un piano di valori di certo non puramente simbolico. La gerarchia che veniva fissata per mezzo dei suoi articoli distingueva in modo marcato tra diritti della persona e all'incolumità fisica quali il diritto alla vita, e tra diritti patrimoniali quali il diritto di proprietà. Fino ad oggi l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale per consentire un utilizzo della legittima difesa – e di tutte le altre cause di giustificazione – che non violasse il dettato costituzionale sul punto è stata totale. Un esempio molto eloquente della questione è dato dalla vicenda riguardante l'art. 53 c.p. e l'uso legittimo delle armi, che a seguito di entrata in vigore della Costituzione si vide eliminare la presunzione – tacita ed assoluta – che il legislatore aveva introdotto nella sua certezza di predisporre legalmente la prevalenza di un bene rispetto ad un altro, quale l'incolumità dei cittadini.^[128] E da qui le preoccupazioni che la riforma, lasciata operante nel suo più ampio svolgersi degli effetti, venga in futuro cassata dalla Corte. Le difficoltà per la novella iniziarono d'altronde fin dai lavori parlamentari, quando alla Camera fu presentata una questione pregiudiziale per motivi di costituzionalità. Essa ci introduce nei punti focali del contrasto tra la novella e l'ordinamento costituzionale. Si legge nell'atto come il provvedimento in esame espliciti la proporzionalità e la legittimità dell'uso della violenza per difendere l'incolumità, e parimenti per la difesa di beni patrimoniali, se vi è non desistenza e pericolo d'aggressione, “in particolare, sarebbe lecito l'utilizzo della violenza, con armi di qualsiasi tipo, oltre che per difendere la propria o altrui incolumità, anche quando vi sia il mero pericolo di aggressione a beni di carattere patrimoniale, seppur messa in atto da persona disarmata, solo che non vi sia desistenza da parte dell'aggressore”.^[129]

I firmatari della questione pregiudiziale proseguono nella stesura elencando ed argomentando i vari punti di conflitto col sistema costituzionale. Per prima cosa essi dipingono il valore degli articoli 52 e 54 c.p., “il cui testo è stato un preciso punto di riferimento per la predisposizione di norme analoghe in numerosi codici penali stranieri nonché, più in generale, per i più autorevoli studiosi di diritto penale, in Italia e all'estero”, permettendo all'istituto della legittima difesa di affrontare l'introduzione della Costituzione e della Convenzione europea dei diritti dell'uomo senza il rischio di una relativa illegittimità. Continua la questione dichiarando come “la proposta di

legge in esame introduce una irragionevole e incostituzionale presunzione in quanto considera, sempre e comunque, proporzionata all'offesa minacciata la reazione dell'agredito nei casi in cui il fatto avvenga nel proprio domicilio (o nel suo luogo di lavoro), sottraendo al giudice la possibilità di valutare la proporzionalità tra offesa e difesa e riducendo, quindi, in maniera illogica, le modalità di accertamento dei fatti". In tale passaggio si notano ampiamente come le preoccupazioni in materia fossero riferite all'operatività di una presunzione in senso assoluto, contrastante col principio di bilanciamento dei beni e con la scala gerarchica degli stessi introdotta dalla Costituzione.

A fronte di tali osservazioni sulla possibilità di reazione e di lesione del bene vita, emerge il successivo punto di discussione, nascente dal contrasto tra la riforma e l'articolo 2, comma 1, Convenzione europea dei diritti dell'uomo, il quale enuncia il principio per cui il diritto di ogni persona alla vita è protetto dalla legge, proseguendo come nessuno può essere intenzionalmente privato della vita, salvo che in esecuzione di una sentenza capitale, pronunciata da un tribunale. Al comma secondo del medesimo articolo è inoltre attribuito il compito di delineare la possibile difesa legittima contro il bene vita: "La morte non si considera inflitta in violazione di questo articolo quando risulta da un ricorso alla forza resosi assolutamente necessario", disposizione che sarebbe in grado di attribuire lo status di incostituzionalità ad una riforma che dovesse rendere più agevole il cagionare la morte, e ciò anche ponendo la novella in raffronto all'art. 2 della stessa Costituzione, là dove enuncia il diritto alla vita, in quanto protetto dalla legge. Concludendo, la questione affronta la violazione dell'articolo 3 della Costituzione, là dove, a seguito della restrizione operata dall'utilizzo dell'ambito domiciliare e degli altri requisiti, decide casi simili in modo differente, oppure il contrario, come "conseguenza dell'equiparazione di comportamenti diversi solo in quanto avvenuti nello stesso luogo".

Aldilà dei destini della questione pregiudiziale – che la Camera respinse – il suo richiamo conserva un'indubbia utilità per verificare la subitanea preoccupazione di molti circa la legittimità costituzionale della riforma. Ed invero, a costoro non si può dare torto, soprattutto se non si ha l'intenzione di dare seguito a quel fondamentale impegno interpretativo nei capitoli precedenti affrontato, e non ancora terminato, che sia in grado di utilizzare le risorse giuridiche ed interpretative per dotare il nuovo art. 52 di una previsione capace di amalgamarsi senza eccessivi contrasti con il primo comma, con la prassi giurisprudenziale e dottrinale, e con l'ordinamento intero.[130] Ed allora si nota come l'assetto costituzionale, nei punti sopra richiamati, garantisca uno stato di diritti che la riforma, parzialmente, intacca. A cominciare dall'art. 2 Cost., che riconosce i diritti inviolabili dell'uomo, e che si coniuga indubbiamente con il diritto alla vita stessa e all'incolumità e con l'art. 2 Conv. europea sopra richiamato, che tutelano il bene vita in modo decisamente marcato rispetto agli altri beni, in particolare rispetto a quelli patrimoniali. Essi infatti trovano sì riconoscimento in ambito costituzionale, all'art. 42, ma su di un piano nettamente inferiore e con precisi limiti circa l'utilizzo che se ne può fare.[131] Tali principi hanno indubbiamente

condizionato l'interpretazione delle disposizioni dell'ordinamento intero nel corso degli anni, e lo stesso probabilmente accadrà ora, quando la necessità di un'interpretazione pratica della riforma dovrà costruirsi e strutturarsi nel pieno rispetto dei dogmi qui richiamati, anche a costo di un allontanamento più o meno marcato da quella volontà storica che ha mosso il legislatore.[132]

Estremamente chiara è poi la Convenzione europea con riguardo alla legittima difesa stessa, in quanto al secondo comma dell'art. 2 la cita esplicitamente ove dichiara che la morte non si considera inflitta in violazione del presente articolo quando risulta conseguente ad un ricorso alla forza resosi assolutamente necessario per assicurare la difesa di ogni persona dalla violenza illegale. Estremamente eloquente risulta quel resosi assolutamente necessario, che rimanda ad un fondamento ad inequivocabile carattere di eccezionalità, seguito dai requisiti della violenza (offesa), illegalità della stessa (ingiustizia), ed assoluta necessità (necessità-inevitabilità). A fronte del raccordo tra art. 2 Cost. e art. 2 Conv. europea dei diritti dell'uomo è possibile ora affermare come la difesa di meri beni patrimoniali per mezzo della lesione del bene vita dell'aggressore sia da considerarsi illecita, e costituzionalmente illegittima la norma che una tale evenienza dovesse prevedere.[133]

Al medesimo risultato è d'obbligo giungere anche a seguito della modifica dell'art. 117 della nostra Costituzione, il cui comma primo subordina la legittima attività legislativa statale e regionale al rispetto dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali. E se riguardo a tali obblighi internazionali, ma anche comunitari, vi è ancora ampia discussione circa il rango concesso all'interno del nostro ordinamento, è indiscusso che essi formano almeno un pregnante vincolo interpretativo della legislazione ordinaria.[134] Ed è a tal motivo che si richiamano le interpretazioni compiute nel lungo l'esame della legge n. 59/2006 di cui al capitolo precedente, circa l'analisi dei presupposti applicativi, laddove alla parola del legislatore si è scelto di porre un freno, ad esempio richiedendo particolari interpretazioni degli elementi più importanti quali la necessità di difendere l'incolumità, la non desistenza ed il pericolo d'aggressione, fino a giungere alla chiave interpretativa costituzionalmente orientata di cui ai paragrafi precedenti, relativa alla presunzione di proporzionalità. Ma la vera opera di armonizzazione della nuova previsione legislativa con il dettato costituzionale ed internazionale si basa, oltre che sul riconoscimento dell'introduzione di una presunzione relativa e non assoluta, sull'estensione che ha come oggetto il requisito della necessità.

Tale elemento fondamentale per l'esistenza della legittima difesa era, all'interno del primo comma dell'art 52, compresso dalla presenza del requisito della proporzione, alla cui operatività spettava il compito di mantenere tutto l'istituto su binari di garanzia e legalità, anche costituzionale. Con l'entrata in vigore della riforma e l'introduzione della presunzione riguardante la proporzione, il requisito della necessità è chiamato ad una nuova finalità, consistente nell'operare come valvola di compatibilità tra la riforma e l'ordinamento intero, estendendo la propria efficacia ad ogni campo e circostanza su cui l'istituto getta la propria luce. Ciò avviene proprio

grazie ad una interpretazione della necessità in chiave di adeguatezza della difesa e di inevitabilità della stessa, in modo da scoprire illegittime disparità di trattamento in caso di lesione alla vita ed all'incolumità per la difesa di semplici beni patrimoniali, ed in grado di eliminare le conseguenze soggettive nascenti con l'espressione "al fine di difendere" e che richiama un'antigiuridicità sostenuta solamente dall'atteggiamento interiore dell'agente, in contrasto con il principio di materialità.[135] Grazie al requisito della necessità – operante tramite il richiamo a tutta la copiosa dottrina e giurisprudenza in materia come esigibilità della difesa meno lesiva per l'aggressore, in chiave di alternatività, financo al riconoscimento del cosiddetto *commodus discessus* – il giudizio sulla reazione potrà diventare un giudizio di adeguatezza della stessa, in grado di arginare l'operatività della presunzione di proporzione e l'impossibilità per l'organo giudicante di procedere ad una effettiva valutazione delle circostanze in gioco, anche in chiave di una responsabilità a titolo di colpa e di configurabilità della figura dell'eccesso colposo. Con conseguente impossibilità di applicazione della legittima difesa qualora la reazione ponga in essere atti lesivi dell'incolumità altrui, quando ad essere difesi siano solo i beni patrimoniali.[136]

Un ultimo rilievo da segnalare riguarda un ulteriore rischio di incostituzionalità per la riforma e nasce dalla disparità che può generarsi dal riconoscimento di un preciso ambito entro il quale essa è operante, quello definito dal richiamo dell'articolo 614 relativo alla violazione di domicilio, con l'aggiunta del terzo comma riguardante tutti gli ambiti di attività professionale, economica e professionale. A causa di tale limitazione la riforma vedrebbe il profilarsi di un ulteriore scoglio nell'art. 3 della Costituzione, che sancisce l'inviolabile principio di uguaglianza nelle sue molteplici forme. Tale principio, più volte riconosciuto dalla Corte costituzionale come operante a livello generale ed in grado di esercitare la propria influenza in qualsiasi campo e disposizione dell'ordinamento giuridico, vieta di disciplinare – e di giudicare – in modo differente situazioni simili, ed in modo simile situazioni differenti, ove ciò non trovi giustificazione in un'importante ragione seguita da congrua motivazione.[137] E nel caso in questione la legalità della limitazione in ordine a certi luoghi soltanto sarebbe messa a dura prova dal fatto che situazioni molto simili, quali aggressioni alla persona oppure ai beni patrimoniali, verrebbero trattate in modo differente se subite in casa o altro luogo di privata dimora oppure in strada, all'aperto o magari appena fuori casa, e sarebbero trattate diversamente sia dal punto di vista sostanziale che probatorio.[138] Ulteriori difficoltà verrebbero perciò a crearsi notando come nei luoghi esclusi dall'ambito di applicazione della riforma, la reazione contro aggressioni maggiormente lesive dovrà essere più limitata rispetto ad altre, meno lesive, ma avvenute nell'ambito richiamato dall'art. 614 e dal terzo comma, ivi consentendo una possibilità di reazione – sulla carta – più ampia.

Cap. V

IL FUTURO DELLA LEGITTIMA DIFESA

1. I commenti del mondo politico, dottrinale e della collettività - 2. Gli obiettivi realmente ottenuti e la rilevanza pratica del nuovo istituto con riguardo alle intenzioni

volute dal legislatore - 3. Le prime sentenze post-riforma - 4. Il futuro della legittima difesa: a) La generale importanza della proporzione, la necessità di tutelare le aggressioni domiciliari e la rilevanza di paura o timore b) Una scelta di fondo per la nuova legittima difesa - 5. Conclusioni

1. I commenti del mondo politico, dottrinale e della collettività

La riforma dell'istituto della legittima difesa è a questo punto una realtà consolidata. Il legislatore è riuscito nel proprio intento di produrre qualcosa di nuovo nel campo dell'autodifesa, senza però porsi l'alto obiettivo di innovare l'art. 52 in maniera tale da sostituire la precedente disposizione, accontentandosi di legiferare in materia senza l'aiuto di esperti del settore – impegnati negli ultimi anni nelle commissioni di riforma del codice penale – e senza dettare una nuova disciplina piena e compiuta, limitandosi a prevedere l'inserimento di due nuovi commi e lasciando intatta la natura e l'efficacia del previgente primo comma che, nell'arco di settant'anni di vigenza, ha avuto modo di guadagnarsi il titolo di modello di equilibrio. Raggiunto un tale stadio, i primi passi di un'analisi dei commenti alla legge passano inevitabilmente per la strada scelta dal legislatore per la nascita della riforma, e cioè il fatto di aver utilizzato, in un settore tanto problematico quanto quello della disciplina delle cause di giustificazione, la legislazione speciale. Essa alimenta l'ammodernarsi del diritto in momenti in cui esso – a giusto titolo oppure no – sembra segnare il passo rispetto agli eventi. Innegabilmente più rapida e veloce dei grossi progetti di riforma del codice, essa ha la qualità di puntare direttamente al cuore del problema, là dove il suo intervento viene chiesto, solitamente, da parte della collettività e del mondo politico che ne è espressione. Ma tale tecnica di legislazione non è frutto di una vera e propria maturazione che il diritto stesso compie nel proprio adeguarsi alla vita sociale e giuridica del paese – maturazione lenta ma costante nel suo inequivocabile incedere – ma costituisce piuttosto la facile e sicura risposta agli allarmi che periodicamente, nel nostro come in tutti i paesi, tornano alla ribalta nei più disparati settori, producendo e lasciando una scia d'insoddisfazione generale che ha – solitamente – come obiettivo proprio il diritto stesso e coloro che lo producono e lo applicano. Ad aggravare ulteriormente la situazione si nota come spesso le leggi speciali nate sull'onda emotiva a seguito di fatti di cronaca siano il prodotto di logiche partitiche che snaturano l'originaria essenza della riforma, che ne modificano la ratio quel poco che basta a far sì che il primario progetto perda in termini di qualità e coerenza, dovendo assoggettarsi a logiche di contrattazione fra i vari gruppi politici presenti in Parlamento. [139] Ed in conclusione si nota come spesso esse non siano in grado di amalgamarsi in modo coerente e produttivo all'interno di un ordinamento giuridico, come ad esempio il sistema penalistico italiano, per cui è seguita opinione che le tante leggi speciali emanate negli ultimi decenni – a prescindere dalla loro qualità intrinseca – non abbiano condotto il sistema stesso su di una direttrice univoca e ben definita, ma lo abbiano portato in una direzione frammentaria e disorganica, direzione che è a sua volta causa di antinomie, contraddizioni e generale sfiducia verso il sistema giuridico intero. [140]

I commenti del mondo politico sono stati – come è facile immaginare – i più svariati. Essi sono stati proclamati a gran voce per lo più nelle sedute di Camera e Senato durante il lungo cammino dei lavori parlamentari, e la riforma è stata in quelle occasioni oggetto di bersaglio da parte dei parlamentari dell’opposizione e motivo di soddisfazione per gli esponenti della maggioranza, che hanno portato a termine il loro lavoro consci della forza dei numeri a propria disposizione. L’allora ministro di Giustizia Castelli e gli altri propugnatori hanno avuto modo di esprimere il proprio compiacimento per la nascita della riforma e in più occasioni e in diverse interviste giornalistiche hanno affermato come gli italiani possono da oggi godere di una più ampia tutela, che il diritto alla difesa del proprio domicilio è stato finalmente riconosciuto e che da ora in avanti l’aggressore sarà, finalmente, meno tutelato dell’agredito. Ed anche dal punto di vista della collettività è facile immaginare come quelle stesse alte percentuali che nei pochi sondaggi a disposizione chiedevano a gran voce un intervento parlamentare avranno accolto con grande fremito la riforma di questo istituto così particolare. Consci – a grandi linee e a volte in maniera del tutto errata – dei limiti difensivi che la legittima difesa di cui all’art. 52 codice Rocco imponeva, la legge n. 59/2006 dev’essere apparsa come la giusta soluzione – armata – alle aggressioni domiciliari e nei luoghi di lavoro, tutto ciò mentre altra parte della cittadinanza commentava con timore le possibili conseguenze di quella legge – a prima vista – tanto permissiva nell’uso delle armi e della violenza.

Ma il messaggio mediatico partito dalle affermazioni scaturenti dalle dichiarazioni parlamentari, dalle interviste rilasciate in copiosa sequenza alle varie testate giornalistiche, dai servizi televisivi a seguito di fatti di cronaca e persino dalle forti dichiarazioni di una paventata licenza di uccidere da parte delle opposizioni è da ritenersi del tutto sbagliato.[141] Qualunque cosa “l’uomo di strada” abbia inteso grazie ad esso, la portata della nuova legge dev’essere del tutto circoscritta. Essa non è infatti in grado di legittimare un qualsiasi utilizzo delle armi, non è in grado di permettere a priori l’uccisione del rapinatore che abbia tentato una rapina in un negozio, non è in grado di ribaltare l’assetto fra beni personali e beni patrimoniali fissato dalla Costituzione. E la pericolosità di una siffatta cattiva informazione è facilmente intuibile tenendo in considerazione che giustamente i cittadini non possono conoscere tutte le argomentazioni giuridiche svolte dagli esperti del diritto, e il messaggio mediatico recepito in termini così eccessivi rispetto a ciò che verrà dalla riforma mantenuto sarà causa di ulteriori conseguenze.[142]

Innanzitutto è facile immaginare il disappunto che toccherà coloro che avranno creduto in una nuova legittima difesa totalmente rinnovata quando il giudice di turno applicherà la legge seguendo le indicazioni restrittive imposte dalla Costituzione e dai primi studi dottrinali che si stanno via via formando, le loro aspettative verranno probabilmente cancellate dalle prime sentenze in materia. Analogamente accadrà per coloro che, anche se ingiustamente aggrediti e responsabili di una corretta difesa armata, si vedranno sottoporre comunque ad un processo che accerti eventuali colpe e accerti i fatti. Infine, ed è la prospettiva più pericolosa, la credenza di poter più

facilmente reagire con le armi produrrà come conseguenza una corsa ad armarsi e ad usare le stesse, col rischio di un aggravarsi dei fatti di sangue determinato anche dalla consapevolezza che colpirà i malviventi, i quali più duramente si prepareranno al colpo.[143]

Differente è invece la presa di posizione del mondo dottrinale. Infatti fin dai lavori preparatori molte sono state le contestazioni che insigni giuristi hanno lanciato contro la riforma, nel tentativo di fermarne il corso. Ed è da rilevare come 48 tra i più importanti giuristi e docenti di diritto e procedura penale abbiano inteso dare un forte segnale comunicando un appello a rinunciare alla riforma in esame, a causa del prevedibile esito di una “maggiore aggressività di una delinquenza, già di per sé agguerrita, consapevole dell’accresciuta aggressività difensiva delle potenziali vittime”, riforme nate in un clima nel quale “non si sa dove finisca l’analfabetismo giuridico e dove inizi la malafede”. [144]

2. Gli obiettivi realmente ottenuti e la rilevanza pratica del nuovo istituto con riguardo alle intenzioni volute dal legislatore

La nuova disposizione della legittima difesa è stata preparata e promulgata, analizzata e vagliata, scomposta nei suoi minimi termini e ne è nato un primo accenno di interpretazione che continuerà ad espandersi in estensione come in profondità. La legge n. 59 del 2006 ha inteso modificare l’istituto in parola prendendo le mosse da quello che ne è sempre stato il requisito più eclatante e fondamentale, la proporzione. Ma essa, pur avendo nelle intenzioni del legislatore traguardi molto importanti non è riuscita, stante la propria formulazione, a raggiungere quegli obiettivi – peraltro vasti e profondi – come i suoi stessi propugnatori avrebbero voluto. Per questo motivo ora, al termine di un lungo e minuzioso studio dei particolari del nuovo art. 52 c.p., è doveroso chiedersi fino a che punto essa abbia modificato la rilevanza pratica dell’istituto, se essa sia cioè in grado di condurre a sentenze differenti là dove pochi mesi prima le stesse sarebbero state diverse. A fronte delle modifiche apportate, possiamo dire che la novella legislativa abbia mancato non poco gli obiettivi del legislatore. Gli impegni da esso assunti intendevano modificare l’istituto fin dalle sue fondamenta, intendevano proporre una vera e propria tutela dei propri beni laddove fino a poco fa esisteva soltanto una difesa necessitata, prevista in via eccezionale e non come strumento canonico di risoluzione dei conflitti. E tener fede alle estese affermazioni dalla maggioranza prodotte con una modifica così ridotta, non era strada che potesse in tal modo conseguire alcun risultato. Perciò in via di prima approssimazione si può dire come la riforma non abbia aiutato, se non poco e nei casi più limpidi, l’accertamento giudiziale delle responsabilità del reagente, non abbia esteso se non di poco l’applicabilità dell’istituto e non sia stata in grado – anche qui se non di poco o punto – di arginare la discrezionalità del giudice in materia.[145]

A mio avviso il legislatore difficilmente avrebbe potuto riuscire in un progetto così ampio perché sbagliate ne erano le motivazioni. Solo un’azione legislativa svincolata da esigenze di ricerca del consenso o dal desiderio di dimostrare il proprio generoso impegno nel soddisfacimento della domanda collettiva di giustizia avrebbe potuto

produrre una riforma più logica e sensata, più vicina alle proposte già studiate e meditate, adatta ad essere inserita in un settore essenziale e contraddittorio come quello delle cause di giustificazione. Motivazioni politiche che contemplanò come una minaccia la diversità di culture o popolazioni diverse dalla nostra, rischiano di far perdere di vista l'essenziale lato giuridico e tecnico che una norma di diritto penale deve possedere. Solo laddove le intenzioni saranno di agire nel rispetto della nostra tradizione e storia giuridica e solo quando strumenti di difesa come l'articolo 52 saranno utilizzati ed aggiornati per la difesa dei diritti di tutti e seguendo logiche giuridiche di uguaglianza e rispetto della Costituzione, allora i tratti di penna del legislatore saranno in grado di condurre il diritto verso una miglior risoluzione dei problemi, anche di quei problemi – certo non facili da risolvere – cui il legislatore del 2006 non è riuscito a rimediare.

A ben vedere il primo difetto da riconoscere alla riforma sta nel fatto che essa si discosta dai progetti che le commissioni nominate hanno preparato nel corso degli ultimi anni.[146] Così la nuova formulazione dell'art. 52 non tiene conto nemmeno dei requisiti prodotti dalle pronunce giurisprudenziali e che avrebbero dovuto essere i primi ad essere introdotti in una qualsiasi riforma, come ad esempio i riferimenti all'utilizzo del *commodus discessus* e alla produzione non volontaria del pericolo. Questi sono stati i primi elementi di cui davvero si sentiva la mancanza nella previsione originaria dell'art. 52, tanto che l'orientamento giurisprudenziale in materia è andato sempre più consolidandosi.[147] Ancora, e sempre discostandosi dai progetti di riforma dell'intero codice, la novella non è intervenuta modificando il dispositivo dell'art. 52, ma solo aggiungendo due commi, che oltretutto non contenevano elementi in grado di consentire l'operatività di una difesa legittima, speciale e autonoma rispetto a quella generale e canonica, mostrandosi così ben debole nei confronti di quell'orientamento atto a limitarne la portata anche attraverso il richiamo – inevitabile ormai – degli elementi del primo comma, che dispongono a loro vantaggio pure di una larga disamina dei propri limiti e confini compiuta nell'arco di settant'anni di vigenza.[148]

La riforma così come formulata a ben vedere pone seri problemi interpretativi, tanto che all'interprete è lasciata la difficile posizione se seguire da un lato la volontà storica del legislatore – e allora ampliare l'ambito di operatività del secondo comma col rischio di veder incorrere nel prossimo futuro la legge in una sentenza d'incostituzionalità – oppure se affrontare ogni aspetto della novella interpretandolo in senso costituzionalmente orientato evitando censure della Corte e nel mentre cercare di salvare dalla rete dell'interpretazione restrittiva quel che della nuova norma può essere salvato ed applicato. La difficoltà di un'interpretazione conforme alla volontà del legislatore giunge inoltre dalla perplessità che reazioni rientranti nell'ambito del secondo comma possono essere sì compiute in ambito domiciliare, ma nell'arco delle ore diurne. Se uno degli obiettivi della riforma era quello di tutelare il soggetto titolare del domicilio dal cosiddetto *fur nocturnus*, ossia il ladro notturno che nottetempo, compiendo violazione di domicilio, si introduce – armato o meno –

nell’abitazione, un ampliamento delle possibilità di difesa tale da giustificare l’uso di una presunzione può essere compreso per le difficili ore notturne, ma non in pieno giorno. Accettando pienamente come il domicilio, soprattutto privato, sia sempre più considerato il centro della tranquillità e della pace della persona e della famiglia intera, si capisce come la riforma abbia speso parte delle proprie forze per tutelare proprio gli aggrediti in tali situazioni. Ma quello che di notte può essere giustificabile, potrebbe non esserlo nel medesimo domicilio privato, ma in pieno giorno. La novella non distingue tra aggressione diurna oppure notturna permettendo alla presunzione di operare nel medesimo modo in entrambi i casi, e la ragionevolezza che impone di considerare in posizione ben più ardua – stante la difficoltà visiva e il timore che da sempre accompagna le ore notturne – l’aggredito dal fur nocturnus, si perde nel momento in cui la stessa è chiamata ad operare di giorno, quando la visibilità è ottima e la vittima non è colta nel sonno. [149] E’ necessario fare bene attenzione al punto in esame, perché il messaggio mediatico sbagliato – eccessivo, per meglio dire – si compone anche di questo problema, là dove intitola la propria riforma “Modifica all’art. 52 del codice penale in materia di diritto all’autotutela in un privato domicilio”. [150]

Ed è per questo che è possibile notare come sia stato lo stesso legislatore, attraverso un uso improprio della lettera della legge, a costringere colui che è chiamato ad applicare la norma a studiarne un uso più restrittivo, a ricercare – ancor prima che il successo degli obiettivi da tempo dichiarati, ed in parte apprezzabili – un’opportunità di applicazione in linea con il resto dell’ordinamento giuridico, con ciò allontanando da sé le varie accuse di stravolgere nell’applicazione pratica gli intenti normativi del Parlamento. [151]

Prendendo le mosse da tali premesse, si richiamano quelli che erano gli obiettivi e le principali ragioni della riforma. Primo obiettivo dichiarato era di limitare fortemente l’ambito della discrezionalità del giudice. Le critiche mosse al previgente art. 52 c.p. riguardavano il fatto che l’organo giurisdizionale godesse del più ampio potere decisionale in merito ad un davvero ampio spettro di elementi, vale a dire che tutte le circostanze della situazione e tutti i requisiti della disposizione dovevano essere da esso valutati, con particolare riguardo alla zona di confine tra necessità della reazione, proporzione ed eccesso di difesa. Nel tentativo di limitare il potere di valutazione del giudice il legislatore si è mosso introducendo una fattispecie che cercava di fondare la propria operatività su alcuni elementi di nuovo impiego, col risultato che il giudice – o al limite anche solo il pubblico ministero all’interno delle proprie indagini – avrebbe dovuto accertare la semplice presenza di tali elementi e nulla più, perché a tal punto la proporzione sarebbe stata presunta. Forse sarebbe stato preferibile, piuttosto che tentare d’imbrigliare l’autonomia decisionale del giudice – e sempre nell’ambito di una riforma parziale – agire in maniera diversa sulla proporzione, richiedendone ad esempio una manifesta violazione, piuttosto che escluderla del tutto. In tal modo sarebbero stati evitati alcuni rischi di denunce d’incostituzionalità ed il timore di legittimare reazioni completamente eccessive sarebbe stato dimensionato. [152]

Oltre a questo il richiamo degli elementi della non desistenza, del pericolo di aggressione, della legittima presenza nel domicilio e della violazione dello stesso pongono l'autorità giurisdizionale nella posizione di verificare la sussistenza punto per punto dei vari elementi necessari per l'applicazione del secondo comma, elementi che – se rispettati in maniera rigorosa ed abbinati a quelli ancora vigenti al primo comma – giungeranno a far scriminare solo reazioni che anche il primo comma nella sua solitaria esistenza avrebbe probabilmente scriminato, da qui la lecita affermazione che la riforma non è riuscita nel proprio scopo di rendere ben più ampia la difesa domiciliare. [153]

Prendendo in esame il primo del cosiddetto “doppio binario” introdotto dal secondo comma del nuovo articolo 52, quello relativo alla difesa dell'incolumità propria o altrui, si nota come la difesa con arma legittimamente detenuta o altro mezzo idoneo deve sempre rispettare l'equilibrio di una inevitabilità della reazione e di una sua non sostituibilità con altra difesa meno lesiva, ché altrimenti si legittimerebbe la causazione di qualunque lesione, dato che il disposto della legge legittima sì l'uso dell'arma ma non fa parola alcuna del modo e della gravità di utilizzo della stessa. [154] Perciò il raffronto tra il nuovo art. 52 e il precedente, rivela come in materia di aggressione all'incolumità personale non vi siano ampie differenze tra la nuova previsione e quella da alcuni tanto criticata. Una volta rispettati i requisiti base della necessità della difesa, dell'attualità del pericolo e della non sostituibilità con altra reazione meno lesiva – che limitano fortemente l'inciso riguardante la possibilità di utilizzo di ogni mezzo o arma – la difesa possibile per l'agredito sarà molto simile in entrambi i casi, a discapito dell'operatività o meno della presunzione di proporzione. Essa sarà in grado di gettare la propria luce sull'utilizzo permissivo di armi o altri mezzi idonei, ma sugli stessi vigileranno gli altri requisiti da sempre riconosciuti a base dell'istituto della difesa legittima. [155]

Avendo riguardo invece del cosiddetto “secondo binario”, la difesa diretta alla protezione dei beni propri o altrui può integrare l'attivazione della presunzione di proporzionalità solamente a seguito della presenza di altri due elementi, la non desistenza ed il pericolo d'aggressione. Ma pure l'uso e l'analisi di tali elementi nella direzione di una maggiore precisione della norma che riesca a limitare la discrezionalità del giudice – ciò che è appunto uno degli obiettivi del legislatore – non riesce ad ottenere i risultati sperati. Infatti essi sono sì in grado di precisare meglio quando sia possibile difendere i propri beni sottraendo al giudice la valutazione della proporzione, ma sono anche di così difficile trattazione pratica da richiedere comunque un accertamento probante l'avvenuta persistenza nell'azione criminosa e nel mutamento di essa in un pericolo per l'incolumità personale. Il requisito della non desistenza ad esempio – come specificato al relativo capitolo del presente lavoro – non concede molto sul piano della chiarezza, e se per desistenza si suole intendere la cessazione dell'attività criminosa e la totale aggressione ai beni, anche il semplice ritorno sui propri passi da parte del ladro impedirà all'agredito di difendersi usando

le armi sotto la protezione della presunzione in esame. Ma essendo tale momento di difficile determinazione, ben potrà l'organo giudicante intervenire per accertare se effettivamente il ladro non abbia desistito, tutto ciò senza però lasciare l'agredito privo di una protezione, in quanto l'articolo 52 comma 1 sarà comunque in grado di operare nei limiti di sussistenza dei propri requisiti.[156] Ed anche il pericolo di aggressione non riesce a garantire una maggiore precisione della norma e con ciò limitare l'operato del giudice, in quanto chiama in causa vari problemi circa l'attualità del pericolo, dato che pericolo di aggressione non coincide a presenza del pericolo stesso. Anche in tale elemento pertanto – per evitare che si consideri come l'introduzione nel proprio domicilio, soprattutto di notte, porti sempre con sé il rischio di un'aggressione ai legittimi domiciliati – sarà necessaria la presenza dell'accertamento giudiziale, il quale assicuri che il pericolo d'aggressione non sia stato del tutto ipotetico, con ciò richiamando una visuale dello stesso più vicina all'attualità che non alla prevedibilità.[157]

Il secondo obiettivo del legislatore era quello di ampliare i confini della legittima difesa. Estenderla quindi anche nelle sue fondamenta, grazie ad una diversa concezione dell'autodifesa. Il titolo della rubrica della nuova legge chiamante in causa l'autotutela in un privato domicilio doveva servire proprio a questo, doveva servire a dimostrare come la novella fosse in grado di introdurre una legittimità della difesa di tutto l'ordinamento giuridico e non solo del diritto di cui si è titolari. In realtà anche questo obiettivo non può dirsi compiuto, perché troppo limitata è la possibilità che la riforma concede ai soggetti aggrediti. Nel nostro ordinamento – anche a seguito della nuova legge – l'istituto della legittima difesa è sempre ancorato alla propria natura di istituto di eccezionale applicazione, a requisiti di scelta della reazione meno lesiva per l'aggressore, alla sentita esigenza di imporre il *commodus discessus* a chi si trovi nell'imminenza di un pericolo ed alla necessaria presenza di un pericolo anche per l'incolumità personale qualora ad essere aggrediti siano in un primo momento solo i beni. Tutto ciò, sommato al fatto di come il secondo comma non abbia – ripetiamo, nonostante le intenzioni del legislatore – introdotto una nuova fattispecie scriminante del tutto autonoma rispetto alla previgente legittima difesa, è chiaro sintomo del fatto che le fondamenta dell'istituto così come prodotto con il codice Rocco non sono state modificate e perché ciò avvenga l'art. 52 dovrebbe essere completamente trasformato tramite l'introduzione di una nuova – e questa volta realmente efficace – autotutela.

La terza ragione che ha mosso il legislatore riguardava la volontà di evitare a colui che si sia difeso – ed abbia fatto uso della scriminante – le indagini volte ad accertare la situazione concreta e reale, o quantomeno le lunghe vicissitudini di un processo. L'obiettivo in questione si sposa con la volontà di ridurre la discrezionalità del giudice ampliando allo stesso tempo le possibilità di reazione. Colui che verrebbe beneficiato della liceità prodotta dall'art. 52 lo sarebbe immediatamente, grazie alla maggiore precisione della norma e grazie alla presenza della presunzione di proporzionalità. Abbiamo già visto in precedenza come tali innovazioni debbano essere sottoposte a limiti per potersi integrare con l'operatività del primo comma e del dettato

costituzionale, così da ridurre le possibilità di aiutare colui che si sia giustamente difeso nel velocizzare l'indispensabile accertamento dei fatti. La questione è di notevole importanza perché si ricollega alla cronica problematica della lunghezza dei processi, tristemente nota nel panorama processuale italiano. Ma di tutti gli obiettivi che la riforma mirava a raggiungere, il presente è quello che più si prestava all'impossibilità del risultato. Come espresso da varie parti fin dai lavori preparatori, la giusta necessità di evitare all'agredito difeso un lungo, dispendioso e stressante procedimento giudiziario non poteva avere buona sorte. Ciò perché l'accertamento dei fatti – anche di quegli elementi come la non desistenza ed il pericolo di aggressione – nonostante alcune possibilità di maggiore celerità date dal fatto che la proporzione può essere ora provata solo in negativo come manifesta sproporzionalità della stessa, non può essere eliminato dal riconoscimento della scriminante ex art. 52 c.p., ma dovrà essere sempre presente il vaglio dell'autorità giudiziaria in ordine a tutti i requisiti che la legittima difesa, oggi come prima della riforma, ancora contiene e richiede.[158] Necessità dei processi che viene mantenuta anche a causa del complicato regime probatorio introdotto dalla riforma, per il quale spetterebbe all'agredito dimostrare l'esistenza delle condizioni necessarie per l'applicazione della scriminante, ma ad esclusione della proporzione, la qual prova – in termini negativi – spetterebbe a causa della relativa presunzione alla pubblica accusa.[159]

A questo punto, se gli obiettivi che il legislatore si era prefisso non possono dirsi compiuti e se la nuova legittima difesa non è atta a scriminare l'uccisione di una persona allo scopo di difendere un bene patrimoniale, è però possibile affermare che i piccoli risultati da essa prodotti sono in grado di ampliare leggermente la difesa dei beni patrimoniali stessi, quando ve ne ricorrano i requisiti, ma senza mai consentire la liceità dell'uccisione del ladro. E' possibile sostenere che la presunzione di proporzionalità è in grado di rendere un po' più difficili le condanne dei soggetti aggrediti e reagenti, dato che per farlo si dovrà ricorrere agli altri requisiti caratterizzanti l'istituto.[160] Il messaggio inviato dai propugnatori della norma – ed indirettamente anche da coloro che vi si opponevano – dev'essere utilizzato con molta cura e buon senso dalla collettività e da coloro che, più a rischio a causa della propria attività commerciale, intendono dotarsi di armi e difendere il proprio lavoro utilizzandole, senza credere che l'intervento riformatore abbia spalancato le porte verso indiscriminate reazioni.[161] Da questo punto di vista, si può oggi – e forse persino maggiormente in futuro al seguito delle prime sentenze della Corte di Cassazione – sostenere come l'istituto della difesa legittima sia ancora saldamente ancorato ai suoi più importanti presupposti di necessità della reazione, ai suoi fondamenti di istituto eccezionale in deroga al potere statale di repressione della criminalità e di difesa della collettività, ed al valore dei beni contrapposti così come gerarchicamente definiti dalla nostra Costituzione.

3. Le prime sentenze post-riforma

I concetti espressi finora e con i quali si è tentato da un lato di interpretare e dall'altro di prevedere quale potrà essere l'orientamento della giurisprudenza di fronte alla

novella legislativa incontrano una prima conferma nelle ultime sentenze della Corte di Cassazione. Tramite l'analisi e lo studio di esse si potrà capire se già dal primissimo impatto il nuovo art. 52 c.p. avrà modificato le basi dell'istituto oppure se anche la giurisprudenza ne seguirà il percorso di un parziale ridimensionamento. Due le sentenze del supremo collegio prese in esame.

La prima di esse porta la data di qualche mese successiva all'entrata in vigore della riforma, si tratta della sentenza n.32382 del 2006, con la quale la Corte affronta una situazione che costituisce un caso altre volte preso in esame, quello dell'aggressore che, a seguito di un tentativo di furto notturno e dandosi alla fuga, viene colpito da un colpo d'arma da fuoco esploso dall'agredito e perde la vita. Nell'affrontare la questione la Corte di Cassazione ha prima di tutto ribadito i punti fondamentali dell'istituto, ossia l'aggressione ingiusta seguita da una legittima reazione. Entrando nel particolare, la sentenza in esame affronta poi l'impatto della nuova legge, assumendo una posizione che nega l'accettazione acritica della presunzione di proporzionalità. La Corte ritiene infatti che il rapporto tra le due condotte di azione e reazione e l'operatività della presunzione presupponga invariabilmente una verifica concreta delle circostanze, che devono essere esaminate dal punto di vista della necessità come della inevitabilità, e per questo tiene nel più ampio conto le risultanze procedurali fattuali emerse nei giudizi di merito. [162] “[...] Dovendosi siffatta valutazione [relativa alla presenza degli elementi introdotti dalla riforma, n.d.A.] pur sempre operare in relazione alla situazione concreta sussistente nel momento in cui si faccia l’uso dell’arma, nella specie, per quanto esplicitato dai giudici del merito e testé richiamato, nel momento in cui l’imputato fece uso di quell’arma, colpendo il fuggitivo (che aveva già guadagnato la strada) alle spalle, più non sussisteva la necessità di difendere la propria o altrui incolumità, e, quanto ai beni, più non sussisteva un pericolo di aggressione e la vittima, dandosi alla fuga, aveva in sostanza desistito dal suo iniziale intento aggressivo”. [163]

Ciò è contenuto all'interno del secondo profilo di censura, al quale la Corte giunge dopo aver riepilogato i fatti e riportato l'accertamento svolto dai giudici di merito. Al termine del sunto essa precisa come le conclusioni al riguardo assunte dalla sentenza impugnata “non sono inficiate o caducate dalla modifica normativa intervenuta con l'art. 1 della L. n. 59/2006”, spiegandone i motivi proprio facendo preciso richiamo alla valutazione tra aggressione e reazione in punto di pericolo attuale, necessità ed inevitabilità.

La presunzione di proporzione non riesce pertanto a porsi quale limite ostativo a qualunque verifica esterna, ed il solo fatto di aver difeso l'incolumità propria o altrui oppure i beni, quando non vi è desistenza e vi è pericolo d'aggressione, non implica alcuna immediata non punibilità.

Il secondo provvedimento esaminato porta una data ancora più recente, quella del 23 marzo 2007, e concerne l'impugnazione di una sentenza della Corte d'assise di Palermo, la quale ha confermato la condanna a 12 anni e otto mesi di reclusione

all'imputata, ritenuta colpevole dell'omicidio di un'anziana vicina che chiedeva la restituzione di un prestito non sottoposto ad alcun interesse. Al di là degli accertamenti di fatto – i quali denotavano come la vicina assassinata non avesse perpetrato alcuna violazione di domicilio, non avesse avuto le possibilità di offendere fisicamente la più giovane in quanto disarmata, e fosse nella giusta posizione di chiedere la restituzione del prestito sul quale non aveva tenuto alcun comportamento usurario – il profilo giuridico contenuto nella pronuncia relativo alla legittima difesa e riguardante l'applicabilità della riforma dispone che il diritto a tutelare l'inviolabilità del domicilio non possa essere causa sufficiente per invocare l'operatività della riforma, dovendosi privilegiare la dimostrazione di un pericolo di attacco alla persona, confinando l'autotutela del domicilio in posizione successiva rispetto all'accertamento degli altri requisiti dell'istituto, "Quest'ultima norma non consente infatti un'indiscriminata reazione nei confronti del soggetto che si introduca fraudolentemente nella propria dimora, ma presuppone un attacco, nell'ambiente domestico, alla propria o altrui incolumità, o quanto meno un "pericolo di aggressione". Tale preliminare rilievo rende superfluo l'esame della questione relativa alla configurabilità dell'introduzione mediante inganno per il solo fatto di aver suonato non al citofono esterno pertinente all'abitazione, ma alla porta interna".[164] La Corte di Cassazione ha in tal modo inteso affermare che la semplice violazione di domicilio non configura come applicabile il secondo comma del nuovo art. 52 – chi si pone contro il diritto per aver violato l'art. 614 c.p. non per questo viene caricato dell'accettazione di qualsiasi reazione da parte del titolare del domicilio, che deve agire sempre nel rispetto degli altri elementi qualificanti l'istituto – ed inoltre la Corte lascia intendere la difficile possibilità di derogare al principio di proporzione tra azione e reazione, che viene mantenuto ancora, nonostante la riforma, a base della scriminante della legittima difesa.[165]

4. Il futuro della legittima difesa

Come conclusione del presente lavoro, un ultimo passo è da compiere. Dopo aver analizzato l'art. 52 codice Rocco nella sua totalità, dopo averne evidenziato pregi e difetti e aver introdotto, esaminato e commentato la legge n. 59/2006, lo sguardo volge avanti verso quello che sarà il futuro della legittima difesa.

Non potendo prevedere con certezza – nonostante le opinioni sopra esposte – quale sarà il risultato a lungo termine sulla giurisprudenza dato dalla riforma, e non potendo anticipare se la stessa subirà un sindacato da parte della Corte Costituzionale, è però cosa utile volgere il proprio pensiero alla legittima difesa che potrebbe nascere da un nuovo intervento normativo, e se sarà in grado di modificare l'art. 52 nella sua totalità. Già oggi è al lavoro una nuova commissione che ha come obiettivo – come le precedenti già presiedute da Pagliaro, da Grosso e da Nordio – la riforma completa del codice penale. Non essendo infatti stata la legge 59/2006 una legge riformatrice delle intere cause di giustificazione e quindi una legge di settore, ma soltanto una legislazione che ha inserito due commi all'intoccato primo comma art. 52 c.p., si può affermare come l'intento riformatore in materia non sia terminato. Anzi, è auspicabile

che la nuova commissione di riforma riesca a concludere il proprio programma e che la riforma complessiva del codice giunga a buon fine.

A) La generale importanza della proporzione, la necessità di tutelare le aggressioni domiciliari e la rilevanza di paura o timore. Ma per chiedersi cosa realmente possa giovare all'istituto della legittima difesa, è necessario volgere brevemente lo sguardo verso altri sistemi penali, di altri paesi, per analizzare come essi affrontino la questione, e se contengano disposizioni preferibili o meno a quella dell'ordinamento italiano. Il diritto comparato diventa in questo modo molto utile in sede di riforma, perché mette a disposizione dello studioso una elevatissima quantità di dati e risultati, di soluzioni e tecniche giuridiche diverse. Ma l'indubbia utilità di osservazione del diritto comparato non significa che la norma da costruire dovrà essere il risultato di un saccheggio più o meno accentuato delle diverse forme dispositive presenti negli altri paesi, in quanto è altrettanto indubbio che si dovrà tener ben presente le prassi dottrinali e giurisprudenziali e le caratteristiche processuali e sostanziali del proprio ordinamento, nel quale la nuova norma dovrà operare. [166]

Una veduta d'insieme dimostra come due siano le costanti che spesso s'incontrano nei sistemi legislativi stranieri. Il primo di essi è che la proporzione, espressamente richiamata o meno dalle norme sulle cause di giustificazione, è sempre presente in quegli ordinamenti. Talvolta le disposizioni sulla legittima difesa non la citano, altre volte la chiamano in causa solo in determinate situazioni, altre ancora la escludono in rapporto a particolari circostanze, ma essa rimane sempre un principio generale su cui fare affidamento e che permea la totalità e l'integrità dell'ordinamento. A dimostrazione di ciò, lo stesso legislatore italiano non ha potuto eliminare la proporzione in modo definitivo, ma ne ha contemplato piuttosto una presunzione che, implicitamente e solo riguardo a certe situazioni domiciliari, la riconosce pur come sempre presente. Il suo ruolo fondamentale ed ineliminabile si nota già a partire da un ordinamento penale, quello tedesco, che espressamente non la riconosce. Infatti pur non richiamandola esplicitamente, essa è comunque utilizzata dalla giurisprudenza come limite alle reazioni eccessive, analogamente a quanto avviene in modo ancor più rigoroso nell'esperienza spagnola. Diversamente e come requisito positivo la proporzione è invece riconosciuta dal codice penale svizzero del 1937, il quale la lega all'uso dei "mezzi proporzionati alle circostanze". Opposta è poi la previsione di cui al codice penale austriaco del 1974, il quale la richiama come limite negativo espresso citando che "l'azione tuttavia non è giustificata quando sia evidente che l'aggredito sia minacciato solo con un danno modesto e la difesa sia inadeguata, specie per la gravità del pregiudizio dell'aggressore necessario per difendersi", elemento in negativo richiamato anche dal codice penale danese e svedese, mentre quello russo richiede una mancata manifesta corrispondenza al carattere e al grado della pericolosità sociale dell'aggressione. Particolarmente importante per il nostro studio è invece l'esperienza francese, in quanto prevede un sistema simile a quello introdotto con la novella italiana, completo di presunzione di proporzione grazie all'art. 122-6 c.p.: "Si presume che abbia agito in stato di legittima difesa colui che ha compiuto l'atto: 1° per

respingere di notte un ingresso in luogo abitato commesso con scasso, violenza o inganno; 2° per difendersi contro gli autori di un furto o un saccheggio posti in essere con violenza”.[167]

A fronte di tale breve disamina si nota come il requisito della proporzione, anche laddove non espressamente chiamato in causa, ha comunque modo di esercitare la propria funzione di ragionevolezza, di bilanciamento tra beni e di uguaglianza, grazie alla giurisprudenza che attraverso il suo uso recupera una vasta gamma di limitazioni etico-sociali al diritto di difesa.[168]

La seconda costante riguarda invece la presenza di ipotesi che eliminano l'illiceità della reazione o semplicemente la scusano, in relazione a particolari motivi di paura ed ansia oppure a causa della difesa del domicilio, soprattutto notturno. In tal modo si dà rilievo a quel turbamento tipico della vittima dell'aggressione, la quale nel nostro sistema non può far conto della propria difficoltà a reagire proporzionatamente a causa di tali effetti astenici, in quanto essi possono essere fatti valere solamente nell'ambito del giudizio valutativo totale dell'organo giurisdizionale sulla situazione, indirizzandolo magari ad una condanna per eccesso colposo. Il riconoscimento dell'importanza di tali effetti tratterebbe un'ipotesi che la teoria dell'imputabilità del nostro ordinamento generalmente non permette, dato che l'art. 90 c.p. enuncia come “Gli stati emotivi o passionali non escludono né diminuiscono l'imputabilità” e la Corte di Cassazione precisa: “Gli stati emotivi o passionali, per loro stessa natura, sono tali da incidere, in modo più o meno massiccio, sulla lucidità mentale del soggetto agente senza che ciò, tuttavia, per espressa disposizione di legge, possa escludere o diminuire l'imputabilità, occorrendo a tal fine un *quid pluris* che, associato allo stato emotivo o passionale, si traduca in un fattore determinante un vero e proprio stato patologico, sia pure di natura transeunte e non inquadrabile nell'ambito di una precisa classificazione nosografica”.[169] A fronte sia di tali costanti presenze sia di tali affermazioni, è chiaro come gran parte della domanda di rinnovazione dell'istituto passi attraverso la convinzione che devono essere tenuti in considerazione due elementi: da una lato la difesa del domicilio in caso di aggressioni notturne, dall'altro la paura o il timore che in differente misura non consentono da parte dell'agredito una corretta valutazione delle circostanze ed una proporzionata reazione.[170] Ed altrettanto chiare sono le motivazioni per cui essi necessitano, per poter essere introdotti nel nostro ordinamento, di una disposizione che raggiunga il giusto equilibrio tra difesa del domicilio – e qui torna a manifestarsi come fondamentale quella figura del *fur nocturnus* che nelle diverse epoche ha sempre contraddistinto la possibilità di reazioni più marcate, perché più marcata era la necessità di difendere il proprio domicilio e la propria famiglia – tra difesa permeata da paura o terrore – e qui risaltano quegli effetti astenici che sempre accompagnano le aggressioni – e la necessità di mantenere la legittima difesa come fondata su valori etici e morali alti, quali quelli contenuti nella Costituzione e nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

B) Una scelta di fondo per la nuova legittima difesa

Alla scelta di introdurre nel nostro ordinamento le due eccezioni sopra enunciate, ossia le due costanti che con così tanta frequenza troviamo nei vari ordinamenti stranieri sia moderni che del passato, si aggiunge un'altra scelta di fondo. Essa consiste in un qualcosa di ancor più radicale, perché in grado di scuotere l'istituto sin dalle sue basi, e relativa al fondamento giuridico su cui esso poggia. Chi vorrà rinnovare ulteriormente la nuova legittima difesa dovrà infatti pregiudizialmente accertare – e non potrà esimersi da questo – se il nuovo istituto dovrà abbandonare il proprio fondamento di autodifesa eccezionalmente consentita in deroga all'uso pubblico della forza, quando essa non possa tempestivamente intervenire, per divenire strumento di stabilizzazione e tutela dell'ordinamento e della collettività intera. La legittima difesa come sinora conosciuta inseriva infatti le proprie radici nell'ambito dell'eccezionalità della risposta del cittadino. La coazione e la difesa con l'uso della forza rimanevano esclusivo compito e facoltà dello Stato, attraverso le proprie forze di polizia. Il cittadino aggredito poteva perciò contare, nel momento del tempestivo bisogno, su di una difesa che gli consentisse di evitare che il pericolo imminente si trasformasse in danno, ma non era titolare di alcun diritto di difesa della collettività. Seguendo la seconda ipotesi il cittadino che si difende tutelerebbe invece l'ordinamento giuridico nella sua integrità, e il messaggio rivolto ai cittadini così come ai malviventi sarebbe che egli opera come strumento di giustizia, in virtù di un ufficio pubblico del quale dispone la forza reattiva e, soprattutto, le armi per porla in essere. Tale ultimo punto di vista incombe nella maggior parte dei paesi come un simbolo dell'era nuova che avanza, nella quale si fa avanti una concezione di matrice neoliberista ove l'iniziativa privata si estende anche nell'uso della forza, mirando a costituire una regola che faccia venir meno l'uso statale della stessa. Di fronte ad una tale situazione – alla quale i propugnatori della riforma hanno accennato in più di una occasione nel corso dei lavori preparatori – lo Stato verrebbe in gran parte delegittimato, finendo per non essere più considerato il centro dei poteri pubblici e di tutela dei valori della Costituzione e della collettività. [171

5. Conclusioni

Affrontando le conclusioni del presente lavoro, è necessario prendere posizione una volta di più delle scelte di fondo affermate nel corso della trattazione, per poter poi giungere alla descrizione di una nuova legittima difesa in linea con le operazioni ermeneutiche sopra esposte.

Innanzitutto sarebbe buona cosa aprire una strada per il rinnovamento dell'istituto che sia meno connotata politicamente di quella che ha raggiunto la promulgazione come legge n.59/2006. Lo scontro operato nelle aule parlamentari a seguito della presentazione del relativo disegno di legge ha manifestato il contenuto politico della proposta esponendosi a critiche a mio avviso fondate circa il desiderio di soddisfazione della volontà popolare e di ricerca del consenso, evitando però nella sostanza di prendere in mano le risultanze delle commissioni di riforma del codice penale che già molto avevano dibattuto, ed evitando di rinnovare l'istituto in modo ampio e completo.

Proprio da esse dovrebbe invece muovere una nuova riforma che contenga un nuovo art. 52 c.p.. Pur nella intrinseca difficoltà di portare a termine una tale mole di lavoro e nella laboriosità di concludere il vischioso iter parlamentare, soltanto una riforma che nasca come elaborazione completa dell'ordinamento potrà segnare il passo ed evolvere il diritto penale in una direzione univoca e capace di far fronte ai reali problemi odierni.

Altrettanto corretto pare poi evitare di inserire nel testo di legge riferimenti al legittimo uso delle armi. E' preferibile strutturare la disposizione consentendo margini più ampi all'aggregato ma senza chiamare in causa alcun uso di armi da sparo, senza rischiare di instillare nel cittadino l'idea che l'ordinamento approvi la detenzione dell'arma – ancorché concessa dietro rigida autorizzazione naturalmente – e ne permetta un uso in termini più estensivi e marcati. Il messaggio mediatico che altrimenti deriverebbe da una tale specificazione dei mezzi di reazione conterrebbe in sé l'alto rischio di favorire la ricerca delle stesse da parte sia dei cittadini sia dei malviventi intenzionati a delinquere. Oltre a ciò mi par strano e incompleto, ora che si è vicini alla conclusione del lavoro e nonostante siano già state svolte ampie conclusioni, non procedere comunque ad una più precisa ipotesi dell'istituto della legittima difesa, che sia in grado di indicare quantomeno una delle strade percorribili per una nuova formulazione dell'istituto. Il quale dovrebbe continuare ad essere rubricato "Difesa legittima", e dovrebbe prendere le mosse dall'originale primo comma, mantenuto nella sua essenza di norma generale, precisandone un poco gli elementi e lasciandogli il compito di porre le basi per il fondamento dell'istituto, le cui radici possano così radicarsi nel terreno dell'ordinamento giuridico italiano:

1. Non è punibile chi commette il fatto per la necessità di difendere un diritto proprio o altrui dal pericolo in atto o imminente o non ancora concluso di un'offesa ingiusta.

In tal modo si pongono le prime premesse per operare quella scelta di fondo così importante che era stata al paragrafo precedente descritta, e relativa al fondamento giuridico della scriminante. E' mia ferma opinione che esso vada mantenuto all'interno delle sue caratteristiche di eccezionale strumento di difesa qualora non sia possibile chiedere l'intervento della forza pubblica, che deve continuare ad essere la sola detentrica del potere pubblico di difesa dell'ordinamento giuridico violato e della collettività. Scegliendo una strada ad essa contraria si legittimerebbe un privato uso della forza ed un incoraggiamento per la collettività ad armarsi. Inoltre, qualora lo Stato scegliesse di spogliarsi almeno parzialmente di una prerogativa che le è sempre stata propria, invierebbe un segnale di cedimento che non potrebbe non far pensare seriamente al rischio che una tale radicale modifica nell'assetto dei poteri pubblici dia il via ad una serie di ulteriori trasformazioni tutte rivolte nella stessa direzione.

Oltre a questo si crede andrebbero mantenuti nell'impianto di legge i requisiti della necessità di difendere – svincolato però dal riferimento alla costrizione – quale fondamentale elemento che è oggi in grado di arginare le derive eccessivamente lesive introdotte con la legge n.59/2006, del pericolo attuale, coadiuvato da termini in grado di spiegare meglio i limiti cronologici in cui esso rileva, eliminando così il rischio di

applicazioni estensive o anticipate dell'istituto e sancendo la legittimità dell'uso della legittima difesa fino a che il danno non si sia definitivamente sedimentato, stante l'operatività anche degli altri requisiti, e infine dell'elemento dell'offesa ingiusta, in quanto idoneo a spiegare i propri effetti nel significato a suo tempo studiato di azione non autorizzata da alcuna norma dell'ordinamento. Successivamente la reazione difensiva dovrebbe essere meglio specificata tramite l'inserimento del requisito della proporzione della reazione, della non sostituibilità della stessa con altra meno lesiva e del *commodus discensus*.

2. La reazione difensiva dev'essere proporzionata all'offesa tenuto conto sia dei beni contrapposti, sia dei mezzi utilizzati, sia di ogni circostanza della situazione e tale da non poter essere sostituita con altra ugualmente efficace e meno lesiva, fino all'utilizzo dell'allontanamento dal pericolo quando possa essere attuato senza pregiudizio né all'onore né ai diritti propri o altrui. Il requisito della proporzione, come si ha avuto modo di dimostrare ampiamente nel corso del presente lavoro, quantunque garante di una discrezionalità a volte eccessiva in mano all'organo giurisdizionale, è elemento fondante la legittima difesa così come poggiata sulle basi che gli sono state qui riconosciute. Come il breve richiamo ai sistemi comparati di diritto penale ha evidenziato, la proporzione è presente ed utilizzata anche laddove non espressamente richiamata, per cui rimane preferibile non separarsene e lasciare che svolga il proprio ruolo di bilanciamento tra beni nel pieno rispetto dei dettami costituzionali. Inoltre, il giudice non può essere spogliato di ogni discrezionalità, ad esso non può essere tolto l'esame relativo ad ogni circostanza della situazione reale. E se ciò è necessario farlo, si dovrà porre la questione in termini di scusa e non di piena giustificazione, e si dovrà limitare l'operato dell'organo giurisdizionale solo di poche situazioni e di quel tanto che basta a scusare reazioni eccessive prodotte da stati di paura e timore, senza mai desistere però dall'esistenza di un pericolo in atto o imminente – locuzione che meglio descrive, rispetto a quella di attualità, l'estrema vicinanza dello stesso – alla libertà fisica, personale o sessuale. All'opinione qui esposta si aggiunge la descrizione degli elementi da introdurre nella valutazione di proporzionalità, così come avviene all'art. 14 dello schema di legge delega per l'emanazione di un nuovo codice penale, che viene estesa ai beni quanto ai mezzi, fino a ricomprendervi ogni circostanza che qualifica in modo più preciso la situazione reale nella quale il soggetto aggredito si difende. Coerentemente poi con quanto affermato nei capitoli precedenti si dà ampio spazio e rilevanza a quei requisiti che la legislazione previgente non contemplava espressamente e che era necessario ricavare tramite interpretazione. La previsione legislativa dovrebbe contenere l'esplicito riferimento all'inevitabilità della reazione, quantunque già riconosciuta dalla giurisprudenza, e prevedere che la scelta vada orientata nella direzione della condotta meno lesiva per l'aggressore, fino a prevedere l'applicabilità del *commodus discensus*. Si ritiene sia preferibile non obbligare l'uso dello stesso a qualunque caso e possibilità, ma prevederne l'utilizzo qualora non vengano lesi diritti oppure l'onore. In tale ultimo caso è bene precisare che ciò non significa dare adito alla reazione a qualunque provocazione, ma semplicemente si intende evitare che al soggetto aggredito sia imposta sempre e comunque la fuga.

Proseguendo nella definizione di una nuova legittima difesa, e procedendo nel non facile tentativo di dare concretezza alle operazioni teoriche svolte nel corso di questo lavoro, si giunge al riconoscimento di un altro requisito prodotto dall'incessante lavoro della giurisprudenza e della dottrina.

3. Il pericolo non dev'essere colpevolmente o volontariamente causato dal soggetto aggredito con una propria condotta precedente.

La causazione non volontaria del pericolo, requisito che l'art. 52 c.p. non ha mai espressamente previsto, è di grande importanza nell'economia della causa di giustificazione. Esso contiene due aspetti della causazione stessa. Il primo riguarda la volontaria e preordinata causazione del pericolo per poter poi utilizzare la scriminante in esame a scopi solo apparentemente difensivi, mentre il vero obiettivo era fin dal principio quello di ledere il diritto di un altro soggetto. Il secondo riguarda invece la causazione del pericolo non preordinata allo scopo offensivo. In tal caso si vuole evitare che chi si ponga coscientemente in posizione di pericolo usufruisca dell'esimente, per cui viene fatta salva la sola causazione incolpevole del pericolo, sulla base di una condotta del soggetto poi aggredito del tutto lecita.[172] Tale soluzione appare preferibile a quella adottata dalle commissioni di riforma Grosso e Nordio, le quali limitavano il requisito espresso della provocazione al solo caso della preordinazione volontaria, così non contemplando espressamente i casi di provocazione semplice, provocazione e rissa, provocazione e duello.

Una volta giunti al presente punto, a seguito di una disposizione a carattere prettamente oggettivo che non modifica i propri rapporti con gli altri due articoli correlati e relativi all'eccesso colposo e alla difesa putativa, è necessario porre un ulteriore elemento di innovazione tenendo finalmente in considerazione quelle due costanti che precedentemente sono state considerate tali nella maggior parte degli ordinamenti penali, ossia la questione relativa all'introduzione notturna nel domicilio – a scopo di furto, rapina o violenza alle persone – e la questione relativa alla difficoltà della reazione data da paura o panico.[173] Con la seguente ipotesi di introduzione di una scusante si intende inoltre realizzare le direttive contenute nella delega in atto al Governo per la riforma del codice penale, la quale all'art. 15 rubricato "Cause soggettive di esclusione della responsabilità" cita: "1: Prevedere come cause soggettive di esclusione della responsabilità: c) l'eccesso dai limiti della legittima difesa per grave turbamento psichico, timore o panico, in situazioni oggettive di grave pericolo per la vita, per l'integrità fisica, per la libertà personale o per la libertà sessuale di un soggetto aggredito in luoghi isolati o chiusi o comunque di minorata difesa".[174] Non si ritiene qui necessario separare il precetto dal resto dell'articolo perché lo si possa qualificare come scusante e non come causa di giustificazione, dato che diverso è l'inciso è scusato, il quale richiama una causa soggettiva di esclusione di responsabilità.

4. **E' scusato chi, per paura o panico, in caso di aggressione notturna e di pericolo in atto o imminente per l'incolumità fisica, personale o sessuale, eccede i limiti di cui ai commi precedenti. In tal modo si è giunti alla vera innovazione dell'istituto, si è giunti al passaggio cruciale sul quale vengono addossate le responsabilità di far fronte alle richieste di ammodernamento e maggior possibilità di difesa che l'istituto ha ricevuto, introducendo una disposizione che contempli una scusante dai contorni limitati, che tenga conto dello stato soggettivo di paura o panico ma che non li consideri come totalmente estranei dal resto dei requisiti dell'aggressione, soprattutto dal pericolo attuale.** La previsione scusante dovrà essere inevitabilmente riduttiva, stante il carattere d'eccezionalità che ancora riveste l'istituto, e dovrà altrettanto necessariamente essere vincolata alla necessità di una difesa, in quanto applicabile solo in presenza di un pericolo ai beni dell'incolumità fisica, personale o sessuale, lasciando all'art. 59 la disciplina della putatività. In tal modo potranno essere scusate con maggior facilità le aggressioni notturne all'interno di un domicilio, purché non esclusivamente rivolte contro beni patrimoniali. Potranno altresì essere scusate reazioni violente ed eccessive poste in essere di notte per strada, ma dovrà anche qui essere presente un pericolo per l'incolumità di cui sopra. In sostanza la norma non legittima qualunque reazione dell'agredito, non legittima qualunque ambito putativo di reazione, che continuerà ad essere regolato dal relativo articolo, e non permetterà reazioni indiscriminate senza che un pericolo sia concretamente posto in essere, ma permetterà – laddove sia presente un pericolo notturno per l'incolumità fisica, personale o sessuale – di reagire tenendo conto dello stato d'animo di paura o panico del soggetto aggredito e delle difficoltà di aggressione notturna sia dentro che fuori il domicilio, così da tenere in ben più ampia considerazione le due problematiche costanti di cui sopra. Una tale previsione manterrebbe poi correttamente la difesa eccessiva e scusata dell'agredito colto da timore o panico in ambito notturno nell'alveo di una obiettiva illiceità, rimarrà costante quel fondo di antiggiuridicità che permea di disvalore qualunque condotta sussumibile in un fatto di reato e, perciò, potrà dar vita – qualora ciò non sia impedito dal requisito ivi espresso della non causazione colpevole o volontaria del pericolo – ad una risposta in legittima difesa del primo aggressore.[175]

Un tale tipo di difesa permetterebbe di non citare l'uso di armi, di non lanciare perciò messaggi mediatici sbagliati, come invece disposizioni come quella contenuta nella legge n. 59/2006 ed anche nel progetto Nordio – ricordando la disposizione inserita nell'art. 31 relativo all'uso legittimo delle armi – hanno fatto, aprendo così al rischio di un ampio desiderio di detenzione di un'arma e gettando sulla collettività l'ombra di un ragionamento per il quale l'ordinamento giuridico sarebbe maggiormente orientato a legittimare condotte reattive con armi da fuoco. Per queste motivazioni si pensa non debbano essere accolti i pensieri che l'autore Viganò Francesco dall'alto della sua autorità espone in una propria opera, nella quale inserisce anche un progetto di art. 52 c.p.[176] L'autore in parola espone i propri dubbi circa la convenienza di utilizzare una disposizione con efficacia scusante, in quanto ciò attuerebbe una

sostanziale impunità del reagente, col rischio di lanciare – agli occhi della collettività, non rotta agli approfondimenti giuridici – un messaggio di liceità della reazione eccessiva, col rischio di giungere a scusare perfino eccessi dolosi, ed un incentivo a porre in essere simili reazioni. A fronte di ciò mi sembra opportuno notare come la scusante da introdurre potrebbe sì incorrere in tali difficoltà, ma per evitarlo essa dovrebbe essere ben legata alla presenza di situazioni particolari come l'ambito notturno, del quale è caratteristica quasi inscindibile la paura o il panico, e soprattutto alla presenza di un pericolo in atto o imminente per l'incolumità fisica, personale o sessuale, che garantirebbe l'applicabilità della previsione da un utilizzo della stessa eccessivamente ampio e in particolare la garantirebbe dagli attacchi a beni patrimoniali, che continuerebbero ad essere regolati dai commi precedenti. La soluzione in parola non intende infatti porsi come risoluzione del problema di qualsiasi eccesso, in particolare di quello doloso, ma solo di quell'eccesso che colpisce nelle situazioni indicate e a causa di paura o panico, sia esso colpevole o incolpevole. Mentre chi reagisce correttamente prefigurandosi una condotta eccessiva e portandola poi in atto, al di fuori di un turbamento psichico riconducibile a paura o panico rilevabile dal giudice e al di fuori di un pericolo come sopra descritto, non potrebbe essere nemmeno scusato, in quanto la presenza del pericolo è condizione necessaria dell'operatività della scusante, la quale non si pone come strumento di impunità, ma solo come sollievo da pena per chi abbia subito un grave turbamento psichico – non determinato da rabbia o vendetta – al momento della reazione. La reazione a fronte di pericolo di lesione ai beni patrimoniali ed in caso di qualsiasi altra aggressione diurna sarebbe ancora regolata dalla causa di giustificazione della legittima difesa, e qui la particolarità introdotta dal Viganò nel progetto da lui ipotizzato potrebbe ricorrere in aiuto per non giungere nel caso ad una condanna per fatto doloso sentita come troppo rigida dalla collettività. Egli propone una disposizione che limita fortemente – fino a tre quarti – quella normalmente prevista per il reato compiuto, così da limitare la punibilità del reagente che abbia lesionato in modo eccessivo l'aggressore. Secondo un calcolo delle attenuanti che chiama in causa anche la necessaria scelta del rito adatto, pure in caso di omicidio si giungerebbe ad una condanna inferiore ai tre anni. Secondo l'autore in tal modo si sottolineerebbe la riprovazione del fatto da parte dell'ordinamento e si giungerebbe comunque ad una pena molto ridotta. Ma lasciare che un tale tipo di disposizione costituisca l'unica eccezione alla legittima difesa ordinaria sembra non sia sufficiente ad affrontare le due costanti di cui sopra. Inoltre il messaggio che si darebbe, cioè quello di una reazione dolosa eccessiva sempre ridotta, mi pare richiami un uso dell'istituto estremamente equitativo ed in grado di far perdere di vista il fondamento dello stesso. Nel quadro proposto nel presente lavoro, il giudice sarà comunque chiamato ad accertare i presupposti di funzionamento dell'istituto, dovrà esaminare gli elementi della situazione e non vi sarà alcuna presunzione operante, né il rischio di vedere legittimata l'uccisione del semplice ladro. La legittima difesa non subirà mutamenti di enorme respiro e non vedrà modificata la propria impostazione di base. Non verranno legittimati usi impropri di armi o presunzioni di alcun genere, il giudizio di base rimarrà saldamente ancorato ai classici

presupposti dell'offesa e della difesa ed il giudice non subirà una menomazione della propria discrezionalità nel constatare le circostanze della situazione, ma sarà meglio definito l'ambito di giustificazione da un lato e di scusa dall'altro.

Al termine di un lungo percorso incominciato con la promulgazione del codice penale del 1930, dopo aver analizzato più di settant'anni di prassi dottrinali e giurisprudenziali in materia, dopo aver scoperto e commentato la riforma consistente nella legge n.59 del 2006, si è tentato anche, sulla base dei risultati raggiunti, di affrontare un difficile obiettivo, quello di definire le qualità e le caratteristiche di una legittima difesa del prossimo futuro, una legittima difesa che tragga la propria forza dagli orientamenti consolidati ma che accolga nel proprio seno un tentativo di soluzione delle principali problematiche sentite anche nella quasi totalità degli ordinamenti stranieri. Una legittima difesa che sia rispettosa della Costituzione del nostro paese e che rispetti il valore della persona riconosciuto dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. In un tal quadro la proposta qui presentata si affianca alle altre esposte da importanti autori, le quali a volte differentemente a volte similmente tutte cercano di far fronte ai medesimi problemi, pur con l'utilizzo di differenti strumenti.

L'istituto della legittima difesa attende oggi le ulteriori risultanze concrete della giurisprudenza a fronte della riforma, attende il lavoro della commissione di riforma del codice penale da poco formata e guidata dall'Avv. Giuliano Pisapia.

Attende che la propria natura di istituto naturale, di legge insita nell'uomo, di cosciente difesa della propria persona e dei propri diritti continui ad essere attuata all'interno di un ordinamento civile e progredito, lontano da pericolose ideologie violente e falsamente ugualitarie, e nel pieno rispetto dei valori sanciti dalla nostra Costituzione.

[1] Pezzella V., Autotutela (armata) del cittadino, la cronaca fa oscillare il confine, in *Diritto e Giustizia*, 2004, fasc. 32, 65; Padovani T., Un modello di equilibrio normativo minato da ambiguità e incertezze, in *Guida al diritto*, 2006, XIII, 52; Zaina C.A., La nuova legittima difesa, Rimini, 2006, 249; Musco E., in *Diritto e Giustizia on line*, 20.4.2004; Flora G., Brevi riflessioni sulla recente modifica dell'art. 52 c.p.: il messaggio mass mediatico e il "vero" significato della norma, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 460.

[2] Dalia A., in *M@G City*, 23.4.2004, quotidiano telematico dell'Università Cattolica di Milano; Zaina C.A., La nuova legittima difesa, cit., 10.

[3] Intini A., Legittima difesa, rischi di sproporzione. Quel generico "pericolo di aggressione", in *Diritto e giustizia*, 2005, fasc. 34, 111.

[4] Viganò F., Spunti per un <progetto alternativo> di riforma della legittima difesa, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. II, Milano, 2006, 2018, 2030 s.

[5] Pezzella V., Autotutela (armata) del cittadino, cit., 59.

- [6] Per l'analisi delle questioni riguardanti i singoli punti si rinvia alle relative trattazioni nella prima parte del presente lavoro.
- [7] Per la documentazione relativa si rinvia infra ai lavori preparatori la legge n° 59/2006.
- [8] Cadoppi A., <Si nox furtum faxit, si im occisit, iure caesus esto>. Riflessioni de lege ferenda sulla legittima difesa, in Studi in onore di Giorgio Marinucci, a cura di Dolcini E., Paliero C.E., 2006, Milano, vol. II, 1394.
- [9] Flora G., Brevi riflessioni, cit., 461 s.; Militello V., La proporzione nella nuova legittima difesa: morte o trasfigurazione?, in Riv. it. dir. proc. pen., 2006, 833.
- [10] Grosso C.F., La "necessità" e la "proporzione": elementi essenziali della difesa legittima, in I diritti dell'uomo, cronache e battaglie, 2004, fasc. II, 69.
- [11] Pezzella V., Autotutela (armata) del cittadino, cit., 59.
- [12] Cadoppi A., <Si nox furtum faxit>, cit., 1377; Pezzella V., Autotutela (armata) del cittadino, cit., 52.
- [13] Pezzella V., Autotutela (armata) del cittadino, cit., 59.
- [14] Né la borsa né la vita, in Panorama, 29 aprile 2004, 64 ss.
- [15] Cadoppi A., <Si nox furtum>, cit., 1397 s.
- [16] Intini A., Legittima difesa, rischi di sproporzione, cit., 111.
- [17] Mantovani F., Legittima difesa comune e legittima difesa speciale, in Riv. it. dir. proc. pen., 2006, fasc. II, 433 s.; Viganò F., Spunti, cit., 2033.
- [18] Mantovani F., Legittima difesa comune, cit., 432 s.
- [19] Mantovani F., Legittima difesa comune, cit., 448.
- [20] Lo Monte E., Osservazioni sulle annunciate modifiche in tema di legittima difesa e uso legittimo delle armi: ebbene sì "giù le mani dal codice Rocco", in Critica del diritto, 2005, I, 17; Grosso C.F., La "necessità" e la "proporzione", cit., 69; Forte G., I nuovi confini della legittima difesa, in Cass. pen., 2006, 3067.
- [21] Padovani T., Una introduzione al progetto di parte generale della commissione Nordio, in Cass. pen., 2005, 2843.
- [22] Viganò F., Spunti per un <progetto alternativo> di riforma della legittima difesa, in Studi in onore di Giorgio Marinucci, vol. II, Milano, 2006, 2003.
- [23] Sito Internet: www.giustizia.it/studierapporti/riformacp/art_pagliari.htm
- [24] Zaina C.A., La nuova legittima difesa, Rimini, 2006, 280.
- [25] Pierdonati M., La proporzione nella difesa legittima: il "momento" e la "base" del giudizio, in Indice penale, 2003, I, nota a pagina 623.
- [26] Magri R., Legittima difesa: proporzionalità tra difesa e offesa, in www.unibg.it, sito dell'Università di Bergamo; Zaina C.A., La nuova legittima difesa, cit., 280.
- [27] Pierdonati M., La proporzione nella difesa legittima, cit., nota a pagina 623.

[28] Sito Internet del Ministero della Giustizia:

<http://www.giustizia.it/studierapporti/riformacp/comm-grosso3-art.htm#t6>

[29] Sito Internet: Relazione Grosso – Siciliano – Silvestri in tema di cause di giustificazione:

http://www.giustizia.it/studierapporti/riformacp/5-cause_giustif.htm

[30] Zaina C.A., La nuova legittima difesa, cit., 281 s.; Magri R., Legittima difesa, cit. sito Internet.

[31] Zaina C.A., La nuova legittima difesa, cit., 282; Cadoppi A., <Si nox furtum faxit, si im occisit, iure caesus esto>. Riflessioni de lege ferenda sulla legittima difesa, in Studi in onore di Giorgio Marinucci, a cura di Dolcini E., Paliero C.E., 2006, Milano, vol. II, nota a pagina 1410.

[32] Grosso C.F., Voce Legittima difesa in Enciclopedia del diritto, vol. XXIV, 32.

[33] Zaina C.A., La nuova legittima difesa, cit., 282 s.; Viganò F., Spunti, cit., 2064.

[34] Grosso C.F., Il requisito della produzione non volontaria del pericolo nello stato di necessità e nella legittima difesa in Studi in onore di Francesco Antolisei, vol. II, Giuffrè, Milano, 1965, 63 s.

[35] Sito Internet della relazione speciale della sotto-commissione Grosso, Siciliano, Silvestri sulle cause di giustificazione:
http://www.giustizia.it/studierapporti/riformacp/5-cause_giustif.htm

[36] Relazione del “ progetto di codice penale della commissione Nordio”, in Cass. pen., 2005, 244.

[37] Relazione del “ progetto di codice penale della commissione Nordio”, cit., 255.

[38] Padovani T., Un modello di equilibrio normativo minato da ambiguità e incertezze, in Guida al diritto, 2006, XIII, 55.

[39] Zaina C.A., La nuova legittima difesa, cit., 284; Lo Monte E., Osservazioni sulle annunciate modifiche in tema di legittima difesa e uso legittimo delle armi: ebbene sì “giù le mani dal codice Rocco”, in Critica del diritto, 2005, I, 23 s.

[40] Zaina C.A., La nuova legittima difesa, cit., 285.

[41] Lo Monte E., Osservazioni, cit., 25.

[42] Cadoppi A., <Si nox furtum faxit>, cit., 1408; Lo Monte E., Osservazioni, cit., 27.

[43] Pagliaro A., Il reato nel progetto della commissione Nordio, in Cass. pen., 2005, 14; Gargani A., Il diritto di autotutela in un privato domicilio (l. 13 febbraio 2006, n° 59), in Studium Iuris, 2006, 966.

[44] Padovani T., Una introduzione al progetto, cit., 2852; Lo Monte E., Osservazioni, cit., 27.

[45] Marra G., Legittima difesa: troppa discrezionalità. Non chiamiamola licenza di uccidere, in Diritto e Giustizia, 2006, fasc. VI, 95.

- [46] Viganò F., Spunti per un <progetto alternativo> di riforma della legittima difesa, in Studi in onore di Giorgio Marinucci, vol. II, Milano, 2006, 2007 s.
- [47] Viganò F., Sulla “nuova” legittima difesa, in Riv. it. dir. proc. pen., 2006, 190; Mantovani F., Legittima difesa comune e legittima difesa speciale, in Riv. it. dir. proc. pen., 2006, fasc. II, 433.
- [48] Relazione al D.d.l. n. 1899.
- [49] Intervento del relatore On. Guido Giuseppe Rossi del 28 novembre 2005.
- [50] Intervento del sen. Gubetti del 19 ottobre 2004.
- [51] Vedi cap. V di questo lavoro, relativo al requisito della proporzione.
- [52] Gargani A., Il diritto di autotutela in un privato domicilio (l. 13 febbraio 2006, n° 59), in Studium Iuris, 2006, 960 s.
- [53] Giunta F., Nuovi e vecchi orizzonti per la legittima difesa, in Critica del diritto, 2005, 298; Militello V., La proporzione nella nuova legittima difesa: morte o trasfigurazione?, in Riv. it. dir. proc. pen., 2006, 837.
- [54] Viganò F., Spunti, cit., 2018; Cadoppi A., <Si nox furtum faxit, si im occisit, iure caesus esto>. Riflessioni de lege ferenda sulla legittima difesa, in Studi in onore di Giorgio Marinucci, a cura di Dolcini E., Paliero C.E., 2006, Milano, vol. II, 1049.
- [55] Militello V., La proporzione, cit., 833.
- [56] Viganò F., Sulla “nuova” legittima difesa, cit., 190.
- [57] Zaina C.A., La nuova legittima difesa, Rimini, 2006, 257; Pezzella V., Autotutela (armata) del cittadino, la cronaca fa oscillare il confine, in Diritto e Giustizia, 2004, fasc. 32, 57, 65.
- [58] Cass., n. 20727/2003.
- [59] Cass., sez. II, 7.7.2004 – 24.9.2004, n. 37960.
- [60] Viganò F., Sulla “nuova” legittima difesa, cit., 192; Gargani A., Il diritto di autotutela, cit., 961.
- [61] Cadoppi A., <Si nox furtum faxit>, cit., 1396; Viganò F., Sulla “nuova” legittima difesa, cit., 193 s.; Mantovani F., Legittima difesa comune e legittima difesa speciale, in Riv. it. dir. proc. pen., 2006, fasc. II, 434.
- [62] Forte G., I nuovi confini della legittima difesa, in Cass. pen., 2006, 3069.
- [63] Intervento dell’on. Anna Finocchiaro del 23 gennaio 2006.
- [64] Zaina C.A., La nuova legittima difesa, cit., 296.
- [65] Intervento dell’on. Perrotta del 25 novembre 2005.
- [66] Viganò F., Sulla “nuova” legittima difesa, cit., 198.
- [67] Viganò F., Sulla “nuova” legittima difesa, cit., 199.
- [68] Intervento del sen. Danieli.

- [69] Viganò F., Sulla “nuova” legittima difesa, cit., nota a pagina 200, nota a pagina 231.
- [70] Interventi del sen. Fassone e sen. Brutti (Ds) del 23 gennaio 2006; Intervento dell’on. Zaccaria (Margherita) del 23 gennaio 2006; Interventi degli on. Pisapia, Soda (Ds) e Fanfani (margherita) del 24 gennaio 2006.
- [71] Viganò F., Sulla “nuova” legittima difesa, cit., 202; Militello V., La proporzione, cit., 858.
- [72] Art. 614 c.p.: 1. Chiunque s’introduce nell’abitazione altrui, o in un altro luogo di privata dimora, o nelle appartenenze di essi, contro la volontà espressa o tacita di chi ha il diritto di escluderlo, ovvero vi s’introduce clandestinamente o con l’inganno, è punito con la reclusione fino a tre anni. 2. Alla stessa pena soggiace chi si trattiene nei detti luoghi contro l’espressa volontà di chi ha il diritto ad escluderlo, ovvero vi si trattiene clandestinamente o con inganno. [...].
- [73] Mantovani F., Legittima difesa comune, cit., 435 s.; Cipolla P., Modifica ex l. n. 59 del 2006 all’art.52 c.p. in materia di diritto all’autotutela in un privato domicilio, in Giurisprudenza di merito, 2006, VI, 1372; Zaina C.A., La nuova legittima difesa, cit., 274 s.; Gargani A., Il diritto di autotutela, cit., 968; Siciliano D., Il pericolo d’aggressione: la legittima difesa al Senato, in Studium Iuris, 2005, 1120.
- [74] Cass. pen., sez. V, 26.10.1983, Logiudice, in Giustizia it., 1984, II, c. 462 s., c. 463
- [75] Cass. pen., sez. VI, 10.1.1985, Bassi, in Giust. pen., 1986, II, c.34.
- [76] Pisa P., La legittima difesa tra Far West ed Europa, in Diritto penale e processo, 2004, II, 798.
- [77] Forte G., I nuovi confini, cit., nota a p. 3075.
- [78] Gargani A., Il diritto di autotutela, cit., 968; Viganò F., Sulla “nuova” legittima difesa, cit., 205.
- [79] Mantovani F., Legittima difesa comune, cit., 436; Flora G., Brevi riflessioni sulla recente modifica dell’art. 52 c.p.: il messaggio mass mediatico e il “vero” significato della norma, in Riv. it. dir. proc. pen., 2006, 464; Viganò F., Sulla “nuova” legittima difesa, cit., 205.
- [80] Gargani A., Il diritto di autotutela, cit., 969.
- [81] Mantovani F., Legittima difesa comune, cit., 436; Viganò F., Sulla “nuova” legittima difesa, cit., 205; Padovani T., Un modello di equilibrio, cit., 53.
- [82] Flora G., Brevi riflessioni, cit., 464; Cipolla P., Modifica, cit., 1372.
- [83] Mantovani F., Legittima difesa comune, cit., 436 s.; Viganò F., Sulla “nuova” legittima difesa, cit., 206; Cipolla P., Modifica, cit., 1372.
- [84] Flora G., Brevi riflessioni, cit., 464; Gargani A., Il diritto di autotutela, cit., 969.
- [85] Zaina C.A., La nuova legittima difesa, cit., 270 s.

- [86] Forte G., I nuovi confini, cit., 3076; Viganò F., Sulla “nuova” legittima difesa, cit., 207.
- [87] Flora G., Brevi riflessioni, cit., 465.
- [88] Gargani A., Il diritto di autotutela, cit., 970; Mantovani F., Legittima difesa comune, cit., 437; Intini A., Legittima difesa, rischi di sproporzione. Quel generico “pericolo di aggressione”, in *Diritto e giustizia*, 2005, fasc. 34, 112; Viganò F., Sulla “nuova” legittima difesa, cit., 208; Padovani T., Un modello di equilibrio normativo minato da ambiguità e incertezze, in *Guida al diritto*, 2006, XIII, 54.
- [89] Gargani A., Il diritto di autotutela, cit., 971.
- [90] Viganò F., Sulla “nuova” legittima difesa, cit., nota a p. 209.
- [91] Mantovani F., Legittima difesa comune, cit., 438.
- [92] Gargani A., Il diritto di autotutela, cit., 972; Padovani T., Un modello di equilibrio, cit., 56; Flora G., Brevi riflessioni, cit., 466; Siciliano D., Il pericolo d’aggressione, cit., 1120.
- [93] Viganò F., Sulla “nuova” legittima difesa, cit., 210 s.
- [94] Viganò F., Sulla “nuova” legittima difesa, cit., 209.
- [95] Gargani A., Il diritto di autotutela, cit., 973; Marra G., Legittima difesa: troppa discrezionalità. Non chiamiamola licenza di uccidere, in *Diritto e Giustizia*, 2006, fasc. VI, 97; Forte G., I nuovi confini, cit., 3077.
- [96] Padovani T., Un modello di equilibrio, cit., 56; Viganò F., Sulla “nuova” legittima difesa, cit., 213; Mantovani F., Legittima difesa comune, cit., 438; Gargani A., Il diritto di autotutela, cit., 973; Militello V., La proporzione, cit., 852.
- [97] Intini A., Legittima difesa, rischi di sproporzione, cit., 112.
- [98] Lo Monte E., Osservazioni sulle annunciate modifiche in tema di legittima difesa e uso legittimo delle armi: ebbene sì “giù le mani dal codice Rocco”, in *Critica del diritto*, 2005, I, 23; Viganò F., Sulla “nuova” legittima difesa, cit., 217.
- [99] Intervento del sen. Ziccone del 6 ottobre 2004.
- [100] Assemblea del Senato, seduta del 6.10.2004, res. sten. n. 668, 21 s.
- [101] Intervento del sen. Bobbio del 6 Luglio 2005.
- [102] Viganò F., Sulla “nuova” legittima difesa, cit., 221 s.; Mantovani F., Legittima difesa comune, cit., 436.
- [103] Viganò F., Sulla “nuova” legittima difesa, cit., 224.
- [104] Flora G., Brevi riflessioni, cit., 463.
- [105] Gargani A., Il diritto di autotutela, cit., 961; Padovani T., Un modello di equilibrio, cit., 52; Cipolla P., Modifica, cit., 1374.
- [106] Militello V., La proporzione, cit., 838.

- [107] Marra G., Legittima difesa, cit., 96; Mantovani F., Diritto penale, cit., 441; Forte G., I nuovi confini, cit., 3077; Flora G., Brevi riflessioni, cit., 465; Cipolla P., Modifica, cit., 1374.
- [108] Mantovani F., Legittima difesa comune, cit., 434 s.; Viganò F., Sulla “nuova” legittima difesa, cit., 192 s.
- [109] Gargani A., Il diritto di autotutela in un privato domicilio (l. 13 febbraio 2006, n° 59), in *Studium Iuris*, 2006, 961.
- [110] Viganò F., Sulla “nuova” legittima difesa, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 202 s.; Militello V., La proporzione nella nuova legittima difesa: morte o trasfigurazione?, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 858 s.; Forte G., I nuovi confini della legittima difesa, in *Cass. pen.*, 2006, 3077; Flora G., Brevi riflessioni sulla recente modifica dell’art. 52 c.p.: il messaggio mass mediatico e il “vero” significato della norma, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 462 s.
- [111] Viganò F., Sulla “nuova” legittima difesa, cit., 203.
- [112] Padovani T., Un modello di equilibrio normativo minato da ambiguità e incertezze, in *Guida al diritto*, 2006, XIII, 52, 55; Gargani A., Il diritto di autotutela, cit., 965; Per il progetto Nordio, vedi cap. X par. 4 del presente lavoro.
- [113] Militello V., La proporzione, cit., 856 s.; Forte G., I nuovi confini, cit., 3077; Mantovani F., Legittima difesa comune e legittima difesa speciale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, fasc. II, 439.
- [114] Marra G., Legittima difesa: troppa discrezionalità. Non chiamiamola licenza di uccidere, in *Diritto e Giustizia*, 2006, fasc. VI, 96.
- [115] Militello V., La proporzione, cit., 859; Viganò F., Sulla “nuova” legittima difesa, cit., 203.
- [116] Flora G., Brevi riflessioni, cit., 462, 465; Viganò F., Sulla “nuova” legittima difesa, cit., 202 s.; Militello V., La proporzione, cit., 858; Cipolla P., Modifica ex l. n. 59 del 2006 all’art.52 c.p. in materia di diritto all’autotutela in un privato domicilio, in *Giurisprudenza di merito*, 2006, VI, 1371; Gargani A., Il diritto di autotutela, cit., 964; Cadoppi A., <Si nox furtum faxit, si im occisit, iure caesus esto>. Riflessioni de lege ferenda sulla legittima difesa, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di Dolcini E., Paliero C.E., 2006, Milano, vol. II, 436.
- [117] Militello V., La proporzione, cit., 858; Mantovani F., Legittima difesa comune, cit., 445 s.; Viganò F., Sulla “nuova” legittima difesa, cit., 203.
- [118] Forte G., I nuovi confini, cit., 3077.
- [119] *Cass. pen.*, sez. I, 10.5.2005, n. 17637.
- [120] Forte G., I nuovi confini, cit., 3077; Cipolla P., Modifica, cit., 1371; Amato G., Non c’è il temuto “strappo” nel sistema, in *Guida al diritto*, 2006, XIII, 61; Marra G., Legittima difesa, cit., 98.

- [121] Mantovani F., *Legittima difesa comune*, cit., 443; Cadoppi A., <Si nox furtum faxit>, cit., 438.
- [122] Forte G., *I nuovi confini*, cit., 3077.
- [123] Marra G., *Legittima difesa*, cit., 98; Gargani A., *Il diritto di autotutela*, cit., 974; Militello V., *La proporzione*, cit., 857; Viganò F., *Sulla “nuova” legittima difesa*, cit., 216; Giunta F., *Nuovi e vecchi orizzonti per la legittima difesa*, in *Critica del diritto*, 2005, 299.
- [124] Militello V., *La proporzione*, cit., 856 s.; Mantovani F., *Legittima difesa comune*, cit., 444.
- [125] Mantovani F., *Legittima difesa comune*, cit., 445.
- [126] Forte G., *I nuovi confini*, cit., 3077 s.
- [127] Viganò F., *Sulla “nuova” legittima difesa*, cit., 203; Mantovani F., *Legittima difesa comune*, cit., 444; Amato G., *Non c’è il temuto*, cit., 60 s.
- [128] Mantovani F., *Legittima difesa comune*, cit., 443; Cadoppi A., *La legittima difesa domiciliare (c.d. “sproporzionata” o “allargata”): molto fumo e poco arrosto*, in *Diritto penale e processo*, 2006, IV, 438. Vedi supra par. 3.
- [129] *Questione pregiudiziale per motivi di costituzionalità*, sito internet www.camera.it.
- [130] Vedi cap. V, par. 5 del presente lavoro.
- [131] Dolcini E., *La riforma della legittima difesa: leggi “sacrosante” e sacro valore della vita umana*, in *Diritto penale e processo*, 2006, IV, 433; Gargani A., *Il diritto di autotutela*, cit., 975; Mantovani F., *Legittima difesa comune*, cit., 443; Militello V., *La proporzione*, cit., 862; Viganò F., *Sulla “nuova” legittima difesa*, cit., 214 s.
- [132] Siciliano D., *Il pericolo d’aggressione: la legittima difesa al Senato*, in *Studium Iuris*, 2005, 1119; Padovani T., *Un modello di equilibrio*, cit., 56; Forte G., *I nuovi confini*, cit., 3077; Zaina C.A., *La nuova legittima difesa*, Rimini, 2006, 293 s.
- [133] Flora G., *Brevi riflessioni*, cit., 463; Siciliano D., *Il pericolo d’aggressione*, cit., 1121; Cadoppi A., *La legittima difesa domiciliare*, cit., 440; Gargani A., *Il diritto di autotutela*, cit., 975; Viganò F., *Spunti per un <progetto alternativo> di riforma della legittima difesa*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. II, Milano, 2006, 2037 s.
- [134] Viganò F., *Sulla “nuova” legittima difesa*, cit., 214, nota a pag. 215; Viganò F., *Spunti*, cit., 2042; Militello V., *La proporzione*, cit., 861; Cipolla P., *Modifica*, cit., 1374; Siciliano D., *Il pericolo d’aggressione*, cit., 1122.
- [135] Flora G., *Brevi riflessioni*, cit., 463.
- [136] Militello V., *La proporzione*, cit., 860, 862; Viganò F., *Sulla “nuova” legittima difesa*, cit., 206, 218; Cadoppi A., *La legittima difesa domiciliare*, cit., 438; Marra G., *Legittima difesa*, cit., 96; Vicari A., *La rinnovata legittima difesa. I ragionevoli dubbi dell’uomo di strada*, in *Rivista di polizia*, 2006, 374 s.; Forte G., *I nuovi confini*, cit., 3076.

- [137] Zaina C.A., La nuova legittima difesa, cit., 295.
- [138] Zaina C.A., La nuova legittima difesa, cit., 269.
- [139] Militello V., La proporzione nella nuova legittima difesa: morte o trasfigurazione?, in Riv. it. dir. proc. pen., 2006, 828.
- [140] Forte G., I nuovi confini della legittima difesa, in Cass. pen., 2006, 3066; Lo Monte E., Osservazioni sulle annunciate modifiche in tema di legittima difesa e uso legittimo delle armi: ebbene sì “giù le mani dal codice Rocco”, in Critica del diritto, 2005, I, 15, 18; Mantovani F., Legittima difesa comune e legittima difesa speciale, in Riv. it. dir. proc. pen., 2006, fasc. II, 433.
- [141] Viganò F., Sulla “nuova” legittima difesa, in Riv. it. dir. proc. pen., 2006, 230; Dolcini E., La riforma della legittima difesa: leggi “sacrosante” e sacro valore della vita umana, in Diritto penale e processo, 2006, IV, 440; Flora G., Brevi riflessioni sulla recente modifica dell’art. 52 c.p.: il messaggio mass mediatico e il “vero” significato della norma, in Riv. it. dir. proc. pen., 2006, 463; Gargani A., Il diritto di autotutela in un privato domicilio (l. 13 febbraio 2006, n° 59), in Studium Iuris, 2006, 975; Cipolla P., Modifica ex l. n. 59 del 2006 all’art.52 c.p. in materia di diritto all’autotutela in un privato domicilio, in Giurisprudenza di merito, 2006, VI, 274.
- [142] Mantovani F., Legittima difesa comune, cit., 433; Forte G., I nuovi confini, cit., 3067.
- [143] Viganò F., Sulla “nuova” legittima difesa, cit., 230 s.
- [144] Dolcini E., La riforma, cit., 433; Marra G., Legittima difesa: troppa discrezionalità. Non chiamiamola licenza di uccidere, in Diritto e Giustizia, 2006, fasc. VI, 95; Zaina C.A., La nuova legittima difesa, Rimini, 2006, 265; Militello V., La proporzione, cit., 850; Gargani A., Il diritto di autotutela, cit., 975.
- [145] Cadoppi A., La legittima difesa domiciliare (c.d. “sproporzionata” o “allargata”): molto fumo e poco arrosto, in Diritto penale e processo, 2006, IV, 440; Forte G., I nuovi confini, cit., 3078; Marra G., Legittima difesa, cit., 97; Viganò F., Sulla “nuova” legittima difesa, cit., 225 s.; Amato G., Non c’è il temuto “strappo” nel sistema, in Guida al diritto, 2006, XIII, 61; Cipolla P., Modifica, cit., 1373 s.; Vicari A., La rinnovata legittima difesa. I ragionevoli dubbi dell’uomo di strada, in Rivista di polizia, 2006, 380 s.
- [146] Zaina C.A., La nuova legittima difesa, cit., 296 s.
- [147] Cipolla P., Modifica, cit., 1374.
- [148] Militello V., La proporzione, cit., 826.
- [149] Militello V., La proporzione, cit., 850 s.
- [150] Cremonesi L., Quella legittima difesa stile Far West. Cittadino-sceriffo in casa e in azienda, in Diritto e Giustizia, 2005, fasc. XXX, 107; Zaina C.A., La nuova legittima difesa, cit., 250 s.

- [151] Militello V., La proporzione, cit., 861; Viganò F., Sulla “nuova” legittima difesa, cit., 228 s.; Forte G., I nuovi confini, cit., 3066.
- [152] Forte G., I nuovi confini, cit., 3077; Cadoppi A., La legittima difesa domiciliare, cit., 437 s.
- [153] Viganò F., Sulla “nuova” legittima difesa, cit., 227; Marra G., Legittima difesa, cit., 98; Cadoppi A., La legittima difesa domiciliare, cit., 439.
- [154] Cadoppi A., La legittima difesa domiciliare, cit., 438.
- [155] Marra G., Legittima difesa, cit., 96; Cipolla P., Modifica, cit., 1373.
- [156] Viganò F., Sulla “nuova” legittima difesa, cit., 219.
- [157] Militello V., La proporzione, cit., 853; Viganò F., Sulla “nuova” legittima difesa, cit., 219; Cadoppi A., La legittima difesa domiciliare, cit., 440; Gargani A., Il diritto di autotutela, cit., 975; Marra G., Legittima difesa, cit., 97; Amato G., Non c’è il temuto, cit., 60.
- [158] Viganò F., Sulla “nuova” legittima difesa, cit., 228; Marra G., Legittima difesa, cit., 98; Cipolla P., Modifica, cit., 1373.
- [159] Gargani A., Il diritto di autotutela, cit., 974.
- [160] Mantovani F., Legittima difesa comune, cit., 445.
- [161] Cadoppi A., La legittima difesa domiciliare, cit., 440; Cipolla P., Modifica, cit., 1375.
- [162] Zaina C. A., nota a sentenza Cass. pen., sez. IV, 29.9.2006, n. 32282, sito internet www.altalex.com.
- [163] Cass. pen., sez. IV, 29.9.2006, n. 32282.
- [164] Cass. pen., sez. I, 23.3.2007, n. 12466.
- [165] Zaina C. A., nota a sentenza Cass. pen., sez. I, 23.3.2007, n. 12466, sito internet www.altalex.com.
- [166] Viganò F., Spunti per un <progetto alternativo> di riforma della legittima difesa, in Studi in onore di Giorgio Marinucci, vol. II, Milano, 2006, 2021 s.;
- [167] Per una disamina comparatistica cfr: Zaina C.A., La nuova legittima difesa, cit., 299 s.; Militello V., La proporzione, cit., 841 s.
- [168] Viganò F., Spunti, cit., nota a pag. 2021; Pisa P., La legittima difesa tra Far West ed Europa, in Diritto penale e processo, 2004, II, 798.
- [169] Cass., sez. I, 27.1.1998, n. 967, Giordano, in Cass. pen., 1999, 156.
- [170] Cadoppi A., <Si nox furtum faxit, si im occisit, iure caesus esto>. Riflessioni de lege ferenda sulla legittima difesa, in Studi in onore di Giorgio Marinucci, a cura di Dolcini E., Paliero C.E., 2006, Milano, vol. II, 1401.
- [171] Viganò F., Sulla “nuova” legittima difesa, 199 s.
- [172] Viganò F., Spunti, cit., 2070 s.

[173] Cadoppi A., <Si nox furtum faxit>, cit., 1401.

[174] Schema di disegno di legge recante delega legislativa

[175] Viganò F., Spunti, cit., 2070 s.

[176] Viganò F., Spunti, cit., 2058 s.; 2062 s.

Lo stato di necessità art. 54 c.p.

L'art. 54 c.p. dice che: “non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare se od altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, pericolo da lui non volontariamente causato, né altrimenti evitabile, sempre che il fatto sia proporzionale al pericolo. (1 C.P.V.): Questa disposizione non si applica a chi ha un particolare dovere giuridico di esporsi al pericolo. La disposizione della prima parte di questo art si applica anche se lo stato di necessità è determinato dall'altrui minaccia ma in questo caso, del fatto commesso dalla persona minacciata risponde chi l'ha costretta a commetterlo”.

Stato di necessità e legittima difesa. Nelle sue linee fondamentali l'esimente è delineata dal 1°. Saltano agli occhi le affinità con la legittima difesa (in quanto le 2 scriminanti si collocano nel segno di una ratio che si compendia nella regola per cui la necessità non conosce legge ed è una regola che sintetizza solo approssimativamente la ragione d'essere di queste cause di giustificazione, ma mette in evidenza come ambo muovono da una situazione di pericolo attuale dove agisce la legittima difesa ma anche si agisce per scongiurare il pericolo nel caso dello stato di necessità. Entrambe le esimenti sono autotutela.) e con esse le differenze (in quanto l'autotutela in stato di legittima difesa è diretta verso un aggressore, in stato di necessità il comportamento che costituirebbe reato se non giustificato ha per soggetto passivo un 3° innocente in quanto non ha dato origine al pericolo incombente. Per questo motivo l'ambito entro cui si può svolgere la tutela in stato di necessità è molto più limitato di quello di legittima difesa, perchè in quest'ultimo si può agire a tutela di qualsiasi dir/interesse protetto. L'autotutela qui sarà ammessa unicamente cn riguardo alla persona propria o altrui) che la contrappongono alla causa di giustificazione del 52. Anche nel C.C.: l'esimente del 2044 (legittima difesa) è costituita dalla difesa di sé o di altri, mentre quella del 2045 (stato di necessità) dal salvataggio di se o altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona...

Pericolo non volontariamente cagionato né altrimenti evitabile. Quindi il pericolo ha queste 2 clausole negative importanti, che discendono dalla funzione che l'autotutela qui riveste: ossia quella di garanzia di beni fondamentali della persona umana, a scapito del 3° innocente. Da questa clausola si è aperto un problema dibattuto in tema di legittima difesa: il punto dibattuto è se possa invocare quest'ultima scriminante chi abbia provocato l'aggressione ovvero chi avrebbe modo di salvarsi dandosi alla fuga. Ora l'assenza nel disposto del 52 di condizioni come quelle figuranti nello stato di necessità (“pericolo non volontariamente cagionato né altrimenti evitabile”), per Gallo

porta a una risposta affermativa ad ambo gli interrogativi. non è pensabile che se si fosse ritenuto il contrario la legge avrebbe tralasciato le clausole che figurano nel 54. Doveri funzionali di esporsi al pericolo. La regola del 1° C.P.V. è mal congeniata. Presa alla lettera sembrerebbe prescrivere che chi è titolare di un dovere giuridico di esporsi al pericolo, non possa usufruire dello stato di necessità come delineato dal 1° 54: in pratica l'intera clausola di giustificazione sarebbe esclusa quando ad invocarla fosse chi ha il dovere funzionale di affrontare alcuni pericoli. Ora per Gallo non c'è dubbio sull'impossibilità di ricorrere alla scriminante quando il danno cagionato fosse altrimenti impedibile, ma è sufficiente riflettere a quel che comporta il portare un dovere giuridico di esporsi a certi pericoli, per capire che la disposizione non si applica a questi soggetti solo se agiscono per salvare la propria persona (esempio: pompieri che si sottraggono alla minaccia di crollo di un edificio sacrificando per salvarsi 2 pericolante: inconcepibile). Quando invece il detentore del dovere abbia una condotta volta ad evitare il pericolo di un danno grave all'altra persona, in questo caso la sua condotta non è egoistica che trascura gli obblighi propri alla funzione, bensì intervento volto ad impedire il danno grave a un terzo.

Soccorso di necessità. Esso è consentito quando il bene sacrificato valga meno di quello salvato. La situazione che si inquadra quindi è quella della disparità di valore tra quanto si offende e quanto si difende: ci si chiede se siano le uniche configurabili in un soccorso di necessità. Inizialmente No per Gallo: ci sono infatti ipotesi in cui i beni-interessi che vengono a confliggere appaiono dello stesso valore: vita dell'uno verso quella dell'altro. L'ipotesi che riassume è la zattera che può sorreggere un solo corpo su cui giaccia svenuto un naufrago su cui cerchi di salire un altro. L'azione di chi si trovi su una tavola vicina anch'essa un'ancora verso quello che vuole salire è della serie: salvo uno o salvo l'altro. Ma in realtà essa realizza il sacrificio di una vita in una situazione in cui, se non intervenisse il terzo, 2 sarebbero i morti. Quindi non equivalenza tra offesa e salvataggio (che si tradurrebbe con l'indifferenza), bensì per l'ordinamento netta opzione per il mare di sicuro minore.

In part.: il requisito della non volontaria causazione del pericolo. sovengono riflessioni al 1° 54. Questa disposizione sembra considerare rette dalle stesse condizioni (1° ipotesi) sia lo stato di necessità per salvare se stessi che (2° ipotesi) il soccorso di necessità. Tra le 2 ipotesi c'è però molta differenza per ciò che riguarda la clausola della non volontaria causazione del pericolo. Infatti secondo Gallo riguardo la prima ipotesi, l'argomentazione svolta a proposito della fattispecie del 1° C.P.V. deve essere allargata a ogni ipotesi in cui si agisca per difendere la persona altrui. Infatti non avrebbe senso precludere il ricorso alla scriminante al soggetto postosi volontariamente nella situazione da cui scaturisce il pericolo, quando agisca per impedire il prodursi di un danno grave all'altra persona. Bisogna precisare qui la struttura della clausola negativa per affrontare poi se abbia rilevanza (e quale) la condotta di chi abbia volontariamente cagionato il pericolo. La legge menziona come oggetto di volontà il pericolo: volere il pericolo significa volere l'evento proibito (almeno nel dolo eventuale). Se voglio una costellazione di elementi sapendo che essi

sono un pericolo, non posso non rappresentarmi e volere l'evento o gli eventi che ne possono derivare, non potendo quindi invocare lo stato di necessità anche se ritenessi di agire per salvare un terzo. (esempio: il capo cordata vuole uccidere Tizio. Manomette uno dei suoi attacchi della corda a cui è attaccato. All'ultimo si aggancia un 3°. In questo caso il capo cordata risponde di dolo intenzionale per chi voleva ammazzare, e di dolo diretto per chi ha partecipato all'ascensione, non potendosi per quest'ultimo appellare al soccorso di necessità se ha fatto in modo di salvare la persona terza, sacrificando la vittima designata. Risponderà di omicidio doloso (per l'evento letale) e delitto tentato (con l'attenuante del recesso attivo) rispetto all'alpinista in cui non c'era dolo intenzionale se ha impedito la sua morte). Quindi non aver volontariamente cagionato il pericolo significa non aver volontariamente posto in essere la condotta da cui discende la situazione di pericolo: se tale situazione ha costituito oggetto di rappresentazione/volontà, non è questione di applicabilità del 54 e l'imputazione degli eventi causati avverrà secondo regole generali. Bisogna poi prendere in considerazione riguardo la condotta che da luogo al pericolo, anche quando essa si qualifichi come colposa (dovuta a imperizia, imprudenza, negligenza ecc). Ad esempio l'automobilista che si impegna in una manovra azzardata. per non schiacciare un passante, sterza e colpisce un'altra persona accanto alla prima. Egli non risponderà a titolo di dolo delle lesioni: ma non andrà esente dall'accollo per colpa dell'evento. Quindi per Gallo la "causazione volontaria del pericolo" quando ci sia dolo verso la persona salvata, esclude il soccorso di necessità. Quando c'è colpa consente l'applicazione della scriminante, permanendo l'accollo per colpa.

Necessità di evitare il danno grave alla persona. Secondo una dottrina lo stato di necessità esige la consapevolezza da parte del soggetto agente dell'attualità del pericolo di danno grave alla persona secondo questa argomentazione: lo stato di necessità non sarebbe causa di giustificazione ma una causa che, senza escludere illiceità della condotta, si limita a scusare chi l'ha posta in essere. In questo modo la sua applicazione è condizionata dalla consapevolezza dello stato di pericolo, mentre assurdo apparirebbe ravvisare una scusante per chi abbia ignorato le condizioni in presenza di cui si realizza un fatto illecito. Questa opinione ha la sua forza nel fatto che lo stato di necessità non esclude l'antigiuridicità del comportamento, ma costituisce solo un'attenuante. A questo punto si potrebbe aprire un discorso sulla possibilità di contrapporre scusanti, non inerenti la persona del colpevole, di un comportamento che rimane penalmente antigiuridico a cause che, per contro, giustificano il comportamento. Ma sembrerebbe stupido avviarci lungo questa strada, che sovrapporrebbe il concetto della regola all'interno del sistema penale. Una prima obiezione alla psicologizzazione del requisito della costrizione nasce dal constatare che la terminologia normativa è la stessa sia nella legittima difesa che nello stato di necessità. In ambo i casi si legge: costretto dalla necessità... Pochi hanno ritenuto che ciò non abbia un significato oggettivo, ma solo funzionale. E da questa considerazione si conclude che un contesto linguistico formalmente identico deve avere ugual contenuto tanto al 52 che al 54. L'argomento non è decisivo però, in quanto il linguaggio normativo non ubbidisce a regole fisse o costanti. Può frequentemente

assegnare distinti significati a formulazioni che si presentano ugualmente. Detto ciò si deve riconoscere che la valenza puramente oggettiva dell'espressione in esame come appare dal 54, emerge dal confronto con il 384 (falsa o reticente testimonianza per salvare se o un prossimo congiunto). Questa scriminante contempla il fatto commesso per salvare da un grave nocumento alla libertà e all'onore sé stessi e un prossimo congiunto. Il soccorso di necessità può invece attuarsi a tutela di qualsiasi persona terza quindi di chiunque. Ci si chiede a questo punto se la condotta posta in essere per evitare un danno grave alla propria persona vada discriminata solo quando il soggetto agente sia consapevole del pericolo imminente (in pratica una distinzione nello stesso 54). A questo punto in pratica ci sarebbe una netta contrapposizione. A favore però della lettura del 54 per cui la costrizione ha un valore oggettivo sta il rilievo decisivo che da questa norma la punibilità è esclusa in caso di equivalenza degli interessi in conflitto, o addirittura, come avviene in non pochi casi di soccorso/necessità, di prevalenza anche quantitativa degli interessi salvati rispetto a quelli sacrificati. Questa situazione è lontana da quella che rappresenta il quadro generale dell'esimente dell'art 384.

Necessità determinata dall'altrui minaccia. L'ultimo del 54 contempla l'ipotesi che lo stato necessità sia determinato dall'altrui minaccia. Questa norma ha 2 scopi: evitare che chi ha cagionato col suo comportamento minaccioso l'illecito vada esente da sanzione e porre le premesse per la soluzione di un problema di concorso di reati. Per quanto riguarda la struttura della situazione del 3° 54, è chiaro che la minaccia dà vita allo stato di necessità se ne pone in essere ogni requisito. Quando la minaccia non è minaccia di pericolo attuale di un danno grave alla persona propria o altrui, se non se ne realizza ogni elemento necessario allo stato di necessità, la minaccia potrà rappresentare una causa di attenuazione della pena, ma sicuramente non scrimina. Si è voluto dar rilievo al caso della minaccia innanzitutto per non lasciar impunito l'illecito perpetrato e per prevenire dubbi sulla configurabilità di un concorso di reati. Il 3° 54 dispone che del reato posto in essere dall'esecutore materiale risponde chi ha attuato la minaccia e a questo risultato non si sarebbe sempre potuto arrivare alla stregua dei principi sul concorso di più persone nel reato. Questi principi vogliono che sia posto in essere ogni elemento costitutivo dell'offesa contenuto nel reato. In part l'offesa troverà compiuta esecuzione quando essa concerna interesse soggettivi. Infine, in virtù del 3° 54 la responsabilità di chi abbia fatto la minaccia è fuori discussione: anche quando l'offesa, contenuto del reato, sia caratterizzata dalla trasgressione di un dovere funzionale facente capo al pubblico ufficiale e non all'autore della violenza morale.

Art 611 C.P. questo punisce il comportamento violento o minaccioso volto a costringere o determinare altri a commettere un reato (norma che trova applicazione indipendentemente dalla circostanza che il soggetto passivo della coartazione abbia realizzato il fatto criminoso). Gli interessi tutelati da 54 e 611 sono distinti: il 3° 54 tutela l'interesse del soggetto passivo del reato a cui uno è stato costretto da minaccia

costitutiva di stato di necessità (esempio: Tizio costringe Caio a falsificare una scrittura privata). Il delitto di cui al 611 è un delitto verso la libertà morale: punendo chi usa violenza o minaccia di farlo per costringere uno a commettere un reato, si tutela l'interesse alla libera determinazione di chi subisce violenza o minaccia.

Estensione per analogia del 54. A taluno sembra che il 54 debba esser analogicamente integrato. In casi di particolare gravità del danno incombente, si è proposta un'operazione di aggiustamento per analogia sulla base dell'asserita identità di ratio che la situazione prevista dalla legge (danno grave alla persona) e quella non espressamente prevista (danno ad altro dir) presenterebbero. Ad esempio Tizio che vede andare a fuoco un museo disabitato e per spegnerlo spacca vetro facendo reato importante. Ma il procedimento analogico è comunque inaccettabile. Se infatti riprendiamo gli articoli sulla legittima difesa e sullo stato di necessità: nel primo è stabilito che si può agire a difesa di qualsiasi diritto proprio o altrui. E' evidente quindi la volontà di limitare l'ambito di applicazione dello stato di necessità rispetto a quello della legittima difesa. E' quindi evidente la volontà di limitare l'ambito di applicazione dello stato di necessità rispetto a quello della legittima difesa. In conclusione possiamo dire che le ipotesi che dovrebbero dar luogo a uno stato di necessità guadagnato per via analogica si risolvono in esercizio di facoltà legittima, costituita e disciplinata dagli art 2028-2032 nel caso della "gestione di affari".

Il tentativo, Da Altalex:

Premessa: la consumazione del reato

Il delitto è consumato quando la fattispecie prevista dalla legge come reato è completa in tutti i suoi elementi costitutivi.

Non importa che il reo non abbia realizzato completamente il piano che aveva in mente; l'importante è che il fatto posto in essere corrisponda in tutto e per tutto alla fattispecie prevista dal legislatore. Così, ad esempio, se un ladro entra in una casa per rubare 10 cose e riesce a rubarne solo due non abbiamo un reato tentato, ma consumato; la fattispecie del furto infatti si realizza quando qualcuno si impossessa di una cosa altrui e rubare due cose è sufficiente per integrarne gli estremi, anche se il reo non è riuscito completamente nel suo intento.

Si distingue la fase della consumazione da quella della perfezione.

E' perfetto il reato in cui sono presenti tutti gli elementi minimi per la fattispecie di reato (ad esempio viene compiuto il primo atto relativo ad un sequestro di persona e la vittima viene chiusa nella stanza). Il reato è consumato quando si è concluso l'ultimo momento dell'atto criminoso, o, come preferiscono altri, quando il reato perfetto ha raggiunto la sua massima gravità concreta (ad esempio la vittima sequestrata viene rilasciata).

Il delitto tentato; cenni preliminari

Struttura. Il tentativo compiuto e incompiuto

La figura del delitto tentato è delineata nell'articolo 56 ove è detto che:

Chi compie atti idonei diretti in modo non equivoco a commettere un delitto, risponde di delitto tentato se l'azione non si compie o l'evento non si verifica.

Atti idonei diretti in modo non equivoco a commettere un delitto sono quelli che esteriorizzano un'intenzione criminosa, senza però che il crimine sia stato commesso; o perché manca l'evento, nonostante la condotta sia stata realizzata, oppure perché la condotta è stata realizzata solo in parte.

Si distingue poi un tentativo compiuto da uno incompiuto. La distinzione la si ricava dal testo dell'articolo 56, ove è detto "quando l'evento non si compie o l'azione non si verifica":

- il tentativo compiuto si ha quando il reo ha posto in essere tutto l'iter criminoso, fino alla fine, ma l'evento non si è verificato (ad es. l'omicida spara un colpo che non colpisce il bersaglio);
- è incompiuto quando la condotta criminosa non è stata portata a termine.

Il tentativo come reato perfetto e autonomo

Il tentativo ha un'efficacia estensiva della punibilità, nel senso che la norma estende la proibizione di un fatto, o meglio la punibilità di esso, ad una soglia antecedente a quella del reato consumato; esso risulta infatti dalla combinazione di una norma di parte speciale (ad esempio la norma sull'omicidio) con la norma di parte generale dell'articolo 56, estendendo la punibilità del reato di omicidio a tutti quegli atti, che, altrimenti, non sarebbero punibili per mancanza di tipicità, essendo solo prodromici al fatto tipico. Il tentativo però - occorre sottolinearlo - non è una sottospecie del delitto consumato. Si tratta invece di una figura di reato autonoma e perfetta, perché presenta tutti gli elementi necessari per l'esistenza del reato: fatto tipico, antigiuridicità, colpevolezza. La figura è stata codificata nella parte generale solo per evitare che per ogni figura il legislatore dovesse disciplinare due distinte fattispecie, una per il reato tentato e una per quello consumato. Il che implica come conseguenza che, ad esempio, al tentativo non si applicano le misure di sicurezza previste per il reato consumato o le pene accessorie correlate ad esso; mentre se interviene un provvedimento di amnistia per certi reati consumati (sequestro, furto, ecc.) l'effetto del provvedimento non si estende alle corrispondenti fattispecie tentate.

Il tentativo, almeno secondo l'opinione tradizionale è considerato un reato di pericolo, o, meglio, un reato di pericolo astratto, o presunto, come preferiscono dire altri autori.

Il soggetto infatti viene punito non perché ha realizzato un'offesa al bene giuridico, ma perché ha messo in pericolo il detto bene. Il legislatore, cioè anticipa la punibilità del fatto di reato ad un momento anteriore rispetto a quello dell'offesa effettiva.

Fondamento della punibilità

Premessa

C'è da chiedersi perché il delitto tentato sia punito nonostante il reo non sia riuscito nel suo intento. Se infatti il nostro diritto penale è improntato, come si dice

comunemente, al principio di offensività e se è vero che la visione corretta cui improntarlo è quella del diritto penale del fatto, allora sembra decisamente in contraddizione con se stesso un legislatore che punisca un fatto che non ha leso alcun bene giuridico.

Tradizionalmente possono individuarsi tre orientamenti di fondo.

Un primo orientamento, rigettato dalla dottrina dominante, e che potrebbe definirsi soggettivistico, sostiene che il fondamento della punibilità del tentativo va cercato nella pericolosità del soggetto. Un secondo orientamento, che è quello predominante nell'attuale momento storico, è quello oggettivistico, che ritiene la punibilità del tentativo fondata sulla lesione o messa in pericolo del bene protetto. Il soggetto cioè viene punito perché ha messo in pericolo il bene giuridico protetto dalla norma.

E poi ci sono tesi intermedie, secondo cui il tentativo è punibile per l'allarme sociale che suscita la condotta del reo.

Le teorie oggettive, o del pericolo

Secondo Fiandaca-Musco le teorie soggettive non reggono perché, se fosse così, allora bisognerebbe punire anche il reato impossibile, l'istigazione a commettere un delitto o il tentativo inidoneo (di cui ci occuperemo fra poco).

Inoltre, se fosse vero che l'attenzione del legislatore è puntata sulla volontà, dovrebbero essere puniti allo stesso modo sia il tentativo che il reato consumato, perché dal punto di vista della volontà criminale il fatto sarebbe identico in ambedue i casi. Infatti il diritto penale tedesco, di matrice più spiccatamente soggettiva rispetto al nostro, stabilisce che "il tentativo può essere punito in modo meno grave rispetto al fatto consumato" (lasciando quindi al giudice il compito di valutare se la fattispecie tentata vada considerata meno grave di quella consumata) e si punisce anche il tentativo impossibile; così come accade nel diritto penale francese ove invece le sanzioni sono uguali sia per il delitto tentato che consumato.

La stessa cosa poi potrebbe dirsi per la disciplina del recesso; chi recede da un reato, dal momento che manifesta di aver mutato la sua volontà criminosa, dovrebbe non essere punito affatto (come accade nel diritto tedesco e spagnolo). Invece la legge punisce ugualmente il soggetto agente, e per giunta solo se l'evento non si è verificato, in una visione, cioè, di matrice chiaramente oggettiva.

Il fondamento della punibilità del tentativo andrebbe quindi cercato unicamente su basi oggettive. Il tentativo, infatti viene punito perché il fatto posto in essere è oggettivamente idoneo a ledere, o perlomeno a porre in pericolo, il bene giuridico protetto e quindi l'ordinamento ha un preciso interesse a prevenire tale tipo di comportamenti.

Non per niente gli atti compiuti, per essere punibili, devono essere "idonei", perché se non lo fossero non porrebbero in pericolo alcunché e di conseguenza il fatto non sarebbe punibile.

La teoria oggettiva spiega anche bene perché il tentativo è punito con una pena minore rispetto al delitto consumato; il punto infatti è che il bene giuridico è stato leso in misura ridotta rispetto al reato consumato. Si tratta quindi di una sorta di delitto di minore grado.

Le teorie soggettivistiche

Le teorie oggettive non reggono ad un'analisi più approfondita. Le critiche mosse alla visione oggettiva possono così riassumersi:

- 1) In primo luogo il reato impossibile e l'istigazione a commettere un delitto sono puniti con una misura di sicurezza e solo una visione estremamente formalistica (e irrealistica) potrebbe sostenere che in tal caso il soggetto non sia punibile.
- 2) D'altronde le teorie oggettivistiche non reggono anche perché in molti reati privi di evento (in particolare i reati omissivi propri e quelli di attentato) non c'è alcun bene leso né messo in pericolo. Se i reati di pericolo, cioè, sono quelli che mettono in pericolo un bene giuridico, nessun pericolo può ravvisarsi per i tentativi di reato privi di evento.
- 3) E inoltre se il tentativo fosse un reato di pericolo, non dovrebbe essere punito chi tenta di uccidere un noto capomafia, per l'evidente ragione che in tal caso la collettività potrebbe addirittura trarne vantaggio.
- 4) Infine, nota Pagliaro che le teorie oggettive non riescono a spiegare il motivo per cui il semplice pericolo per un bene non è sufficiente per far scattare la pena, occorrendo a tal fine l'elemento del dolo; una visione veramente soggettiva, infatti, coerentemente dovrebbe punire anche il tentativo colposo.

La visione più corretta della questione, quindi, è quella soggettiva.

Il disvalore del reato (o del fatto) non sta nel danno arrecato al bene giuridico, ma nella condotta. Chi afferma diversamente, infatti, si dimentica che uno stesso fatto è punito diversamente quando è a titolo di dolo rispetto alla corrispondente fattispecie colposa.

La teoria intermedia

Tuttavia una visione soggettiva non può arrivare all'eccesso di punire il soggetto per considerazioni di ordine etico o, come dice il Maggiore, perché si è manifestata una volontà ribelle contraria alle legge, quasi come se si trattasse di un reato di mera disobbedienza; altrimenti, a tacer d'altro, dovrebbe essere punito anche chi si limita solo ad esternare a parole un proposito criminoso.

Per questo motivo la maggior parte degli autori propende per una sorta di visione intermedia: da questo punto di vista il tentativo è punito perché sintomo di pericolosità criminale. Il soggetto cioè ha tenuto una condotta pericolosa e quindi in tal senso ci si riallaccia alle teorie soggettive perché il soggetto viene punito per il fatto di aver tenuto una condotta criminale pericolosa; condotta che viene punita, però, solo se è pericolosa per la società, secondo una visione prettamente oggettiva. Non ogni tentativo è punito, quindi, ma solo quella manifestazione di volontà che denoti

una pericolosità reale del soggetto. Questa teoria spiega in tal modo il motivo per cui il tentativo inidoneo non sarebbe punibile: il punto infatti è che la manifestazione criminosa non è indice di pericolosità del soggetto. Essa, in pratica, ribalta la prospettiva oggettiva per giungere ad analoghi risultati; non si prende in considerazione il fatto oggettivo, ma neanche il soggetto; si prende invece in considerazione il soggetto solo in quanto da esso possa ricavarsi la pericolosità del fatto. Mentre, d'altro canto, dal fatto si deduce la pericolosità del soggetto, in un circolo vizioso che si autoalimenta e che unisce insieme visioni soggettive ed oggettive.

La tesi di Antolisei

Anche secondo Antolisei le teorie soggettive richiamano troppo quella teoria della colpa d'autore e della colpevolezza per il modo di essere del soggetto che altrove abbiamo visto essere da respingere. Né possono accogliersi le teorie oggettive per il fatto che l'autore non accoglie la teoria del bene giuridico. Il tentativo è punito, secondo l'autore, perché tale figura crea allarme sociale. D'altro canto, nota Antolisei, anche per la punibilità del delitto consumato non è mai richiesto che il reo abbia conseguito esattamente lo scopo che si prefiggeva; importante è solo che l'azione e l'evento che ne sono conseguiti siano fatti antisociali, che lo stato non può tollerare.

Questa concezione è particolare perché non va a guardare né il fatto, né il soggetto, ma solo la prospettiva dell'ordinamento, il che significa ravvisare il fondamento della punibilità del tentativo in ragioni esterne al fatto o al soggetto. In pratica si tratta di una prospettiva formale del reato tentato, perché equivale a dire che il reato tentato è punito perché la legge ha stabilito che così deve essere.

La teoria eclettica

In realtà, come sovente accade nel diritto, la teoria preferibile è quella eclettica, nel senso che tutte sono valide a determinare il fondamento del tentativo. Certamente è nel vero la teoria oggettiva, nel momento in cui considera che l'offesa al bene giuridico riveste una certa rilevanza, perché solo in tal modo si spiega il motivo per cui il reato tentato è punito in modo più blando di quello consumato. D'altronde è vero che la teoria oggettiva non spiega perché non siano punite le condotte pericolose (non dolose ma) colpose.

Quanto alla teoria soggettiva, è assolutamente innegabile che la condotta criminosa, e quindi la pericolosità del soggetto, rivesta un ruolo determinante nella valutazione del legislatore, perché altrimenti non si spiegherebbe perché il tentativo sarebbe punito anche in mancanza di un danno effettivo al bene tutelato, o addirittura in mancanza di un qualsiasi bene tutelato.

Ma anche la visione prettamente formale di Antolisei non è assolutamente trascurabile; possono esserci infatti reati tentati che non dimostrano pericolosità del soggetto, che non causano alcun danno e che tuttavia saranno puniti solo perché la legge li considera tali. Ad es. il tentativo di furto di una vecchia auto di nessun valore, effettuato allo scopo altruistico di togliere dalla circolazione un mezzo potenzialmente

fonte di incidenti. Insomma, un diritto penale che sia effettivamente del fatto, e che punisca realmente i fatti dovrebbe, per essere coerente, punire solo il delitto consumato, come avveniva nell'antica Roma. E infatti nei sistemi penali di tipo oggettivo il tentativo non esiste.

Mentre un diritto penale realmente del soggetto dovrebbe punire anche il tentativo, e non è un caso, infatti, che la figura del tentativo nacque e fu elaborata dopo l'avvento del Cristianesimo, per divenire la regola ad opera dei Glossatori e Commentatori.

Ma per una corretta comprensione dell'istituto non si può prescindere da entrambi i momenti, in perfetta coerenza, del resto con il nostro sistema penale, che non è né di tipo oggettivo né di tipo soggettivo, ma misto.

Solo in questo modo, tra l'altro può comprendersi in pieno la struttura del reato tentato e i due momenti in cui esso si scinde: messa in pericolo, o comunque esternazione del delitto (atti idonei) e manifestazione di volontà criminosa (non equivocità degli atti).

L'inizio dell'attività punibile

Premessa

L'aspetto più spinoso di tutto l'istituto del tentativo è - ed è sempre stato - quello di stabilire in che momento comincia il tentativo, cioè l'attività punibile; ovvero, ancora, a partire da quale momento il soggetto che vuole commettere un delitto diventa punibile.

Ad esempio, se Tizio vuole uccidere Caio con una pistola in quale momento il suo comportamento diventa punibile? Nel momento in cui prende l'arma ed esce di casa; nel momento in cui si apposta dietro l'albero per aspettare Caio; nel momento in cui prende la mira o nel momento in cui preme il grilletto?

Su questo interrogativo la dottrina si è cimentata per anni.

Un codice autoritario e repressivo, in genere, considera tentativo già il semplice pensare al reato o la sua preparazione; un codice più garantista, invece, richiederà consistenti atti esterni, cioè che ci si sia avvicinati al risultato finale.

Sotto questo profilo è evidente la differenza tra il codice Zanardelli e il codice Rocco; il primo, ispirato a principi liberali, richiedeva che il soggetto avesse compiuto "atti di esecuzione"; cioè richiedeva che il reato fosse entrato in una fase esecutiva; il secondo ispirato a principi maggiormente autoritari, richiede che il soggetto abbia compiuto atti idonei e non equivoci, cioè atti che possono tranquillamente rientrare in una fase preparatoria del delitto.

La soluzione del codice attuale

Risponde quindi di delitto tentato chi compie atti idonei, diretti in modo non equivoco a commettere un delitto.

Dunque l'individuazione del tentativo si incentra su due concetti:

- 1) idoneità degli atti; e
- 2) non equivocità degli stessi.

La distinzione tra atti preparatori ed esecutivi

Sono unicamente questi ultimi due (idoneità e univocità) i requisiti che devono sussistere per la punibilità del tentativo.

Sotto il vigore del codice Zanardelli la distinzione tra atti preparatori ed esecutivi aveva dato luogo a problemi complicatissimi, tanto che il problema era stato paragonato alla quadratura del cerchio.

In alcuni casi la distinzione è abbastanza netta. Se Tizio vuole uccidere Caio rientrano nella fase preparatoria l'ideazione, la scelta dell'arma e poi l'acquisto di essa.

Si entra nella fase esecutiva quando il soggetto esce di casa e si apposta nel luogo dove di lì a poco passerà Caio.

Ci sono però dei casi in cui tale criterio diventa estremamente incerto, e non sono pochi gli esempi che possono ipotizzarsi in cui è impossibile stabilire se una data condotta è esecutiva o meno. Ad esempio è impossibile capire se il delinquente scoperto mentre sta arrampicandosi sul muro di un palazzo per uccidere la vittima sia nella fase preparatoria o esecutiva.

Anche per questo motivo (oltre che per ampliare l'area del fatto punibile fino ad un punto antecedente la fase esecutiva) il codice attuale ha adottato una terminologia più chiara: il tentativo è punibile quando l'atto è idoneo e non equivoco.

Parte della dottrina continua invece a trattare la distinzione tra atti preparatori ed esecutivi, incentrando su questa contrapposizione la descrizione del delitto tentato e sostenendo che essa non sarebbe scomparsa. In questo senso talvolta anche la cass. (Cass. 12175/2012). In alcuni casi, poi, si muovono delle critiche all'attuale formulazione della legge, che avendo consentito la punibilità del tentativo ad una soglia antecedente quella degli atti esecutivi, oggi non sarebbe più accettabile se guardata da un'ottica garantistica.

In realtà tale categoria oggi non ha più ragione d'essere e il problema dell'interprete è unicamente quello di stabilire l'idoneità e l'univocità degli atti, indipendentemente dal fatto che essi siano esecutivi o preparatori.

Mentre l'elasticità della formula dell'articolo 56 ha consentito la permanenza nel codice senza strappi in senso autoritario, grazie all'adeguamento interpretativo della giurisprudenza, che ne ha garantito un'applicazione in senso garantistico e democratico.

In conclusione: alla soluzione del codice attuale sono state mosse critiche di eccessivo rigorismo; mentre alla soluzione del codice precedente si rimproveravano essenzialmente due cose: 1) la sua genericità; 2) il fatto che mutuasse la tipicità del

tentativo dalla fattispecie di parte speciale di volta in volta interessata, configurando così una tipicità parziale della condotta di tentativo rispetto all'ipotesi consumata.

La verità è che entrambe le soluzioni teoriche risentono, poi, delle concrete applicazioni giurisprudenziali, giungendo a risultati operativi praticamente identici.

Non a caso in altri ordinamenti, che adottano la distinzione tra atti preparatori ed esecutivi, la giurisprudenza giunge poi agli stessi risultati cui si perviene nell'ordinamento italiano. Ad esempio in Spagna, se l'articolo 16 dice che: Sussiste tentativo quando l'agente inizia direttamente, con atti esterni, l'esecuzione del delitto, realizzando tutti o parte degli atti che obiettivamente sono necessari per la produzione dell'evento e nonostante ciò questo non si produce per cause indipendenti dalla volontà dell'autore"; la giurisprudenza del Tribunale Supremo però ha stabilito che: "In realtà non esiste una soluzione valida per tutti i casi. Partendo dal piano dell'agente che suole manifestarsi nella condotta oggettivamente osservata e dal tipo di reato di cui si tratta, se è cominciata la realizzazione di un comportamento che naturalmente (senza fattori interruttivi esterni) conduce alla consumazione, allora possiamo considerare iniziata l'esecuzione ancorché nessun elemento tipico sia stato realizzato".

La Francia, che in genere è stata sempre abbastanza aperta anche formalmente all'opera creativa dei giudici, aveva sempre adottato, sia nel codice attuale che in quello previgente, la nozione di atti esecutivi, per poi lasciare il giudice sostanzialmente libero di decidere nel caso concreto di estendere la punibilità anche ad atti non necessariamente rientranti nella fattispecie tipica, o anche antecedenti alla fase esecutiva.

E' quindi prevedibile che gli attuali progetti di riforma del codice penale, come il progetto Grosso, riproponendo la distinzione tra atti esecutivi e preparatori, nulla innoveranno o modificheranno rispetto alla disciplina attuale.

Idoneità degli atti: tentativo idoneo e inidoneo

Premessa. L'idoneità

Idoneo è un atto che può considerarsi capace di raggiungere il risultato, e oggettivamente pericoloso, quindi quello che presenta queste due caratteristiche:

- 1) capacità e
- 2) oggettiva pericolosità.

Sotto il vigore del codice Zanardelli, che richiedeva gli atti esecutivi, certamente non sarebbe stato punibile chi, ad esempio, fosse stato scoperto mentre scavalcava il cancello di una villa per entrare a rubare. Oggi invece una simile fattispecie potrebbe tranquillamente essere compresa nella nozione di atto idoneo e inequivoco.

La dottrina penale classica distingueva l'inidoneità degli atti in assoluta e relativa (Manzini parlava di inidoneità e insufficienza). L'inidoneità assoluta si aveva quando il mezzo usato era palesemente inutile allo scopo e giammai avrebbe potuto

raggiungere il risultato. Inidoneità relativa, o insufficienza, si aveva invece quando il mezzo usato non era adatto allo scopo per le circostanze del caso concreto. Ad es. propinare acqua zuccherata per avvelenare qualcuno costituiva un mezzo assolutamente inidoneo, perché in nessun caso si può uccidere qualcuno in questo modo; sparare un colpo di fucile e sbagliare mira invece è un mezzo relativamente inidoneo perché solo le circostanze del caso concreto possono determinare la non riuscita dell'intento. La distinzione è stata però superata nel momento in cui ci si è resi conto che un mezzo assolutamente inidoneo può diventare idoneo per le circostanze del soggetto passivo (per esempio quando lo zucchero viene somministrato ad un diabetico) mentre, al contrario, un mezzo idoneo può diventare inidoneo (se il colpo di fucile viene sparato da una distanza eccessiva).

L'idoneità o inidoneità dell'atto, quindi, vanno valutati in relazione al caso concreto, e mai in astratto.

L'idoneità. Criterio di identificazione

Certamente è idoneo, nel reato di omicidio, l'atto di premere il grilletto, se la persona viene sfiorata dalla pallottola, in quanto trattasi di un atto oggettivamente pericoloso e capace di raggiungere il risultato; mentre l'atto è inidoneo se l'omicida spara con una pistola a salve, o tenta di uccidere un omone alto due metri con un tagliaunghie.

Ma tra un atto sicuramente inidoneo e uno sicuramente idoneo c'è tutta una gamma di sfumature che non sono facili da inquadrare.

Che criterio usare, allora?

Anzitutto notiamo che l'idoneità è riferita all'atto e non al mezzo; un atto può essere idoneo anche se il mezzo non lo è (come abbiamo detto far ingerire dello zucchero non è un atto idoneo ad uccidere, ma se viene somministrato ad un diabetico allora diventa tale; al contrario il mezzo può essere idoneo, come una pistola, ma può essere inidoneo l'atto, se l'omicida spara fuori dal raggio di tiro). Per quanto riguarda il concetto di idoneità, l'opinione maggioritaria sostiene che il giudizio va effettuato ex ante e in concreto (cioè va effettuato da prima; ovverosia ci si deve porre nella stessa ottica di colui che ha compiuto l'atto, prima che l'atto stesso fosse compiuto); tale criterio si chiama anche della prognosi postuma. Il che è ovvio, perché in ogni reato non consumato vuol dire che è stata posta in essere un'azione inidonea; da questo punto di vista cioè, un giudizio ex post porterebbe sempre all'assoluzione.

Molto dubbio, però, è se il giudizio debba essere di 1) possibilità, di 2) ragionevole possibilità, 3) di verosimiglianza o 4) di probabilità.

In realtà, trattandosi di criteri tutti incerti, la giurisprudenza li usa tutti e spesso in modo contraddittorio, per giustificare anche decisioni di segno contrario in relazione a fatti molti simili tra loro.

Secondo Fiandaca-Musco è il giudizio di probabilità, quello che maggiormente si adatta alla ratio dell'istituto, dato che senza probabilità non si ha la messa in pericolo del bene giuridico.

Assai discusso è il caso della non riuscita del crimine a causa della predisposizione di una forza di polizia che è stata informata preventivamente del fatto. Ci si domanda cioè, se l'azione del delinquente, che non poteva riuscire a causa della presenza della polizia, possa ciononostante ritenersi idonea ed essere punita a titolo di tentativo. La dottrina propende in genere per la risposta positiva; ragionando diversamente, infatti, si finirebbe per non punire un soggetto tutte le volte che il suo delitto è stato impedito dalle forze dell'ordine; quanto poi al requisito della idoneità dell'atto, c'è da dire che effettuando un giudizio ex ante il tentativo era certamente da considerarsi idoneo, perché in tali casi la mancata realizzazione dell'evento è dovuta solo a fattori contingenti ed esterni, non prevedibili in anticipo.

Univocità degli atti

Teoria oggettiva

Secondo l'opinione oggettiva, invece, gli atti sono considerati inequivoci quando, in sé considerati, sono oggettivamente tali da provocare quel determinato evento; vale a dire che "l'azione in sé, per quello che è e per il modo in cui è compiuta deve rivelare l'intenzione dell'agente". Dice Pagliaro che gli atti devono risultare tali che un osservatore medio li riconoscerebbe come idonei a realizzare il reato (Cass. 9284/2014).

Contro questa teoria si è detto che essa è troppo restrittiva perché di per sé un atto può sempre essere non univoco; se Tizio spara a Caio senza colpirlo la sua azione di per sé non ci dice nulla perché può essere diretta ad uccidere, ma anche a ferire o solo a spaventare. Chi scala una finestra di notte può entrare per rubare, uccidere, per spiare, perché ha dimenticato la chiave di casa o anche solo perché, avendo appena visto il film dell'Uomo Ragno, ha deciso di emularne le imprese.

Teoria soggettiva

Secondo l'opinione soggettiva gli atti sono univoci quando in sede processuale è raggiunta la prova del proposito criminoso. Questa teoria, però, pur essendo più vicina al vero della precedente, confonde l'elemento soggettivo di un reato con l'elemento oggettivo, perché, in pratica, ravvisa il requisito dell'univocità lì dove riesce a ravvisare il dolo.

Inoltre, se fosse vera questa teoria, allora occorrerebbe punire anche il semplice proposito manifestato per iscritto.

Ancora, se la teoria fosse esatta, la legge non avrebbe il bisogno di richiedere espressamente l'univocità degli atti, perché si tratterebbe di un presupposto implicito, perché nessuno dubiterebbe mai del fatto che il tentativo necessiti dell'elemento del dolo.

Se la norma parla di non equivocità degli atti, invece, un motivo ci deve essere e vuol dire che la norma ha richiesto qualcosa di più di un atto oggettivamente idoneo, ma qualcosa di diverso dalla prova del semplice dolo.

Teoria intermedia

Secondo una teoria intermedia, è necessario utilizzare contemporaneamente il criterio oggettivo e quello soggettivo.

L'atto sarà univoco, cioè, quando sia di per sé idoneo a provocare l'evento, e quando sia raggiunta la prova dell'intento criminoso. E' quindi sempre necessario l'elemento soggettivo, per poter punire il reo, ed è qui che fallisce miseramente ogni tentativo di configurare la punibilità del tentativo su basi esclusivamente oggettivistiche o esclusivamente soggettivistiche.

"L'esigenza di configurare l'univocità come caratteristica dell'azione non esclude che la prova del fine delittuoso, possa essere desunta in qualsiasi modo, facendo applicazione dei consueti canoni probatori in tema di elemento soggettivo del reato. Solo che, una volta conseguita anche aliunde la prova del fine verso cui tende l'agente, è necessaria una seconda verifica: si tratta di accertare se gli atti, considerati nella loro oggettività, riflettano in maniera sufficientemente congrua la direzione verso il fine criminoso eventualmente già accertato per altra via".

Conclusioni

Perché si abbia tentativo occorre quindi che l'atto sia idoneo e univoco. Occorrono entrambi i requisiti, contemporaneamente. Possono infatti ipotizzarsi:

- 1) atti idonei ma non univoci (Tizio che si apposta con un'arma carica aspettando la vittima);
- 2) oppure univoci ma non idonei (Tizio che spara alla vittima, ma con un'arma a salve):

Elemento soggettivo

Il reato tentato è punibile solo a titolo di dolo e non di colpa.

Il problema sollevato dal dolo nel tentativo è se sia ammissibile il dolo eventuale.

Ad esempio: Tizio dà fuoco ad una palazzina prevedendo e accettando il rischio che vi dorma qualcuno e che muoia; può rispondere - oltre che di incendio - di tentativo omicidio con dolo eventuale?

Secondo una certa opinione la risposta non può che essere positiva. Nella legge non c'è traccia di una norma che distingua tra i vari tipi di dolo in relazione ai vari tipi di reato e quindi l'elemento soggettivo del tentativo non può che essere uguale a quello del reato consumato. In realtà, secondo la dottrina prevalente questa teoria non è esatta. Perché il punto è che se la condotta deve essere univoca, quando c'è il dolo eventuale la condotta non è affatto tale; in altre parole, come ha affermato anche la giurisprudenza "il dolo eventuale implica il dubbio, e il requisito della non equivocità è incompatibile con tale stato". E quanto alla condotta del reo, questa deve essere diretta ad uno scopo preciso e non basta la mera accettazione di un rischio.

Per tornare all'esempio, incendiare una palazzina non è un atto non equivoco diretto ad uccidere. L'incendiario risponderà a titolo di tentativo di omicidio solo se sapeva

con certezza che dentro la casa dormiva qualcuno, e costui si sia salvato prima di morire bruciato, ma non se aveva il semplice dubbio che qualcuno potesse dormirci.

Quanto alla giurisprudenza ha talvolta ammesso la compatibilità tra dolo eventuale e tentativo, ma più che altro, secondo i commentatori, per esigenze di politica criminale e quindi di repressione del terrorismo.

Risponde di reato tentato chi viene sorpreso a fare le prove generali del suo delitto? Secondo Pagliaro no, perché il dolo nel tentativo deve consistere in volontà di immediata realizzazione. Secondo altri il punto è che manca il requisito dell'idoneità.

Tizio sapendo di avere nel revolver un solo colpo spara a una folla, in una sorta di roulette russa, senza uccidere nessuno (dolo alternativo). Di cosa risponde? Secondo parte della dottrina (Pagliaro) Tizio risponde di tentato omicidio nei confronti della persona mancata e di minaccia o violenza privata verso gli altri.

La configurabilità del tentativo nell'ambito delle varie tipologie delittuose

Premessa

Per quanto riguarda il tentativo nei singoli delitti, in pratica, può affermarsi che quasi per ogni categoria c'è chi sostiene che esso sia configurabile e chi invece sostiene l'opinione opposta.

Tra le varie teorie merita di essere segnalata quella di Antolisei, per cui il tentativo è sempre ammissibile, in ogni tipo di reato, essendo l'unico limite costituito dall'impossibilità di ipotizzare un esempio per il singolo caso specifico. Per il resto, però, qualora l'esempio sia configurabile in linea teorica o pratica, resterà dimostrata l'ammissibilità della figura tentata.

In effetti, come stiamo per vedere, ad un'analisi più approfondita la discussione dei singoli autori si incentra più che su questioni astratte, su alcuni esempi discussi e sulla loro risoluzione.

Le singole ipotesi

Il tentativo non è ammissibile nelle contravvenzioni. E' questo un atteggiamento "mite" del legislatore, in considerazione della scarsa rilevanza sociale delle contravvenzioni; se già la contravvenzione, infatti, deve considerarsi poco grave, a maggior ragione lo sarà il tentativo. Per questo motivo il legislatore ha scelto di disinteressarsene.

Neanche è ammissibile nei delitti colposi. Consistendo la colpa nella involontarietà dell'evento essa non coesistere con un fatto non realizzato.

Non è ammissibile nei reati preterintenzionali, dal momento che l'evento non è voluto. E' fortemente dubbio nei reati omissivi. Nei reati omissivi impropri certamente è ipotizzabile tanto il tentativo quanto la desistenza (la madre che cerca di far morire il proprio bambino non allattandolo).

Nei reati omissivi propri taluno sostiene che il tentativo sia inammissibile perché fino all'ultimo momento di scadenza del termine in cui il soggetto può compiere l'azione non può sapersi se costui la compirà o meno; mentre dopo la scadenza il reato è oramai consumato. In contrario si è detto che può ipotizzarsi il caso del PU che per omettere un atto d'ufficio prende un aereo in partenza per l'America, ponendosi in tal modo in condizioni di non adempiere al suo dovere; né è necessario attendere il termine di scadenza se un funzionario adempie al suo posto, riuscendo a evitare il fatto all'ultimo momento.

Esiste una tesi secondo cui non è ipotizzabile il tentativo relativamente ai cosiddetti reati unisussistenti, cioè quei reati che si perfezionano con un unico atto (ad esempio l'uso indebito di una carta di credito, articolo 12 L. 191/1997); questa opinione muove dall'assunto che la norma punisce l'uso di una carta falsa, e prima dell'uso non possono ipotizzarsi atti idonei, mentre nel momento in cui essa viene utilizzata (anche se per avventura l'operazione fallisce per qualche circostanza esterna, come ad esempio il malfunzionamento del bancomat) il reato deve considerarsi consumato. E' però preferibile la tesi contraria; ben può ipotizzarsi, ad esempio, che un soggetto venga fermato poco prima dell'utilizzo di una carta bancomat appartenente ad altri, nel qual caso non sembra possa dubitarsi che Tizio risponderà di delitto tentato.

Nei reati in cui c'è una condizione oggettiva di punibilità alcuni autori sostengono la tesi necessariamente negativa, ma secondo altri occorre distinguere: solo se la condizione può realizzarsi anche col solo tentativo allora il fatto è punibile. Ad esempio un tentato incesto può creare pubblico scandalo anche se il reato non è consumato. Al contrario nell'istigazione al suicidio ciò non è possibile perché delle due l'una: o il suicidio si è verificato (nel qual caso il reato è consumato) oppure non si verificato e manca la possibilità di punire il soggetto sia per reato consumato che tentato.

Fortemente discussa la possibilità di configurare il tentativo per i reati di pericolo. In linea di massima ci sembra che la risposta dipenda dal singolo tipo di reato di pericolo.

Secondo Pagliaro se il reato di pericolo preso in esame punisce una fattispecie in cui la soglia di punibilità è più elevata rispetto al tentativo, allora quest'ultimo sarà ammissibile; ad esempio l'articolo 432 punisce chiunque pone in pericolo la sicurezza dei trasporti; se qualcuno spinge verso una pubblica via un masso che solo sulla via sarebbe pericoloso, il pericolo da lui creato non è sufficiente ad integrare gli estremi del 432 ma tuttavia il tentativo è logicamente ipotizzabile.

Un altro esempio è quello della lettera minatoria intercettata prima che arrivi a destinazione, idonea come fattispecie a integrare il tentativo di minaccia.

Per i reati di attentato, invece, è necessario un discorso a parte.

Tentativo e circostanze

Dibattuta e controversa è la questione dei rapporti tra il tentativo e le circostanze.

In certi casi non c'è alcun problema: se Tizio tenta di uccidere suo padre, ma senza riuscirci, risponde di tentato omicidio con l'aggravante del rapporto di parentela.

Ma in altri casi ci si può porre il dubbio dell'applicabilità di una data circostanza se questa non è realizzata. Ad esempio, se Tizio tenta di uccidere Caio che gli ha fatto uno scherzo, si applica l'aggravante dei motivi abietti e futili?

Secondo Fiandaca-Musco le uniche circostanze compatibili col tentativo "sono quelle che si realizzano compiutamente nello stesso contesto dell'azione tentata". Ad esempio, nei reati contro il patrimonio, l'aggravante di aver cagionato un danno di rilevante entità non si applica a meno che il danno di rilevante entità non sia effettivamente realizzato.

Ma l'opinione non sembra da condividere. Un conto è tentare di rubare una mela e un conto è tentare di rubare un diamante da un miliardo. Un conto è voler distruggere il mangiacassette di un amico, e un conto è tentare di distruggere un appartamento.

Desistenza e recesso attivo

La desistenza

Se il colpevole volontariamente desiste dall'azione, soggiace soltanto alla pena per gli atti compiuti, qualora questi costituiscano di per sé un reato diverso.

Ad es.: Tizio vuole uccidere Caio ma, al momento di premere il grilletto, rinuncia. In questo caso il colpevole è punito con la pena stabilita per gli atti effettivamente compiuti; in pratica Tizio potrà essere incriminato solo per porto d'armi abusivo.

La norma dice che la desistenza deve essere volontaria; tutto il dibattito sull'istituto della desistenza, in pratica, è incentrato sull'interpretazione dell'avverbio volontariamente.

Secondo una prima opinione volontario è l'atto consapevole e cosciente. Volontarietà non è sinonimo di spontaneità; il reo potrebbe essere indotto a cambiare idea anche da circostanze esterne, come la presenza delle forze di polizia, oppure dalla consapevolezza di non riuscire a superare i sistemi di difesa. E' dunque irrilevante il motivo per cui il soggetto ha desistito e ciò che conta è unicamente che la desistenza sia dovuta ad una scelta non coartata dall'esterno.

Secondo una diversa opinione i motivi sono invece rilevanti; volontarietà sarebbe sinonimo di spontaneità; il che implica l'assenza di coazioni esterne. Infatti quando il soggetto rinuncia a compiere il fatto per la presenza di coazione esterna siamo nell'ambito del tentativo e non della desistenza; a ragionare diversamente si finirebbe per applicare la norma sulla desistenza a colui che tenta di penetrare in casa per rubare ma vi rinuncia perché non è riuscito a superare la porta blindata. E' necessario invece che la desistenza si sia avuta per effetto di una libera scelta, essendo esclusa tutte le volte che il reo abbia rinunciato perché si trovava nell'impossibilità di proseguire.

Ovviamente la spontaneità non implica che il soggetto debba essersi moralmente ravveduto. Il reo potrebbe essere indotto a desistere dalla paura di essere punito, oppure dall'intenzione di commettere il reato in un secondo momento. Ciò che conta, comunque, è che la scelta sia stata libera.

La desistenza è trattata meno gravemente della figura successiva, cioè il recesso attivo, perché denota una minore pericolosità criminale e minore è il pericolo arrecato al bene giuridico.

Il recesso attivo

Il recesso attivo si ha quando il reato è ormai compiuto, ma il reo fa di tutto per eliminarne gli effetti:

"Se volontariamente impedisce l'evento, soggiace alla pena stabilita per il delitto tentato, diminuita da un terzo alla metà" (articolo 56 comma 4).

Ad es. Tizio ha sparato ma, prima che Caio muoia, lo porta in ospedale per farlo curare perché si è pentito.

In questo caso si è puniti con la pena stabilita per il delitto tentato diminuita da un terzo alla metà.

Un'antica discussione riguarda il discrimine tra recesso attivo e desistenza nel caso di reato commissivo mediante omissione. Ad esempio un infermiere vuole uccidere un paziente e allo scopo smette di somministrargli un farmaco vitale; se si pente e decide di riprendere le cure si applica la norma desistenza o quella sul recesso attivo?

Secondo Caraccioli occorre guardare al punto a cui è giunta la vicenda, nel senso che:

- se per evitare la morte è sufficiente la semplice ripresa della somministrazione dei medicinali siamo nel campo della desistenza;
- se invece la salute del paziente è già compromessa e per salvarlo occorre qualcosa in più, cioè adoperarsi attivamente, siamo nel campo del recesso attivo.

Fondamento degli istituti

Perché questo trattamento favorevole? La dottrina prevalente, rifacendosi all'idea del Carrara, si rifà alla famosa teoria del ponte d'oro, chiamata così perché ispirata, appunto, alla massima che dice "al nemico che fugge ponti d'oro"; nel senso che l'ordinamento, per prevenire i reati, farebbe assegnamento sulla promessa di impunità, il che opererebbe una "contropinta alla spinta criminosa".

Contro questa teoria si è detto che non è aderente alla realtà, perché molto spesso chi commette un delitto non lo fa con la consapevolezza di compiere un'azione vietata dal codice penale e non conosce necessariamente la norma sulla desistenza.

L'obiezione è senz'altro esatta, ma non è sufficiente per negare che questo sia il fondamento dei due istituti, in quanto se dovessimo concordare con questa posizione allora dovremmo negare ogni funzione preventiva a tutto il diritto penale e non solo alle due norme ora esaminate.

Secondo Fiandaca-Musco la ratio della norma è da ricercarsi anche in altre ragioni e precisamente nella funzione di prevenzione generale e speciale del diritto penale; infatti da un lato chi ritorna di sua iniziativa sui suoi passi non rappresenta un esempio pericoloso per gli altri e da un altro lato mostra di non possedere una volontà criminale di tale intensità da giustificare il ricorso ad una pena rieducativa. E' in coerenza con questa premessa che secondo gli autori la desistenza volontaria dovrebbe assumere rilievo solo quando è espressione di un autentico ravvedimento e non quando il reo abbia desistito a causa di qualcosa di esterno.

In quest'ottica allora, l'avverbio volontariamente contenuto nell'articolo 56 dovrebbe essere interpretato come un giudizio sulla meritevolezza dei motivi che inducono l'agente a mutare proposito.

A nostro parere invece la norma sulla desistenza si spiega negli stessi termini in cui si spiega il tentativo. Se è vero che l'ordinamento tende a punire i fatti, e non le azioni e i soggetti, allora la non punibilità della desistenza, costituendo un minus addirittura rispetto al tentativo, si spiega per la non offensività della fattispecie e per la minore pericolosità criminale che il soggetto dimostra.

La dottrina e la giurisprudenza prevalenti, invece, sono di contrario avviso.

LA STRUTTURA DEI REATI DI POSSESSO*

Il presente contributo è destinato agli Scritti in onore di A.M. Stile, Napoli, 2013, a cura di G.V. De Francesco, A. Castaldo, M.V. Del Tufo, L. Monaco e S. Manacorda.

di Marco Mantovani

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi. – 2. I reati di possesso come reati senza condotta. – 3. La bipartizione enucleabile all'interno di questa categoria di reati. – 3.1. La struttura delle fattispecie che incriminano tout court il possesso di determinati oggetti. – 3.2. La peculiarità della condotta che contrassegna questi reati. – 4. I reati di possesso come strumenti di anticipazione della tutela e il tentativo dei delitti, che si tratta di prevenire. – 5. La disponibilità di oggetti pericolosi quale presupposto di obblighi penalmente sanzionati attinenti alla loro detenzione.

1. Premessa

Nelle legislazioni penali contemporanee è diffusa l'incriminazione del possesso di cose pericolose. Non vi fa eccezione la nostra, ampio essendo il riscontro che (il ricorso a) questo modello conosce tanto nel corpo codicistico, quanto nella legislazione complementare.

La spiegazione politico-criminale del crescente ricorso a questa tipologia di incriminazioni risiede nell'essere il possesso – rectius la detenzione, per darne una definizione più ampia e insuscettibile di essere imbrigliata dalle contaminazioni e dalle problematiche che l'accostamento alla nozione civilistica di possesso può comportare¹³³ di determinati oggetti sia il risultato di reati precedentemente commessi (dallo stesso detentore o da terzi, in concorso o meno con lui); sia, anche e soprattutto, il prodromo rispetto alla commissione di (ulteriori) futuri reati. Proprio questa seconda valenza fa di questa categoria di illeciti uno strumento privilegiato del c.d. diritto penale della prevenzione. L'estensione della tutela penale alla semplice detenzione di specifici oggetti altro non è, infatti, che l'anticipazione di quella offerta ai beni giuridici che, attraverso il loro impiego, si possono ultimativamente ledere. Segnatamente sottolineando questo aspetto, risulta con chiarezza come la trattazione riservata a questa specie di reati non possa esimersi dal prendere posizione su tutta una serie di questioni che la materia dell'anticipazione della tutela penale invariabilmente sottende: prima, fra tutte, almeno con riferimento ai reati di detenzione strutturati sub specie di delitti, quella del loro rapporto con le rispettive fattispecie di tentativo degli ulteriori delitti che la loro creazione mira, appunto, a prevenire ²³⁴.

Un contributo abbastanza recente della letteratura tedesca ha messo in luce la peculiare funzionalità alle esigenze della prassi e, soprattutto, dell'accusa, che le incriminazioni di cui trattasi hanno rivelato. E ha fatto riferimento, precisamente, alla scarsa vulnerabilità agli effetti della prescrizione del reato che queste fattispecie hanno dimostrato ³³⁵. Condivisibile anche rispetto alla loro conformazione nel nostro sistema, la loro constatata maggiore insensibilità agli effetti della prescrizione non ne chiarisce, peraltro, la ragione. Questo dato può trovare, infatti, una spiegazione plausibile soltanto se rapportato alle note strutturali di queste tipologie di reati.

Corre, pertanto, l'obbligo di compiere quell'analisi della struttura delle fattispecie in parola, della quale proprio Alfonso Maria Stile, l'Illustre Autore al quale il presente lavoro è dedicato, ci ha fornito, in altra materia ⁴³⁶, un esempio illuminante.

2. I reati di possesso come reati senza condotta

Il senso di un'indagine di questo tipo si rinviene nel non essere stata questa problematica – almeno a quanto ci consta – oggetto, nella nostra letteratura, di una riflessione di carattere generale. Ciò si deve all'importanza preponderante riconosciuta, nella tematizzazione dei profili caratterizzanti questo gruppo di reati, alla sottocategoria dei reati di sospetto (artt. 707 e 708 c.p.) . Certo giustificato dalle peculiari questioni, in primo luogo attinenti alla loro costituzionalità, che queste due

³³ 1 Sul problema rimane fondamentale la monografia di P. NUVOLONE, *Il possesso nel diritto penale*, Milano, 1942, passim.

³⁴ 2 Se ne tratterà specificamente infra, al par. 4.

³⁵ 3 Cfr. W. GROPP, *Besitzdelikte und periphere Beteiligung. Zur Strafbarkeit der Beteiligung an Musiktaschbörsen und des Besitzes von Kinderpornographie*, in *Festschrift für Otto, Köln, Berlin, München, 2007*, p. 250.

³⁶ 4 Cfr. A.M. STILE, *Omissione rifiuto e ritardo in atti di ufficio*, Napoli, 1974, p. 161 ss.

fattispecie contravvenzionali hanno costantemente originato ⁶³⁷, questo atteggiamento ha finito con il fornire un'immagine piuttosto sfocata e incongrua della generale categoria dei reati di possesso. Questa pecca per difetto perché, polarizzandosi soltanto sulle previsioni dei già ricordati artt. 707 e 708 e, al più, dell'art. 260, comma 1, n. 3), c.p., tiene in non cale il ben più cospicuo numero di fattispecie incentrate sulla detenzione di specifici oggetti che già il solo quadro codicistico espone: basti rinviare al contenuto degli artt. 435, 443, 444, comma 1, 453, n. 3), 455, 459, comma 1, 460, 461, comma 1, 462, 472, comma 2, 474, comma 2, 497 bis, 497 ter, n. 1), 517 ter, comma 2, 600 quater, comma 1, 600 quater 1, 678, 697, comma 1, 727 bis c.p. Pecca, altresì, per eccesso perché, concentrandosi su nodi di indubbio spessore inerenti alla peculiare fisionomia degli artt. 707 e 708 c.p. – basti qui menzionare i problematici rapporti con il principio di uguaglianza e con la presunzione d'innocenza ⁷³⁸ – e alla loro conformità alla Costituzione, giunge a privilegiare, trattandone in modo diffuso e capillare, aspetti che nulla hanno, viceversa, in comune con il globale genus dei reati di possesso. Di qui la scelta di prescindere, in questa sede, e di concentrare l'attenzione esclusivamente sui reati di possesso stricto sensu intesi.

Ha anche un retroterra e una motivazione “culturali” relativamente recenti l'esigenza di una loro analisi diretta a disvelarne la struttura: alludiamo, in questo senso, alla necessità di confrontarsi con talune sollecitazioni provenienti, in subiecta materia, da elaborazioni sul tema maturate nel contesto dell'esperienza tedesca. In particolare, non può essere passato sotto silenzio il tentativo, intrapreso in una monografia di una decina di anni fa ³⁹, di restaurare, al fine di dar conto delle peculiari caratteristiche dei reati possesso, la categoria autonoma dei c.d. Zustandsdelikte. Denominazione, questa, con la quale si intende designare non già – secondo quello che è l'uso corrente nella letteratura tedesca – la classe dei reati istantanei, così da contrapporla a quella dei reati permanenti⁴⁰, bensì l'autonomo raggruppamento dei c.d. delitti di stato⁴¹. La sua enucleazione discende dall'asserita irriducibilità di questa tipologia di reati allo schema dei reati di condotta, stante l'acclarata impossibilità di adattarvi tanto della figura dell'azione, quanto di quella dell'omissione⁴².

Il prezzo che la (ri)scoperta di questa categoria di reati paga è, nondimeno, molto alto sotto il profilo dell'osservanza dei principi costituzionali che, in Germania come in

³⁷ 6 Un'ampia e dettagliata esposizione degli orientamenti espressi dalla Corte Costituzionale in materia di reati di sospetto, scindendo le questioni sollevate sotto il profilo della violazione dell'art. 3 Cost. da quelle afferenti all'inosservanza della presunzione d'innocenza (art. 27, comma 2, Cost.), si rinviene in R. CALISTI, *Il sospetto di reati*, cit., rispettivamente p. 58 ss. e 78 ss. Sempre da menzionare, sul punto, le osservazioni di F. COPPI, *Osservazioni sui reati di sospetto e, in particolare, sul «possesso ingiustificato di valori»*, in *Giur. Cost.*, 1968, I, p. 330 ss.

³⁸ 7 Rinviemo alla nota che precede.

³⁹ Alludiamo, a questo proposito, al lavoro di K. ECKSTEIN, *Besitz als Straftat*, cit. sub nt. 1.

⁴⁰ In questo senso cfr., per tutti, H.H. JESCHECK-T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, AT, V ed., Berlin, 1996, p. 263.

⁴¹ Le problematiche sottese a questa tipologia di delitti sono trattate diffusamente da K. ECKSTEIN, *Besitz als Straftat*, cit., p. 226 ss.

⁴² Questa è, in effetti, la conclusione ultima cui approda K. ECKSTEIN, *Besitz als Straftat*, cit., p. 225.

Italia (nell'ipotesi di una sua trasposizione entro le coordinate del nostro sistema)⁴³, condizionano la costruzione dell'illecito penale. E' primariamente il principio di colpevolezza, nel momento in cui postula la rimproverabilità all'autore dei fatti di reato che gli sono ascrivibili, a collidere con modelli di incriminazione incentrati sul solo dato dell'essere in possesso di determinati oggetti, senza che si interponga diaframma alcuno, proprio per l'assenza di una condotta, fra l'autore medesimo e lo stato che gli viene imputato. In una prospettiva ancor più generale, è la stessa funzione precettiva della norma a difettare di legittimazione, laddove si indirizzi ai suoi destinatari vietando uno stato-risultato senza la mediazione di una condotta diretta ad evitarlo. Vero che chi ha promosso quest'elaborazione dei Zustandsdelikte si è fatto parimenti carico delle frizioni con il principio di colpevolezza che questa poteva comportare e ha apportato le precisazioni e i correttivi orientati a neutralizzarne l'impatto ⁴⁴, è altresì assodato, come si evince dal loro esame 15, che le une e gli altri non paiono sufficienti a rimuoverle.

Il senso di questo richiamo alle posizioni della dottrina d'oltralpe è, allora, quello della giustificazione di una riflessione sulla struttura dei reati di possesso (sott.: stricto sensu intesi) – pur nei ristrettissimi limiti di questo contributo – che non abbia una finalità meramente speculativa, ma che si opponga, piuttosto, a modelli esplicativi che, come quello di cui si è appena dato conto, ne propongono una delineazione che oltrepassa la soglia di ciò che è (ancora) conforme alla Costituzione.

3. La bipartizione enucleabile all'interno di questa categoria di reati

Assodato che esiste una problematica relativa ai reati di possesso come categoria autonomamente considerata, sarebbe tuttavia eccessivamente affrettato desumerne che questa si stagli secondo cadenze indefettibilmente unitarie.

Si può, infatti, tracciare, non senza un margine di corrispondente approssimazione, una summa divisio nell'alveo delle incriminazioni che ne costituiscono l'ubi consistam. Essa sembra articolarsi secondo lo schema che segue:

- si colpisce tout court la detenzione di determinati oggetti valutati dalla legge come pericolosi, senza che rilevi ad alcun effetto il quomodo della loro conservazione; questo è sicuramente il sottogruppo qualitativamente e quantitativamente più significativo della categoria di cui trattasi: attorno ad esso sono germinate, non a caso, le maggiori discussioni e le più dense difficoltà di inquadramento⁴⁵;

⁴³ Un'ampia esposizione di questo specifico profilo si rinviene in K. ECKSTEIN, *Besitz als Straftat*, cit., p. 233 ss.

⁴⁴ In particolare, rileva K. ECKSTEIN, *Besitz als Straftat*, cit., p. 236, 239 che il principio di colpevolezza esigerebbe unicamente che il fatto realizzato sia dominabile dal suo autore, senza indulgere in ulteriori

⁴⁵, non significa semplicemente avere la disponibilità di una cosa, ma allude, ulteriormente, al fatto di trattenerla presso di sé. Se le sono, quindi, immanenti i caratteri della conservazione e del mantenimento di ciò che ne costituisce l'oggetto, ne discende che alla detenzione è essenziale un prolungamento nel tempo del rapporto con la cosa nella quale essa si compendia. Di qui il corollario che le fattispecie che la incriminano presuppongono l'instaurazione di un rapporto comunque duraturo con gli oggetti pericolosi sui quali, di volta in volta, essa si instaura.

- si qualifica come illecito non il possesso di dati oggetti in quanto tale, ma soltanto se e in quanto non siano state osservate le prescrizioni, normativamente imposte, dirette a neutralizzare i pericoli che vi sono insiti.

A questa diversificazione delle fattispecie che li contemplano non può che associarsi una marcata distinzione dei profili strutturali che connotano le singole tipologie riconducibili entro il genus categoriale dei reati di possesso.

Giova, peraltro, precisare sin d'ora che questo contributo sarà incentrato essenzialmente sul primo dei sottogruppi che si sono appena individuati, il secondo involgendo problematiche per larga parte estranee al tema dei reati di possesso.

3.1. La struttura delle fattispecie che incriminano tout court il possesso di determinati oggetti

Procedendo, prioritariamente, dal sottogruppo menzionato sub a), conviene subito precisare che detenere, secondo un'etimologia che risale al suo antecedente precisazioni sul quomodo del rispetto di questo requisito. E, a suffragare questa sua tesi, richiama due sentenze del Bundesverfassungsgericht.

Sotto il profilo dogmatico, questa caratterizzazione delle fattispecie che qui interessano implica un immediato riverbero sul piano dell'offesa ai beni giuridici che queste, rispettivamente, postulano: poiché essa si collega alla protrazione del rapporto con gli oggetti in parola, ne segue che questi si struttureranno sub specie di reati permanenti. Ciò che, del resto, corrisponde alla ricostruzione che di queste figure danno tanto la nostra giurisprudenza, quanto la letteratura di lingua tedesca¹⁷⁴⁶. Corrobora questa deduzione precisamente il dato, già segnalato della loro minor vulnerabilità rispetto agli effetti della prescrizione. Il che in tanto si verifica, in quanto l'inizio del suo decorso risulta spostato in avanti dalla necessaria individuazione del relativo dies a quo in quello della cessazione degli effetti della permanenza (cfr., sul punto, le collimanti indicazioni promananti dall'art. 158, comma 1, c.p. e dal § 78 a StGB).

Il riconoscimento della natura permanente dei reati di possesso è densa di implicazioni significative in ordine alla loro struttura. Quale risultato della condotta umana che si protrae nel tempo, ben si presta il possesso ad essere inquadrato in termini di evento – si badi: naturalistico – di questa classe di reati. Se, alla luce di quest'acquisizione, si conviene sulla riconducibilità dei reati di possesso nell'alveo dei reati permanenti di evento¹⁹⁴⁷, si potranno neutralizzare ab origine le tendenze – di cui si è dato conto^{20 48}– inclini ad estromettere questa tipologia di reati dal modello classico costruito attorno ad una condotta umana che vi dà luogo e propense, all'opposto, a rinvenirvi una problematica ipotesi di reati di stato. In altre parole, l'interpretazione del possesso

⁴⁶ 17 Al riguardo, cfr. G. HOCHMAYR, *Strafbarer Besitz*, cit., p. 63 ss. e richiami di letteratura ivi contenuti.

⁴⁷ 19 Ove per evento si intende il possesso della cosa in sé e per sé considerato e non già – come invece ritiene G. HOCHMAYR, *Strafbarer Besitz*, cit., p. 64 s. - il fatto ulteriore della sua conservazione.

⁴⁸ 20 Ci si riferisce, evidentemente, alla soluzione patrocinata da Eckstein, di cui abbiamo (sott: sommariamente) dato conto.

come evento di queste fattispecie e la conseguente possibilità di rinvenirvi il loro baricentro consentono di riportarle entro il paradigma del reato a forma libera. Il dato che queste si incentrino esclusivamente sull'(elemento dell')acquisizione del possesso di determinati oggetti, ferma restando la problematica connaturata alla sua protrazione (sulla quale ci si soffermerà in séguito), fa sì che siano irrilevanti le modalità – id est le condotte – attraverso le quali vi si perviene. Né, d'altro canto, questa peculiare conformazione dei reati di possesso può essere considerato come una singolare anomalia nel settore dei reati permanenti; basti pensare al fatto che la figura che da sempre ne ha rappresentato e ne rappresenta l'archetipo, ossia il sequestro di persona (art. 605 c.p.), è ritagliata precisamente sullo schema del reato a forma libera²¹⁴⁹, nel contesto del quale è la privazione della libertà personale, indipendentemente dalle modalità a mezzo delle quali avviene, ad incarnarne il fulcro.

Bisogna, a questo punto, dar conto delle possibili obiezioni alle quali questa ricostruzione ermeneutica dei reati di possesso si può esporre.

Conviene partire, a questo proposito, dall'assunto, enunciato chiaramente a suo tempo da Giovanni Leone, secondo il quale la protrazione della lesione del bene giuridico tutelato dalle fattispecie contemplanti reati permanenti²²⁵⁰ costituiva l'evento coesenziale a questa categoria di reati. Il che, saldato all'adesione di questo Autore alla concezione giuridica dell'evento²³⁵¹, legittima(va) l'affermazione, modulata alla stregua di canoni più attuali, sulla base della quale in detta protrazione – tuttora impregiudicata qualsivoglia indagine sulla forma, rectius sulle condotte mediante le quali interviene – va individuata l'offesa insita in questa classe di reati. Ora, questo modo di concepire la nozione di evento nei reati permanenti è fonte di un'ineliminabile discrasia rispetto alla ridefinizione di quella loro species, costituita dai reati di possesso, in termini di reati a forma libera, che ne abbiamo più sopra proposto. Quest'ultimo inquadramento allude, infatti, a fattispecie che sono strutturalmente caratterizzate dal loro polarizzarsi esclusivamente sull'intervento di un evento naturalistico, causalmente collegato ad una condotta umana, indipendentemente dai contorni che questa assume. E poiché in ogni caso pur sempre di un evento in senso naturalistico si tratta, è evidente che questo, ai fini dell'integrazione della fattispecie, non potrà che postulare l'esistenza di una causalità naturalistica, che lo saldi alla condotta di chi lo ha posto in essere.

Senonché – e in ciò si annida la prima obiezione che rispetto a questa lettura dei reati di possesso può essere sollevata – risulta assolutamente improprio evocare una causalità di tipo naturalistico con riferimento al rapporto fra condotta e offesa. Fra

⁴⁹ 21 In questo senso cfr., per tutti, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Pt. s., I, *Delitti contro la persona*, Padova, 2011, p. 299.

⁵⁰ 22 Sul punto G. LEONE, *Del reato abituale, continuato e permanente*, Napoli, 1933, in particolare p. 425 ss.

⁵¹ 23 Esplicita, al proposito, la posizione assunta dall'Autore: cfr. G. LEONE, *Del reato abituale*, cit., p. 383.

queste due entità, infatti, può intercorrere un rapporto di causalità in senso logico-giuridico, ma non naturalistico ⁵².

Un ostacolo ulteriore si presta, quindi, ad infirmare l'abbozzata ricostruzione dei reati di possesso sub specie di reati causalmente orientati. Posto che si tratti effettivamente di figure riportabili nella cornice del reato permanente, non riesce agevole determinare il secondo termine della relazione causale che si presuppone. Vero, infatti, che si tratta di un evento che si protrae nel tempo, la sua considerazione unitaria agli effetti dell'esistenza di un reato permanente ⁵³ sembrerebbe opporsi a quell'esigenza di una costante separazione spazio-temporale fra condotta ed evento che il rapporto di causalità naturalisticamente inteso implica senza eccezioni. Se è invero assodato che il reato e, con ciò stesso, l'evento che ne definisce l'ubi consistam, assumono un carattere unitario, parrebbe più congruo riferire questo predicato all'offesa, che a detto reato si riconnette. Il che, peraltro, condurrebbe al risultato, già più sopra messo in risalto, dell'impossibilità di ipotizzare un collegamento causale di tipo naturalistico fra condotta e offesa; e, di fatto, ad abbandonare l'idea di una lettura dei reati di possesso come fattispecie causalmente orientate.

Tanto questa seconda obiezione, quanto la prima si reggono su un comune denominatore che consente, nondimeno, di superarle.

Tale piattaforma comune riposa sull'idea che non si possa rintracciare una separazione spazio-temporale fra la condotta che segna la c.d. perfezione ⁵⁴ (o consumazione iniziale ⁵⁵) del reato permanente e quella protrazione nel tempo della sua durata, il cui termine ne definisce la c.d. consumazione finale. In realtà, questa presunta irriducibilità del reato permanente ad una spiegazione causale in termini naturalistici pare superabile ove alla nozione logico-giuridica di questa categoria di reati si sostituisca una lettura ontologica della loro struttura. In effetti, ancorché (siano) inseparabili nella valutazione unitaria fattane dai rispettivi legislatori, gli eventi che danno luogo alla protrazione dell'offesa nei reati permanenti rimangono, dal punto di vista naturalistico, perfettamente isolabili gli uni dagli altri. Il che significa che, anche rispetto alla condotta, tali eventi conservano la loro autonomia. Ciò permette di ravvisare, procedendo proprio dalla condotta, altrettanti decorsi causali che la collegano, sotto il profilo naturalistico, a ciascuno degli eventi così scomposti.

Ma da che cosa deriva questa loro separabilità, in totale contrapposizione alla valutazione unitaria che la legge riserva ad essi?

⁵² 24 Evidenza con estrema chiarezza questo dato M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991, p. 251 (e nt. 59) e 258.

⁵³ 25 Sulla convergenza di vedute con riferimento al carattere unitario del reato permanente cfr., per tutti, M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*. I. Art. 1-84, III ed., Milano, 2004, sub Pre-Art. 39/120; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, IV ed., Padova, 2001, p. 446

⁵⁴ 26 Utilizza il concetto di "perfezione" F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 446.

⁵⁵ 27 Di quest'espressione si serve, invece, M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., sub Pre-Art. 39/120.

Discende dal fatto che ognuno di essi, singolarmente considerato, presenta una posizione distinta – se non sempre nell’*hic* – quanto meno nel *nunc* rispetto alla condotta. Si pensi, in via meramente esemplificativa, al caso “classico” del sequestro di persona: in questo si possono rinvenire, lungo l’intero arco della sua protrazione, tanti eventi uguali nell’*hic* – ma non necessariamente: si pensi al caso in cui la persona sequestrata venga trasferita da un luogo ad un altro – ma diversi nel *nunc*, quanti sono quelli nei quali la privazione della libertà personale del soggetto passivo perdura nel tempo. Non diversa, in questa prospettiva, è la situazione ravvisabile con riferimento ai reati di possesso: anche in questa evenienza, una volta intervenuta la condotta commissiva mercé la quale l’autore si è procurato la disponibilità di un determinato oggetto, è dato individuare un rapporto di causalità naturalisticamente intesa fra essa e i successivi eventi nei quali si materializza il prolungamento della detenzione del medesimo.

Le osservazioni appena svolte ci consentono, quindi, di asseverare la delineazione dei reati di possesso sub specie di reati causalmente orientati e di tratteggiarne la peculiarità nell’essere polarizzati sull’intervento dell’evento naturalistico dato dalla conservazione dell’oggetto di cui, di volta in volta, trattasi.

3.2. La peculiarità della condotta che contrassegna questi reati

Anche se la definizione del possesso come evento della classe dei reati, che qui interessano, sgombra il campo dalle obiezioni opponibili a quanti, ravvisandovi invece la condotta di questi ultimi, si vedono costretti ad identificarne l’essenza in un non comportamento e, quindi, in un mero stato²⁸⁵⁶, è lo stesso loro inquadramento nell’alveo dei reati permanenti a reclamare ulteriori precisazioni in ordine alla condotta che li sostanzia.

E’ noto come, in materia di reati permanenti, si sia sovente discusso circa il fatto che la condotta atta ad integrarli fosse di un segno unico, ergo commissiva od omissiva *tout court*; oppure se, ad un primo segmento – di natura varia ma, almeno per quel che riguarda i reati di possesso nell’interpretazione qui propostane, di natura inequivocamente commissiva – culminante nell’instaurazione della situazione illecita, ne seguisse uno indefettibilmente omissivo, destinato alla sua protrazione. Questa seconda chiave di lettura armonizza, in modo più che palese, con la nota concezione c.d. bifasica del reato permanente, alla stregua della quale la situazione illecita cui la prima parte della condotta dà vita può essere mantenuta soltanto per il tramite di un successivo contegno omissivo ²⁹⁵⁷. Note sono, peraltro, anche le critiche che da sempre hanno inficiato questa concezione: prima fra tutte, l’assenza di un qualsivoglia fondamento normativo in relazione all’obbligo di rimuovere la situazione illecita precedentemente posta in essere, che questa postula ³⁰⁵⁸.

⁵⁶ 28 Il rinvio è, ancora una volta, alla chiave di lettura propostane da Eckstein, cui abbiamo fatto cenno antea, al par. 3.

⁵⁷ 29 Ci rifacciamo, a questo proposito, alla formulazione elaboratane da G. LEONE, *Del reato abituale*, cit., p. 393, 395 ss., 426 ss.

⁵⁸ 30 Più di recente, rimarcano l’inesistenza di una piattaforma di diritto positivo atta a fondare l’obbligo di cui questa concezione presuppone l’inosservanza, fra gli altri, R. RAMPIONI, *Contributo alla teoria del reato permanente*, Padova,

Quel che occorre, a questo punto, esaminare è se e in quale misura la ricostruzione dei reati di possesso in termini di reati permanenti, in questa sede patrocinata, possa riverberarsi su questa annosa querelle.

A questo riguardo, è imprescindibile notare come la morfologia della condotta che dà luogo ai reati permanenti non può che dipendere dalla dinamica della violazione della norma in cui questi si sostanziano. Vero che a tale violazione è coesistente, in questa tipologia di reati, un'intensificazione dell'illecito collegata alla sua protrazione ³¹⁵⁹, ciò presenta immediate ricadute rispetto alla condotta che vi dà luogo. In particolare c'è da chiedersi, a fronte della condotta commissiva a mezzo della quale si instaura l'illecito nei reati di possesso, quali contorni possa assumere la condotta posteriore che lo protrae e, con ciò, lo intensifica. Richiamando la scomposizione naturalistica degli eventi che si susseguono nel reato permanente, che abbiamo in precedenza tratteggiato, bisogna domandarsi quali effetti discendano, *rectius* possano discendere, dal dato che la condotta – commissiva – precedente abbia instaurato, causandone l'evento naturalistico da cui essa dipende, la c.d. consumazione iniziale (o perfezione) ³²⁶⁰. Da un'angolazione strettamente dogmatica, la situazione per tale via determinantesi evoca tutti i presupposti dell'insorgenza di un obbligo di garanzia scaturente dal c.d. fare pericoloso precedente. Vero che l'ammissione di una posizione di garanzia *ex Ingerenz* è del tutto estranea, diversamente da quanto si può riscontrare nell'esperienza tedesca, agli orizzonti della nostra cultura penalistica ³³⁶¹, è parimenti incontestabile che l'esistenza di una *Garantenstellung* derivante dall'azione precedentemente pericolosa costituisca patrimonio ben sedimentato nella nostra letteratura meno recente ³⁴⁶², nonché acquisizione dalla quale non è aliena neppure la giurisprudenza ³⁵⁶³. In questa prospettiva, dunque, dalla determinazione della consumazione c.d. iniziale del reato permanente potrebbe rinvenirsi la fonte, a carico

1988, p. 16 s.; R. BARTOLI, Sulla struttura del reato permanente: un contributo critico, in Riv. it. dir. proc. pen., 2001, p. 144.

⁵⁹ 31 Cfr. G. JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, II ed., Berlin-New York, 1991, p. 170. Appare opportuno associare -nel testo- l'intensificazione all'illecito, anziché all'offesa del bene giuridico tutelato dalla relativa norma incriminatrice, noto essendo il rigetto opposto da questo Autore all'interpretazione del reato in termini di offesa a un bene giuridico: basti rifarsi a G. JAKOBS, *Strafrecht*, cit., p. 35 s. In realtà, l'idea che alla protrazione dell'illecito si associ indefettibilmente un'intensificazione dell'offesa recata al bene leso non manca neppure nella nostra letteratura; emblematica, in tal senso, la posizione di R. RAMPIONI, Contributo alla teoria del reato permanente, cit., p. 50, il quale ritiene che, ai fini dell'integrazione del dolo richiesto da questa classe di reati, non sia sufficiente la consapevolezza di realizzare e mantenere l'offesa, ma che a questa debba aggiungersi quella "di incrementarne il contenuto". Ora, se si ammette che questo incremento dell'offesa (sott. originariamente) creata debba entrare nell'oggetto del dolo, non si comprende in che modo esso possa poi non reagire sulla struttura oggettiva del fatto al quale attiene. Coerenza sistematica impone, di contro, di ritenere che ciò che è oggetto del dolo rientri nel fatto che esso deve investire.

⁶⁰ 32 Per l'opzione a favore dell'una o dell'altra terminologia, cfr. supra le note 27 e 28.

⁶¹ 33 Sul punto cfr. G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, Milano, 1983, p. 277.

⁶² 34 Nella manualistica cfr. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 224 s.; G. BETTIOL-L. PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale*, XII ed., Padova, 1986, p. 302.

⁶³ 35 Indicazioni relative a pronunce inclini ad assegnarle una specifica rilevanza, nel senso di valorizzarne la portata quale fonte dell'obbligo posto dall'art. 40, cpv., c.p., sono fornite da S. BELTRANI-D. CARCANO, in LATTANZI-LUPO, *Codice penale. Rassega di giurisprudenza e dottrina*, Vol. II, Milano, 2010, p. 85

di chi vi ha dato causa, di un obbligo giuridico di impedire il pericolo della realizzazione degli ulteriori eventi, diversi nel nunc anche se uguali nell'hic, che di quel primo evento rappresentano la prosecuzione e, con ciò stesso, l'intensificazione. Sicché, sempre in rapporto ai reati di possesso, alla loro integrazione dovrebbe reputarsi necessaria sia la condotta commissiva, consistente nell'acquisizione della disponibilità della cosa, sia quella successiva, di segno omissivo, consistente nell'inadempimento dell'obbligo di impedirne la protrazione, disfacendosi della stessa. Sebbene possa sicuramente apparire artificiosa, questa ricostruzione (più che dei reati di possesso) dello stesso reato permanente non incorre in tutte le censure di incostituzionalità ³⁶ alle quali si espone l'attribuzione di una rilevanza autonoma al fare pericoloso precedente, quale fonte dell'obbligo di impedire l'evento ex art. 40, cpv., c.p. In questo caso, infatti, non viene in primis in considerazione alcun vulnus al principio di legalità, perché né l'azione pericolosa precedente, né una presunta (e irreperibile) norma che ad essa faccia rinvio fondano la responsabilità penale di un determinato soggetto. L'obbligo di attivarsi nascente da un proprio fare precedente pericoloso e illecito assolve, nel quadro del reato permanente, esclusivamente alla funzione ermeneutica di spiegare l'esistenza dell'obbligo di rimuovere una situazione illecita precedentemente creata, che è la stessa norma penale costitutiva del reato permanente a enucleare. Non a caso la stessa letteratura tedesca, che possiede un grado ben maggiore di familiarità con l'idea del fare pericoloso precedente, compendiato nell'espressione *Ingerenz* ³⁷, quale elemento fondante di una posizione di garanzia rilevante nell'ottica del reato omissivo improprio, non esita a rinvenire nel reato permanente un'ipotesi nella quale a tale idea vengono assegnati un riconoscimento e una tipizzazione completi a livello normativo ³⁸.

Rintuzzate in tal modo le riserve di maggior spessore che rispetto all'accoglimento della concezione bifasica del reato permanente sono sempre state avanzate, difficoltà minori si pongono per rimuoverne altre. Non vale, in particolare, obiettare che, al cospetto della pretesa natura omissiva della seconda parte della condotta presupposta dai reati permanenti commissivi, si darebbero casi in cui questa assume, di contro, una forma anch'essa commissiva. Noto, al riguardo, l'esempio, frequentemente addotto, del sequestratore che, lungi dal mantenersi inattivo nel suo rapporto con il sequestrato, (di contro) si attiverebbe per trasportarlo da un luogo ad un altro, oppure per procurare il cibo necessario al suo nutrimento ³⁹. Altrettanto nota, peraltro, è l'agevole replica alla quale questa obiezione si espone: una volta assodato che, sul piano della fattispecie astratta, il reato commissivo permanente – *genus* nel quale si

⁶⁴ 36 Se ne rinviene un'esposizione in F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 170.

⁶⁵ 37 Con riferimento alla posizione di garanzia fondata da un proprio fare pericoloso precedente rinviamo, in luogo di altri, al quadro tracciato da W. STREE, in SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, XXV ed., München, 1997, p. 198 ss.

⁶⁶ 38 Cfr., al riguardo, l'esplicito assunto di K. ECKSTEIN, *Besitz als Straftat*, cit., p. 169 s., nt. 206.

⁶⁷ 39 Per questo tipo di obiezione alla tesi secondo la quale il reato permanente consta di una seconda fase di segno necessariamente omissivo, cfr. M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*. I, cit., sub Pre-Art. 39/120-121

può iscrivere la species dei reati di possesso – si articola in una sequenza nella quale ad una prima condotta positiva, a mezzo della quale si instaura la situazione illecita, ne segue una seconda omissiva, che la protrae, rectius non la rimuove, il dato che chi a ciò tenuto non vi provveda, tenendo in suo luogo un qualsivoglia comportamento commissivo, confina quest'ultimo nell'ambito dell'irrilevanza dell'aliud facere, interessando ciò che egli non ha fatto e non già la condotta attiva tenuta in sua vece 40⁶⁸.

4. I reati di possesso come strumenti di anticipazione della tutela e il tentativo dei delitti, che si tratta di prevenire

Come abbiamo preliminarmente avuto modo di precisare, l'incriminazione del possesso di determinati oggetti è funzionale all'anticipazione della tutela che offrono le fattispecie poste a presidio dei beni che mercé il loro impiego si possono conclusivamente offendere 41⁶⁹. Di qui, come parimenti già accennato, il problema del rapporto fra i reati di possesso e il tentativo dei delitti che essi sono diretti a prevenire. In sostanza, si tratta di stabilire quali siano gli effetti che su questo punto può comportare l'inquadramento della classe di reati qui analizzata nell'orbita dei reati permanenti.

Per esaminare questa problematica nei suoi risvolti applicativi, pare senza dubbio opportuno saggiarne l'impatto in relazione ad una fattispecie nella quale si ponga effettivamente l'esigenza di un'actio finium regundorum fra detenzione di un determinato oggetto e tentativo di un delitto ulteriore, avente come oggetto materiale proprio la cosa detenuta, di cui si vuol prevenire l'esecuzione. Vi si attaglia perfettamente, come caso paradigmatico, quello offerto dall'art. 453, n. 3), c.p., nella parte nella quale contempla, sottoponendoli allo stesso trattamento sanzionatorio, accanto al fatto di chi "detiene monete contraffatte o alterate, quello di chi le "spende o mette altrimenti in circolazione".

Se si accoglie e si sviluppa coerentemente la tesi orientata a rinvenire nella detenzione di monete falsificate un reato permanente, la previsione di un identico trattamento sanzionatorio fra essa e le ipotesi di spendita o messa in circolazione delle medesime può trovare la propria spiegazione logica nel fatto che la perdurante disponibilità di tali monete costituisce il presupposto della possibile reiterazione delle successive condotte consistenti nella loro spendita o messa in circolazione. Di qui la ragione di un'anticipazione della tutela penale mirante a colpire un reato-mezzo, quale la detenzione delle monete de quibus, che rappresenta l'antecedente logico-criminologico, di un concorso formale o materiale di reati-fine.

Se, invece, non si valorizza il requisito della permanenza insito nella detenzione di monete falsificate, il rapporto fra questa ipotesi e le successive, menzionate dall'art. 453, n. 3, c.p., dovrà essere impostato – ed è stato in effetti impostato – su basi completamente diverse.

⁶⁸ 40 La replica a questo genere di riserve era già reperibile in G. LEONE, Del reato abituale, cit., p. 431 s.

⁶⁹ 41 Richiamiamo, al proposito, quanto anticipato al par. 1.

Seguendo le indicazioni di Vincenzo Manzini, il rapporto fra detenzione e spendita o messa in circolazione di monete false enucleato dall'art. 453, n. 3, c.p. andrebbe letto nei termini di una sequenza fra tentativo e consumazione di quest'ultimo delitto. In altre parole, la detenzione integrerebbe precisamente il tentativo della spendita o della messa in circolazione delle monete in questione ⁴²⁷⁰. Ora, al di là del rilievo che nella detenzione sembra potersi ravvisare un comportamento provvisto del requisito dell'idoneità ma non certo di quello dell'univocità nei confronti delle altre ipotesi indicate nel séguito dell'art. 453, n. 3, c.p., questa lettura del rapporto intercorrente fra esse urta contro l'identità del trattamento sanzionatorio, che loro riserva proprio l'art. 453 c.p. In un sistema nel quale precisamente il discrimen sanzionatorio fra tentativo e consumazione viene salutato come una scelta in favore dell'oggettivismo e, al tempo stesso, come una netta ripulsa del soggettivismo ⁴³⁷¹, sarebbe ben strano che una deroga, per quanto implicita, a questo principio fosse contenuta nello stesso corpo codicistico, senza alcuna disposizione espressa al riguardo. Se è vero che la possibilità di deroghe alle regole del codice in tema di trattamento differenziato fra tentativo e consumazione si può ammettere – e, non a caso, se ne può constatare la ricorrenza ⁴⁴⁷² – con riferimento alla legislazione complementare, stante la valvola di apertura rinvenibile nell'art. 16 c.p., è altrettanto certo che essa non può aver luogo all'interno del codice.

5. La disponibilità di oggetti pericolosi quale presupposto di obblighi penalmente sanzionati attinenti alla loro detenzione

Quanto al sottogruppo di ipotesi nel quale ad essere incriminato è il possesso di cose nell'inosservanza delle prescrizioni che lo disciplinano, la gamma di casi che vi rientra appare certamente estesissima, spaziando da materie "classiche" della legislazione penale complementare, quali quelle inerenti alla detenzioni di armi o di stupefacenti, a settori di ben poco frequente applicazione (si pensi, esemplificativamente, alla detenzione di mammiferi e rettili costituenti pericolo per la salute e per l'incolumità pubblica: cfr. l'art. 6 l. 7 febbraio 1992, n. 150).

E' chiaro che in questa costellazione di casi la detenzione degli oggetti in parola assolve alla ben diversa funzione di presupposto dell'insorgenza di obblighi penalmente sanzionati. Essa funge, quindi, da fattore che dà luogo alla situazione tipica costituente la matrice di obblighi di attivarsi, la cui violazione integra un reato omissivo proprio ⁴⁵⁷³.

⁷⁰ 42 In questo senso, infatti, si esprime V. MANZINI, Trattato di diritto penale italiano, vol. VI, 5^a ed., a cura di PISAPIA, Torino, 1983, p. 558.

⁷¹ 43 Cfr., al proposito, G. MARINUCCI-E. DOLCINI, Corso di diritto penale, cit., p. 528 s.; M. ROMANO, Commentario sistematico del codice penale. I, cit., sub Art. 56/3.

⁷² 44 Basti pensare all'art. 293 D.P.R. 27 gennaio 1973, in materia di contrabbando doganale, o all'art. 24, l. 152/1975, in tema di elusione della misura di prevenzione della sospensione provvisoria dall'amministrazione dei beni personali.

⁷³ 45 Ricostruisce la detenzione abusiva di armi come reato omissivo proprio A. CADOPPI, Il reato omissivo proprio. I: profili introduttivi e politico-criminali, Padova, 1988, p. 133.

Si tratta – come ben si vede – di materia del tutto estranea alle tematiche proposte dai reati di possesso tout court, dei quali abbiamo finora trattato.

Da Editore Giappichelli:

Capitolo I : Circostanze del reato

Sommario

1. La nozione di “circostanza del reato”. – 1.1. La distinzione tra elementi accidentali e costitutivi. – 1.2 Natura dei c.d. “reati aggravati dall’evento”. – 2. Diverse tipologie di circostanze e relativa disciplina. – 3. I criteri di imputazione delle circostanze (e degli elementi costitutivi). – 3.1. I requisiti soggettivi di cui all’art. 59 comma 2 c.p. e la loro difficile compatibilità strutturale con talune aggravanti. – 3.2. La praticabilità del giudizio di colpa rispetto ad elementi accessori ad un reato (doloso). – 3.3. Lo scarso rilievo pratico dell’art.59 comma 2 c.p. – 3.4. L’imputazione obiettiva delle circostanze attenuanti e l’irrilevanza delle circostanze “putative”. – 3.5. Le circostanze e l’error in persona. – 4. Le circostanze comuni (e i criteri di imputazione). – 4.1. Le aggravanti comuni. – 4.2. Le attenuanti comuni. – 5. La discrezionalità autogovernata: attenuanti generiche e bilanciamento tra circostanze eterogenee. – 6. Il concorso apparente di circostanze. – Bibliografia.

1. La nozione di “circostanza del reato”.

Il codice dedica alle circostanze del reato un intero capo – il II del titolo III del libro I – ma non definisce la categoria. Nondimeno, se nell’art. 59 c.p. (e probabilmente anche nell’art. 70 c.p.: v. infra, § 2) la nozione di circostanza è utilizzata in modo lato – come comprensiva anche di elementi che, occasionalmente, si “congiungono” al reato, in modo da incidere sull’an, non solo sul quantum di responsabilità (“cause di non punibilità” in senso lato) – nelle disposizioni seguenti, invece dedicate alle circostanze in senso stretto, espresse cioè nei termini di attenuanti o aggravanti, si delinea un tipo di disciplina che lascia intendere la tipologia di fenomeno presupposta. In particolare, il capo in questione è in larga misura dedicato ai criteri di ponderazione delle modifiche quantitative e qualitative, derivanti dall’applicazione delle circostanze, sulla pena già idealmente riferibile ad uno specifico reato (v. in particolare l’art. 63 comma 1 c.p., secondo il quale la circostanza aumenta o diminuisce la pena “base” previamente determinata all’interno dei margini edittali applicando i criteri di cui all’art. 133 c.p.; con l’eccezione delle circostanze autonome e indipendenti, che prima ancora incidono sulla stessa pena edittale: v. infra, § 2) [sui limitati problemi applicativi posti dall’art. 63 comma 1 c.p., v. per tutti VENAFFRO, in (b) PADOVANI, 548 ss.; sui criteri di commisurazione della pena desumibili dall’art.63 c.p., cfr. in particolare (d) DE VERO, 58 ss.].

Per circostanza, quindi, si intende una fattispecie prevista dalla legge allo scopo precipuo di incidere sulla dosimetria sanzionatoria [per tutti (i) MELCHIONDA, 893 s.], anche oltre i limiti edittali – come ben si evince dagli artt. 63 ss. c.p. – senza alterare il titolo di responsabilità; nel senso che la figura che si va a regolamentare presuppone già l’integrazione di un reato a tutti gli effetti e non comporta il venir

meno di quel reato, né l'integrazione di un reato diverso: gli artt. 61 e 62 comma 1 c.p., d'altronde, chiaramente distinguono tra "circostanza" ed "elemento costitutivo". Tanto premesso, si può brevemente definire la circostanza nei termini di un elemento accidentale o accessorio di un reato già perfezionato (si parla così di *accidentalia delicti*) i cui effetti si riverberano sul quantum e sul quomodo della risposta sanzionatoria [precisa il concetto di "accessorietà", come riferito alla disposizione normativa che prevede la circostanza, non necessariamente al contenuto tipico: (d) PADOVANI, 188 s.].

Che la circostanza sia elemento accidentale del reato, nel senso precisato, è pacifico per la giurisprudenza, tanto che la stessa normalmente non spende tempo in definizioni generali della categoria, ma casomai in precisazioni di dettaglio laddove utili per definire singoli problemi interpretativi, in particolare quanto ai criteri di distinzione dagli elementi costitutivi (*infra*, § 1.1). Una definizione generale è offerta dalla risalente Cass., Sez. V, 2.12.1966, Bianco, in CED, 1966/118: «Costituiscono circostanze del reato in senso proprio (*accidentalia delicti*) quelle che si aggiungono agli elementi costitutivi dell'azione vietata fissata dal precetto primario e influiscono sulla sanzione tipica contenuta nel precetto secondario nel senso di variarne in più o in meno la entità; hanno cioè come effetto, per volontà espressa dal legislatore, di modificare la sanzione e si differenziano da quell'elemento che l'art. 133 cod. pen. sottopone all'attenzione del giudice per disciplinarne il potere discrezionale di determinare in concreto la entità della pena, stabilita dal legislatore in astratto in un minimo ed un massimo». In dottrina taluno contesta la natura accidentale della circostanza, ritenendo il reato circostanziato una fattispecie in sé autonoma, rispetto alla quale, dunque, la circostanza sarebbe elemento essenziale [da ultimo, ampiamente e per tutti, SPENA, 645 ss..

Le articolazioni del dibattito circa la funzione sistematica delle circostanze rispetto al reato cui accedono sono, in realtà, ancor più complesse (profili di un titolo di reato specifico ma "dipendente" da altro? Elementi modificativi della forma di manifestazione del reato? Elementi autonomi della "fattispecie concreta"? Coefficienti incidenti sulla astratta determinazione edittale? Criteri di individuazione giudiziale della pena?). Per una sintesi (i) MELCHIONDA, 898 ss.]. La questione non è tuttavia di grande interesse per il pratico [FIANDACA, MUSCO, 419] se non forse nella misura in cui condiziona la configurabilità di un "delitto circostanziato tentato": v. Cap. II, §§ 7.7 e 7.8 [nega tuttavia un rilievo della questione anche a tal fine (d) PADOVANI, 205];

importa invece distinguere un'ipotesi non circostanziata di reato da una forma di manifestazione, in termini circostanziati, di altro reato. A questo specifico fine, peraltro, a poco serve verificare il carattere "accidentale" o essenziale di un dato elemento, essendo questo attributo una conseguenza, non già una premessa, della qualificazione di un coefficiente come costitutivo o circostanziale [sul punto per tutti ZAZA, 5 ss., con alcuni interessanti riferimenti alla giurisprudenza].

In questa prospettiva, si può sin da subito chiarire che il rapporto tra reato base non circostanziato e reato circostanziato è altro rispetto a quello intercorrente tra due titoli autonomi di reato [anche chi considera fattispecie autonoma quella circostanziata, la considera tuttavia particolarmente “dipendente” dalla fattispecie base: SPENA, 648; cfr. altresì (a) MELCHIONDA, 745 ss.], e che per altro verso le circostanze di cui si tratta – c.d. proprie – sono diverse da quelle cui fa riferimento l’art. 133 c.p. – c.d. improprie – le quali guidano il giudice nella determinazione in concreto, entro i limiti edittali, della pena applicabile ad un dato reato in quanto integrato nei suoi estremi costitutivi essenziali; inoltre, ciascun fattore cui fa riferimento l’art. 133 c.p. può operare, nel singolo caso, in termini di estensione della pena verso il massimo edittale o di limitazione verso il minimo, mentre la singola circostanza propria o è aggravante, o è attenuante: la disciplina del capo in esame non considera l’ipotesi di circostanze idonee ad operare in entrambe le direzioni.

1.1. La distinzione tra elementi accidentali e costitutivi. – Una corretta definizione di circostanza aiuta ad orientarsi riguardo al problema, poco sopra accennato, della distinzione rispetto ad un elemento costitutivo [in dottrina v. in particolare (b) BARTOLI, 302 ss.; (b) CONCAS, 346 ss.; (d) PADOVANI, 193 ss.; (a) GUERRINI, 278 ss., il quale riprende ed aggiorna considerazioni già compiute in (b) GUERRINI, passim; (a) MELCHIONDA, 558 ss.]. La questione ha un notevole impatto applicativo [v. sul punto (a) MARINUCCI, DOLCINI, 462].

Si considerino, ad es.: la possibilità di bilanciamento delle circostanze con conseguente, eventuale “elisione” dei relativi effetti (v. infra, § 5) [sull’impossibilità di bilanciare la fattispecie di cui all’art. 570 comma 2 c.p. con eventuali attenuanti, configurando la stessa un’ipotesi autonoma di reato: Cass., Sez. VI, 6.11.2006, Vezzali, in CED, 2006/41735; analogamente, rispetto alla fattispecie – autonoma, non circostanziale – del “furto in abitazione” di cui all’art. 624-bis: Cass., Sez. IV, 19.9.2006, Sidari, in Cass. pen., 2007, 2814, con nota di AMARELLI];

i peculiari criteri soggettivi di imputazione delle attenuanti e delle aggravanti e la disciplina dell’erronea supposizione (art. 59 commi 1, 2, 3, c.p.); l’irrilevanza delle circostanze – almeno di quelle ad effetto comune – per il computo del termine utile a prescrivere ex art. 157 comma 2 c.p.; in materia di concorso di persone, l’applicazione degli artt. 116 e 117, ovvero dell’art. 118 c.p. Significative anche le implicazioni processuali, ad es. in tema di competenza (art. 4 c.p.p.), di modifica dell’imputazione ex art. 423 c.p.p., di individuazione – in taluni casi – dei termini massimi di custodia cautelare [v. ad es. Cass., Sez. III, 23.3.2007, Tomasetti, in CED, 2007/19425 e in Riv. pen., 2007, 1242, riguardo ai rapporti tra le fattispecie di violenza sessuale e di atti sessuali con minore, considerati in relazione al combinato disposto degli artt. 303 comma 1 lett. a) n. 3 e 407 comma 2 n. 7-bis c.p.p.].

Il problema neppure si pone rispetto a circostanze c.d. “estrinseche”, «basate su fatti successivi alla consumazione del reato, e che quindi per loro stessa essenza risultano meramente eventuali rispetto al reato stesso» [CADOPPI, VENEZIANI, 377];

né quando tra due disposizioni non intercorra un rapporto di specialità unilaterale [su tale nozione v. Cap. IV, § 2.3; sul necessario rapporto da genere a specie tra la fattispecie base e quella circostanziata, v. già Cass., Sez. II, 25.3.1969, Scaringella, in CED, 1969/729; ritiene che sia circostanza solo quell'elemento che si pone come speciale rispetto ad altro costitutivo della fattispecie base, non quello che a quest'ultima si aggiunge: MANTOVANI, 398 s.; ritiene invece non necessariamente speciale la fattispecie circostanziata rispetto a quella base: (d) GALLO, 27 ss.; MANNA, 3].

Se la circostanza svolge la specifica funzione di modificare tipologia o entità della risposta sanzionatoria riferibile ad un reato già integrato in ogni aspetto, evidentemente la fattispecie circostanziata non può che essere costituita, appunto, da tutti gli elementi tipici di una data figura criminosa (ché altrimenti, in relazione a un fatto atipico, non vi sarebbe alcuna pena base da “modificare”), alcuni dei quali vengono poi ad essere specificati, o rispetto ai quali altri ne vengono aggiunti [ZUCCALÀ, in CRESPI, FORTI, ZUCCALÀ, 224; (d) PADOVANI, 195].

Due fattispecie tra di loro incompatibili – per diversità necessaria dei requisiti caratterizzanti – non possono dunque costituire forme di manifestazione – circostanziata e non circostanziata – del medesimo reato. Se fosse vero il contrario, se cioè potesse essere ad es. una fattispecie aggravata strutturalmente differente dalla fattispecie base, ne deriverebbero conseguenze assurde; per dirne una, in caso di inapplicabilità dell'aggravante in seguito al bilanciamento con una o più attenuanti ai sensi dell'art. 69 c.p., nel fatto dell'agente non sarebbe riconoscibile alcuna “fattispecie non circostanziata”, sicché egli, lungi dal vedersi applicata una pena “non aumentata”, o “la pena che sarebbe inflitta se non concorresse” alcuna circostanza – come richiesto dallo stesso art. 69 commi 2 e 3 c.p. – andrebbe in realtà esente da qualsiasi responsabilità.

Contrariamente a quanto è stato scritto [PISTORELLI, 214], dunque, la nuova ipotesi di deturpamento e imbrattamento di cose immobili altrui, inserita nel comma 2 dell'art. 639 c.p. dall'art. 3 comma 3 lett. a) legge 15.7.2009, n. 94, non è una aggravante della fattispecie di deturpamento o imbrattamento di cose mobili altrui di cui tratta il comma 1, stante l'evidente incompatibilità tra le due figure quanto ad oggetto materiale. Per gli stessi motivi, ci pare superfluo dilungarsi in un'indagine testuale e teleologica circa i rapporti tra artt. 609- bis e 609-quater c.p., come fa invece Cass., Sez. III, 23.3.2007, Tomasetti, cit.: per escludere che la seconda fattispecie possa essere forma di manifestazione circostanziale della prima, basta rilevare (come pure la sentenza fa) il difetto di un rapporto di specialità unilaterale, posto che gli atti sessuali con minorenni si caratterizzano per la mancanza di costrizione della vittima invece tipica della violenza sessuale. Ancora, il comma 2 dell'art. 346 c.p. non è circostanza aggravante del comma 1, perché tra le due ipotesi di millantato credito sussiste difformità strutturale: «infatti, mentre nella previsione del comma primo il raggio consiste nel

presentare il pubblico ufficiale, destinatario di pressioni amicali, come arrendevole, in quella del comma secondo il pubblico ufficiale è prospettato dall'agente come persona corrotta o corruttibile» [Cass., Sez. VI, 20.2.2006, Ippaso, in CED, 2006/22248].

Il suddetto rapporto di specialità, nondimeno, se è necessario, non è tuttavia sufficiente ad individuare un'ipotesi circostanziale [per tutti (a) MELCHIONDA, 571 ss.], dato che pure tra figure autonome può intercorrere la medesima relazione (v. appunto Cap. IV, § 2.3). Altrettanto può dirsi rispetto all'incidenza d'un certo elemento aggiuntivo sulla gravità del reato e perciò sulla pena: tale elemento, difatti, non necessariamente è circostanziale, ben potendo implicare un mutamento del titolo di reato (così, ad es., non v'è dubbio che la violenza sessuale, di cui all'art. 609-bis, sia fattispecie autonoma rispetto alla violenza privata descritta nell'art. 610 c.p., pur costituendo dal punto di vista strutturale un'ipotesi speciale di violenza privata connotata per una particolare

gravità). Non vi sono, insomma, elementi "ontologicamente" circostanziali o costitutivi in ragione delle loro caratteristiche strutturali; tanto che uno stesso elemento, già circostanziale, con un sol tratto di penna del legislatore può divenire indicativo d'un diverso titolo di reato (così è accaduto per le ipotesi di furto in abitazione e di furto con strappo, un tempo aggravanti del furto di cui all'art. 624 c.p., confluite come reati autonomi nell'art. 624-bis c.p. per l'intervento dell'art. 2 comma 2 legge 26.3.2001, n. 128) [per tutti ZAZA, 15 ss., 19 ss.].

Si tratta di intendere, piuttosto, a quale disciplina il legislatore abbia voluto sottoporre una certa figura penalmente rilevante. Per sciogliere il dilemma, decisiva è cioè l'intentio legis, che potrà essere ricostruita valutando gli "indizi" – sia di carattere valoriale che formale – reperibili nelle disposizioni oggetto della querelle [VASSALLI, 16; (d) GALLO, 34; Cass., Sez. Un., 26.2.2002, Fedi, in Dir. pen. proc., 2003, 295, con nota di (b) BARTOLI]; avendo ben cura a non sovrapporre, a tale indagine, le personali convinzioni o "impressioni" dell'interprete circa la scarsa adeguatezza o, piuttosto, l'eccessivo rigore del regime sanzionatorio che potrebbe derivare adottando l'una o l'altra opzione. Piaccia o non piaccia, l'art. 25 comma 2 Cost. rimette al legislatore, non al giudice, il compito di far corrispondere la pena ritenuta opportuna al disvalore astratto del fatto criminoso [notazioni in tal senso in Cass., Sez. Un., 26.2.2002, Fedi, cit.].

In linea di principio, dunque, è un'inversione logica ritenere preferibili certi effetti e, di conseguenza, scegliere la qualifica del fatto più consona. A meno che, anche in ragione di un'interpretazione storica, non risulti la chiara intenzione del legislatore di preferire, appunto, una certa disciplina: detta interpretazione, se coerente con altri indici, consentirà di risolvere la questione della intentio legis. Così, ad es., è indubbio che la riconduzione delle ipotesi di furto in abitazione e furto con strappo, già elencate tra le aggravanti dell'art. 625 c.p., nel contesto della nuova ed autonoma disposizione dell'art. 624-bis, sia stata compiuta al fine specifico di sottrarre quelle fattispecie alla disciplina caratteristica delle circostanze, ed in particolare alla possibilità di un bilanciamento con attenuanti: v. Cass., Sez. IV, 19.9.2006, Sidari,

A volte il testo di legge può contenere indicazioni dirimenti. Tanto accade non solo quando espressamente, nel testo della norma, si qualifica un fatto come circostanziale, come ad es. negli stessi artt. 61 e 62 c.p. (altra cosa è quando detta denominazione è operata dalla rubrica, di per sé, come noto, non vincolante: v. infra), ma anche quando la disciplina della fattispecie non può non essere quella propria delle circostanze. Così, ad es., ove prescriva un “aumento” o una “diminuzione” di pena”, senza specificarne l’entità, la legge compie per forza di cose un rinvio implicito agli artt. 64 e 65 c.p., norme appunto dedicate a precisare l’entità di aumenti o diminuzioni conseguenti all’applicazione di circostanze indeterminate [Cass., Sez. Un., 26.2.2002, Fedi, cit.]. Si pensi, altresì, ai sempre più frequenti casi in cui la natura circostanziale del precetto è dimostrata proprio dalla previsione di un regime derogatorio rispetto a quello proprio delle circostanze, ad es. rispetto ai criteri di cui all’art. 69 c.p. [(a) MARINUCCI, DOLCINI, 463; v. infra, § 5].

Particolarmente indicativa dell’intentio legis, ma non determinante, è poi una rubrica che espressamente parli di “circostanze” [per contro, la presenza di uno specifico nomen iuris nella rubrica lascerà propendere per l’individuazione di un’autonoma figura di reato: (a) MARINUCCI, DOLCINI, 464]. In questo caso, fin dove possibile la relativa fattispecie dovrà essere interpretata come se effettivamente fosse una circostanza – quindi, tra l’altro, un’ipotesi speciale rispetto a quella base – mentre l’intitolazione della norma potrà essere tenuta in non cale solo se il tipo di struttura del fatto, o la sua disciplina, risultino necessariamente incompatibili con l’opzione circostanziale [(a) MARINUCCI, DOLCINI, 463]. Così, per intendersi, invece che ritenere ipotesi autonoma di reato la fattispecie di cui all’art. 583 comma 1 n. 1 – chiaramente rubricata come “circostanza aggravante” – sol perché l’elemento dell’“incapacità di attendere alle ordinarie occupazioni” sarebbe diverso, non specializzante, rispetto alla “malattia” quale evento tipico delle lesioni, si impone di valutare se quella norma possa essere interpretata come circostanziale; come in effetti accade, perché il disposto normativo ben può essere riferito al caso in cui, pur non seguendo alla lesione una malattia per un tempo superiore ai quaranta giorni, bensì una malattia più breve, ciò nondimeno a quest’ultima si aggiunga un’incapacità di attendere alle ordinarie occupazioni della stessa durata.

L’indicazione della rubrica non è tuttavia probante quando controbilanciata da dichiarazioni di intenti di segno contrario. Così, se l’art. 640-bis è rubricato come “truffa aggravata”, l’art. 7 della legge 31.5.1965, n. 575 (disposizioni contro la mafia), come modificato dal d.l. n. 152/1992, convertito in legge 12.7.1991, n. 203, fa riferimento ai “delitti previsti” dall’art. 640-bis: Cass., Sez. Un., 26.2.2002, Fedi, cit.. Da segnalare, tuttavia, che la rubrica dell’art. 640-bis c.p. è in sé ambigua, perché non parla di “circostanza” – nozione che rimanda immediatamente, ed etimologicamente, alla natura “accidentale” dell’elemento specializzante – ma allude solo ad un “aggravamento”, fenomeno che potrebbe dirsi sussistente anche nel caso di reato autonomo speciale unilateralmente caratterizzato da più elevati margini edittali rispetto

all'ipotesi generale.

Poco probante il criterio topografico: come vi possono essere circostanze sicuramente tali stabilite in norme autonome rispetto all'ipotesi criminosa cui accedono, così una stessa norma può prevedere più fattispecie autonome di reato (c.d. "fattispecie a più norme": v. Cap. IV, § 2.1). Suggestivi, ma anch'essi non decisivi, dati strutturali [ad es. Cass., Sez. I, 8.11.1990, Filomeno, in CED, 1991/3838], inerenti alla sanzione o al precetto.

Lasciamo parlare le Sezioni Unite: **«In certi casi il legislatore determina la pena richiamando quella prevista in altra norma e applicando sulla stessa una variazione frazionaria in aumento o in diminuzione. Nonostante la determinazione per relationem possa far pensare alla configurazione di una circostanza, sono però frequenti i casi in cui è indubbia la previsione di un autonomo reato: così per la corruzione di persona incaricata di un pubblico servizio (art. 320 c.p.); per la subornazione (art. 377), la cui pena è stabilita in relazione a quelle previste per la falsa testimonianza e la falsa perizia o interpretazione; per i [...] delitti colposi contro la salute pubblica di cui al secondo comma dell'art. 452. In altri casi invece il legislatore determina la pena modificandone la specie o mutando la cornice edittale rispetto alla pena di riferimento. Anche in questi casi in genere l'indizio non è univoco, perché, con siffatte variazioni del trattamento sanzionatorio, talvolta il legislatore ha inteso configurare una figura nuova di reato e talaltra ha semplicemente previsto una circostanza c.d. autonoma o indipendente»**. Per quanto riguarda, poi, la costruzione del precetto «si sostiene che quando la fattispecie è descritta attraverso un mero rinvio al fatto-reato tipizzato in altra disposizione di legge, ci si trova in presenza di una circostanza aggravante [una proposta di questo tenore è quella di (a) MELCHIONDA, 774]. Si replica in contrario che vi sono casi in cui un reato sicuramente autonomo è descritto solo per relationem.

Così per il reato di cui all'art. 251 comma 2 c.p., nel quale l'inadempimento colposo di contratti di fornitura in tempi di guerra è indicato richiamando l'inadempimento doloso di cui al comma 1 dello stesso articolo ("se l'inadempimento del contratto, totale o parziale, è dovuto a colpa"). [...] Altro esempio si può ravvisare nei delitti colposi contro la salute pubblica di cui all'art. 452 c.p., individuati richiamando semplicemente i "fatti" preveduti dagli artt. 438 e 439 c.p.».

Nondimeno, è proprio in considerazione del rapporto strutturale tra gli artt. 640 e 640-bis c.p. che le stesse Sezioni Unite arrivano ad affermare la natura circostanziale della seconda fattispecie, dato che il rinvio al "fatto" dell'art. 640 c.p., operato dall'art. 640-bis c.p., sarebbe volto a costruire una fattispecie davvero strutturalmente corrispondente a quella richiamata, dal punto di vista oggettivo e soggettivo, salva l'aggiunta dell'elemento specializzante;

mentre i richiami contenuti nell'art. 251 comma 2 e nell'art. 452 c.p., non potrebbero essere indice di un'ipotesi circostanziale per il semplice fatto che dette norme

delineano ipotesi colpose che rinviano, per la costruzione del fatto tipico, a corrispondenti ipotesi dolose, come tali intrinsecamente eterogenee [Cass., Sez. Un., 26.2.2002, Fedi, cit.]. Solo

in virtù di una petizione di principio, peraltro, si può sostenere che la strutturazione di una fattispecie mediante il rinvio agli elementi costitutivi di altra fattispecie caratterizzi indubbiamente la prima nei termini di una circostanza; una tale, “economica” tecnica normativa sarebbe in realtà perfettamente consentita ad un legislatore intenzionato a descrivere un’ipotesi autonoma di reato. Contraddicendo in parte il rigore della sua mirabile pars destruens, dunque, la sentenza delle Sezioni Unite alla fine attribuisce anch’essa valore decisivo ad un elemento al più puramente indiziario; anzi, a conti fatti, ad essere enfatizzata è unicamente la relazione di specialità unilaterale tra le due figure criminose, la quale, come si è visto, è il punto di partenza, non certo la méta, d’ogni tentativo di soluzione del problema. Spesso, peraltro, le motivazioni delle sentenze tese ad affermare la natura circostanziale d’una certa fattispecie, una volta private d’ogni orpello privo di effettiva capacità esplicativa – ad es., appunto, il riferimento al “bene giuridico” inteso come mera perifrasi delle caratteristiche strutturali della fattispecie – si scoprono fondate prevalentemente sull’accertamento di un rapporto di specialità unilaterale, nel senso che, a conti fatti, attribuiscono la natura di elemento accidentale ad un elemento aggiuntivo o specializzante in quanto tale: v. ad es., in materia di contrabbando di tabacchi esteri in quantitativi superiori ai quindici chilogrammi, di cui all’art. 2 legge 18.1.1994, n. 50: Cass., Sez. III, 22.5.1996, Stella, in Cass. pen., 1996, 525 («che si tratti di circostanza aggravante è comprovato dalla considerazione che la fattispecie tipica di cui all’art. 2 l. n. 50/94 comprende tutti gli elementi essenziali del delitto di contrabbando semplice previsto dal d.P.R. n. 43/73 e vi aggiunge due elementi specifici, cioè l’oggetto del contrabbando (tabacco estero) e la quantità minima») o riguardo all’ipotesi di favoreggiamento personale allo scopo specifico di aiutare taluno ad eludere le investigazioni o le ricerche in relazione ad un delitto di associazione mafiosa, di cui all’art. 378 comma 2 c.p.: Cass., Sez. VI, 22.3.1996, Vinci, in Cass. pen., 1997, 1723.

Mancando, dunque, quegli elementi probanti che si son detti decisivi, ed essendo ambigue (perché poche, o non concordanti) le indicazioni fornite da profili meramente indizianti, la soluzione, secondo ampia giurisprudenza, dovrebbe essere affidata ad una considerazione teleologica. In particolare, essendo la circostanza un mero elemento accidentale, essa non potrebbe “mutare” l’obiettività giuridica della fattispecie; ove, perciò, si possa ritenere che le due ipotesi poste a confronto tutelano un bene giuridico differente, esse sicuramente non costituiscono, l’una, circostanza dell’altra [Cass., Sez. Un., 19.6.1982, Greco, in CED, 1982/11399; Cass., Sez. Un., 31.5.1991, Parisi, in CED, 1991/9148; Cass., Sez. Un., 20.4.1994, Petrongari, in CED, 1994/6; Cass., Sez. Un., 29.10.1997, Deutsch, in CED, 1998/119; in dottrina, ampiamente, e con numerosi riferimenti alla giurisprudenza: ZAZA, 104 ss.].

Come in altri settori, anche in questo il riferimento al bene giuridico è particolarmente apprezzato dai giudici per la sua estrema duttilità. Quel referente può essere, infatti, diversamente definito enfatizzando certi profili piuttosto che altri della medesima disposizione incriminatrice, sicché esso consente, alla fine, un esercizio di pura equità, utile per calibrare la risposta penale su specificità del caso apprezzabili soltanto in concreto [analoghe considerazioni in PULITANÒ, 448 s.]. Le sentenze appena citate, e molte altre ancora, risultano in primo luogo intimamente contraddittorie (con ciò vieppiù evidenziando come le argomentazioni proposte siano puramente strumentali ad operazioni fondamentalmente intuitive): se anche fosse vero che un mutamento di bene tutelato non può essere operato dall'intervento di una circostanza, sicuramente non vale il contrario, esistendo norme autonome poste a tutela del medesimo bene giuridico [Cass., Sez. Un., 26.2.2002, Fedi, cit.]: forse che non è la vita umana il bene tutelato sia dall'art. 575 c.p. che dall'art. 578 c.p., norma che prevede un diverso trattamento sanzionatorio non in considerazione di una diversa e minore "offensività" dell'infanticidio, ma in ragione di profili puramente motivazionali, come tali estranei all'oggettività giuridica? Invece, molte di queste decisioni argomentano proprio dalla non diversità di bene giuridico per individuare una figura circostanziata: così ad es., Cass., Sez. Un., 31.5.1991, Parisi, cit., in rapporto all'art. 73 comma 5 d.p.r. 9.10.1990, n. 309, rispetto alle ipotesi delineate nei commi precedenti.

L'approccio è incompatibile col diritto vigente e comunque logicamente insostenibile [per una critica v. (a) MELCHIONDA, 568 ss.]. Dal primo punto di vista, che l'intervento di una circostanza non possa coinvolgere obiettività giuridiche diverse da quelle prese in considerazione dalla fattispecie base è petizione di principio smentita dallo stesso art. 84 c.p., che «conferma l'astratta possibilità di qualificare come circostanza anche quanto già separatamente rilevante quale autonoma figura di reato (con conseguente autonoma rilevanza anche sul piano del raccordo ad un ben determinato – e diverso – oggetto di tutela)» [(i) MELCHIONDA, 897], oltre che da molteplici riscontri normativi di parte speciale [PALAZZO, 520 s.]. Così, ad es., la figura certamente circostanziale dell'omicidio commesso in occasione di un delitto di violenza sessuale (art. 576 n. 5) è posta senza dubbio a tutela anche della libertà sessuale, bene del tutto estraneo alla ratio dell'art. 575 c.p. Dal secondo punto di vista, se intendiamo per "bene giuridico" la «traduzione teleologica del contenuto della fattispecie», esso non può che variare anche nei reati circostanziati, in quanto strutturalmente differenziati dalla figura base; se, invece, si vuol far riferimento al valore generico e finale preso di mira dal legislatore, al di là della prescelta tecnica di costruzione della fattispecie, ebbene, esso può accumunare diversi titoli di reati, reciprocamente autonomi [PAGLIARO, 464].

Insomma, come già in altri campi [cfr. Cap. IV, § 2.4], il criterio della identità o diversità di oggettività giuridica è troppo intrinsecamente manipolabile per poter supportare interpretazioni dotate di una pur minima valenza obiettiva: basta, alla bisogna, enfatizzare i profili distintivi ovvero gli elementi di somiglianza strutturale o teleologica tra due diverse fattispecie, entrambi sempre sussistenti quando si tratti

di disposizioni distinte, eppure parzialmente sovrapposte, in quanto collocate in un rapporto di specialità [M. ROMANO, 635].

Secondo Cass., Sez. Un., 26.2.2002, Fedi, cit., le sentenze appena citate avrebbero dedotto la corrispondenza o la differenza tra oggettività giuridiche da una considerazione dei rapporti strutturali tra le fattispecie poste a confronto, sicché, alla fine, ad essere decisivo sarebbe stata proprio questa considerazione, non già il dichiarato approccio teleologico. Ci pare più rispettoso delle esigenze di certezza che devono imporsi su questa delicata questione, dunque, ove non vi siano elementi decisivi, e al tempo stesso non siano univoci i profili meramente indizianti, stabilire un chiaro criterio generale di risoluzione del dubbio. Detto criterio, tuttavia, difficilmente può essere dedotto sic et simpliciter da principi costituzionali.

Così, dopo il '90, essendo richiesto anche per l'imputazione delle aggravanti un requisito soggettivo, non più oggettivo (v. infra, § 3), perde forza l'argomento secondo il quale, nel dubbio, dovrebbe preferirsi la qualifica di elemento costitutivo, così consentendo l'applicazione di una disciplina più rispettosa dell'art. 27 comma 1 Cost. [(b) GUERRINI, 33]. Il ragionamento, in ogni caso, non valeva e non vale per le attenuanti, le quali producevano e producono i loro effetti in bonam partem anche se ignorate, mentre elementi specializzanti che comportino l'applicazione di un reato autonomo (doloso) più lievemente sanzionato operano solo ove effettivamente rappresentati (almeno secondo certe teorie in tema di errore sugli elementi differenziali; adottandone altre, l'elemento costitutivo differenziale rileverebbe anch'esso oggettivamente, sicché alla fine considerare più conforme, o egualmente conforme, al principio di colpevolezza il regime delle attenuanti dipenderebbe da un'opzione dogmatica, con buona pace per quelle esigenze di certezza che si vorrebbero garantire).

Autorevole dottrina [(a) PADOVANI, 249 s.] individua invece il criterio risolutore nel principio di legalità. Poiché la Costituzione pretende che il legislatore stabilisca ciò che è reato con norma di legge determinata, le perplessità circa la natura di un fatto penalmente rilevante sarebbero, di per sé, indice di indeterminatezza, dunque di una norma inadatta a delineare un fatto tipico criminoso; per esclusione, tale norma dovrebbe dunque intendersi come circostanziale. A questa impostazione la giurisprudenza più informata ha obiettato che l'art. 25 comma 2 Cost. vale anche per le circostanze del reato, le quali, dunque, devono essere previste dalla legge e in modo determinato tanto quanto gli elementi costitutivi [Cass., Sez. Un., 26.2.2002, Fedi, cit.].

La dottrina ora evocata richiamava peraltro non solo la citata disposizione costituzionale, ma anche l'art. 1 c.p. Quest'ultima norma, in effetti, può oggi guadagnare un senso specifico ed autonomo, rispetto all'art. 25 Cost., se in essa si legge la pretesa di un coefficiente qualificato di "certezza" per quanto riguarda la classificazione d'un fatto come reato, rispetto ad altre attribuzioni (unicamente di "reato" e di "pena", non di "circostanze", la norma parla).

Sicché, in conclusione, ferma restando la garanzia della legalità predisposta dalla Costituzione, valida anche per gli *accidentalia delicti*, l'art. 1 c.p. può suonare come una sorta di disposizione di carattere interpretativo, appunto volta a stabilire come non possa scorgersi una figura criminosa (ma casomai una circostanza) in un precetto penalmente sanzionato non chiaramente volto a configurare un titolo autonomo di reato; l'art. 1 c.p., così inteso, verrebbe a costituire una peculiare espressione del principio di determinatezza, impedendo il verificarsi di dubbi irresolubili, inammissibili ex art. 25 Cost., riguardo alla natura specifica di certe norme penali [nel dubbio suggerisce di operare per la qualifica circostanziale, stante la ratio del codice Rocco, prima, della riforma del '74, poi, anche **CONTENTO**, 328].

1.2. Natura dei c.d. “reati aggravati dall’evento”.

– Sono “aggravati dall’evento” quei reati (anche contravvenzioni: v. ad es. l'art. 689, comma 2, c.p.) che la norma incriminatrice configura come già perfetti, e dunque punibili, pur se non connotati da un certo evento naturalistico, il quale tuttavia, ove si verifichi, comporta l'applicazione di una pena più grave [v. per tutti (b) **BASILE**, 40 s.; (d) **DE FRANCESCO**, passim; (b) **DE FRANCESCO**, passim; nella dottrina più risalente: **ARDIZZONE**, passim; **GROSSO**, passim].

Si discute, fondamentalmente, se le ipotesi aggravate debbano ritenersi forme circostanziate, ovvero ipotesi autonome di reato. Le differenze di disciplina, accogliendo l'una o l'altra opzione, sono notevoli, specie per quanto concerne i criteri di imputazione [in passato v. **DOLCINI**, passim] e la possibilità di bilanciamento ex art. 69 c.p. (v. infra, §§ 3 e 5) [valorizza quest'ultimo aspetto, per negare che possano essere circostanze, perciò bilanciabili, eventi aggravatori che implicano un'offesa a beni personali di primario rilievo costituzionale: **PUTINATI**, 319 ss.; cfr. anche (a) **MARINUCCI**, **DOLCINI**, 466].

La prima questione, a dire il vero, non si pone nei casi in cui l'evento rilevante non può che essere doloso, costituendo concretizzazione di un'intenzione già necessaria per l'integrazione della fattispecie base, come accade in talune fattispecie di attentato o a dolo specifico (v. ad es. l'art. 286 c.p., o l'art. 642 comma 2 c.p.); né in quelle situazioni ove, stante la natura necessariamente colposa del reato base, pure l'eventuale evento aggravatore non può che essere imputato ad analogo titolo (v. ad es. le ipotesi aggravate dell'art. 452 c.p.: (b) **DE FRANCESCO**, 554).

Il tema dell'imputazione si fa invece problematico quando l'evento non può essere doloso, perché se fosse coperto da dolo si verrebbe ad integrare un diverso e più grave titolo di reato (così, ad es., rispetto all'art. 571 comma 2 c.p. – lesione personale o morte come conseguenza di un abuso dei mezzi di correzione o di disciplina – ove la commisurazione della pena in un caso in rapporto a quella propria delle lesioni dolose, con riduzione a un terzo, nell'altro in termini sensibilmente inferiori rispetto all'omicidio doloso, lascia intendere, al di là d'ogni considerazione di dettaglio circa un possibile “concorso apparente di norme”, come l'omicidio o la lesione coperti da dolo anche solo eventuale, realizzati mediante un abuso dei mezzi di correzione o di

disciplina, debbano essere qualificati, rispettivamente, dagli artt. 575 e 582 c.p., in concorso formale con l'ipotesi dell'art. 571 comma 1 c.p.).

Valutazioni analoghe valgono ad es. riguardo all'art. 572 comma 2 c.p.: v. ad es. Cass., Sez. I, 14.5.2008, M., in CED, 2008/21329 o Cass., Sez. I, 21.2.2003, Spataro, in CED, 2003/16578; ma non ad es. con riferimento all'art. 605 comma 4 c.p., delineato dall'art. 3 comma 29 legge 15.7.2009, n. 94 – morte del minore provocata dal sequestratore durante il sequestro di persona – ove la previsione dell'ergastolo lascia intendere come sia ivi compresa anche – o, secondo la giurisprudenza, soltanto – la realizzazione dolosa dell'aggravante, per cui trattasi di reato complesso ex art. 84 c.p. V. già, rispetto all'analoga previsione dell'art. 630 comma 3 c.p. – ove peraltro la contrapposizione rispetto all'ipotesi di morte “non voluta”, di cui al comma 2, rende più evidente la portata intrinsecamente dolosa della fattispecie del comma 3 – Cass., Sez. I, 22.1.2009, Xie e altri, in CED, 2009/13544; Cass., Sez. II, 22.6.1990, Bernasconi, in CED, 1990/9084.

In questi casi v'è da chiedersi se l'evento debba essere almeno colposo. Il medesimo quesito concerne i casi in cui la disposizione incriminatrice non offre, di per sé, alcuna indicazione riguardo all'eventuale necessità di un legame successivo con l'evento aggravatore; neppure un'indicazione negativa, perché la realizzazione, foss'anche dolosa, del fatto non sarebbe comunque rilevante come reato autonomo, sicché si prospetta una sostanziale indifferenza rispetto al tipo di imputazione (così nel caso dei delitti contro l'amministrazione della giustizia di cui agli artt. 371 bis-374, aggravati dalla condanna ex art. 375 c.p.; v. altresì l'art. 368 ultimo comma c.p.) [su tali distinzioni cfr. TAGLIARINI, 20 ss.; (b) DE FRANCESCO, 554 ss.; BONDI, 49 ss.]. Ove il criterio soggettivo di imputazione sia incerto, l'alternativa che si prospetta è la seguente. Dovesse trattarsi di circostanze, diverrà applicabile l'art. 59 comma 2 c.p. nella sua interezza – con indifferenza, dunque, tra un criterio di conoscenza e altro di mera “conoscibilità” [sulla riferibilità di detti criteri anche ad eventi futuri e sulla possibilità di operare una valutazione di “colpa” in re illecita, v. infra, §§ 3.1 e 3.2] – oppure solo nella parte relativa alla “conoscibilità”, se l'evento non può essere doloso [sulla conciliabilità dell'art. 59 comma 2 c.p. con casi ove solo uno dei criteri ivi disciplinati sia praticabile, v. infra, § 3; in generale, sui supposti problemi di “compatibilità” dell'art. 59 comma 2 c.p. coi reati aggravati dall'evento, v. (d) DE FRANCESCO, 176 ss.].

Riconoscendo in tali fattispecie, per contro, dei reati autonomi, esse assumerebbero i tratti di reati preterintenzionali quando l'evento ulteriore non deve essere voluto [cfr., in termini più articolati, TAGLIARINI, 180 ss. A questo riguardo, intendendo la preterintenzione come “dolo misto a colpa”, poco cambierebbe rispetto ad una qualificazione in termini circostanziali, mentre la distinzione si fa essenziale se si considera la preterintenzione un dolo misto a responsabilità oggettiva. V. ad es. di recente Cass., Sez. VI, 15.10.2009, D.N., in CED, 2009/44492, in tema di maltrattamenti in famiglia seguiti da morte per suicidio della vittima: la Cassazione afferma la necessità di una valutazione in concreto della prevedibilità dell'evento –

escludendo la praticabilità di un'imputazione obiettiva, quale quella in sostanza prospettata dal ricorso del procuratore generale – proprio in virtù dell'applicazione dell'art. 59 comma 2 c.p.].

Nei casi in cui non vi siano indicazioni specifiche sul nesso soggettivo rilevante, l'ordinario criterio dell'art. 42 comma 2 c.p., dovrebbe imporre – ci pare – un'imputazione necessariamente dolosa (o indifferentemente dolosa o colposa, in caso di contravvenzione).

Così evidenziata la portata del dilemma, bisogna subito precisare che essa non deve far perdere di vista come, in fondo, si tratti di risolvere un ordinario problema di distinzione tra circostanze ed elementi costitutivi del reato, sicché di volta in volta (cioè in relazione ad ogni singola fattispecie, non riguardo ad ogni singola categoria, né tantomeno alla categoria dei reati aggravati dall'evento indistintamente considerati) bisognerà applicare i criteri di cui si è detto supra, § 1.1; ivi compreso, nel caso di dubbio persistente, l'indicazione tranchant desumibile dall'art. 1 c.p. [(a) PADOVANI, 249].

La giurisprudenza sembra dare per scontata la natura circostanziale delle ipotesi di cui ad es. all'art. 572 comma 2 c.p. – v. ad es. Cass., Sez. I, 21.2.2003, Spataro, cit. – anche al fine di argomentare meglio la pretesa di un requisito di prevedibilità in concreto; requisito la cui necessità è dedotta in primis direttamente dall'art. 27 comma 1 Cost., e che poi, specie nelle ipotesi di maltrattamento seguito da suicidio, consente di “surrogare” sul piano dell'imputazione un nesso causale “tra condotte” come tale sfuggente e discutibile; o, al contrario, è utile ad eludere il complesso problema del nesso causale in simili situazioni, ove sia possibile affermare che comunque non ci sarebbe stata prevedibilità: Cass., Sez. VI, 15.10.2009, D.N., cit.; Cass., Sez. VI, 29.11.2007, P.A., in CED, 2008/12129 e in Riv. pen., 2009, 497, con nota di CARMONA; v. altresì DI SALVO.

La giurisprudenza, se dunque intende valorizzare le ricadute positive di una qualificazione in termini circostanziali – proponendo un'interpretazione dell'art. 59 comma 2 c.p. capace di rendere tale norma adatta anche ad eventi aggravatori futuri

– non sembra tuttavia condividere la preoccupazione di parte della dottrina, per cui sarebbe meglio una qualificazione in termini di “reati autonomi” di simili aggravanti, ad evitare il rischio di negare rilievo ad eventi tanto offensivi per l'equivalenza o prevalenza di attenuanti ex art. 69 c.p. [argomento che vale soprattutto riguardo a quegli eventi aggravatori costituiti da morte o lesione necessariamente voluti, la cui bilanciabilità determinerebbe discutibili disparità di trattamento rispetto alle ipotesi di omicidio o lesione dolosa o preterintenzionale: v. GALLO, 390 ss.].

Invero, proprio la gravità e la pregnanza di simili eventi farà sì che, nell'assoluta normalità dei casi, la relativa aggravante non possa essere elisa da una qualsiasi attenuante, anche in applicazione dell'art. 69 c.p.; detto in altri termini, la

giurisprudenza sul punto confida nella propria capacità di gestire in modo ragionevole il potere discrezionale di bilanciamento.

La chiara rubrica dell'art. 375 c.p. non lascia adito a dubbi circa la natura circostanziale delle ipotesi ivi previste (v. ad es. Cass., Sez. VI, 26.3.1999, Poletti, in CED, 1999/1096). Nessuna incertezza, altresì, nei casi in cui sia il testo stesso della norma a qualificare come circostanza la figura aggravata: si consideri ad es. il comma 5 dell'art. 280 c.p., in relazione ai commi 2 e 4, o l'art. 280-bis, comma 5, rispetto ai commi 3 e 4 [l'ipotesi dell'art. 280 comma 2, è stata ritenuta configurare una fattispecie autonoma di reato da C. cost., 28.6.1985, n. 194, in Riv. it. dir. proc. pen., 1986, 1293, perché non potrebbe costituire circostanza la concretizzazione dell'evento verso il quale si orienta il dolo specifico del reato base di mero pericolo.

È, però, una petizione di principio l'asserzione secondo la quale ad una fattispecie di pericolo dovrebbe necessariamente corrispondere una fattispecie autonoma di danno [cfr. (b) DE FRANCESCO, 556], sicché la Corte, in quella sentenza, antepone una ricostruzione dogmatica, oltretutto niente affatto inoppugnabile, ad una evidente opzione in senso contrario del legislatore, con un «pregiudizio intellettualistico, saggiamente evitato nel caso di specie dalla dottrina» [sul punto (c) DE VERO, 1314 ss.].

2. Diverse tipologie di circostanze e relativa disciplina.

Definita in genere la categoria delle circostanze, è adesso opportuno dar conto di certe ulteriori classificazioni al suo interno.

Quanto a estensione del campo applicativo, si distinguono le circostanze comuni – previste in norme di portata generale in linea di principio riferibili a qualsiasi reato, salvi, ovviamente, casi di incompatibilità strutturale o teleologica [M. ROMANO, 638] – da quelle speciali, ovvero applicabili ad una o alcune fattispecie di reato ben determinate (v. ad es. l'art. 576 c.p. – circostanze aggravanti dell'omicidio doloso).

Le circostanze speciali si applicano a forme di manifestazione del reato al quale si riferiscono, ed in particolare alle ipotesi di tentativo? Nonostante le perplessità di parte della dottrina, che ritiene tale estensione contraria al principio di legalità [problematicamente GALLISAI PILO, 778 s.; (b) MARINI, 156], la giurisprudenza propende nettamente per una risposta positiva [v. ad es. di recente Cass., Sez. IV, 20.5.2009, Bodoj e altro, in CED, 2009/31973 (tentato furto con destrezza); Cass., Sez. V, 18.1.2008, Carratù, in CED, 2008/6355 (tentato furto di gasolio aggravato dall'esposizione dell'autobus alla pubblica fede)]. In tutte queste sentenze ci si interroga circa la compatibilità strutturale della singola circostanza con la morfologia del delitto tentato, ma mai ci si preoccupa dell'estendibilità delle circostanze speciali, in quanto tali, al tentativo stesso, dando evidentemente per scontato quel che è predicato da ampia dottrina, cioè che «richiamandosi al “delitto”, l'art. 56 non può non riferirsi, oltre che al delitto semplice, anche a quello circostanziato» [ZUCCALÀ, in CRESPI, FORTI, ZUCCALÀ, 227; MANTOVANI, 448; M. ROMANO, 660 s.]; salvo poi precisare, in dottrina almeno, che stante il principio di operatività obiettiva

delle circostanze [tuttavia per ZUCCALÀ, in CRESPI, FORTI, ZUCCALÀ, 228, oggi operante solo per le attenuanti], esse, anche rispetto al tentativo, potrebbero prendersi in considerazione solo se effettivamente realizzate, per cui sarebbe rilevante un delitto tentato circostanziato, non un delitto circostanziato tentato [(a) MARCONI, 111; ALBAMONTE, 530 ss.; LAI, 816; (d) PADOVANI, 205; (a) PADOVANI, 278; nello stesso senso, Trib. Roma, 9.12.1987, in Cass. pen., 1988, 1550, con nota adesiva di FINI; contra: CALABRIA, 1361 ss.; D. GROSSO, 320; MANTOVANI, 448 s.]. Amplius, Cap. II, §§ 7.7 e 7.8.

Valorizzando invece i rapporti strutturali e funzionali con gli elementi del fatto tipico, si suole in primo luogo differenziare la circostanza intrinseca da quella estrinseca. La prima specifica elementi già del fatto tipico (soggetto attivo, soggetto passivo – v. ad es. l'art. 576 n. 5.1 – presupposti della condotta, condotta – v. ad es. l'art. 577 n. 2 – evento – v. l'art. 61 n. 7, almeno per quei reati ove il danno patrimoniale è elemento costitutivo – elemento soggettivo – cfr. art. 577 n. 3), la seconda aggiunge elementi alla fattispecie che non possono ritenersi specificazione di quelli essenziali (così l'aggravamento delle conseguenze del delitto cui si riferisce l'art. 61 n. 8).

Ai sensi dell'art. 70 c.p., si deve altresì distinguere tra circostanze oggettive, allorché concernano appunto profili obiettivi del reato, espressivi della sua offensività (la natura, la specie, i mezzi, l'oggetto, il tempo, il luogo e ogni altra modalità della condotta; la gravità del danno o del pericolo; le condizioni o le qualità personali dell'offeso), ed invece soggettive, quando precisino l'intensità del dolo o il grado della colpa, le condizioni e qualità personali del colpevole, i rapporti tra il colpevole e l'offeso, o comunque circostanze inerenti alla persona del colpevole, cioè in particolare inerenti all'imputabilità e alla recidiva [in materia: (b) PROSDOCIMI, 269 ss.].

Quest'ultima classificazione era importante ai fini dell'art. 118 c.p., in tema di applicazione delle circostanze ai concorrenti nel reato. Modificato con l'art. 3 della legge 7.2.1990, n. 19, l'art. 118 c.p. non considera più rilevante la natura oggettiva o soggettiva della circostanza, limitandosi a prescrivere la non estendibilità ai partecipi delle circostanze concernenti “i motivi a delinquere, l'intensità del dolo, il grado della colpa” e di quelle “inerenti alla persona del colpevole”. L'art. 70 c.p., dunque, non si coordina più con questa disposizione, se non per definire la nozione di circostanze “inerenti alla persona del colpevole” [sul punto sia permesso un rinvio a VALLINI, 47; per ulteriori e aggiornati riferimenti all'interpretazione dell'art. 118 venuto meno il collegamento con l'art. 70, v. CERQUA, in CRESPI, FORTI, ZUCCALÀ, 316 ss.]. La norma, tuttavia, mantiene un senso se intesa come riferita anche alle circostanze di esclusione della pena (scriminanti, scusanti: l'art. 70 c.p. non parla, in effetti, di circostanze attenuanti o aggravanti), dato che nell'art. 119 c.p. sopravvive una disciplina che valorizza la natura oggettiva o soggettiva di motivi di non punibilità (v. Cap. III, §§ 5 e 6) [M. ROMANO, 719 s.]. Essa è inoltre utile nella misura in cui fuga ogni dubbio circa la natura circostanziale di istituti quali la recidiva o gli aumenti e le diminuzioni sanzionatorie in materia di imputabilità [CERQUA, in CRESPI, FORTI, ZUCCALÀ, 315].

Il tema delle circostanze “soggettive” ed “estrinseche” è oggetto di peculiare valorizzazione nella recente ed importante Cass., Sez. Un., 11.2.2009, De Angelis e altro, in CED, 2009/5941 e in Resp. civ. prev., 2009, II, 1808, con nota di MANCA. Si è difatti esclusa la possibilità di estendere ai concorrenti nel reato l’attenuante del risarcimento del danno ex art. 62 n. 6, non già perché “soggettiva” ex art. 70 c.p. (dato irrilevante alla luce del nuovo art. 118 c.p.); non già perché, pur non rientrando nel novero delle circostanze di cui si nega espressamente il rilievo per i concorrenti, ex art. 118 c.p., comunque intrinsecamente inadatta ad ascriversi a chi non l’abbia personalmente realizzata (le Sezioni Unite sembrano dissociarsi dall’interpretazione [VALLINI, 47] secondo la quale singole circostanze non espressamente escluse dal meccanismo di applicazione ai concorrenti disciplinato dall’art. 118 c.p. potrebbero comunque riferirsi unicamente al partecipe che le abbia integrate, in virtù della loro struttura e ratio: tale lettura, per vero, troppo concederebbe al «soggettivismo del giudice nella ricerca dei principi (unici o plurimi?) regolatori l’imputazione ai concorrenti»); ma perché la circostanza, intervenendo dopo la consumazione del reato (perciò estrinseca, anche se il giudice non usa questo termine), si collocherebbe in una fase in cui il concorso di persone si è ormai “dissolto”.

In ragione del contenuto, si possono distinguere circostanze definite e indefinite.

Le prime si caratterizzano per uno sforzo di tipizzazione da parte del legislatore, le seconde per una programmatica “delega” al giudice, cui viene rimesso il compito di valutare se il reato risulti di gravità o tenuità tale da giustificare un aggravamento o una diminuzione di pena. Le seconde, se aggravanti, pongono seri problemi di costituzionalità, per violazione del principio di determinatezza di cui all’art. 25 comma 2 c.p. [per tutti M. ROMANO, 639; con particolare riferimento alle aggravanti indefinite ad efficacia speciale: (d) DE VERO, 182; riguardo alle aggravanti, perché rispetto ad esse, se indefinite, non sarebbe praticabile un’adeguata contestazione processuale: BRICOLA, 1065 ss.].

La distinzione, tuttavia, è relativa [in linea di principio v. già LATAGLIATA, 100 ss.]: a fronte di circostanze sicuramente determinate (v. l’art. 577 n. 1: “ascendente” e “discendente” sono elementi normativi determinati, stante la chiara definizione risultante dal combinato disposto dell’art. 75 c.c. e 540 c.p.), ed altre sicuramente indeterminate (le circostanze generiche di cui all’art. 62-bis c.p.: v. infra, § 5), ve ne sono alcune costituite da elementi vaghi, che come tali pretendono una precisazione da parte del giudice (ad es.: quand’è che il danno è “di rilevante gravità”, ai sensi dell’art. 61 n. 7 c.p.). Queste ultime, per quanto formalmente qualificabili come definite, non pongono problemi di determinatezza tanto diversi da quelli sollevati da altre aggravanti invece senza dubbio indefinite [perché riferite, ad es., alla “particolare gravità del fatto”: v. ad es. art. 4 legge cost. 16.1.1989, n. 1].

Il concorso di reati da altalex

Quando un soggetto commette più reati abbiamo il cosiddetto concorso di reati.

Concorso materiale. Se un soggetto, con più azioni, commette più reati abbiamo il cosiddetto concorso materiale. In caso di concorso materiale si applicano tante pene quanti sono i reati commessi (anche se poi il legislatore ha previsto alcuni temperamenti).

Concorso formale. Se un soggetto con una sola azione commette più reati abbiamo il cosiddetto concorso formale di reati. In tal caso si applica la pena prevista per il reato più grave aumentata fino al triplo. Ad esempio Tizio, violentando la figlia, commette il reato di incesto, violenza carnale e lesioni personali.

Il concorso materiale può essere omogeneo o eterogeneo.

Il concorso omogeneo si ha quando il soggetto viola più volte la stessa norma.

Il concorso eterogeneo si ha quando le violazioni concernono norme diverse.

Il concorso materiale

Molti autori sostengono che il concorso materiale non sia una forma di manifestazione autonoma del reato. Si tratterebbe in realtà di più reati, che come tali vengono disciplinati dal legislatore, il quale, agli articoli 71 e ss., si limita a porre delle diminuzioni di pena in determinati casi specificati. Il concorso materiale – che oggi ha perso parte della sua importanza da quando il reato continuato può ravvisarsi anche tra reati di specie diversa - assurge a rilevanza autonoma solo nel caso della connessione (quando il reato è commesso per occultarne un altro o per commetterne un altro), che all'articolo 61 n. 2 è prevista come circostanza aggravante del reato, e inoltre ai fini della prescrizione, dell'estinzione del reato e della procedibilità.

Il concorso formale

Anche il concorso formale può essere omogeneo o eterogeneo.

Requisito fondamentale del concorso formale è - lo ripetiamo - che siano commessi più reati con una sola azione o omissione. Il concorso è omogeneo quando il soggetto viola la stessa norma più volte; ad esempio un automobilista sbanda e uccide più persone; oppure un buontempone invia una lettera offensiva contenente insulti e minacce a più persone diverse.

Invece il concorso è eterogeneo quando il soggetto viola norme diverse; è l'esempio di colui che spara e uccide una persona danneggiando contemporaneamente un'auto in sosta. Il motivo per cui il legislatore ha preferito la disciplina meno grave del cumulo giuridico a quella del cumulo materiale risiede principalmente in due ordini di ragioni.

Anzitutto si è detto che la sofferenza causata dalla pena non cresce in proporzione all'aumento, ma cresce geometricamente con l'aumentare del tempo. Si è detto inoltre che chi con una stessa azione viola più norme di legge è meno pericoloso di chi viola le stesse norme con più azioni od omissioni. Per capire meglio la questione, occorre quindi andare ad analizzare la differenza tra il concetto di unità e pluralità di azione.

Unità e pluralità di azione

Il problema

La distinzione tra concorso materiale o formale, dunque, riposa sulla presenza di un'azione unica o di una pluralità di azioni.

Stabilire se in un dato caso ricorra pluralità o unità di azione sembra facile in teoria, ma in pratica non lo è affatto. Ad esempio, Tizio spara a Caio per uccidere; il proiettile trapassa il corpo e colpisce un'auto in sosta che prende fuoco e provoca l'incendio di un palazzo. I reati commessi sono i seguenti: omicidio, danneggiamento e incendio. Le azioni compiute da Tizio, sono le seguenti: prendere la pistola, alzare il grilletto e sparare. Dal punto di vista giuridico il soggetto ha commesso una sola azione. Dal punto di vista naturalistico ne ha commesse di più.

La difficoltà sta inoltre nel fatto che qualsiasi azione umana può essere a sua volta scomposta in più azioni e qualsiasi azione giuridica può essere ugualmente scomposta in più azioni o addirittura unificata. Ad esempio dal punto di vista naturalistico sparare è un'azione che, in se stessa, ne comprende altre (premere il grilletto, mirare, ecc.); dal punto di vista giuridico, invece, se Tizio uccide Caio con più colpi di pistola non abbiamo più azioni, ma, penalmente, un'unica azione consistente nell'omicidio.

Il nostro problema, quindi, è capire in quale caso abbiamo più azioni in senso giuridico.

La questione è pressoché irrisolvibile, e questa complicazione si riflette nella giurisprudenza, che oscilla da una tesi all'altra, perché il tutto è reso più difficile dalle diverse concezioni della condotta che ricorrono nel diritto penale.

Il problema, quindi, si riconnette a quello, cui si è accennato a suo tempo, del concetto di condotta.

Un esempio: è pacifico che il ladro che ruba più oggetti in un appartamento risponde di un unico reato di furto e non di più reati. La varie teorie sull'unità o pluralità di azione dovrebbero spiegare perché il diritto considera unitariamente tale illecito. La verità è che nessuna teoria ci riesce, come stiamo per vedere, e ancora una volta l'irrisolvibilità del problema e la sua complicazione dipende dall'ostinazione della dottrina a non voler ammettere che tutto dipende dalla valutazione dell'interprete.

Unità e pluralità di azione, dal punto di vista della teoria finalistica

Dal punto di vista della teoria finalistica dell'azione (secondo cui condotta è il fatto dell'uomo diretto ad un fine), affinché l'azione sia giuridicamente unica, occorrono due requisiti principali:

- l'azione deve essere contestuale e
- essere diretta ad un fine unico.

Occorre, poi, un terzo requisito e cioè che il diritto consideri unitariamente l'azione in questione. Utilizzando questo criterio si giunge a considerare unico, dal punto di vista giuridico, anche il fatto composto in realtà da più azioni quale:

il reato continuato,

l'ipotesi in cui un soggetto con più azioni quasi contestuali commetta più volte lo stesso reato. Ad esempio un ladro che ruba numerosi oggetti in un appartamento, o un delinquente che danneggia più auto in sosta .

Contro la teoria finalistica si sono mossi i seguenti rilievi:

- a) non si potrebbe ravvisare unicità di scopo, e quindi di condotta, tra un reato colposo e uno doloso;
- b) non sarebbe possibile ravvisare il concorso tutte le volte (e sarebbero la maggior parte) in cui il soggetto abbia di mira più scopi.
- c) Ma in realtà l'obiezione più penetrante alla teoria finalistica è che il diritto ammette la pluralità di reati nonostante l'unicità dello scopo (articolo 61 n. 2), o, al contrario, l'unità del reato in presenza di condotte plurime.

Senza contare che rimane irrisolto un punto della teoria di Antolisei, e cioè come capire quando è che il diritto considera unitariamente l'azione in questione (ad esempio non viene spiegato perché il furto di più oggetti sarebbe considerato unitario)

Unità e pluralità di azione, dal punto di vista delle teorie normative

La teoria dell'evento

Si è quindi optato per ravvisare l'unità o la pluralità delle azioni quando l'azione sia unica o plurima dal punto di vista giuridico, cioè dal punto di vista dell'evento giuridico preso in considerazione dalla norma.

Sarebbe cioè il numero degli eventi a determinare il numero delle azioni.

Ma anche questa teoria si presta a varie obiezioni, prima tra tutte quella per cui il concetto di evento giuridico è variabile a seconda del parametro che si prende in considerazione.

La teoria normativa pura

Sempre dal punto di vista normativo, allora, si è detto che l'unità o pluralità dei reati dipenderebbe dalla considerazione che di essi ha la norma penale. Occorrerebbe cioè vedere se la norma penale considera questi reati come unici o plurimi. Decisivo, quindi, circa la pluralità o meno di reati, è il fatto in quanto qualificato dalla norma.

Contro questa tesi si è detto che essa ammette una assoluta libertà creativa del diritto, che non sarebbe vincolato ad alcuno schema ontologico e razionale; "e come ogni esasperazione giuspositivistica apre il diritto a tutti i contenuti, al limite anche ai più irrazionali e liberticidi".

Unità o pluralità di azioni, dal punto di vista sociale

In realtà il problema della tesi normativa è che si tratta di una non-tesi, nel senso che non fa che restituire all'interprete esattamente il problema di partenza. Visto che esso consiste nello stabilire quando c'è unità o pluralità di reati, dire che la soluzione dipende dalla valutazione normativa significa non risolvere la questione e lasciarla intatta, rimandando la palla all'interprete.

E infatti per rendersi conto che il problema è in realtà insolubile, basta vedere quanto dice Pagliaro a proposito delle implicazioni pratiche della teoria normativa.

Secondo l'autore quando le fattispecie non tutelano beni altamente personali (come la vita, l'incolumità, ecc...) in genere ad una pluralità di eventi o di offese corrisponde unità di reati; ciò spiega perchè il ladro che ruba più oggetti è punito per un solo furto. Il contrario capita nei reati che offendono beni di rilevante interesse giuridico.

Tuttavia può capitare che ci sia pluralità di azioni dal punto di vista naturalistico, che al contempo si presenti come unità dal punto di vista giuridico, perchè tutto "dipende dai fini perseguiti dal diritto".

Appunto: siccome individuare il fine perseguito dal diritto equivale a infilarsi in un labirinto inestricabile, la teoria normativa rimanda, senza affermarlo chiaramente, il problema all'interprete; il che è come dire che esso è irrisolvibile sul piano normativo.

Molto meglio, allora, perchè più chiara e onesta intellettualmente, la tesi di Fiandaca-Musco: l'unità o pluralità delle azioni si individuano sul piano normativo-sociale, ogniqualvolta ricorra contestualità di atti e unicità di fine, collocandosi però da un punto di vista non normativo, ma giuridico-sociale. Cioè, in ultima analisi, dal punto di vista dell'interprete.

A proposito del problema dell'unità o pluralità di azioni, infatti, è stato anche efficacemente detto che "i criteri proposti si librano in realtà in una sorta di terra di nessuno in forza del loro carattere fondamentalmente aprioristico".

Concorso di reati e reato continuato

All'interno della categoria del concorso materiale si rinviene la particolare figura del reato continuato disciplinato dall'articolo 81, comma 2 c.p.. Tale figura è disciplinata in modo autonomo rispetto al concorso di reati atteso che la pluralità di reati commessi dalla stessa persona appare l'esecuzione di un medesimo disegno criminoso e non di autonome risoluzioni.

L'art. 81, comma 2 c.p. dispone che soggiace alla stessa pena prevista per il concorso formale – violazione più grave aumentata fino al triplo- chi con più azioni od omissioni esecutive di un medesimo disegno criminoso, commette, anche in tempi diversi, più violazioni della stessa o di diverse disposizioni di legge.

Qual è la ratio dell' istituto?

Secondo autorevole dottrina e la prevalente giurisprudenza la ratio è quella di introdurre un trattamento sanzionatorio più mite rispetto ai normali casi di concorso, in quanto la riprovevolezza dell' agente viene ritenuta minore, oltretutto il disvalore sociale che connota tali reati, che non scaturiscono da molteplici progetti ma conseguono ad un'unica determinazione criminosa, è minore.

Al contrario non mancano Autori inclini a considerare la medesimezza del disegno criminoso come ragione di aggravamento della colpevolezza.

Gli elementi costitutivi del reato continuato sono tre:

- 1) Pluralità di azioni o di omissioni, intesa in senso giuridico e non naturalistico;
- 2) Violazione della stessa o di diverse disposizioni di legge: a tal proposito è opportuno richiamare la novella legislativa intervenuta nel 1974 (D.L. 99/74) la quale ha affiancato alla precedente previsione che configurava il reato continuato solo nel caso di violazione della stessa disposizione di legge, l'ipotesi di violazione di diverse disposizioni di legge in applicazione del principio del favor rei.
- 3) Medesimezza del disegno criminoso: questo punto merita maggior approfondimento. Dibattuto in dottrina è, infatti, cosa debba intendersi per medesimo disegno criminoso.

Una parte degli Autori ha ritenuto che l'espressione "medesimo disegno criminoso" sarebbe da intendersi in un'accezione puramente intellettuale, come mera rappresentazione mentale anticipata dei singoli episodi delittuosi poi commessi dall'agente.

Altra parte della dottrina ha invece ritenuto che oltre all'elemento intellettuale sarebbe necessario un ulteriore elemento quale l'unicità dello scopo. I diversi reati devono porsi fra loro in rapporto di interdipendenza funzionale rispetto al conseguimento di un unico fine.

La giurisprudenza ha evidenziato che per la configurazione del medesimo disegno criminoso occorre che in esso risultino comprese, fin dall'inizio, le diverse azioni od omissioni nei loro elementi essenziali. Le singole condotte devono essere ricollegate ad un'unica previsione di cui i diversi reati costituiscono la realizzazione, non potendosi ravvisare un medesimo disegno criminoso in un astratto e generico programma delinquenziale (Cassazione, 29 maggio 2014, n.9623).

Quanto all'elemento soggettivo, è intuitivo che ai fini della configurabilità di tale tipologia di reato è necessario il dolo, l'assenza di volontà rispetto ad uno o più episodi delittuosi, infatti, fa venir meno l'unicità del disegno criminoso.

Qual è il trattamento sanzionatorio?

L'articolo 81, comma 1 c.p. stabilisce l'applicabilità del cumulo giuridico – si applica la pena che dovrebbe infliggersi per il reato più grave aumentata fino a un triplo-. La pena non può, in ogni caso, essere superiore a quella applicabile sommando le singole pene per i reati in concorso.

In merito alla violazione più grave sulla base della quale si applica l'aumento si sono registrati due orientamenti:

– L'orientamento maggioritario ha ritenuto che per violazione più grave dovesse intendersi quella più gravemente punibile in astratto facendo riferimento all'astratta previsione legislativa, alla entità delle sanzioni applicabili per i singoli reati in continuazione nonché alle circostanze aggravanti ed attenuanti, al tentativo, alla recidiva:

– altri hanno fatto riferimento alla violazione che risulta più gravemente punita in concreto facendo riferimento non solo al titolo di reato e alle corrispondenti pene edittali ma anche agli altri elementi che incidono sulla valutazione dei singoli episodi, compresi gli indici di commisurazione ex art. 133 c.p..

Quali sono i risvolti applicativi?

Un aspetto interessante è l'applicabilità di tale istituto in caso di giudicato. A tal proposito si segnala l'art. 671 c.p.p. il quale, in sede di esecuzione penale, prevede la possibilità per il condannato o per il p.m., nel caso di più sentenze o decreti penali di condanna emessi nei confronti dello stesso soggetto, di chiedere l'applicazione della disciplina del concorso formale o del reato continuato. In tal caso, se il giudice dell'esecuzione riconosce la continuazione, lo stesso soggiace al limite previsto dal secondo comma dell'art. 671 c.p.p. – la pena non può essere superiore alla somma di tutte le pene inflitte con i provvedimenti considerati- e non a quello fissato dall'art. 81 c.p..

Un'altra questione pratica riguarda la possibilità di ammettere la continuazione tra reati già giudicati e reati che sono ancora invece sub iudice. La Corte Costituzionale con sentenza interpretativa del 1987 ha dato risposta positiva. Ne consegue che il giudice della cognizione dinanzi al quale venga prodotta una sentenza passata in giudicato relativa alla stessa persona può applicare il regime del reato continuato.

Tornando ai limiti di pena previsti dall'art. 81 ultimo comma quest'ultimo prevede che, salvo restando i limiti del terzo comma, se i reati in concorso formale o in continuazione con quello più grave sono commessi da soggetti ai quali sia stata applicata la recidiva prevista dall'articolo 99, quarto comma – cioè la recidiva reiterata- l'aumento della quantità di pena non può essere comunque inferiore ad un terzo della pena stabilita per il reato più grave.

A tal fine si segnala in materia il recente arresto delle Sezioni Unite (Cass., Sez. Un., sent. 23 giugno 2016, Pres. Canzio, Rel. Ramacci).

La Corte di Cassazione ha stabilito che la recidiva, nell'ipotesi in esame, rileva anche quando dichiarata equivalente a circostanze di segno opposto.

In particolare, le Sezioni Unite, hanno enunciato testualmente il seguente principio di diritto: “Il limite di aumento di pena non inferiore a un terzo della pena stabilita per il reato più grave, di cui all'art. 81, quarto comma, cod. pen. nei confronti di soggetti ai quali sia stata applicata la recidiva prevista dall'art. 99, quarto comma, stesso codice, opera anche quando il giudice consideri la recidiva stessa equivalente alle riconosciute attenuanti”.

CONCORSO APPARENTE DI NORME

17311/2017

LE SEZIONI UNITE E IL CONCORSO APPARENTE DI NORME, TRA CONSIDERAZIONI TRADIZIONALI E NUOVI SPUNTI INTERPRETATIVI

Nota a Cass., SSUU, sent. 22 giugno 2017 (dep. 12 settembre 2017), n. 41588,

Pres. Canzio, Rel. Montagni, Ric. La Marca

di Gabriele Serra

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il fatto concreto e le fattispecie incriminatrici. – 3. L'orientamento tradizionale della giurisprudenza. – 4. La posizione delle Sezioni Unite. Profili tradizionali... - 4.1. (segue)...e nuovi parametri. Il rapporto con il ne bis in idem. – 5. Spunti interpretativi e profili evolutivi del concorso apparente di norme.

1. Premessa.

Con la sentenza in commento, le Sezioni Unite tornano ad occuparsi del tema del concorso apparente di norme, con riferimento alla particolare ipotesi di alcune fattispecie incriminatrici previste da leggi speciali in tema di armi ⁷⁴.

La recente sentenza n. 41588/2017 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, ripropone il tema del concorso apparente di norme e dei criteri atti a risolvere i conflitti. Traendo spunto dalla pronuncia, il contributo analizza il tema anche alla luce della giurisprudenza della CEDU e della Corte Costituzionale, evidenziando i punti di contatto con il tema del c.d. ne bis in idem sostanziale e prova a fornire un quadro in ordine ai criteri ermeneutici, anche fornendo alcuni nuovi spunti interpretativi, che possono guidare l'interprete nella soluzione dei problemi nei rapporti tra fattispecie incriminatrici. Nonostante la particolarità dei reati di cui tratta, la sentenza è densa di argomentazioni aventi peso e carattere generale, posto che la Corte, nella sua massima espressione, scioglie il nodo interpretativo, in ordine alla sussistenza di un concorso apparente tra norme ovvero di un concorso formale di reati, attingendo da tutti i principali e più recenti formanti sul punto, facendo emergere peraltro, in tal senso, il nesso intercorrente tra il tema citato e quello del c.d. divieto di bis in idem. In particolare, nel superare un orientamento granitico sui rapporti tra le fattispecie concrete, le Sezioni Unite non mutano, anzi richiamano, il proprio tradizionale orientamento in tema di criteri atti a dirimere i conflitti tra norme incriminatrici, aderendo apertamente alla tesi c.d. monistica. Nel far ciò, non si sottrae, ma anzi valorizza, i recenti arresti della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, nonché la posizione derivata espressa dalla Corte Costituzionale l'anno passato, mostrando una unica direzione entro cui ricondurre l'analisi della problematica in parola.

⁷⁴ 1 Anche recentemente la Corte di Cassazione a Sezioni Unite, con la sentenza n. 20664 del 23 febbraio 2017, ha affrontato il tema in discorso, con riferimento al rapporto tra i reati di malversazione in danno dello stato e di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche. Vedila in Cass. Pen., fasc. 7-8, 2017, p.2653, con nota critica di N. MADIA, I rapporti tra i reati di malversazione in danno dello stato e di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche al vaglio delle Sezioni Unite e in Dir. pen. cont., fasc. 5/2017, p. 344 ss., con nota di S. FINOCCHIARO, Il buio oltre la specialità. Le Sezioni Unite sul concorso tra truffa aggravata e malversazione. In ordine alla tematica generale in discorso si v. anche Cass. Pen., Sez. IV, 12 dicembre 2016, n. 2403, in Dir. pen. cont., fasc. 6/2017, p. 225 ss., con nota di A. CHIBELLI, Omicidio "stradale" e guida in stato di ebbrezza: concorso di reati o convergenza apparente di norme? Il possibile revirement (per ora solo rimandato) della Corte di Cassazione.

Anche alla luce della particolarità della disciplina in discorso, appare opportuno inquadrare, prima di esaminare i profili argomentativi proposti dalle Sezioni Unite, la fattispecie concreta, in fatto e in diritto, da cui ha avuto origine la controversia.

2. Il fatto concreto e le fattispecie incriminatrici.

Nel caso che occupa, l'imputato era stato condannato per aver portato in luogo pubblico una pistola caricata a salve, che sarebbe di libera detenzione, la quale era stata tuttavia modificata, così rendendola idonea all'impiego di munizioni letali. Conseguentemente, tanto il GIP di del Tribunale di Ragusa, quanto la Corte d'Appello di Catania, richiamando il granitico orientamento giurisprudenziale sul punto, affermavano la sussistenza, in concorso formale tra loro, dei reati di porto di arma comune da sparo ex artt. 4, 1 comma e 7, 1 comma della Legge 2 ottobre 1967, n. 895 e di porto di arma clandestina ex art. 23, 1 e 4 comma, legge 18 aprile 1975, n. 110. Avverso tale decisione, l'imputato ha proposto ricorso per Cassazione, denunciando l'erroneità della decisione nella parte in cui ritiene configurabile un concorso formale di reati tra le fattispecie in discorso. Nel ricorso, si sottolinea come non convinca l'affermazione della Corte d'Appello per cui sarebbe da escludere l'assorbimento del reato di porto di arma comune da sparo in quello di arma clandestina, in considerazione, da un lato della diversità degli elementi strutturali della fattispecie, che della diversità dell'interesse protetto dalle norme incriminatrici.

A giudizio del ricorrente, al contrario, sussiste quel rapporto di specialità ex art. 15 c.p. in forza del quale le due norme in discorso debbano essere riconosciute in concorso apparente tra loro, posta la sussistenza di un solo elemento specializzante, la clandestinità dell'arma; ed evidenziando altresì, a supporto argomentativo e ragionando per dissociazione, come il concorso di reati possa essere predicato in relazione alle fattispecie di porto di arma da un lato, e di detenzione dell'arma dall'altro, posta la diversità di condotta tra le fattispecie.

Nonostante la presenza di un diritto vivente nel senso del concorso formale di reati, la Prima Sezione, investita del ricorso, ha ritenuto di non poter condividere tale orientamento, rimettendo la questione alle Sezioni Unite, le quali, come anticipato, condividono le perplessità della Sezione remittente ed escludono la configurabilità del concorso formale tra i reati in esame.

Sul piano del diritto positivo, in estrema sintesi, si può rilevare come l'art. 4, comma 1 della legge n. 895 del 1967, sanziona la condotta di chi porti in un luogo pubblico o aperto al pubblico, armi o parti esse, con una riduzione di pena se si tratti di arma comune da sparo (art. 7, 1 comma) ⁷⁵.

⁷⁵ 2 In verità, le fattispecie in discorso, pur se continuano spesso a vivere nelle aule giudiziarie, sono state sostituite dalla legge 14 ottobre 1974, n. 497, che all'art. 12, in particolare, sanziona la medesima condotta di cui all'art. 4 citato.

Tuttavia, l'art. 23, comma 4 della legge n. 110 del 1975, sanziona, con pena più severa, il porto in luogo pubblico o aperto al pubblico di armi o canne clandestine, tali ai sensi del 1 comma del medesimo articolo ³⁷⁶.

Peraltro, a dimostrazione dell'impianto normativo costruito dal legislatore in tema di armi, si può evidenziare come sia del tutto speculare il rapporto tra la fattispecie di detenzione di arma comune da sparo e di detenzione di arma clandestina. Contiguità che ha condotto le Sezioni Unite ad estendere la propria indagine, nell'enunciare il principio di diritto, anche a tali fattispecie incriminatrici, giungendo, all'evidenza, alla medesima conclusione.

3. L'orientamento tradizionale della giurisprudenza.

Rispetto a tale quadro normativo, la giurisprudenza di legittimità, aveva sempre ritenuto configurabile un concorso di reati tra le fattispecie in discorso, per due ordini di ragioni, riprese dalla Corte d'Appello di Catania, ed entrambe oggetto di esame e superamento specifico da parte delle Sezioni Unite.

In primo luogo, si legge nelle pronunce giurisprudenziali che si sono occupate del tema, che il bene giuridico protetto dalle norme di cui alla legge n. 895 del 1967 (ora sostituita dalla l. n. 497 del 1974) in tema di armi comuni da sparo, sia diverso e distinto

da quello sotteso all'impianto normativo dell'art 23 della l. n. 110/1975, che sanziona le condotte di detenzione e porto di arma clandestina.

In particolare, anche la giurisprudenza più recente ha avuto modo di rilevare che non vi potrebbe essere assorbimento tra le fattispecie in esame posta la diversità di interesse protetto dalle norme incriminatrici, "che, nelle disposizioni dettate dalla L. n. 895 del 1967, si identifica con l'interesse a che l'autorità di pubblica sicurezza conosca l'esistenza delle armi, i luoghi ove sono custodite e l'identità delle persone che ne hanno la disponibilità, nonché ad impedirne la circolazione non consentita in luoghi pubblici; mentre, nella norma prevista dall'art. 23 della L. n. 110 del 1975, si concretizza nell'interesse al controllo delle armi attraverso le sigle, i numeri ed i segni sulle stesse punzonate"⁴⁷⁷.

In altre parole, se nel primo caso il bene giuridico protetto sarebbe quello alla conoscenza, che potremmo definire "fisica", delle armi sul territorio, la seconda fattispecie proteggerebbe invece l'interesse della pubblica amministrazione alla

⁷⁶ Ai sensi dell'art. 23, 1 comma, l. n. 110/1975, sono armi clandestine "1) le armi comuni da sparo non catalogate ai sensi del precedente articolo 7, ovvero non sottoposte alla verifica di cui all'articolo 23, comma 12-sexiesdecies, del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 135; 2) le armi comuni e le canne sprovviste dei numeri, dei contrassegni e delle sigle di cui al precedente articolo 11."

⁷⁷ 4 Così Cass. Pen., Sez. VI, 16 ottobre 2013, n. 45903. Cfr. altresì chiaramente sul punto Cass. Pen., Sez. I, 21 dicembre 1982, n. 5224, nonché Cass. Pen., Sez. I, 16 febbraio 1988, n. 4862, che afferma che "la norma contenuta nel citato art. 23 legge n. 110 del 1975 mira a garantire la facile ed immediata controllabilità dell'arma ai fini di un pronto riconoscimento della sua provenienza, mentre le norme relative alla denuncia delle armi e alla licenza di porto d'armi sono dettate perché l'autorità di P.S. possa avere tempestiva conoscenza delle persone che detengono le armi e che sono autorizzate a portarle fuori della propria abitazione".

conoscenza, che qui varrebbe definire “formale”, senza che da ciò se ne inferisca alcun minus, delle armi, in modo che esse siano sempre identificabili e tracciabili.

Inoltre, la giurisprudenza aveva altresì evidenziato una diversità tra le condotte descritte dalle due fattispecie incriminatrici, senza tuttavia dedicare alcun particolare onere motivazionale a detto profilo, come altresì rilevato dalle Sezioni Unite nella pronuncia in commento che ne evidenziano il carattere meramente “assertivo”⁷⁸. Sulla base di tale orientamento costantemente seguito dalla giurisprudenza di legittimità, le Sezioni Unite affrontano il tema in discorso secondo una duplice prospettiva, utilizzando vecchi e nuovi canoni interpretativi per risolvere il problema del concorso apparente tra norme.

4. La posizione delle Sezioni Unite. Profili tradizionali...

In ordine al principale profilo argomentativo proposto dall’orientamento tradizionale, i.e. quello inerente la diversità del bene giuridico tutelato dalle diverse fattispecie incriminatrici, non vi è chi non veda come esso si ponga in contrasto con una giurisprudenza, ormai già risalente, che nega valore discriminante ad esso per comprendere e definire i rapporti tra i reati.

Senza potersi dilungare troppo sul punto, è nota la presenza nel panorama interpretativo di due scuole di pensiero in tema di criteri atti a rilevare la presenza di un eventuale concorso apparente di norme⁷⁹.

.Al fianco di chi ritiene necessario individuare criteri ulteriori rispetto a quello di specialità sancito dall’art. 15 c.p., la giurisprudenza di legittimità, in particolare quella delle Sezioni Unite, da tempo aderisce all’impostazione monistica, per la quale l’unico strumento per risolvere i conflitti tra fattispecie incriminatrici sia quello espressamente sancito dal legislatore con la norma sopra citata⁸⁰.

E la sentenza in commento si pone in linea di piena continuità con tale ultimo indirizzo interpretativo, giacché, nel richiamare i propri precedenti ampiamente consolidati, specifica come l’adesione all’impostazione che vede nel criterio della specialità l’unico

⁷⁸ 5 Cfr. comunque in tal senso Cass. Pen., Sez. I, 4 novembre 1993, n. 1833.

⁷⁹ 6 La tematica è stata definita da G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale - Parte generale*, IV ed., Bologna, 2009, 680 come “uno dei capitoli più controversi del diritto penale”. Vale qui solo ricordare che, a fronte di una tesi c.d. monistica, per la quale l’unico criterio atto a regolare il concorso apparente tra norme sarebbe quello di specialità ex art. 15 c.p. (cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, IX ed., Padova, 2015, 459 e ss.), le tesi c.d. pluralistiche ritengono di poter affiancare ad esso ulteriori e diversi criteri, ritenuti necessari in ragione della ritenuta inidoneità del solo criterio di specialità a soddisfare ragioni equitative e di giustizia sostanziale, in ragione della necessità di illuminare il reale perno attorno a cui deve ruotare l’indagine dell’interprete, i.e. il disvalore del fatto concreto, per comprendere la reale portata della meritevolezza della sanzione. E così sono stati sviluppati il criterio della sussidiarietà (cfr. A. MORO, *Unità e pluralità di reati*, Padova, 1954), quello della consunzione (A. PAGLIARO, *Concorso di norme*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, 545 e ss.), dell’assorbimento (G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 636). In tema si v. altresì G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, II ed., Milano, 2006, 381 e ss. In chiave ricostruttiva delle diverse posizioni vedi anche D. CAPPUCCIO, *Il concorso apparente di norme*, in www.lexfor.it.

⁸⁰ 7 Cfr. in tal senso Cass. Pen., S.U., 20 dicembre 2005, n. 47164, in Cass. Pen., 2006, 3, 861, con nota di E. SVARIATI, *Acquisto o ricezione di supporti recanti opere protette dalla legge sul diritto d'autore abusivamente riprodotte e detenzione per la commercializzazione. Concorso di reati?*. Adesive a tale impostazione v. anche, ex multis, Cass. Pen., S.U., 28 ottobre 2010, n. 1963; Cass. Pen., S.U., 28 ottobre 2010, n. 1235; Cass. Pen., S.U., 23 febbraio 2017, n. 269668.

idoneo a fungere da strumento per identificare il concorso apparente di norme, sia necessario al fine di vedere rispettato il principio di legalità e assurga a “criterio euristico di riferimento”.

Posta tale premessa di ordine generale, le Sezioni Unite si soffermano in ordine al profilo per cui l’art. 15 c.p., nel dettare il principio di specialità, specifichi come esso trovi applicazione solo laddove le due leggi – o le due disposizioni – penali che vengano in rilievo, regolino “la stessa materia”.

A tal proposito, la sentenza ricorda come “l’insegnamento delle Sezioni Unite è consolidato nel ritenere che per “stessa materia” deve intendersi la stessa fattispecie astratta, lo stesso fatto tipico nel quale si realizza l’ipotesi di reato; con la precisazione che il riferimento all’interesse tutelato dalle norme incriminatrici non ha immediata rilevanza ai fini dell’applicazione del principio di specialità (Sez. U., n. 16568 del 19/04/2007, Carchivi, cit.; Sez. U., n. 1963 del 28/20/2010, Di Lorenzo, cit.)”.

Come si vede, perciò, già l’applicazione dei criteri elaborati ormai da tempo dalla giurisprudenza della Cassazione, avrebbero consentito di escludere che possa avere rilevanza e, per l’effetto, trovare ingresso in sede motivazionale, il riferimento all’eventuale diversità tra beni giuridici tutelati dalle norme incriminatrici che di volta in volta possano venir in rilievo. Ciò è peraltro dimostrato dalla possibilità che fattispecie tra loro diverse presentino il medesimo bene giuridico tutelato, come il furto e la truffa, offensive entrambe del patrimonio, e che fattispecie in evidente rapporto di specialità proteggano beni giuridici diversi, come l’ingiuria (oggi per vero depenalizzata), offensiva dell’onore, e l’oltraggio a magistrato in udienza, offensivo del prestigio dell’amministrazione della giustizia ⁸¹.

Ma le Sezioni Unite vanno oltre, chiarendo il più generale perimetro entro cui poter valutare come sussistente il concorso apparente di norme. Si legge in motivazione infatti, che “il criterio di specialità deve intendersi e applicarsi in senso logico-formale. Il presupposto della convergenza di norme, perché risulti applicabile la regola sulla individuazione della disposizione prevalente ai sensi dell’art. 15 c.p., risulta integrato solo da un rapporto di continenza tra fattispecie, alla cui verifica deve procedersi attraverso il confronto strutturale tra le norme incriminatrici astrattamente configurate, mediante la comparazione degli elementi costitutivi che concorrono a definire le fattispecie di reato”.

Conseguenza di tale logica, è che il rapporto di specialità possa essere riconosciuto nel caso di specialità unilaterale per specificazione, ma anche di specialità unilaterale per aggiunta e specialità bilaterale per specificazione. Ma sarà da escludere nelle ipotesi di specialità bilaterale per aggiunta, poiché in tal caso entrambe le norme si porranno invero in rapporto di autonomia tra loro ⁹⁸².

⁸¹ 8 Cfr. in tal senso Cass. Pen. S.U., 19 aprile 2007, n. 16568, in Cass. pen., 2007, 9, 3213, con nota di P. TROJANO, Indebito conseguimento di sovvenzioni assistenziali nei rapporti fra gli artt. 316-ter e 640-bis c.p.

⁸² 9 La specialità per specificazione, come rilevano anche le Sezioni Unite, sussiste quando una disposizione prende in considerazione una particolare sottoclasse di elementi previsti nella fattispecie generale; quella per aggiunta, allorché

Rispetto a tale esito interpretativo, che, come detto, non è nuovo nel panorama della giurisprudenza delle S.U., la sentenza in commento chiarisce però ulteriormente come al fine di valutare il rapporto tra fattispecie si debba considerare il fatto storiconaturalistico e non la sua qualificazione giuridica.

Nel far ciò, si avvale delle recenti coordinate ermeneutiche fornite sul punto dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 200 del 2016, che si è in particolare confrontata con la giurisprudenza della CEDU, con riferimento al divieto di doppio giudizio a carico di un imputato per il medesimo fatto di reato.

4.1 (segue)...e nuovi parametri. Il rapporto con il ne bis in idem.

Il tema del divieto di bis in idem è oggi tra i più discussi, a valle, in particolare, di una rinnovata attenzione da parte della giurisprudenza della Corte EDU. Ciò che preme rilevare, in primo luogo, è la affinità tra gli argomenti in discorso, che viene descritta precipuamente dalla sentenza in commento ove riconosce come il tema del divieto di instaurazione di un secondo giudizio a carico di un soggetto già giudicato per il medesimo fatto, coinvolga necessariamente l'analisi tra fattispecie di reato, ancorché ella sua dimensione "dinamica", laddove l'analisi del rapporto tra fattispecie ai fini della verifica di un concorso apparente tra norme si imponga a livello che allora si può definire "statico".

Si deve evidenziare come il punto comune sia rappresentato dai lemmi "stessa materia", per ciò che concerne l'art. 15 c.p., e "medesimo fatto", di cui all'art. 649 c.p.p., che impongono, ai nostri fini, l'esame di ciò che si debba considerare ai fini della medesimezza della fattispecie che determinerebbe l'ingiustizia sostanziale che si verificherebbe nel punire più volte, per il medesimo fatto, uno stesso soggetto. D'altronde, il diritto a non essere puniti (ne bis in idem sostanziale) o giudicati (ne bis in idem processuale) più volte per lo stesso fatto involge principi fondamentali di civiltà giuridica, quali l'interesse alla certezza del diritto, le garanzie individuali degli imputati, l'economia processuale ¹⁰⁸³.

Venendo ai criteri necessari per comprendere cosa debba intendersi per medesimo fatto, anche alla luce del dato normativo dell'art. 649 c.p., che esclude la rilevanza del

una norma, oltre a condividere un nucleo comune con altra fattispecie, preveda un elemento aggiuntivo, non compreso nella prescrizione generale. Ora secondo l'impostazione delle Sezioni Unite, che esemplificano richiamando il rapporto tra i reati di percosse ex art. 581 c.p. e di maltrattamenti in famiglia ex art. 572 c.p., nella specialità bilaterale per specificazione vi sarebbe la possibilità di ravvisare un concorso apparente di norme, posto che, per un verso, l'elemento specificante rientra, per definizione, in una delle componenti della norma generale con l'effetto che, da questo punto di vista, le due fattispecie non differiscono tra loro. L'unica ipotesi in cui le fattispecie a confronto disciplinerebbero, dunque, materie diverse è quella di specialità reciproca per aggiunta. Qui, infatti, ciascuna delle fattispecie presenta elementi aggiuntivi ed estranei rispetto all'altra con il risultato che il confronto tra queste componenti in più conduce inevitabilmente a ravvisare tra loro un nesso di eterogeneità, incompatibile con la nozione di "stessa materia". Le Sezioni Unite richiamano, a titolo esemplificativo, il rapporto tra violenza sessuale e incesto. In dottrina, sostengono tale indirizzo ermeneutico, G. DE FRANCESCO, Concorso apparente di norme, in Dig. d. pen., vol. II, 2002, p. 422 e ss.; A. NAPPI, Guida al codice penale, 2008, p. 107; T. PADOVANI, Diritto penale, Parte generale, 2012, p. 387 e ss.

⁸³ 10 Cfr. in tal senso Corte Cost., 21 novembre 2006, n. 381; 16 luglio 2004, n. 230; 20 giugno 2008, n. 219, tutte in www.cortecostituzionale.it.

titolo, del grado e delle circostanze del reato ai fini di una valutazione di diversità, la giurisprudenza della Cassazione ha da tempo accolto una nozione di fatto limitata alla sua configurazione naturalistica, non attribuendo alcun rilievo a profili giuridici.

In tal senso, le Sezioni Unite Donati del 2005, avevano già chiaramente ritenuto che l'identità del fatto sussiste quando vi sia corrispondenza storico-naturalistica nella configurazione del reato, ma considerato in tutti i suoi elementi costitutivi (condotta, evento, nesso causale) e con riguardo alle circostanze di tempo, di luogo e di persona¹¹
⁸⁴.

Il principio in discorso è stato costantemente affermato dalla giurisprudenza di legittimità successiva, la quale, anche recentemente, ha ribadito, che la valutazione circa l'identità del fatto deve prescindere dall'*idem legale*, e deve essere condotta unicamente con riferimento al fatto concreto, considerato in tutti i suoi elementi che ne colorano la tipicità¹²⁸⁵.

Sul punto, come noto, è poi intervenuta una copiosa giurisprudenza della CEDU, la quale, in buona sostanza, sposa integralmente il riferimento al fatto concreto, inteso come “un insieme di circostanze fattuali concrete che riguardano lo stesso imputato e che sono inestricabilmente avvinte nel tempo e nello spazio”, per valutare l'eventuale violazione del divieto di doppio giudizio, di cui all'art. 4 Prot. 7 CEDU¹³⁸⁶.

Come anticipato, la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 200 del 2016, ampiamente richiamata dalle Sezioni Unite in commento, ha rilevato la piena compatibilità tra l'orientamento già espresso dalla Corte di Cassazione e quello della CEDU, posto che anche la giurisprudenza nazionale esclude che possa aver rilievo l'*idem legale*, avendo però cura di specificare che l'*idem factum* deve essere valutato non solo con riferimento ad alcuni elementi del fatto storico naturalistico, ma con riferimento a tutti quelli che ne connotano la tipicità, e, perciò, al fianco della condotta, anche l'evento e il nesso di causalità¹⁴⁸⁷.

⁸⁴ 11 Cfr. Cass. Pen., S.U., 28 giugno 2005, n. 34655, in D&G - Dir. e giust., 2005, 40, p. 82, con nota di F.M. FERRARI, *Ne bis in idem*, mai più processi-clone - Ecco la strada per evitare duplicazioni.

⁸⁵ 12 Cfr. Cass. Pen., Sez. V., 4 ottobre 2016, n. 47683, in Cass. Pen., 2017, 6, p. 2315.

⁸⁶ 13 Così Corte EDU, *Lucky c. Svezia*, 27 novembre 2014, n.7356, in Cass. Pen., 2015, 3, 1256. In tema si v. altresì, senza pretesa di esaustività, Corte EDU, *Grande Camera, Zolotoukhine c. Russia*, 10 febbraio 2009 n. 14939, in Cass. Pen., 2009, 5, p. 2196; Corte EDU, *Nykanen c. Finlandia*, 20 maggio 2014, n. 11828, in *Rivista di Diritto Tributario*, 2014, 5, IV, 55, con nota di G. CESARI, *Illecito penale e tributario. Il principio del ne bis in idem alla luce della più recente giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e di Cassazione*; Corte EDU, *Grande Affermano* perciò le Sezioni Unite, che “il giudizio sulla medesimezza del fatto di reato deve essere affrancato dalle mutevoli implicazioni derivanti dall'inquadramento giuridico Camera, *Grande Stevens c. Italia*, 4 marzo 2014, n. 18640, in Cass. Pen., 2014, 9, 3098, con nota di G. BOZZI, *Manipolazione del mercato: la Corte Edu condanna l'Italia per violazione dei principi dell'equo processo e del ne bis in idem. Con particolare riferimento al sistema del doppio binario sanzionatorio V. F. VIGANÒ, Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, n. 1/2016, p. 5 ss. In ordine al rapporto tra CEDU e diritto penale, si v., per tutti, F. MAZZACUVA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e i suoi riflessi sul sistema penale*, in A. CADOPPI-S. CANESTRARI-A. MANNA-M. PAPA (a cura di), *Trattato di diritto penale - Parte generale*, Torino, 2012.

⁸⁷ 14 Cfr. Corte Cost., 31 maggio 2016, n. 200, in *Dir. pen. cont.*, 24 luglio 2016, con nota di ZIRULIA, *Ne bis in idem: la Consulta dichiara l'illegittimità dell'art. 649 c.p.p. nell'interpretazione datane dal diritto vivente italiano* (ma il processo

In tal senso perciò, la Corte Costituzionale, richiamata dalle Sezioni Unite sul punto, ha chiosato che per fatto di reato, ai nostri fini, debba intendersi “l'accadimento materiale, certamente affrancato dal giogo dell'inquadramento giuridico, ma pur sempre frutto di un'addizione di elementi la cui selezione è condotta secondo criteri normativi” 15⁸⁸.

Così brevemente riassunto il quadro interpretativo entro cui si è mossa la pronuncia in commento, la sentenza non è potuta che giungere alla conclusione per cui nessuno dei due argomenti sopra richiamati dalla giurisprudenza tradizionale in tema di armi possa ritenersi idoneo a giustificare un concorso di reati tra il porto o la detenzione di arma comune da sparo e di arma clandestina.

Non l'argomento della diversità del bene giuridico protetto, il quale, già invero abbandonato dalla giurisprudenza maggioritaria per le ragioni sopra enunciate, risulta ancor più inidoneo nell'ottica ora descritta dell'*idem factum*, posta la sua rilevanza sul solo piano giuridico. della fattispecie, giacché diversamente riemergerebbe il criterio dell'*idem legale*, bandito dall'ordinamento nel senso indicato dal Giudice delle Leggi. Deve, allora, ribadirsi che il fatto penalmente rilevante involge l'accadimento storicamente verificatosi, tenuto anche conto dell'oggetto fisico su cui è caduta l'azione umana”.

Quanto alla considerazione circa la diversità tra le due condotte, le Sezioni Unite, valutandole dal punto di vista naturalistico, ancorché sul piano degli elementi costitutivi che ne costituiscono il *proprium*, rilevano la piena identità tra le condotte di porto o detenzione dell'arma, ove l'unico elemento specializzante è quello della clandestinità dell'arma, che impone perciò l'applicazione della disciplina del concorso apparente tra norme⁸⁹.

5. Spunti interpretativi e profili evolutivi del concorso apparente di norme.

Dalla decisione in discorso si possono rilevare alcune implicazioni di ordine generale che, nell'ambito della problematica in esame, appaiono particolarmente interessanti nell'orientare l'interprete a comprendere i rapporti tra le fattispecie incriminatrici. In primo luogo, le Sezioni Unite, se da un lato confermano l'adesione alla tesi monistica,

Eternit bis prosegue). In ordine alla pronuncia della Corte Costituzionale si v. altresì D. PULITANÒ, La Corte costituzionale sul ne bis in idem, in Cassazione Penale, n. 1/2017, p.70 e P. FERRUA, La sentenza costituzionale sul caso Eternit: il ne bis in idem tra diritto vivente e diritto vigente, in Cass. Pen., n. 1/2017, p. 78, il quale, in un'ottica più generale in tema di rapporti tra CEDU e ordinamento nazionale, muove quattro rilievi alla posizione espressa dalla Corte Costituzionale dapprima con le “sentenze gemelle” nn. 348 e 349 del 2007, e, da ultimo, con la sentenza n. 49 del 2015, che ancorché distante dalla logica delle “gemelle”, comunque impone un qualche vincolo interpretativo derivante dall'interpretazione fornita dai giudici di Strasburgo.

⁸⁸ 15 In ordine all'evoluzione della giurisprudenza in tema di ne bis in idem, si v. la recente Relazione di orientamento dell'Ufficio del Massimario Penale della Corte di Cassazione, n. 26/2017, Ne bis in idem -Percorsi interpretativi e recenti approdi della giurisprudenza nazionale ed europea, in www.cortedicassazione.it, la quale rileva infatti come, alla luce della recente giurisprudenza europea e costituzionale, la Corte di Cassazione, al pari del caso in esame, ha iniziato a superare posizioni in passato consolidate, come con la sentenza della Sez. I, 15 marzo 2017, n. 39746, che ha ritenuto che il divieto di bis in idem possa operare anche ove tra i fatti già irrevocabilmente giudicati e quelli ancora da giudicare ricorra un'ipotesi di concorso formale di reati

ritenendo il criterio di specialità ex art. 15 c.p. l'unico idoneo a fondare un concorso apparente di norme, dall'altro, nell'impianto motivazionale, si fanno assistere da un ulteriore criterio⁹⁰.

Invero, in un'ottica di interpretazione sistematica, la Cassazione si riferisce al c.d. criterio di sussidiarietà espressa, del quale già in passato aveva fatto menzione nella materia in discorso¹⁶. In particolare, la sentenza evidenzia come l'art. 4, comma 2, l. n. 895 del 1956, nel prevedere alcune specifiche aggravanti, prevede che esse operino "salvo che il porto d'arma costituisca elemento costitutivo o circostanza aggravante specifica per il reato commesso".

Ora, con un pregevole sforzo interpretativo, le Sezioni Unite affermano che "oltre a verificare la configurabilità delle aggravanti di cui all'art. 4 comma 2, l. n. 895 del 1956, in applicazione della clausola di riserva espressa ora richiamata, l'interprete deve non di meno verificare se le stesse fattispecie di detenzione e porto di armi comuni da sparo, di cui agli artt. 2, 4 e 7 l. n. 895 del 1967, risultino recessive rispetto ad altre ipotesi di reato, secondo la regola generale posta dall'art. 15 cod. pen." In tale direzione allora, le Sezioni Unite ritengono di poter fare applicazione della clausola di sussidiarietà espressa al di fuori del suo naturale ambito di applicazione, elevandola a canone interpretativo generale, utilizzabile per risolvere conflitti tra norme che, pur se contigue, risultino in realtà diverse.

L'approdo ermeneutico è, per quanto ci consta, nuovo, e sembra poter essere riassunto nella riconosciuta possibilità – o addirittura doverosità – per il giudice chiamato a scrutinare il rapporto tra due fattispecie incriminatrici, di fare applicazione, al fianco del criterio di specialità, anche di quello della sussidiarietà espressa, anche se non riferito specificamente alle norme in esame, ma dettato nel più ampio panorama normativo inerente la tematica in cui si inseriscono le specifiche ipotesi normative da valutare.

La valorizzazione dell'interpretazione sistematica proposta dalla Cassazione, non chiusa nel microcosmo delle norme incriminatrici che si esaminano, è certamente meritevole di apprezzamento, posta la necessità di risolvere i contrasti tra disposizioni alla luce del quadro normativo nel quale esse si inseriscono ¹⁷⁹¹.

La seconda considerazione che può essere svolta attiene alla riconosciuta possibilità, da parte delle Sezioni Unite, che si predichi il concorso di reati di detenzione o porto

⁹⁰ 16 Cfr. Cass. Pen., S.U., n. 47164/2005, cit., che, nel riferirsi all'inciso finale dell'art. 15 c.p., per cui, rispetto al principio di specialità, sono fatti salvi i casi previsti dalla legge, nega che in esso possano essere ricompresi i vaghi criteri dell'assorbimento e della consunzione, bensì che "allude evidentemente alle clausole di riserva previste dalle singole norme incriminatrici, che, in deroga al principio di specialità, prevedono, sì, talora l'applicazione della norma generale, anziché di quella speciale, considerata sussidiaria; ma si riferiscono appunto solo a casi determinati, non generalizzabili. E infatti è appunto un'esplicita clausola normativa di riserva a escludere il concorso tra le condotte di produzione e di immissione in circolazione dei supporti illecitamente prodotti".

⁹¹ 17 In ordine alla valorizzazione di criteri interpretativi delle disposizioni normativi ulteriori rispetto a quello letterale V. Cfr. R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004, p. 144 ss.; sul tema dell'interpretazione si V., ex multis, F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, Padova, 2009; E. BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, Milano, 1990.

dell'arma comune da sparo con quello di detenzione o porto dell'arma clandestina, laddove, in chiave di progressione criminosa, alla condotta di detenzione o porto, "faccia seguito la fisica alterazione della medesima arma che venga resa clandestina in un secondo momento".

La descritta logica interpretativa, che assurge sempre più al piano del diritto vivente, si pone in continuità con la posizione espressa dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 200 del 2016, la quale rimette sempre alla valutazione del giudice del merito la verifica circa la predicabilità in concreto di un concorso di reati, poiché l'irrilevanza dell'idem legale non può operare a senso unico, cosicché, se è vero che la qualificazione giuridica dei fatti (ad esempio il concorso formale di reati) non può determinare sic et simpliciter la diversità di fatto materiale, non può nemmeno in radice escluderla. Di tal che, il giudice dovrà condurre sempre una analisi fondata sulla triade condotta – nesso di causalità – evento, verificando se, quanto al concorso apparente di norme, le fattispecie incriminatrici siano esattamente sovrapponibili rispetto a tutti e tre gli elementi; quanto al divieto di bis in idem ex art. 649 c.p.p., se il fatto per cui l'imputato sia già stato giudicato presenti piena uguaglianza sotto tutti e tre i profili menzionati.

Poste queste considerazioni, le quali forniscono ulteriori linee guida all'interprete che si confronti con la problematica in discorso, si ritiene di poter esprimere due brevi ulteriori spunti, a carattere ancor più generale.

Dapprima, si deve rilevare come la giurisprudenza nazionale, tanto di legittimità quanto costituzionale, abbia trovato, con l'adesione alla tesi dell'idem factum, visto nella prospettiva triadica degli elementi costitutivi del reato, il punto di equilibrio tra la posizione dell'idem legale e quella del fatto concreto verificatosi. Sul punto tuttavia, residua il dubbio che la Corte EDU, laddove abbia fatto riferimento, nella sua giurisprudenza, al fatto concreto come elemento da considerare in tema di ne bis in idem, si riferisse proprio alla identità tra fatti considerati nella sola estrinsecazione della condotta, di tal che la stessa Corte Costituzionale, utilizza la formula ambigua, nella sua pronuncia, per cui "perlomeno allo stato, la giurisprudenza europea, che «resta pur sempre legata alla concretezza della situazione che l'ha originata» (sentenza n. 236 del 2011), non permette di isolare con sufficiente certezza alcun principio (sentenza n. 49 del 2015), alla luce del quale valutare la legittimità costituzionale dell'art. 649 cod. proc. pen., ove si escluda l'opzione compiuta con nettezza a favore dell'idem factum (questa sì, davvero espressiva di un orientamento sistematico e definitivo)"¹⁸⁹².

⁹² 18 Per vero, appare convincente l'argomentazione proposta dalla Corte, per la quale, quanto alla valutazione generale dell'orientamento della CEDU, "non possono venire in conto le decisioni vertenti sulla comparazione di reati di sola condotta, ove è ovvio che l'indagine giudiziale ha avuto per oggetto quest'ultima soltanto (ad esempio, sentenza 4 marzo 2014, Grande Stevens contro Italia)". La Corte peraltro evidenzia come, in almeno tre occasioni, "il giudice europeo ha attribuito importanza, per stabilire l'unicità del fatto, alla circostanza che la condotta fosse rivolta verso la medesima vittima (sentenza 14 aprile 2014, Muslija contro Bosnia Erzegovina, paragrafo 34; sentenza 14 aprile 2014, Khmel contro Russia, paragrafo 65; sentenza 23 settembre 2015, Butnaru e Bejan-Piser contro Romania, paragrafo 37), e ciò potrebbe suggerire che un mutamento dell'oggetto dell'azione, e quindi della persona offesa dal reato, spezzi il

La necessità, da parte della Corte Costituzionale di ancorarsi al proprio discusso precedente n. 49 del 2015, lascia aperta la possibilità che il dialogo sul punto – che ci si augura essere tale, e non in realtà uno scontro – tra Corti potrà proseguire 19⁹³. Da ultimo, la pronuncia delle Sezioni Unite, che, ben sembra riportare a sistema numerosi profili problematici in tema di concorso apparente di norme, non può che scontare tuttavia la sempreverde critica inerente il postulato da cui muove, i.e. l'adesione alla tesi monistica, per cui l'art. 15 c.p. detterebbe l'unico strumento da utilizzarsi in tema di concorso apparente tra norme. E ciò ancorché valga la pena di ribadire l'innovatività del profilo argomentativo derivante dal richiamo al canone dalla sussidiarietà espressa non già riferita alle specifiche ipotesi sottoposte ad analisi, ma prevista nell'impianto

normativo in cui esse si inseriscono, giungendo ad essere referente interpretativo per tutte le norme dell'impianto disciplinatorio.

Ma, nonostante tale precisazione, come noto, la tesi è tutt'altro che pacifica, essendo anzi prevalente nel panorama dottrinale, nazionale e straniero, l'orientamento che ritiene di dover individuare una pluralità di criteri atti ad identificare l'eventuale concorso apparente di norme 20⁹⁴.

Appare invero doveroso ricordare l'esigenza di fondo che anima le tesi pluralistiche, che nella presente disamina perfettamente si ricollega - consentendo di chiudere il cerchio - al tema del c.d. ne bis in idem sostanziale. A tal fine, si ritiene infatti intollerabile addebitare penalmente più volte lo stesso fatto ad un medesimo soggetto, laddove la punizione derivante dall'applicazione di una delle più fattispecie incriminatrici che vengano in rilievo esaurisca l'intero disvalore del fatto, o, per dirla

nesso tra fatto giudicato in via definitiva e nuova imputazione, pur in presenza della stessa condotta (come potrebbe accadere, ad esempio, nell'omicidio plurimo)".

⁹³ 19 In tema di rapporti tra CEDU, Corte Costituzionale e Corte di Cassazione, si consideri, da ultimo, la problematica inerente le misure di prevenzione, oggetto, dapprima, della sentenza CEDU Grande Camera, De Tommaso c. Italia, 23 febbraio 2017, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 3/2017, p. 155 ss., con nota di A.M. MAUGERI, Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica: la Corte Europea condanna l'Italia per la mancanza di qualità della "legge", ma una rondine non fa primavera, e di F. VIGANÒ, La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali; successivamente affrontata da Cass. Pen., S.U., n. 40076 del 27 aprile 2017, *Dir. pen. cont.*, fasc. 9/2017, p. 146 ss., con nota di F. VIGANÒ, Le Sezioni Unite ridisegnano i confini del delitto di violazione delle prescrizioni inerenti alla misura di prevenzione alla luce della sentenza De Tommaso: un rimarchevole esempio di interpretazione conforme alla CEDU di una fattispecie di reato, ove l'A., in senso adesivo alla pronuncia delle Sezioni Unite, afferma che la sentenza "mostra, da un punto di vista – ancora – di politica giudiziaria (e di diritto in action), un modo di intendere la giurisprudenza delle Sezioni Unite, da parte della Cassazione nel suo complesso, come formante tendenzialmente vincolante per le decisioni future, a garanzia della prevedibilità e della certezza del diritto per i consociati: un formante dotato di un'autorità analoga – almeno dal punto di vista funzionale – a quello delle pronunce della Corte costituzionale, e tale comunque da modificare de facto il diritto vigente attraverso la formazione di un diritto vivente dotato del massimo grado possibile di autorevolezza. Anche a costo – come è avvenuto in questo caso – di modificare di fatto l'estensione applicativa di una norma incriminatrice, rispetto a quanto desumibile dal suo tenore letterale".

⁹⁴ 20 V., da ultimo, N. MADIA, op. cit., il quale, nel criticare l'adesione delle Sezioni Unite n. 20664/2017 alla tesi monistica, afferma che "il giudice deve immergersi nella realtà della vita per accertare se sarebbe ingiusto e iniquo irrogare una punizione per un fatto la cui ragione di pena si rivela interamente annullata da un altro più grave.

con altre parole, consenta di raggiungere la finalità che la pena ha nel nostro ordinamento ai sensi dell'art. 27 della Costituzione, i.e. quella rieducativa.

Sul punto, è noto l'insegnamento di autorevole dottrina che, nel farsi guidare da questa esigenza di giustizia materiale e di equità insopprimibile, evidenzia come laddove un fatto concreto possa essere sussunto sotto una pluralità di fattispecie incriminatrici, ci si trovi già di fronte ad un concorso di norme, dovendosi poi utilizzare i criteri offerti dall'ordinamento per giungere alla conclusione del ragionamento interpretativo e comprendere se si tratti di concorso apparente o reale ²¹⁹⁵.

E in tale direzione, la stessa dottrina evidenzia come la predisposizione da parte del legislatore di clausole di riserva conferma gli assunti pluralistici, posto che il legislatore talora si preoccupa di specificare che si è di fronte – e non al di fuori, come proposto da alcuni autori – ad un concorso apparente di norme e che va perciò escluso il concorso di reati ²²⁹⁶.

L'ultima considerazione si colora di particolare intensità ai nostri fini, posto il pur apprezzabile, ma alla luce delle argomentazioni dottrinali ora citate, insufficiente, sforzo argomentativo proposto dalle Sezioni Unite circa la valorizzazione della sussidiarietà espressa anche non prevista nella singola norma incriminatrice, ma desumibile da altra norma del sistema. Non è un caso infatti, che il progetto di riforma del codice penale della Commissione Grosso, riprendendo peraltro il progetto Pagliaro sul punto, chiarisse come fosse necessario che, accanto al principio di specialità in astratto, “quando un medesimo fatto appare riconducibile a più disposizioni di legge si applica quella che ne esprime per intero il disvalore, chiamando in questo modo l'interprete a valutare se in mancanza appunto della prima ipotesi di concorso apparente di norme, una delle disposizioni in gioco sia in grado di rappresentare nella sua interezza la o le offese realizzate dal fatto posto in essere”.

L'interprete, infatti, analizzando attentamente la vicenda storica sottoposta al suo vaglio, è chiamato a scoprire se, sulla base delle indicazioni emergenti dai dati positivi a raffronto, la valenza penale dei singoli reati distinguibili al suo interno possa considerarsi assorbita nel seno di un'unica fattispecie che essi stessi, nell'ipotesi concreta, concorrono a delineare, oppure se quegli illeciti reclamino autonoma applicazione non vedendo dissolto il loro particolare disvalore in quello di altra ipotesi criminosa che prevede un trattamento sanzionatorio più severo”.

Di tal che, anche in questo ambito, eventualmente spinti da pronunce della CEDU che, come sopra paventato, potrebbero descrivere diversamente e con più ampiezza il parametro dell'*idem factum*, si profilano all'orizzonte ulteriori contrasti interpretativi.

Concorso eventuale di persone nel reato

di Giovanni Tringali

⁹⁵21 Cfr. M. ROMANO, Commentario sistematico del Codice Penale, I, Milano 2004, p. 179.

⁹⁶22 Cfr. M. ROMANO, op. ult. cit., pp. 180-182.

Sommario

La norma

Compatibilità delle norme sul concorso di persone col principio di legalità

Elementi strutturali del concorso di persone

Il meccanismo di imputazione dell'art. 110 rispetto al rapporto di causalità

Concorso di persone nei reati omissivi

Il concorso dell'extraneus nel reato proprio: la consapevolezza

La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto

Mutamento del titolo del reato per taluno dei concorrenti

La differenza tra concorso di persone e associazione per delinquere

I rapporti tra concorso di persone e favoreggiamento personale o reale

Giurisprudenza

Bibliografia

Leggendo il titolo del concorso di persone nel reato si ha l'impressione di essere entrati in un campo minato in cui si scontrano due esigenze contrapposte: da una parte vi è l'obiettivo di rendere punibili comportamenti che altrimenti non lo sarebbero in base alle singole norme incriminatrici, dall'altra i principi costituzionali in materia di responsabilità penale "personale" (art. 27 Costituzione) ovvero il principio di legalità e soprattutto il sotto-principio di tassatività o sufficiente determinatezza della fattispecie penale.

La rinuncia, da parte del legislatore, ad una distinzione analitica delle varie forme di partecipazione (c.d. modello differenziato), se da parte ha rappresentato un indubbio vantaggio, per altro verso ha creato il pericolo di un'eccessiva dilatazione della responsabilità a titolo di concorso. Nella relazione accompagnatoria al progetto di legge sul concorso di persone nel reato si legge che la disciplina è ispirata a due principi: determinatezza e colpevolezza. Nella realtà la norma evita di specificare cosa sia il concorso e quando si realizzi eludendo, pertanto, il problema della determinazione della responsabilità del compartecipe. Come era ovvio, la questione è passata alla dottrina e alla giurisprudenza, ma ciò non sarà oggetto di quanto si dirà appresso, che vuole essere semplicemente un contributo al "giurista di strada", a colui, cioè, che è costretto su due piedi a decidere se un concorso, nel caso concreto, ci sia o no.

La norma

Art. 110 c.p. - Pena per coloro che concorrono nel reato

«Quando più persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita, salve le disposizioni degli articoli seguenti».

Tradizionalmente si distingue tra:

- a. concorso eventuale che ricorre ex art. 110 quando più persone concorrono nel reato;
- b. concorso necessario che ricorre quando è la stessa fattispecie incriminatrice di parte speciale a richiedere la presenza di più soggetti per la integrazione del reato (es. rissa ex art. 588 c.p., corruzione ex art. 318 c.p.).

Il concorso di persone nel reato determina un vincolo occasionale tra più persone circoscritto alla realizzazione di uno o più reati determinati. Esso dà vita ad una entità collettiva contingente, creata da coloro che ne fanno parte sul presupposto che l'unione delle forze renda possibile o quantomeno più agevole la commissione di un reato astrattamente realizzabile anche da un autore singolo (nel reato di associazione per delinquere il vincolo non è occasionale, ma diretto all'attuazione di un programma criminoso, volto cioè alla commissione di una serie indeterminata di delitti con la permanenza del vincolo associativo tra gli autori).

Compatibilità delle norme sul concorso di persone col principio di legalità

Il principio di legalità nasce dall'esigenza di vincolare l'esercizio di ogni potere dello Stato alla legge. La tutela dei diritti di libertà del cittadino nei confronti del potere statale si esprime nel divieto di retroattività della legge penale. Dobbiamo al criminalista tedesco Anselm Feurbach la canonizzazione della celebre frase latina "nulla poena sine lege" che traduce, in termini giuridico-penali, il fondamento politico del principio di legalità.

Il fondamento della pena, ravvisato nella prevenzione generale, viene attuato mediante coazione psicologica: se la minaccia della pena deve funzionare da deterrente psicologico nel distogliere dal commettere reati, è necessario che i cittadini conoscano prima quali sono i fatti, la cui realizzazione, comporta l'infrazione della sanzione.

Dal punto di vista pratico, il principio di legalità è affermato dalle seguenti norme:

- Art. 25 comma 2 Cost. che dispone: «nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso».
- Art. 1 c.p. che stabilisce: «nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite».

Il principio di legalità ha come destinatari sia il legislatore, sia il giudice e si articola in quattro sotto-principi:

- 1) la riserva di legge
- 2) la tassatività o sufficiente determinatezza della fattispecie penale

- 3) l'irretroattività della legge penale
- 4) Il divieto di analogia in materia penale

Elementi strutturali del concorso di persone

Il concorso di persone nel reato è caratterizzato dalla presenza di una serie di elementi strutturali:

- a. la pluralità di persone
- b. la commissione, in forma plurisoggettiva, di un reato
- c. il contributo causale di ciascun concorrente
- d. l'elemento soggettivo tipico della commissione plurisoggettiva del reato

a. La pluralità di persone

Per aversi il concorso di persone nel reato è sufficiente che almeno due persone partecipino all'azione. Non è necessaria la punibilità di tutti i correi essendo sufficiente il materiale concorso nel reato anche laddove uno o più dei correi risultino non punibili per difetto dell'elemento soggettivo o in quanto non imputabili. Ai fini della punibilità, a titolo di concorso, è sufficiente che anche uno solo dei soggetti concorrenti sia punibile ed abbia la volontà o la consapevolezza di aver realizzato il fatto di reato in forma concorsuale.

L'assunto che il concorso si configura anche quando taluno dei concorrenti non è punibile o non imputabile trova riscontro negli artt. 112 e 119 del c.p.

In particolare, l'ultimo comma dell'art. 112 stabilendo che gli aggravamenti di pena da esso stesso stabiliti si applicano anche se taluno dei partecipi al fatto non è imputabile o non è punibile implica che ai fini della sussistenza del concorso si può prescindere dalla punibilità di qualcuno dei concorrenti.

D'altra parte l'art. 119, affermando che le circostanze "soggettive" che escludono la pena per taluno di coloro che sono concorsi nel reato hanno effetto soltanto riguardo alla persona cui si riferiscono, sancisce che la pluralità di soggetti sussiste anche se taluno sia incapace di intendere o di volere o agisca senza volontà colpevole.

b. La commissione, in forma plurisoggettiva, di un reato

Tradizionalmente si distingue:

- 1) Il concorso necessario di persone nel reato, dove è proprio la norma incriminatrice a prevedere che il fenomeno della convergenza di più condotte dia luogo ad un solo reato. La norma incriminatrice viene a qualificare un fatto che è già pensato dall'ordinamento in termini di realizzazione plurisoggettiva, per cui, in assenza di pluralità di persone, non c'è reato (es. rissa);

2) Il concorso eventuale che si realizza allorché un reato, che può essere commesso anche da una sola persona, è in realtà commesso da più persone. La norma incriminatrice prevede la realizzazione monosoggettiva, grazie all'art. 110 c.p. il reato può essere attribuito a più persone. Con la precisazione che un concorso eventuale è ammissibile anche nella realizzazione di un reato necessariamente plurisoggettivo (il caso di chi istiga altri a una rissa).

In tema di concorso, più che in altri casi, occorrerà fare attenzione al pieno rispetto del c.d. principio di materialità secondo cui non può mai esservi reato, né di conseguenza pena, se la volontà criminosa non si materializza in un comportamento esterno (cogitationis poenam nemo patitur - nessuno può subire una pena per i suoi pensieri).

E' possibile il concorso in delitto tentato, ma non è possibile il tentativo di concorso. Vediamo cosa significa.

Per potersi applicare le norme sul concorso di persone nel reato occorre che almeno due soggetti concorrano alla commissione di un reato dove per "commissione" si intende:

- la consumazione di un reato, ossia che il fatto concreto corrisponda interamente al modello legale delineato dalla norma incriminatrice
- il tentativo punibile ex art 56 c.p.

Non è invece rilevante il tentativo di concorso, cioè l'attività svolta al fine di concorrere, qualora il reato non sia commesso. Il principio si desume dall'art. 115 c.p., che dichiara la non punibilità dell'accordo e dell'istigazione non seguiti dalla commissione del reato concertato o istigato, ammettendo solamente che tali condotte possano essere valutate come sintomo di pericolosità ai fini dell'eventuale applicazione di una misura di sicurezza.

Per quanto concerne il tentativo occorre tenere a mente che:

1) gli atti preparatori possono configurare l'ipotesi del tentativo, allorché essi rivelino, sulla base di una valutazione ex ante (e indipendentemente dall'insuccesso determinato da fattori estranei), l'adeguatezza causale nella sequenza operativa che conduce alla consumazione del delitto. In altri termini, l'idoneità degli atti preparatori ai fini della sussistenza del tentativo va valutata ex ante e si realizza quando essi rivelino l'adeguatezza causale e l'attitudine a creare una situazione di pericolo attuale e concreto di lesione del bene protetto, indipendentemente dall'insuccesso determinato da fattori estranei;

2) in materia di inequivocità, gli atti stessi devono ritenersi tali quando oggettivamente e in sé medesimi, per il contesto nel quale si inseriscono e per la loro essenza e la loro natura, rivelino l'intenzione, cioè il fine dell'agente (ai fini dimostrativi della intenzione possono essere considerate anche le dichiarazioni degli agenti o altri elementi sintomatici desumibili da qualsiasi elemento di prova);

3) sulla desistenza, si è affermato nella giurisprudenza che, ove si tratti di reato commesso in concorso, per beneficiare dell'art. 56 c.p., comma 3: «Se il colpevole volontariamente desiste dall'azione, soggiace soltanto alla pena per gli atti compiuti, qualora questi costituiscano per sé un reato diverso», occorre che l'attività del concorrente:

- abbia, anzitutto, esaurito il suo apporto irreversibilmente;
- conduca al risultato di porre fine alla azione concorsuale, che cioè al di là del modo della importanza della sua partecipazione, il suo comportamento abbia arrestato l'azione comune e impedito l'evento.

In verità, ci si deve chiedere se per andare esente da pena il concorrente possa limitarsi a neutralizzare il proprio contributo alla realizzazione del fatto collettivo o debba invece impedire la consumazione del reato da parte degli altri correi. Per affrontare la questione occorre partire dal ruolo effettivamente ricoperto dal soggetto nella commissione del reato:

a) esecutore, in tal caso interrompendo l'attività già iniziata egli, avendo il massimo dominio su ciò che può accadere, produce l'effetto di impedire la consumazione del reato stesso;

b) complice, normalmente ha fornito interamente il suo apporto per la commissione del reato per cui sarà costretto ad attivarsi per neutralizzare le conseguenze della sua partecipazione. Partendo dalla considerazione che il principio cardine della "personale" responsabilità penale si applica anche al concorso di persone del reato, è da ritenere che il complice sia esente da pena e che la sua desistenza valga a sottrarlo da responsabilità tutte le volte in cui riesca a neutralizzare il suo apporto (esempio, se Pasquale ha fornito un attrezzo da scasso a Giuseppe ma poi si pente e riesce a riprenderselo, costringendo Giuseppe a ricorrere ad altri strumenti, la sua desistenza lo esonererà da responsabilità penale non essendo necessario che egli impedisca il furto).

E' appena il caso di precisare che, essendo la desistenza una causa personale di esclusione della pena, essa non si estende a tutti i concorrenti ma esime da responsabilità solo il soggetto cui si riferisce.

Si parla invece di pentimento operoso tutte le volte che l'attività criminosa collettiva sia giunta a termine e che uno dei soggetti riesca ad impedire il verificarsi dell'evento. Ha natura di circostanza attenuante "soggettiva" e quindi si applica esclusivamente al correo cui strettamente si riferisce (esempio, Pasquale e Antonio si mettono d'accordo per uccidere Giuseppe a colpi d'arma da fuoco: dopo aver esplosi i colpi, Antonio si pente e soccorre Giuseppe portandolo all'ospedale salvandogli la vita. L'attenuante si applicherà solo ad Antonio).

c. Il contributo causale di ciascun concorrente

Il modello unitario adottato dal codice Rocco del 1930 è caratterizzato dalla mancanza di ogni differenziazione descrittiva fra le varie figure dei concorrenti, difatti, l'art. 110 c.p. stabilisce che quando più persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita, non distinguendo tra le varie condotte di concorso, considerandole equivalenti.

Si riconoscono, tradizionalmente, tre teorie che cercano di individuare i “coefficienti minimi” che giustificano l’incriminazione di chi concorre nel reato:

- 1) teoria condizionalistica, la quale esige che l’azione del compartecipe costituisca condicio sine qua non del fatto punibile (ausilio necessario dell’azione);
- 2) teoria della causalità agevolatrice o rinforzo, alla stregua della quale è ritenuto penalmente rilevante anche il contributo che si limiti ad agevolare o facilitare il reato;
- 3) teoria dell'aumento del rischio, secondo la quale basterebbe che l’azione del partecipe appaia ex ante idonea a facilitare la commissione del reato accrescendone le probabilità di verificaione.

Concorso eventuale di persone nel reato

(1) Il concorso morale

Riguardo al tipo di contributo dato dal concorrente, si può verificare che il soggetto:

- a) faccia sorgere in altri la volontà criminosa (stimolo);
- b) ne rafforzi l’intento;
- c) agevoli la commissione del reato dal punto di vista psicologico.

Da questo punto di vista, possiamo enucleare tre figure:

Ø determinatore, che è il compartecipe che fa sorgere in altri il proposito criminoso prima inesistente;

Ø istigatore, che è colui che si limita a rafforzare o a eccitare in altri il proposito criminoso già esistente;

Ø agevolatore, colui che si limita a facilitare il reato.

Non rileva penalmente la semplice connivenza, che ricorre quando un individuo assiste passivamente alla perpetrazione di un reato che avrebbe la possibilità - ma non l’obbligo giuridico - di impedire. Non esiste un obbligo generale per i cittadini di attivarsi per impedire la commissione di reati. E’ punibile chi concorre nella commissione di un reato determinando, rafforzando o agevolando la volontà altrui, ma non colui (privato cittadino) che si “limita” a non attivarsi per impedire la commissione di un reato.

La presenza sul luogo del delitto

Qualora la presenza agevoli o rafforzi il proposito criminoso altrui (quindi, quando si realizza una connivenza che sfocia nell’istigazione) sarà penalmente rilevante giacché

tale situazione è ben diversa dalla mera adesione interna all'altrui condotta (che realizzerà, semmai, la richiamata mera connivenza non punibile).

Per concludere, personalmente condivido il pensiero della Suprema Corte secondo cui siamo in presenza di concorso qualora il soggetto abbia dato un contributo causale in termini, sia pur minimi, di facilitazione della condotta delittuosa.

(2) Il concorso materiale, si ha nella fase realizzativa e materiale quando si interviene personalmente nella serie di atti concreti che danno vita all'elemento materiale del reato. Si distingue:

Ø il coautore o correo ovvero il soggetto che compie le stesse azioni (con altri) che sarebbero punibili anche considerate singolarmente quale condotta-reato;

Ø il complice o partecipe ovvero colui che si limita ad un qualsiasi intervento nella preparazione materiale o nella esecuzione del reato.

L'art. 110 c.p. richiede, per l'estensione di punibilità, una condotta causalmente efficiente nella commissione del reato.

Non sono penalmente rilevanti la mera adesione psichica, il mero compiacimento, la mera approvazione rispetto all'altrui azione delittuosa.

Per capire il limite negativo alle condotte penalmente sanzionabili è opportuno richiamare l'art. 115 c.p. che, in combinato disposto con gli artt. 56 e 49, disciplina sia l'istigazione sia l'accordo: un punto fermo è la commissione del reato, nel senso che nessuno è punibile per il semplice accordo o per la semplice istigazione (anche se accolta) qualora il reato non venga poi commesso.

Pasquale e Giuseppe si mettono d'accordo uccidere Antonio ma poi il reato non viene commesso. Non sono punibili.

Pasquale istiga Giuseppe ad uccidere Antonio, Giuseppe accoglie l'istigazione ma poi non mette in pratica l'omicidio. Non sono punibili.

«Art. 115 c.p. - Accordo per commettere un reato. Istigazione

Salvo che la legge disponga altrimenti, qualora due o più persone si accordino allo scopo di commettere un reato, e questo non sia commesso, nessuna di esse è punibile per il solo fatto dell'accordo.

Nondimeno nel caso di accordo per commettere un delitto, il giudice può applicare una misura di sicurezza.

Le stesse disposizioni si applicano nel caso di istigazione a commettere un reato, se l'istigazione è stata accolta, ma il reato non è stato commesso.

Qualora l'istigazione non sia stata accolta, e si sia trattato d'istigazione a un delitto, l'istigatore può essere sottoposto a misura di sicurezza».

d. L'elemento "soggettivo" tipico della commissione plurisoggettiva del reato

Quanto a contenuto, l'elemento soggettivo del reato plurisoggettivo non differisce dal dolo del reato monosoggettivo, esso consta di due elementi:

1) coscienza e volontà del fatto criminoso (dolo in almeno uno dei concorrenti)

2) volontà di concorrere con altri alla realizzazione di un reato

Affinché sussista la volontà di concorrere è sufficiente la coscienza del contributo fornito all'altrui condotta. Non è necessario un accordo preventivo dei correi essendo punibile anche la condotta di colui – anche sconosciuto agli altri agenti – che agevoli il disegno criminoso in via del tutto estemporanea, in vantaggio di un soggetto del tutto ignaro.

In altri termini, basta la volontà unilaterale di concorrere.

E' chiaro che, in tale ipotesi, soltanto nei confronti di tale soggetto sarà configurabile una responsabilità penale a titolo di concorso per il reato commesso mentre gli altri soggetti che abbiano posto in essere il fatto o una frazione di esso, risponderanno della fattispecie monosoggettiva di reato eventualmente commessa individualmente.

Assume carattere decisivo “l'unitarietà” del fatto collettivo realizzato, che si verifica quando le condotte dei concorrenti risultino, alla fine, con giudizio di prognosi postumo, integrate in unico obiettivo, perseguito in varia e diversa misura dagli imputati, sicché è sufficiente che ciascun agente abbia conoscenza, anche unilaterale, del contributo recato alla condotta altrui. (Cass. sez. 1, Sent. n. 9482, 1 luglio 1992).

Pasquale accompagna l'amico Giuseppe in banca, il quale, scherzosamente gli dice di entrare per fare una rapina. Giuseppe in realtà è veramente intenzionato ad entrare in banca per fare una rapina. Pasquale, conoscendo i precedenti penali dell'amico, ad un certo punto si rende conto che Giuseppe sta mettendo in atto la condotta tipica della rapina e decide, su due piedi e senza previo accordo con l'amico, di fargli da palo. Risponderà in concorso di rapina.

Viceversa, Pasquale accompagna Giuseppe in banca mentre quest'ultimo gli fa intendere di voler fare una rapina. Pasquale pur entrando in banca con l'amico, si limita ad avere un comportamento passivo, non aiutando assolutamente Giuseppe, neanche a livello morale ingenerando in lui, ad esempio, una sicurezza maggiore per la riuscita della rapina. Pasquale non sarà imputabile a titolo di concorso.

In definitiva, il codice penale ha adottato un modello di tipizzazione unitaria basato sul criterio dell'efficienza causale della condotta di ciascun concorrente

Il meccanismo di imputazione dell'art. 110 rispetto al rapporto di causalità

Nel reato monosoggettivo, il fatto tipico sussiste in presenza di un solo autore, benché in concreto esso possa venire realizzato anche da più persone: è la figura del concorso eventuale.

Nell'ordinamento penale il ruolo della causalità è quello di imputare il fatto alla persona, cioè in sostanza quello di identificare il suo autore materiale. La responsabilità a titolo di concorso eventuale nel reato viene a porsi nell'area della causalità. La logica è quella di estendere la tipicità [1] del fatto di reato, unificando le diverse condotte che si dirigono sull'evento e rendendo punibili quelle atipiche.

La norma incriminatrice contempla l'evento illecito, l'art. 110 c.p. prende in considerazione tutte le condotte causalmente efficienti ad esso e le unifica, consentendo l'imputazione dello stesso reato ai più autori.

Da un punto di vista fenomenico il fatto che un evento possa essere determinato da più fattori è del tutto ovvio anzi è la regola, perché non esiste in natura alcun fenomeno che sia il prodotto di una sola causa.

E' ben possibile che le condotte umane che intervengono nel processo causale siano più d'una.

Sostanzialmente possono verificarsi due casi:

- 1) il concorso di cause "indipendenti", quindi il semplice sommarsi di più azioni nella causazione dell'evento,
- 2) la sinergia tra le azioni, viceversa tra loro "dipendenti".

Il rapporto di causalità sussiste tutte le volte che l'evento dannoso o pericoloso da cui dipende il reato è conseguenza dell'azione o dell'omissione del reo (art. 40 c.p.).

Il concorso di cause (preesistenti, simultanee o sopravvenute) non esclude il rapporto di causalità fra l'azione/omissione e l'evento. La causa che determina l'evento può consistere nel fatto illecito altrui (cfr. art. 41, comma 3).

Una cosa è il concorso di cause tra loro indipendenti che hanno determinato il fatto e ben altra cosa è la rilevanza di condotte legate tra loro dalla convergenza verso la realizzazione del reato collettivo.

Concorso eventuale di persone nel reato

Come affermato dalla Suprema Corte, il concorso di più persone nel reato scaturisce non già dal mero concorso di cause che fanno capo a più persone, ma dal comune intento verso il conseguimento di un determinato risultato (del risultato caratteristico di quel reato) che anima più persone legate dalla coscienza di ciascuna di contribuire, in maggiore o minore misura, alla produzione dell'evento.

I rapporti tra l'istituto del concorso di persone rispetto a quella del concorso di cause illecite possono comprendersi meglio attraverso una serie progressiva di ipotesi esemplificative, prima in un reato a forma libera (omicidio), poi in un reato a forma vincolata (rapina).

Caso 1

Pasquale aggredisce Giuseppe, che, trasportato in ospedale gravemente ferito, muore a causa della mancanza di cure mediche idonee da parte di Antonio. Entrambi "cagionano la morte" della persona, pur agendo indipendentemente l'uno dall'altro, essendo l'intervento di ciascuno concausa dell'evento. In questo caso l'art. 110 c.p. non opera, Pasquale e Antonio rispondono ai sensi degli artt. 40 e 41 c.p. per l'evento causato (Pasquale per omicidio doloso, Antonio per omicidio colposo tramite omissione).

Caso 2

Pasquale e Antonio, preventivamente accordatisi, feriscono con separate azioni Giuseppe, che muore per le lesioni riportate. Entrambi “cagionano la morte” della persona, essendo l'intervento di ciascuno concausa dell'evento. In questo caso opera l'art. 110 c.p., sicché Pasquale e Antonio rispondono di omicidio doloso in concorso. In mancanza dell'art. 110 c.p. ciascuno sarebbe stato responsabile ai sensi degli artt. 40 e 41 c.p. di omicidio doloso.

In entrambi i casi l'intervento di ciascuno è concausa dell'evento. Vediamo le differenze:

Caso 1

- a) agiscono in modo indipendente, senza volontà di concorrere, nemmeno unilateralmente;
- b) sussiste il nesso di causalità perché l'evento morte è conseguenza della condotta di ciascuno;
- c) sussiste il concorso di cause (sopravvenuta quella di Antonio ed indipendente da quella di Pasquale).

Caso 2

- a) agiscono previo accordo;
- b) sussiste il nesso di causalità perché l'evento morte è conseguenza della condotta di ciascuno;
- c) sussiste il concorso di cause.

Ciò che li distingue nella sostanza è il previo accordo.

Caso 3

Pasquale dà mandato ad Antonio di uccidere Giuseppe, che muore a causa dell'azione di Antonio. Solo Antonio “cagiona la morte”, poiché l'azione di Pasquale è condizione dell'evento, ma non concausa. L'art. 110 c.p. opera unificando le condotte, il che vale ad attribuire alla condotta di Pasquale efficacia causale dell'evento, sicché Pasquale e Antonio rispondono di omicidio doloso in concorso. In assenza dell'art. 110 c.p. Pasquale non avrebbe risposto di omicidio.

Caso 4

Pasquale assume il compito di sorvegliare l'entrata di un'abitazione, mentre Antonio procede ad uccidere chi vi abita. Solo Antonio “cagiona la morte”, non essendone la condotta di Pasquale una condizione. L'art. 110 c.p. opera nel senso di far acquistare alla condotta di Antonio rilevanza nell'esecuzione del reato. In mancanza dell'art. 110 c.p. Antonio non sarebbe stato responsabile di omicidio.

Caso 5

Pasquale e Antonio effettuano una rapina in banca, l'uno minacciando il cassiere, l'altro sottraendo il denaro dalla cassaforte. Entrambi pongono in essere una condotta

parzialmente sussumibile negli elementi costitutivi del delitto (violenza o minaccia e sottrazione della cosa mobile altrui), ma nessuna di esse è tipica. L'art. 110 c.p. unifica le condotte, che insieme diventano tipiche, sicché Pasquale e Antonio rispondono di rapina in concorso. In assenza dell'art. 110 c.p. ciascuno avrebbe risposto limitatamente alla condotta posta in essere (Pasquale per violenza privata, Antonio per furto).

Caso 6

Pasquale assume il compito di sorvegliare l'entrata della banca, mentre Antonio procede a rapinarla. Solo Antonio pone in essere una condotta tipica, mentre Pasquale non realizza alcun frammento di essa e neppure una condizione dell'evento. In questo caso l'art. 110 c.p. opera unificando le condotte e valendo ad attribuire alla condotta di Pasquale rilevanza nell'esecuzione del reato. In mancanza dell'art. 110 c.p. Pasquale non sarebbe stato responsabile di rapina.

Concorso di persone nei reati omissivi

Tradizionalmente i reati omissivi si distinguono in:

- a. reati omissivi propri o puri che sono privi dell'evento, dunque sono reati di pura condotta omissiva;
- b. reati omissivi impropri o anche detti commissivi mediante omissione.

I reati omissivi propri, sono quelli per la cui ricorrenza è necessario e sufficiente che l'autore ometta di tenere la "condotta" penalmente doverosa sulla base della norma penale, sempreché ricorrano i presupposti di fatto indicati dalla norma medesima e sia scaduto il termine esplicito od implicito per porre in essere l'azione doverosa. Nei reati omissivi propri il delitto si configura con la semplice omissione, mentre l'evento, se c'è, può essere considerato un'aggravante.

Un esempio di questo tipo di reati è l'omissione di soccorso (art. 593 c.p.), reato che si configura con la semplice inerzia del "soccorritore", mentre l'evento lesivo si aggiunge come mera circostanza aggravante (se al mancato soccorso segue la morte del soggetto leso il reo non risponderà di omicidio, ma di omissione aggravata).

I reati omissivi impropri richiedono invece per la loro configurabilità che "l'evento", non solo si verifichi, ma che ciò avvenga proprio in conseguenza dell'omissione. Tale figura poggia:

- a. sull'esistenza di un dovere giuridico di attivarsi per evitare l'evento;
- b. sul nesso causale tra l'omissione e l'evento.

Mentre i reati omissivi propri sono oggetto di previsione espressa, l'individuazione di quelli omissivi impropri avviene grazie alla discrezionalità del giudice che si avvale della clausola contenuta nel secondo comma dell'art. 40 c.p. (Non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo).

Le ipotesi prospettabili sono:

- concorso mediante omissione nel reato omissivo proprio, quando tutti i soggetti sono obbligati a compiere l'azione doverosa (in tal caso è improprio parlare di concorso poiché ciascuno per suo conto commette il reato nella sua interezza);
- concorso mediante azione nel reato omissivo proprio, quando un soggetto istiga un altro a omettere l'azione doverosa (es. Tizio che istiga Caio, pubblico ufficiale, a non rilasciare un atto amministrativo dovuto);
- concorso mediante omissione nel reato omissivo improprio, quando il soggetto che mette di agire è, a sua volta, garante dell'impedimento dell'evento da parte del soggetto con il quale concorre (es. capo dei vigilantes che omette di far chiudere la porta di un supermercato a uno dei suoi colleghi, con cui è d'accordo, per consentire che loro complici si introducano nel supermercato stesso per rubare);
- concorso mediante azione nel reato omissivo improprio (un soggetto istiga un altro a omettere la condotta doverosa).

Il concorso dell'extraneus nel reato proprio: la consapevolezza

Premesso che esistono:

- a. reati propri, dove l'agente deve necessariamente rivestire una particolare qualità o qualifica affinché il delitto sussista;
- b. reati comuni, gli illeciti che possono essere eseguiti da qualsiasi soggetto (sono le norme che utilizzano il pronome "chiunque").

All'interno della categoria dei reati propri si distingue ulteriormente tra:

- 1) reati propri esclusivi, il cui proposito criminoso può essere portato a termine solo da chi riveste una certa posizione rispetto ad un fatto (ad esempio i prossimi congiunti per il delitto di incesto);
- 2) reati propri non esclusivi, la presenza o meno della particolare qualità induce solo il mutamento del titolo del reato (es. l'appropriazione indebita art. 646 c.p., se commessa da un privato; peculato se commessa dal pubblico ufficiale ex art. 314 c.p.).

Il concorso nel reato proprio è comunemente ammesso dalla dottrina e dalla giurisprudenza, sul presupposto che sussista da parte dell'extraneus, la consapevolezza sulla qualità soggettiva dell'intraneus determinante il titolo di reato applicabile. In tale ipotesi, risulta direttamente applicabile l'art. 110 c.p. e la responsabilità dell'extraneus ricorre sia nel caso in cui il reato commesso sia proprio esclusivo sia nel caso in cui il reato commesso sia proprio non esclusivo.

Sostanzialmente, ai fini dell'art. 110, possiamo avere due casi:

- 1) Sussistenza del concorso nel reato proprio (esclusivo o non): in tutti i casi in cui l'extraneus abbia consapevolezza sulla qualità soggettiva dell'intraneus;
- 2) Non sussistenza del concorso nel reato proprio (esclusivo o non): se l'extraneus ignori le qualità personali dell'intraneus in quanto, in difetto di consapevolezza delle

qualità personali che determinano il disvalore penale del fatto, egli ritiene di compiere un'azione lecita (salvo quanto previsto dall'art. 117 e meglio chiarito sotto).

Il fatto che l'extraneus debba avere la consapevolezza sulla qualità dell'intraneus deriva dal principio per cui la responsabilità penale è personale, e a ragionare diversamente si verserebbe in una ipotesi di responsabilità oggettiva.

Premessa la consapevolezza della qualità dell'intraneus, si ritiene inoltre, che il comportamento dell'extraneus, anche se posto in essere senza la compartecipazione dell'intraneus, realizzi il concorso nel reato proprio ex art. 110:

- a) sia nel caso in cui il comportamento dell'extraneus risulti penalmente irrilevante;
- b) sia nel caso in cui esso integrerebbe comunque una fattispecie di reato comune.

Viceversa, si applica il concorso ex art. 117 nel caso in cui l'extraneus ignori la qualifica dell'intraneus, cioè risponde di concorso in reato proprio. Occorre però che la condotta dell'extraneus integri comunque un reato (cioè costituisca reato a prescindere della qualifica dell'intraneus).

La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto

L'art. 116 c.p. stabilisce: «Qualora il reato commesso sia diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti, anche questi ne risponde, se l'evento è conseguenza della sua azione od omissione. Se il reato commesso è più grave di quello voluto, la pena è diminuita riguardo a chi volle il reato meno grave».

Si pensi al caso di alcuni soggetti che si mettono inizialmente d'accordo per commettere un furto e successivamente gli esecutori materiali commettono, in luogo del furto, una rapina più un sequestro di persona. Attribuire i reati di rapina e sequestro di persona anche al concorrente che non li ha voluti, esclusivamente sulla base del fatto che l'evento è conseguenza della sua azione od omissione significa rinunciare ad indagare l'aspetto soggettivo del reato in capo al concorrente che voleva commettere solamente un furto: in altre parole sembra un caso di responsabilità oggettiva.

La questione è stata affrontata dalla Corte Costituzionale (Sent. 42/1965[2]) la quale ha affermato che l'art. 116 c.p. non è in contrasto con l'art. 27 comma della costituzione (la responsabilità penale è personale) affermando che la responsabilità ex art. 116 poggia sulla sussistenza:

- 1) del rapporto di causalità materiale;
- 2) del rapporto di causalità psichica (nel partecipe vi sarebbe la necessaria presenza di un coefficiente di colpevolezza dal momento che egli avrebbe potuto rappresentarsi la realizzazione del reato – diverso e più grave - come sviluppo logicamente prevedibile di quello voluto).

Il punto è, però, che la prevedibilità che sta alla base della colpevolezza dell'art. 116 può essere considerata:

a) in astratto nel senso che l'illecito non voluto deve appartenere in astratto a quelli che si prospettano come sviluppo naturale del reato originariamente voluto;

b) in concreto, ossia tenere conto di tutte le circostanze relative alla singola vicenda.

Tornando all'esempio del furto, vi è certamente la sussistenza della prevedibilità in astratto in merito alla rapina essendo la stessa omogenea al furto; non altrettanto può dirsi del sequestro di persona.

Per valutare la sussistenza o meno della prevedibilità in concreto che il reato commesso possa essere la rapina e non il semplice furto, si dovrà analizzare la modalità di realizzazione dell'azione furtiva ovvero accertare il tenore degli accordi criminosi tra i compartecipi per poi stabilire se che i soggetti coinvolti nel reato prevedevano (o non prevedevano) il ricorso a mezzi violenti.

Mutamento del titolo del reato per taluno dei concorrenti

L'art. 117 c.p. stabilisce: «Se, per le condizioni o le qualità personali del colpevole, o per i rapporti fra il colpevole e l'offeso, muta il titolo del reato per taluno di coloro che vi sono concorsi anche gli altri rispondono dello stesso reato. Nondimeno, se questo è più grave il giudice può, rispetto a coloro per i quali non sussistano le condizioni, le qualità o i rapporti predetti, diminuire la pena».

Un soggetto privo della qualità personale (c.d. extraneus) può concorrere alla commissione di un reato realizzabile soltanto da un soggetto qualificato (c.d. intraneus). Il fondamento della responsabilità dell'extraneus nel reato proprio (esclusivo e non) sta nella consapevolezza dello stesso circa la qualifica posseduta dall'intraneo. Può accadere che la qualifica posseduta da taluno dei concorrenti non sia determinante ai fini dell'esistenza del reato.

Pasquale (privato) convince Giuseppe (pubblico ufficiale) ad appropriarsi di denaro pubblico: dal punto di vista di Pasquale (extraneus) il fatto configura l'appropriazione indebita mentre dal punto di vista di Giuseppe (intraneus) configura il peculato. In base all'art. 110 c.p., Pasquale, conoscendo la qualifica dell'autore materiale del reato, risponde di concorso in peculato.

Nello stesso esempio, supponiamo che Pasquale ignorando il fatto che Giuseppe è un pubblico ufficiale, lo convinca ad appropriarsi di una somma di denaro. In tal caso, considerato quanto espresso nel precedente paragrafo 7, Pasquale non può essere responsabile di concorso in peculato ex art. 110. Ed è qui che entra in gioco l'art. 117, svolgendo un ruolo incriminatrice, mutando il titolo del reato da appropriazione indebita in peculato: Pasquale risponderà a titolo di concorso di quest'ultimo più grave reato. Può sembrare ingiusto che Pasquale venga incriminato per peculato pur ignorando la qualifica di pubblico ufficiale di Giuseppe. Ma d'altro canto non sarebbe

logico che per lo stesso fatto di reato Pasquale rispondesse di appropriazione indebita e Giuseppe di peculato. Secondo l'impostazione unitaria della disciplina del concorso, quando più persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita. E' evidente che si prescinde del tutto dall'accertamento dell'elemento soggettivo e quindi viene da pensare, anche in questo caso, che si tratti di un caso di responsabilità oggettiva. Forse per questo motivo il legislatore ha pensato di mitigare la pena per i concorrenti per i quali sussistano le condizioni, nel caso in cui il reato sia più grave del previsto.

La giurisprudenza, comunque, ritiene:

- a. che il fatto commesso dall'estraneo deve costituire di per sé reato, anche in mancanza della qualifica rivestita dall'autore principale (nell'esempio occorre che Pasquale commetta l'appropriazione indebita);
- b. la diminuzione di pena, prevista dall'art. 117 c.p. per colui nei confronti del quale sia mutato il titolo del reato per le condizioni o le qualità personali di un concorrente, può trovare applicazione solo quando la qualità del concorrente, che fa mutare il titolo del reato, sia ignorata dal concorrente (nell'esempio, occorre che Pasquale ignori la qualifica di pubblico ufficiale di Giuseppe altrimenti si applicherebbe il concorso ex art. 110);
- c. il venir meno del reato per il soggetto qualificato, qualunque ne sia la ragione, e quindi anche per estinzione conseguente alla morte, non esclude la sussistenza del reato per il concorrente "estraneo".

In altre parole ed in linea con quanto affermato dalla Suprema Corte, l'art. 117 tende ad evitare - nel quadro della concezione unitaria del reato concorsuale - che degli autori volontari di un medesimo fatto alcuni siano puniti per un reato ed altri per un diverso titolo solo perché abbiano interferito particolari qualità personali di un complice o particolari rapporti di costui con la persona offesa.

La differenza tra concorso di persone e associazione per delinquere

Concorso eventuale di persone nel reato

Come già detto (cfr. supra 4.b.), nel concorso necessario di persone nel reato, è proprio la norma incriminatrice a prevedere che il fenomeno della convergenza di più condotte dia luogo a un solo reato, mentre nel concorso eventuale il reato, che può essere commesso anche da una sola persona, è in realtà commesso da più persone.

La differenza tra concorso di persone e associazione per delinquere risiede essenzialmente nella natura dell'accordo criminioso. Mentre nel concorso di persone due o più soggetti si accordano occasionalmente per la commissione di uno o più reati ben determinati e dopo la realizzazione dei quali l'accordo si scioglie, nell'associazione per delinquere tre o più soggetti si accordano allo scopo di dar vita ad un'entità stabile e duratura diretta alla commissione di una pluralità indeterminata di delitti.

Il reato associativo si caratterizza per tre elementi fondamentali:

a. vincolo associativo tendenzialmente permanente o comunque stabile, destinato a durare anche oltre la realizzazione dei delitti concretamente programmati (almeno tre soggetti);

- dall'indeterminatezza del programma criminoso;
- dall'esistenza di una struttura organizzativa.

Requisiti strutturali del concorso eventuale sono:

b. pluralità di soggetti agenti (almeno due);

c. realizzazione di un fatto illecito;

d. partecipazione di ciascun concorrente alla determinazione dell'evento;

e. elemento soggettivo (non si limita alla coscienza e volontà del fatto criminoso ma comprende anche la consapevolezza che il reato viene commesso con altre persone, intesa come volontà di concorrere).

Come si vede le differenze sono notevoli: numero di persone, natura del vincolo, indeterminatezza del programma criminoso, struttura organizzativa, realizzazione del fatto illecito nel concorso anziché semplice adesione nell'associazione per delinquere. Si consideri inoltre che nell'associazione per delinquere devono essere commessi più delitti talché la realizzazione di un solo delitto non configura la fattispecie, il delitto si consuma con la costituzione dell'associazione giacché solo in questo modo viene generata l'insorgenza del pericolo per l'ordine pubblico, oggetto della tutela penale. Nel concorso di persone il bene giuridico protetto è quello previsto dalla singola fattispecie di parte speciale.

Nell'associazione per delinquere, la ratio dell'incriminazione va ricercata in un'esigenza marcatamente preventiva, nel senso che punendo l'associazione in se stessa (per ciò solo) il legislatore ha inteso rimuovere il pericolo che vengano commessi i reati oggetto del programma criminoso della medesima, anticipando l'intervento diretto a prevenire la realizzazione dei singoli fatti criminosi. La ratio del concorso di persone è invece totalmente differente, infatti l'art. 110 c.p. ha una funzione estensiva della punibilità:

- ad esempio nel caso di omicidio (vedi supra caso 3 e 4), con riguardo a tutte quelle condotte che siano sprovviste di efficacia causale, in quanto estranee all'azione che produce l'evento (il mandante) o di mera agevolazione (il palo);
- ad esempio nel caso di rapina (vedi supra caso 5 e 6), con riguardo alle condotte estranee al fatto tipico, in tutto (il palo) o in parte (la minaccia e la sottrazione del bene).

Altra questione non meno importante è stabilire a chi vada addossata la responsabilità penale per i "reati-scopo" dell'associazione per delinquere. Cioè, basta l'appartenenza

all'associazione per vedersi accollati (per il tramite del concorso eventuale ex art. 110 c.p.) i singoli reati materialmente realizzati da altri?

Una risposta positiva non sembra possibile visto che la partecipazione all'associazione non può confondersi con l'attività esecutiva dei vari delitti. Sono due cose distinte: da una parte vi è l'attività di organizzazione, proselitismo, l'acquisizione dei messi finanziari e strumentali propri dell'associazione per delinquere, dall'altra la realizzazione dei singoli atti criminosi. In conclusione, non tutti gli appartenenti all'associazione possono ritenersi responsabili ex art. 110 c.p. dei "reati-fine", ma soltanto coloro che vi hanno contribuito moralmente o materialmente.

Fin qui la teoria. Nella pratica le cose sono un po' più complesse, specie per gli operatori della giustizia ed in particolare per le forze di polizia. Immaginiamo che sia in atto una rapina in banca da parte di tre soggetti: questo fatto naturalistico può integrare indifferentemente il concorso di persone nel reato ovvero l'associazione per delinquere finalizzata a commettere le rapine. Sarebbe bello bloccare i delinquenti, perquisirli e trovare loro addosso la tessera di socio dell'associazione per delinquere. Occorre, invece, provare l'esistenza di un accordo stabile, l'indeterminatezza del programma criminoso, l'esistenza di una struttura organizzativa tale da far pensare che ci si trovi di fronte ad una vera e propria associazione per delinquere. Le cose si complicano non poco in materia di reati tributari, societari e fallimentari dato che, già per la stessa natura dei reati suddetti, si è quasi sempre in presenza di un'associazione di persone. Si pensi alle società di capitali che sono governate da consigli di amministrazione, alle situazioni in cui vi sono amministratori di fatto che affiancano amministratori di diritto, o al fatto che queste "associazioni di persone" possono ben accordarsi per "stabilmente" evadere le tasse, falsificare i bilanci, ricorrere abusivamente al credito, distrarre beni societari a danno dei creditori, con comportamenti, quindi, ripetuti nel tempo e frutto di un accordo criminoso a monte. In casi come questi, la differenza tra associazione per delinquere e concorso eventuale di persone può risultare meno evidente che in altri.

I rapporti tra concorso di persone e favoreggiamento personale o reale

Il legislatore inserendo la clausola "fuori dei casi di concorso" sia nell'art. 378 sia nell'art. 379 del c.p. ha voluto escludere il favoreggiamento tutte le volte che vi sia partecipazione morale o materiale alla commissione di un reato. Di conseguenza risponderà ad esempio di concorso di persone chi prima della commissione del reato promette al reo di facilitargli la fuga o chi aiuta i sequestratori durante la permanenza del sequestro stesso. Vi è, pertanto, un rapporto di alternatività tra concorso e favoreggiamento e questo, in linea teorica, dovrebbe aiutare a delimitare i confini del concorso stesso. Si avrà concorso nel caso in cui l'atto posto in essere dal soggetto è destinato ad inserirsi nella realizzazione complessiva dell'azione illecita (secondo una visione unitaria del reato).

Si avrà favoreggiamento nel caso in cui, a seguito della completa attuazione della fattispecie criminosa, si presti aiuto al reo. Il criterio distintivo tra concorso e favoreggiamento non può essere quello cronologico (nel senso che non è importante stabilire se l'aiuto sia stato prestato prima, durante o dopo la consumazione del reato), ma deve essere piuttosto il peso che l'aiuto promesso ha avuto nell'ambito del reato (nel senso che bisogna stabilire quanto questo aiuto si collochi nell'elaborazione o nella esecuzione del piano criminoso). E, d'altro canto, la stessa Corte Suprema ci insegna che il favoreggiamento deve sempre consistere in una autonoma condotta agevolatrice, ove sia già avvenuta la consumazione della condotta presupposta (Sent. 1705/2008[3]).

Concorso eventuale di persone nel reato

Pasquale promette a Giuseppe di aiutarlo nella fuga dopo la rapina che lo stesso ha in mente di fare: in questo caso risponderà di concorso per aver agevolato il proposito di Giuseppe. Pasquale aiuta Giuseppe a fuggire dalla polizia che lo insegue a causa di una precedente rapina di cui Pasquale non sapeva nulla: risponderà di favoreggiamento personale.

Giurisprudenza

Contributo agevolatore

Sussiste il concorso pure laddove la condotta assuma la forma di un contributo agevolatore, tale per cui il reato, in assenza di tale condotta, sarebbe stato ugualmente realizzato ma con maggiori difficoltà o incertezze di riuscita.

(Cass. Sez. VI, Sent. n. 36818/2012)

Circostanza attenuante

La circostanza attenuante della partecipazione di minima importanza è applicabile nei casi in cui il ruolo assunto da taluno dei concorrenti, nella fase preparatoria o in quella esecutiva, abbia avuto un'efficacia causale del tutto marginale nella causazione dell'evento, nel senso che il reato sarebbe stato egualmente posto in essere anche senza l'attività del correo. In altri termini, la norma di cui all'art. 114 c.p. è applicabile solo nell'ipotesi che la condotta del correo abbia inciso sul risultato finale dell'impresa criminosa in maniera del tutto marginale, tanto da poter essere avulsa, senza apprezzabili conseguenze pratiche, dalla serie causale produttiva dell'evento.

(Cass. Sent. n. 6922/2011)

Presenza sul luogo

Integra il concorso nel reato di detenzione illecita di sostanze stupefacenti anche la semplice presenza nel luogo di esecuzione del reato, purché tale presenza non sia

meramente causale, ed a patto che il soggetto abbia fornito all'autore del fatto stimolo all'azione o un maggior senso di sicurezza; ciò che avviene nel caso del c.d. "palo". Viceversa, il comportamento meramente passivo, privo di qualsiasi efficacia causale, non è punibile".

(Cass. Sez. IV, Sent. n. 30479/2014)

Differenza tra associazione per delinquere e concorso di persone

L'elemento distintivo tra il delitto di associazione per delinquere e il concorso di persone nel reato continuato va individuato nel carattere dell'accordo criminoso, che nel concorso di persone nel reato continuato si concretizza in via meramente occasionale ed accidentale, essendo diretto alla commissione di uno o più reati – anche nell'ambito di un medesimo disegno criminoso – con la realizzazione dei quali si esaurisce l'accordo e cessa ogni motivo di allarme sociale, mentre nel reato associativo risulta diretto all'attuazione di un più vasto programma criminoso, per la commissione di una serie indeterminata di delitti, con la permanenza di un vincolo associativo tra i partecipanti, anche indipendentemente e al di fuori dell'effettiva commissione dei singoli reati programmata.

(Cass. Sez. II, Sent. n. 933/2014)

Desistenza e tentativo punibile

In tema di concorso di persone nel reato, la desistenza di uno dei concorrenti deve instaurare, perché si riverberi favorevolmente sulla posizione degli altri compartecipi, un processo causale che arresti l'azione di questi ultimi e impedisca comunque l'evento. Ma nel caso di specie la desistenza del singolo ha eliminato soltanto gli effetti della condotta individuale, rendendola estranea ed irrilevante rispetto al tentativo di reato commesso dagli altri, con la conseguenza che di tale desistenza non possono beneficiare gli altri compartecipi, le cui condotte pregresse, conservando intatta la loro valenza causale, hanno prodotto conseguenze ormai irreversibili, funzionali alla configurazione del tentativo punibile.

(Cass. Sez. II, Sent. n. 48128/2013)

Differenza tra connivenza e concorso nel reato

La distinzione tra connivenza non punibile e concorso nel reato va individuata nel fatto che, mentre la prima postula che l'agente mantenga un comportamento meramente passivo, inidoneo ad apportare alcun contributo alla realizzazione del reato, nel concorso di persona punibile è richiesto, invece, un contributo partecipativo – morale o materiale – alla condotta criminosa altrui, caratterizzato, sotto il profilo psicologico, dalla coscienza e volontà di arrecare un contributo concorsuale alla

realizzazione dell'evento illecito. Il concorso ex art. 110 cod. pen. esige infatti un contributo causale in termini, sia pur minimi, di facilitazione della condotta delittuosa, mentre la semplice conoscenza o anche l'adesione morale, l'assistenza inerte e senza iniziative a tale condotta non realizzano la fattispecie concorsuale (Fattispecie nella quale la Corte ha escluso la configurabilità del concorso nell'altrui illecita detenzione di stupefacente di un soggetto che si era limitato ad accompagnare un amico in treno, pur consapevole che quest'ultimo doveva acquistare droga).

(Cass. Sez. IV, Sent. n. 4055/2014)

Mutamento del titolo di reato

Ai fini dell'applicabilità dell'art. 117 c.p., che disciplina il mutamento del titolo del reato per taluno dei concorrenti, è necessario che il fatto commesso dall'estraneo costituisca comunque reato anche in mancanza della qualifica rivestita dall'autore principale. Ne consegue che, quando l'azione del concorrente è di per sé lecita e la sua illiceità dipende dalla qualità personale di altro concorrente, trova applicazione la norma generale sul concorso di persone, di cui all'art. 110 c.p. (Fattispecie relativa a falsità materiale in atto pubblico consistita nella sostituzione, in un verbale, degli estremi identificativi di una autovettura, operata da un ufficiale dei carabinieri in concorso con un privato cittadino).

(Cass. Sez. 1, Sent. n. 39292/2008)

Mutamento del titolo di reato

In tema di falso documentale, nel caso di falsa dichiarazione, in sede di rogito notarile, del venditore in ordine alla proprietà del bene, è configurabile in capo al notaio (salvo ogni accertamento in ordine all'elemento soggettivo), la responsabilità penale a titolo di concorso per omesso impedimento della falsa e rilevante dichiarazione del venditore, considerata la posizione di garanzia rivestita dal notaio, la cui prestazione d'opera, in virtù dell'art. 47 della legge notarile, non si riduce al mero accertamento della volontà delle parti ma si estende alle attività preparatorie e successive, onde assicurare la certezza dell'atto da rogare e il conseguimento dello scopo tipico, di guisa che la prestazione di detto pubblico ufficiale - quale garante e interprete della validità delle scelte negoziali delle parti - riveste una funzione non solo di mezzi ma anche di risultato. Ne consegue che, in tal caso, per il pubblico ufficiale viene ad integrarsi l'ipotesi criminosa di cui all'art. 479 cod. pen. e che il mutamento del titolo opera ex art. 117 cod. pen. anche per il privato.

(Cass. Sez. 5, Sent. n. 24972/2012)

Correità e complicità

La distinzione tra attività di correità ed atti di mera complicità continua a costituire, contrariamente alle intenzioni dei compilatori del codice del 1930, la base dell'intera disciplina dell'istituto del concorso di persone nel reato. A tal fine rileva il fatto

oggettivo che la decisione di commettere il reato sia stata presa direttamente anche dal correo, cosicché l'opera di ciascun correo - sia essa attività di esecuzione in senso tecnico o sia invece attività di semplice preparazione - costituisce l'attuazione concreta della decisione presa in comune da tutti. Al complice, invece, che pur tende alla realizzazione dell'evento criminoso, non appartiene la decisione comune di agire, essendo il contenuto immediato della sua volontà quello di sollecitare in altre persone (autore o coautori) la risoluzione criminosa ovvero di facilitarne l'attuazione. Ne deriva una precisa diversità nel contenuto volitivo dei singoli concorrenti: il dolo del complice ha di mira la realizzazione della fattispecie criminosa decisa da altri, ma "dominus" dell'azione resta sempre e soltanto l'autore (o il correo) perché a lui è concesso di rifiutarsi sin dall'inizio all'istigazione o di cambiare in seguito la propria decisione. (Fattispecie di concorso nel reato di false comunicazioni sociali, previsto dall'art. 2621 cod. civ.).

(Cass. Sez. 2, Sent. n. 5522//1992)

Diminuzione di pena ex art. 117

La diminuzione di pena, prevista dall'art. 117 c.p. per colui, nei confronti del quale sia mutato il titolo del reato per le condizioni o le qualità personali di un concorrente, può trovare applicazione solo quando la qualità del concorrente, che fa mutare il titolo del reato, sia ignorata dal concorrente.

(Cass., Sez. I, 15 ottobre 1971, Kalmetta)

Considerazioni conclusive

Le norme sul concorso assolvono la funzione di rendere punibili anche comportamenti che altrimenti non lo sarebbero in base alla singola norma incriminatrice. Quando si affronta il tema del concorso dei reati non ci si può limitare ad esaminare l'art. 110 del c.p. ma occorre leggere attentamente tutto il Titolo IV, Capo III, del Libro I. Nonostante la disciplina poggia essenzialmente sulla parificazione della responsabilità di ciascun concorrente, lo stesso legislatore, consapevole della diversità di ruoli e apporti che di solito caratterizza la partecipazione criminosa, si è preoccupato di prevedere dei correttivi prevedendo ad esempio circostanze aggravanti ed attenuanti al fine di graduare la pena in funzione dell'effettivo contributo di ciascun soggetto. Si pensi all'aggravante prevista per chi ha promosso, organizzato o diretto la partecipazione al reato (art. 112) oppure all'attenuante prevista dall'art. 114 in base alla quale il giudice può diminuire la pena qualora ritenga che l'opera prestata da taluno dei concorrenti abbia avuto minima importanza nella preparazione o nell'esecuzione del reato. Come si diceva in premessa, la disciplina in oggetto sembra un campo minato, fatto di norme al limite della costituzionalità, laddove, tuttavia, non si può fare a meno di notare lo sforzo fatto dal legislatore per trovare un difficile equilibrio tra diverse esigenze.

Bibliografia

Diritto penale - parte generale, seconda edizione, di Giovanni Fiandaca ed Enzo Musco - Zanichelli Bologna

<http://www.corsomagistratura.it> (Cap. XVII - Il concorso di persone)

Studi di diritto penale: parte speciale di Roberto Giovagnoli

Il concorso di persone nel reato proprio di Malaika Bianchi

Il concorso di persone nel reato proprio di Nicola Angioni

[1] Corrispondenza del fatto umano a una delle fattispecie criminose configurate dall'ordinamento.

[2] Sent. 42/1965 - La responsabilità del compartecipe per fatto diverso o più grave di quello voluto, sancita dall'art. 116 del codice penale, si fonda non solo su un rapporto di causalità materiale, ma anche su un rapporto di causalità psichica, nel senso che il reato diverso o più grave commesso del concorrente deve rappresentarsi alla psiche dell'agente come uno sviluppo logicamente prevedibile di quello voluto. È pertanto infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 116 del codice penale in riferimento all'art. 27, primo comma, della Costituzione.

[3] Vedi: Sent. 1705/2008. È principio pressoché uniforme che colui che, per i legami con l'autore del furto, conduca le trattative rivolte a far ottenere al derubato la restituzione della refurtiva contro il pagamento di una somma, ben può ritenersi responsabile di estorsione, ovvero di concorso in essa, quando agisca anche nell'interesse del ladro, contribuendo in tal caso con la sua condotta all'opera di pressione nei confronti del derubato oppure sia intervenuto nelle trattative per lucrare una somma di danaro (Sez. 2, 27 aprile 1988, dep. 25 luglio 1989, n. 10491; Sez. 2, 8 aprile 1988, dep. 19 ottobre 1988, n. 10176).

Ne discende che non risponde di concorso in estorsione colui che, per incarico della vittima di un furto e nell'esclusivo interesse di quest'ultima, si metta in contatto con gli autori del reato, per ottenere la restituzione della cosa sottratta mediante esborso di denaro, senza conseguire alcuna parte del prezzo.

Appunti di diritto penale

La tempistica dell'illecito penale (reato permanente ed abituale) di Filippo Lombardi

1. I MOMENTI SIGNIFICATIVI DELL'ILLECITO PENALE.

Un reato, in quanto fatto umano che si distribuisce nel tempo, presenta alcune significative fasi costitutive: l'ideazione, la rappresentazione, la programmazione, l'esecuzione, il perfezionamento e la consumazione. Con la fase dell'ideazione, l'autore

forma nella propria mente il concetto di reato specifico; nella fase della rappresentazione crea il collegamento tra se stesso e l'azione criminosa da compiere, cioè "familiarizza" con l'immagine di se stesso che compie il reato; con la programmazione egli pianifica il compimento del reato, e tale fase può aversi solo nei reati con dolo di proposito (o peggio, commessi con premeditazione). Se si tratta di mero dolo di proposito, vuol dire che l'unico carattere esistente è la distanza temporale tra la fase rappresentativa-ideativa durante la quale il soggetto mantiene il proposito criminoso, e quella esecutiva. Se oltre a tale carattere vi è la predisposizione di mezzi finalizzati all'attuazione, si parla di preordinazione (sintomo ma non presupposto automatico della premeditazione). Se, oltre alla preordinazione, si riscontra la progettazione di modalità e circostanze di luogo e di tempo, si parlerà di premeditazione. Si comprende bene che quando il reato è compiuto con dolo d'impeto, il passaggio dalla fase ideativa a quella esecutiva è talmente rapido da "scavalcare" il momento della programmazione. Successiva a tale ultima fase citata è quella dell'esecuzione, in cui il pensiero avente ad oggetto il reato nelle sue componenti trascende il suo contenimento nella psiche del soggetto e si estrinseca nella realtà materiale. E' da rimarcare a tal proposito che, se parlassimo di esecuzione in senso lato, potrebbero essere compresi in tale alveo anche gli atti che mirano a concretizzare il reato ma non integrano ancora il tenore letterale della norma incriminatrice avente ad oggetto quel fatto illecito specifico, poiché tratteremmo l'esecuzione come momento inerente semplicisticamente alla materializzazione del pensiero criminoso. Mentre, laddove si parlasse di esecuzione strictu sensu, si farebbe riferimento solo agli atti penalmente rilevanti, cioè quelli integrativi della norma penale. L'esecuzione ha un principio e una fine, la quale coincide col cosiddetto perfezionamento del reato. Il reato è perfetto nel momento in cui risulta integrata la fattispecie penale di riferimento, cioè l'istante in cui si può asserire che tutto ciò che è presente nella norma astratta e generale ha trovato il proprio "referente" materiale nella realtà esteriore e concreta. Il perfezionamento, secondo alcuni, integra già la consumazione del reato, mentre per altri quest'ultima potrebbe anche collocarsi ad un livello temporale successivo, rimanendo ciò una fase eventuale, come del resto la programmazione. La consumazione, cioè, si avrebbe nel momento in cui l'offesa al bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice raggiunge la sua estensione massima. Per esemplificare, si immagini il bene giuridico integrità fisica, offeso dalla lesione. Il reato corrispondente si verificherà nel momento del primo atto idoneo (si immagini il primo colpo di coltello), e potrà dirsi perfezionato. Se l'atto è unico, il reato è perfezionato e consumato, mentre se seguono altri colpi, l'offesa al bene giuridico cresce attraverso un'escalation, e la fase della consumazione si avrà quando verrà sferrato l'ultimo colpo. Distinguere il momento del perfezionamento da quello della consumazione è molto utile in tema di reato permanente, di cui si parlerà a breve.

La ricostruzione ora fornita, inerente alla distribuzione del reato nel tempo, necessita di integrazioni e correzioni in tema di reato colposo, per ovvi motivi. I momenti della rappresentazione e dell'ideazione coinvolgono l'aspetto intellettuale dell'illecito colposo, che è un aspetto eventuale, potendo essere la colpa anche incosciente, e cioè

sfornita proprio dell'elemento della previsione. Il soggetto agente, nel reato colposo con coscienza, può quindi prefigurarsi che vi potrebbe essere la verifica di un evento reputato illecito dalla legge penale, che consegua ad una propria condotta, ma ovviamente non programmerà tale evento, poiché la programmazione sottintende il finalismo e quindi il dolo. L'esecuzione si ha con il compimento di un'attività omissiva o commissiva irrispettosa di una regola precauzionale fornita da fonti scritte o di derivazione sociale, e si giungerà così al perfezionamento. O meglio, il perfezionamento nel reato colposo coincide proprio col momento in cui il soggetto prende le distanze dalla condotta prescritta con finalità cautelare, causando un danno. La consumazione si avrà invece nel momento in cui sarà stato raggiunto il massimo grado di offesa al bene giuridico tutelando, al pari di quanto detto per il reato doloso.

2. IL TEMPUS COMMISSI DELICTI.

Brevemente si segnalano quindi i momenti, nell'ambito di ciascuna tipologia di reato, allo scattare dei quali si possa dire che il reato è stato commesso.

Il reato doloso è commesso nell'ultimo istante della condotta che sia retto dalla volontà criminosa dell'agente. Il reato colposo è commesso nel momento in cui è violata la norma precauzionale tesa a scongiurare quel tipo di evento in concreto verificatosi. Il reato omissivo improprio è commesso nell'ultimo istante utile per l'intervento del reo, cioè il momento ultimo in cui l'intervento suddetto avrebbe integrato l'azione doverosa scongiurando il verificarsi dell'evento lesivo. Il reato omissivo proprio è commesso anch'esso nell'ultimo momento in cui la legge (termine perentorio) richiede di agire o nell'alternativo istante (termine ordinatorio) in cui l'intervento avrebbe scongiurato il pericolo. I reati abituali sono commessi nel momento in cui la reiterazione di un'attività integra il sistema di condotte sufficienti per essere reputate offensive del bene giuridico tutelato, con consapevolezza che l'ultima di tali condotte sia un tassello aggiunto alle altre precedenti. Il reato permanente è commesso nel momento della rimozione dello stato di antiggiuridicità, e cioè quando il bene giuridico compresso, si espande nuovamente o è definitivamente annichilito. Il reato condizionato è commesso al verificarsi della condizione. Si può dire, quindi, che la commissione del reato si ha in generale con la consumazione dello stesso, e non col mero perfezionamento. Quest'ultimo invece fungerà da presupposto per l'individuazione dell'autorità giudiziaria competente territorialmente. L'esempio lampante è proprio dato dal reato permanente, in cui il distacco temporale tra perfezionamento e consumazione aiuta a capire questo discorso più chiaramente. Nel sequestro di persona, reato permanente per eccellenza, il giudice competente per territorio è quello del luogo ove la vittima è privata della libertà (perfezionamento). Se il sequestratore nel frattempo girerà l'Italia con il sequestrato, la competenza territoriale non cambierà (salvo il caso che si verifichi la morte del sequestrato). Se il sequestro si protrae per anni, sarebbe rischioso da parte del Legislatore ritenere che il reato sia stato commesso nel momento della privazione della libertà personale,

perché a far data da quell'istante vi sarebbe l'inizio del decorso temporale necessario a far prescrivere il reato, e quindi si cadrebbe nel paradosso che l'ordinamento giuridico incentivi i sequestratori a portare avanti il loro reato utilizzando tutto il tempo necessario a prescrivere, per rimanere così impuniti. Ecco perché il tempo necessario a prescrivere partirà dalla rimozione dello stato di antigiuridicità (consumazione), e da tale momento potremo dire che il reato è stato commesso. Si deve aggiungere che il gap temporale e fattuale tra perfezionamento e consumazione sarà utile ai fini della commisurazione della pena, laddove l'articolo 133 c.p. prescrive di valutare l'entità del danno o del pericolo, la quale sicuramente verrà approfondita proprio in virtù del lasso di tempo trascorso. Altresì, si consideri come perfezionamento e consumazione possono coincidere, ad esempio nel caso dei reati unisussistenti.

3. DIFFERENZE TRA REATO ISTANTANEO E "REATI DI DURATA".

Il reato si definisce istantaneo quando perfezionamento e consumazione sono pressoché contestuali, nel senso che il reato contempla un perfezionamento coincidente col massimo dell'offesa arrecata al bene giuridico (lesione con unico colpo di pugnale), e quindi con la consumazione, o contempla un perfezionamento a cui segue nel brevissimo periodo l'escalation nell'offesa al bene giuridico, senza rilevante protrazione nel tempo dello stato di antigiuridicità (lesioni multiple concentrate in pochi minuti).

Ci si troverà dinanzi ad una forma di reato diverso, cioè a quello permanente, nel momento in cui perfezionamento e consumazione si trovino ad una distanza temporale rilevante per l'ordinamento. Si richiamino i reati associativi e il reato di sequestro di persona. Se l'accordo di costituire un'associazione per delinquere (art. 416 cod. pen.) nasce e cessa dopo pochi istanti, il reato non è integrato e tra l'altro non è punibile nemmeno sotto forma di delitto tentato, poiché il reato associativo deve essere considerato reato di pericolo, che non ammette il tentativo. Diverso è il discorso del sequestro di persona, in quanto esso è reato di evento naturalistico, coincidente con la compressione della libertà personale del sequestrato. Secondo la giurisprudenza, però, per essere integrato tale reato, non è sufficiente il perfezionamento, cioè la limitazione della libertà, ma è necessario un principio di consumazione. Tale principio si verifica quando la limitazione della libertà personale si protrae per un tempo giuridicamente apprezzabile, essendo sufficienti per la Suprema Corte anche che la condotta illecita sia durata pochi minuti. Se tale tempistica non è rispettata, il reato, pure in teoria perfezionato, poiché tutti gli elementi tipici si sono concretizzati, in pratica viene considerato al livello di tentativo. Quindi si può dire che mentre il reato istantaneo può essere integrato a prescindere dalla consumazione, essendo sufficiente il perfezionamento, il reato permanente rimane al livello di tentativo se si perfeziona senza godere di un minimum di consumazione, ed è integrato qualora lo stato di illiceità si protragga per un tempo rilevante giuridicamente. Il reato permanente, come già si anticipava, si qualifica anche per la protrazione della volontà criminosa, la

quale deve “coprire” il tempo della condotta illecita, cioè estendersi insieme ad essa, e può avere ad oggetto solo un bene giuridico comprimibile, quindi elastico, che può tornare alla sua dimensione originaria dopo la consumazione del reato. Una questione giuridica importante si pone rispetto alla possibilità di avere la continuazione tra più episodi relativi a reati permanenti. La risposta è affermativa, nel momento in cui si creino “pause” nella condotta illecita, qualora essa sia iniziata nuovamente in un momento successivo, trovando tale reiterazione la propria ratio nel reato identico precedentemente compiuto. Volendo esemplificare, sempre tenendo a mente il reato associativo, questa volta ex art. 416 bis, e il reato di sequestro di persona, si può argomentare come segue. Può aversi la continuazione tra due reati di associazione mafiosa qualora, ad esempio, la condotta illecita permanente sia intervallata da episodi di detenzione e il ritorno operativo nell’associazione sia dettato dal senso di appartenenza al sodalizio vantato dall’ex detenuto e dalla consapevolezza, già esistente precedentemente alla “pausa detentiva”, in capo all’associato, del pericolo che l’attività criminosa avrebbe potuto dare origine a tali fenomeni carcerari, che sarebbero stati superati dal mantenimento del proposito di conferire la propria disponibilità al già costituito pactum sceleris. Per quanto concerne il sequestro di persona, invece, ci si immagini il caso in cui il sequestrato scappi, sottraendosi completamente alla vigilanza e al controllo coercitivo del sequestratore, il quale però, fortuitamente ritrova il sequestrato e lo “risequestra”. Anche in tale ipotesi si può parlare di possibile continuazione, qualora siano presenti i requisiti giuridici relativi al reato continuato. Altre questioni sono sorte intorno al reato permanente, e segnatamente: 1) se il reato omissivo sia reato permanente e, 2) il discrimine tra favoreggiamento personale e concorso di persone. La prima questione ha ricevuto risposte diverse da varie parti della dottrina. Alcuni Autori ritengono che, per comprendere se il reato omissivo sia permanente, si debba verificare se, dopo l’omissione, permanga un interesse del soggetto passivo (o in mancanza, dell’ordinamento giuridico) a che l’azione sia ancora compiuta: se il vaglio riceve risposta positiva, il reato è permanente, altrimenti sarà istantaneo. Dottrina più attenta sottolinea la necessità di fare riferimento al termine ultimo consentito dalla legge al garante: se il termine è perentorio il reato omissivo non potrà che essere istantaneo; se il termine è ordinatorio, dovrà svolgersi il vaglio di cui si discorreva precedentemente. Riguardo alla possibilità di avere favoreggiamento personale o concorso di persone nel reato permanente, bisogna svolgere alcune considerazioni. Il favoreggiamento personale si ha quando l’agente “dopo che fu commesso un delitto” (art. 378 c.p.) aiuta taluno a sottrarsi alle ricerche dell’Autorità inquirente. Solo la comprensione del termine “commesso” ci spianerà le porte verso una soluzione della questione. Come sappiamo, esistono due momenti utili in tema di esecuzione del reato: il perfezionamento e la consumazione (si veda par. 1). Risulta agevole comprendere che l’antigiuridicità della condotta subisce un’escalation, nei reati permanenti, tra il primo e il secondo momento. Se per “commissione” intendiamo il perfezionamento, la condotta di favoreggiamento può avvenire quando lo stato di antigiuridicità non è ancora rimosso mentre, se per “commissione” intendiamo la consumazione, il

favoreggiamento può esistere solo dopo la rimozione dell'illiceità della condotta. Abbracciando la prima tesi, si pone il problema di reperire il discrimine tra concorso di persone nel reato e favoreggiamento. Si reputa che il criterio più adatto sia il controllo sull'elemento soggettivo: se l'agente tiene una condotta volta al protrarsi del reato permanente (e quindi il suo fine è la prosecuzione e il rafforzamento del crimine), si deve ammettere il concorso di persone nel reato e la punizione ex art. 110, o in base alla norma sull'eventuale reato plurisoggettivo. Se il fine è quello di aiutare l'altro a non essere rintracciato dall'Autorità, allora il suo fine non è tanto rivolto alla buona riuscita del crimine, quanto alla protezione e all'impunità dell'agente. Si avrà in tal caso favoreggiamento personale.

Trovandoci in tema di reato continuato, si può sottolineare quindi la differenza sostanziale tra questo e il reato permanente: si tratta della costanza della condotta anti-giuridica. Nel reato permanente lo stato di illiceità non è mai rimosso, mentre il reato continuato, proponendo un regime sanzionatorio *quoad poenam* che si applica al fenomeno del concorso materiale di reati, già presuppone che si verificano vari reati distaccati nel tempo, e a se stanti.

Altro reato che presenta connotati-limite con il reato continuato è il reato abituale, che si distingue sia dal primo che dal reato permanente. Il reato abituale è integrato da varie condotte, le quali, verificandosi, danno vita ad un autonomo titolo di reato. Ciò vuol dire che, pur essendo le condotte multiple, e appartenenti ad un certo tipo, costituiscono un singolo reato. Il reato abituale è "sistemico", cioè si integra attraverso una sommatoria di atti che danno origine ad un sistema di condotte, una volta verificatesi le quali può dirsi offeso il bene giuridico di riferimento. Il reato abituale può essere proprio o improprio. È improprio quando le condotte singolarmente intese, prima di dare origine al sistema punibile, sono già autonomamente illeciti penali. Questo è molto rilevante, laddove si comprende che la reiterazione di condotte già di per sé punibili, daranno origine al concorso materiale di reati (eventualmente considerando la continuazione) laddove non raggiungano il livello di reato abituale, mentre tale concorso materiale sarebbe sostituito dal reato abituale stesso, laddove esso si verifichi. È importante quindi, ai fini dell'integrazione di tale tipo di reato, che la reiterazione delle condotte raggiunga una stabilità nella costanza, dal punto di vista oggettivo, e una consapevolezza che ogni condotta si aggiunga alle precedenti, dal punto di vista soggettivo.

Se parliamo invece di reato abituale proprio, le singole condotte saranno di per sé irrilevanti penalmente, finché verrà integrato quel "sistema nefasto" che l'ordinamento vieta. Un esempio di reato abituale improprio è la relazione incestuosa, che si compone di costanti condotte incestuose, di per sé punibili. Un reato abituale proprio invece è quello dei maltrattamenti in famiglia, che può verificarsi anche laddove un soggetto tratti in maniera degradante e vessatoria un'altra persona del nucleo familiare senza che i singoli comportamenti rientrino perfettamente in ipotesi di reato, ma che cumulandosi raggiungano quell'effetto esasperante, denigrante, emarginante, richiesto ai fini del perfezionamento del reato di cui all'art. 572 cod. pen.

Si discute, invece, sulla natura di reato abituale del favoreggiamento della prostituzione. Dottrina e giurisprudenza si collocano su posizioni antitetiche. La prima (MANTOVANI, ANTOLISEI) rivendica l'abitualità del reato, mentre la seconda si accontenta anche del singolo comportamento agevolatore del meretricio. Il reato abituale, sintetizzando, si distingue dal reato continuato poiché il primo è un reato unico, anche quando deriva dalla reiterazione di più condotte già di per sé illecite, mentre il secondo mantiene la struttura particellare poiché è un concorso materiale di reati punito eccezionalmente col regime del cumulo giuridico. Inoltre è possibile sottolineare anche una ulteriore differenza relativa all'elemento soggettivo: il reato abituale si "accontenta" di un elemento soggettivo che sussista nel momento delle varie condotte reiterate. Non è necessario che il soggetto agente sin dall'inizio intenda commettere il reato abituale, quanto che si arrivi al perfezionamento del "sistema" criminoso attraverso la consapevolezza, durante ogni condotta costitutiva del reato, che tale condotta si aggiunge alle altre precedenti. Il reato continuato si fonda invece sul principio opposto: pur dovendosi innestare la volontà su ogni reato singolarmente e di volta in volta commesso, si necessita del disegno criminoso antecedente. Ciò vuol dire che l'agente deve immaginare, già prima del compimento del primo reato, che egli compierà vari reati in virtù del medesimo fine e sorretti da elementi già almeno genericamente inquadrati sin dall'inizio. Tale anticipazione mentale concerne sia l'elemento rappresentativo che l'elemento volitivo, ma quest'ultimo deve poi "rinnovarsi" in occasione del compimento di ciascun reato esecutivo del programma iniziale. Il reato abituale, in secondo luogo, si distingue dal reato permanente perché nel secondo lo stato di illiceità è costante, mentre nel primo si potrebbero tanto avere più condotte pseudo-illecite, che quindi non generano affatto l'antigiuridicità finché non integrano il reato abituale, quanto si potrebbero avere varie condotte già illecite che parimenti integrano solo una reiterazione di crimini, con pause di normalità, senza che lo stato di illiceità sia costante. In comune avrebbero la caratteristica dell'unicità del reato, poiché tanto nel reato abituale quanto nel reato permanente non si assiste alla verifica di più reati, quanto alla concretizzazione di un reato unico. Onde sgomberare il campo da dubbi legittimi, si deve rendere conto anche di quanto avviene nel caso del reato abituale improprio non perfezionato. In tal caso, seguendo quanto abbiamo detto, si sarebbero verificate più condotte già di per sé illecite che non hanno raggiunto una reiterazione significativa tanto da far scattare il perfezionamento del reato abituale. Ebbene, la soluzione si palesa agevole: l'agente verrà punito per un concorso materiale di reati eventualmente avvinti dal medesimo disegno criminoso e quindi puniti ex art. 81 comma II (reato continuato).

Resta da chiarire quali siano i caratteri delle seguenti categorie di reato: istantaneo ad effetti permanenti, eventualmente permanente, a consumazione prolungata (o ad esecuzione frazionata). Trattasi di categorie suggerite dalla dottrina ma che non hanno una rilevanza pratica evidente. Il reato istantaneo è riconosciuto come avente effetti permanenti quando le conseguenze del reato si distribuiscono nel tempo. Si immagini una invalidità conseguente al reato di lesioni. Il reato eventualmente permanente si avrebbe, invece, nel caso in cui una norma incriminatrice non disciplini

un reato permanente ma sia il soggetto agente a mantenere lo stato di antigiuridicità, relativa a quel reato, costante nel tempo.

La categoria più problematica è quella dei reati frazionati (o ad esecuzione frazionata, o a consumazione prolungata). A ben vedere, nemmeno in questo caso siamo dinanzi ad una autonoma categoria di reato, ma più che altro ci troviamo dinanzi ad una particolarità che alcuni reati possono presentare: l'esecuzione frazionata, appunto. L'esecuzione si dice frazionata quando è suddivisa in frangenti, ognuno dei quali si aggiunge a quello precedente al fine di "comporre" la condotta richiesta dal tenore letterale della norma per la configurabilità del reato. Si faccia riferimento all'omicidio attraverso dosaggi frequenti di veleno alla persona costretta su un letto di ospedale: ogni goccia di veleno somministrata aggiunge offensività al bene vita, procurando, a sommatoria avvenuta, la morte della vittima. La caratteristica dei reati frazionati è, quindi, quella di non essere permanenti, bensì istantanei, seppur in un'accezione lievemente diversa da quella a cui si è abituati. Normalmente i reati istantanei si perfezionano attraverso un'esecuzione intera che avviene in un momento preciso, in maniera complessiva, e non suddivisa in fasi. Le fasi che invece caratterizzano il reato frazionato non devono trarre in inganno. In effetti anche il reato frazionato è un reato istantaneo, poiché la norma incriminatrice sarà integrata a condotta avvenuta, quindi con il compimento dell'ultimo atto da cui scaturisce l'evento punito. In tale ultimo istante il reato è perfezionato e, contemporaneamente, è rimosso lo stato di antigiuridicità (quindi si verifica anche la consumazione), proprio come avviene per qualsiasi reato istantaneo. A parte i casi in cui l'evento può essere, per propria particolare natura (esempio: morte) raggiunto attraverso varie fasi più o meno distanti nel tempo, ci sono due reati che sono stati ufficialmente "battezzati" come possibili reati frazionati dalla Corte di Cassazione: il reato di cui all'art. 640 bis c.p. (Truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche) e quello ex art. 644 c.p. (Usura). Reati di tale tipo consentono facilmente di rintracciare in essi elementi di poliedricità, in grado di farli apparire, a seconda delle circostanze, come reati frazionati, e la ragione è di facile comprensione: si tratta di reati che sono integrati attraverso la dazione di somme di denaro. Tale dazione proviene in entrambi i casi dal soggetto passivo, e può frazionarsi in varie erogazioni che si susseguono nel tempo, e che dipendono dalla condotta illecita dell'agente.

In particolare, più teorie si contendevano il campo nel tentativo di definire il reato di usura. Se ne fornisce un elenco: 1) reato istantaneo ad effetti eventualmente permanenti; 2) reato eventualmente permanente; 3) reato permanente; 4) reato frazionato. La prima teoria troverebbe il proprio precipitato fattuale nel caso in cui vi sia il mero accordo sull'erogazione del denaro dietro ritorno di capitale e interessi usurari o nel caso, di poco dissimile, in cui vi sia accordo e cessione della somma, in entrambi i casi con rateizzazione del ritorno di capitale e interessi usurari. La seconda teoria, quella della natura di reato eventualmente permanente, si cristallizzerebbe nei medesimi casi, ma con la differenza che, secondo i sostenitori di tale concezione, si avrebbe il costante stato di antigiuridicità derivante dal fatto che il soggetto agente

non rifiuta, nel tempo, il pagamento altrui avente ad oggetto gli interessi usurari. La protrazione nel tempo di tale illiceità, configurerebbe la costanza dell'offesa al bene giuridico protetto, la quale è requisito del reato permanente. Il reato sarebbe "eventualmente" permanente poiché potrebbe anche non verificarsi la rateizzazione del pagamento di capitale e interessi, i quali potrebbero essere restituiti in un'unica soluzione. Secondo parte della dottrina, invece, si tratterebbe in realtà di un vero e proprio reato permanente, e ciò verrebbe dedotto dalla presenza dell'art. 644 ter c.p., che fa decorrere il termine di prescrizione del reato dal giorno dell'ultima riscossione di interessi e capitale. Ciò indurrebbe a pensare che far decorrere il termine di prescrizione non dal perfezionamento (accordo, o accordo e dazione) ma dalla consumazione (ritorno delle somme all'usuraio) avvicini la natura del reato di usura a quella del reato permanente, in cui assistiamo alla medesima disciplina giuridica. Di contrario avviso è la Corte di Cassazione, la quale nota come, se il reato fosse stato un vero e proprio reato permanente, sarebbe bastato l'articolo 158 c.p. a dettare il termine di prescrizione. L'aver previsto, il Legislatore, una norma apposita, vorrebbe dire che non ci si trova dinanzi ad un reato di tal tipo. La stessa Suprema Corte ha quindi riconosciuto la presenza dell'esecuzione frazionata, nel senso che essa ha intuito come il perfezionamento del reato si avrebbe, come nel caso di qualsiasi reato istantaneo, con la fine dell'esecuzione, e cioè con la ricezione da parte dell'agente, di capitale più interessi usurari e non con il mero accordo, seppur accompagnato dalla dazione della somma prestata alla vittima.