



“Historia et ius”  
Associazione culturale - Roma

**Collana di Studi di Storia del diritto medievale e moderno**

**Monografie**

**6**

La Collana di Studi di storia del diritto medievale e moderno *Historia et Ius*, pubblicata in forma elettronica in open access, è nata per iniziativa della stessa redazione della omonima rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna. Essa si propone di costituire uno strumento di diffusione, su scala internazionale, dei risultati delle ricerche storico giuridiche e del confronto di idee e impostazioni metodologiche.

Ogni volume, così come gli articoli pubblicati nella rivista, è sottoposto a doppio referaggio cieco. La collana accoglie testi in lingua italiana, inglese, francese, spagnola e tedesca.

The Series of Studies in medieval and modern legal history *Historia et Ius*, published in electronic form in open access, was created on the initiative of the same editorial board of the homonymous history journal of the medieval and modern age. It aims to constitute an instrument of diffusion, on an international basis, of the results of historical legal research and of the comparison of ideas and methodological approaches.

Each volume, as well as the articles published in the journal, is subject to double blind peer-review. The book series receives texts in Italian, English, French, Spanish and German languages.

DIREZIONE DELLA COLLANA: Paolo Alvazzi del Frate (Università Roma Tre) - Giovanni Rossi (Università di Verona) - Elio Tavilla (Università di Modena e Reggio Emilia)

CONSIGLIO SCIENTIFICO: Marco Cavina (Università di Bologna) - Eric Gojoso (Université de Poitiers) - Ulrike Müßig (Universität Passau) - Carlos Petit (Universidad de Huelva) - Laurent Pfister (Université Paris II) - Michael Rainer (Universität Salzburg) - Giuseppe Speciale (Università di Catania) - (†) Laurent Waelkens (Universiteit Leuven)

E-mail: [info@historiaetius.eu](mailto:info@historiaetius.eu)

Indirizzo postale: Prof. Paolo Alvazzi del Frate  
via Ostiense 161 - 00154 Roma

Immagine di copertina: Luca Giordano, *San Michele sconfigge gli angeli ribelli*, 1666 ca.

ISBN: 978-88-944154-6-9 - giugno 2020

ISSN: 2704-5765

JACOPO TORRISI

# OFFENSIVITÀ

**ITINERARI DOTTRINARI E GIURISPRUDENZIALI  
OTTO-NOVECENTESCHI**



“Historia et ius”  
Associazione culturale - Roma



*alla memoria dell'Avv. Laura Papale Albergo  
giurista insigne,  
persona splendida,  
nonna mia amatissima*



## Indice

PREMESSE ORDINATIVE	1
INTRODUZIONE: <i>Una definizione dell'offensività</i>	5

### CAPITOLO I

#### PER UNA STORIA DEL BENE GIURIDICO TRA IL XIX E IL XX SECOLO. PROFILI ESSENZIALI

1. <i>Il Bene Giuridico</i>	14
1.1. <i>Teoria critica o liberale</i>	14
1.2. <i>Teoria Acritica o formale</i>	23
2. <i>Bene singolo e «offesa allo Stato». Bene collettivo, sicurezza sociale e riflessi sul concetto di offensività e di inidoneità della condotta</i>	30

### CAPITOLO II

#### PER UNA STORIA DELL'OFFENSIVITÀ NEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO

1. <i>La concezione soggettiva</i>	52
2. <i>La concezione oggettiva e la formazione illuminista del moderno principio di offensività</i>	63
3. <i>La scuola Hegeliana e i tentativi di mediazione: «l'offensività invisibile»</i>	84
4. <i>I codici di stampo soggettivo</i>	86
5. <i>I codici di stampo oggettivo</i>	88
6. <i>I sistemi misti dell'800: esempi di «contaminazione»</i>	91
7. <i>La Germania nazista e il «nuovo» modello eticistico: rinasce il diritto penale della volontà</i>	96
8. <i>Un tentativo di definizione dell'offensività: concezione formale, concezione realistico-materiale e concezione sostanzialistica</i>	103

### CAPITOLO III

#### L'OFFENSIVITÀ E IL REATO: IL RAPPORTO, NON SEMPRE COERENTE, TRA LEGISLAZIONE, DOTTRINA E GIURISPRUDENZA NEGLI ANNI A CAVALLO TRA OTTOCENTO E NOVECENTO

1. <i>L'elaborazione dottrinarica dell'offensività nella costruzione della teoria generale del reato</i>	108
2. <i>Offensività e reati di pericolo (astratto e concreto)</i>	112
3. <i>Offensività e reato putativo ed impossibile</i>	122
4. <i>Offensività e reati formali e sostanziali</i>	133
5. <i>Offensività e tentativo</i>	142

## CAPITOLO IV

### LA «SVOLTA» SISTEMATICA DEL CODICE ROCCO E LE FATTISPECIE PIÙ RILEVANTI NELLA GIURISPRUDENZA DEGLI ANNI TRENTA

1. <i>La «svolta» di Rocco</i>	151
2. <i>L'offensività e il dolo: un rapporto controverso</i>	160
2.1. <i>L'offensività e la premeditazione</i>	160
2.2. <i>L'offensività e le circostanze del reato</i>	162
2.2.1. a) <i>I motivi</i>	162
2.2.2. b) <i>Lo «stato d'ira»</i>	163
2.3. <i>Un caso peculiare: La «ragion d'onore»</i>	175
3. <i>Voci dalle sentenze: singoli reati tra letture interpretative ed incoerenze sistematiche</i>	176
3.1. <i>L'offensività nel reato di offese al Re ed al Sommo Pontefice</i>	176
3.2. <i>L'offensività in alcuni reati di falso</i>	177
3.3. (Segue). <i>L'offensività nel reato di bancarotta fraudolenta</i>	181
3.4. <i>L'offensività nei reati contro il «buon costume»</i>	182
3.5. <i>L'offensività nei nuovi reati di guerra</i>	183
4. <i>Un finale aperto: la teoria costituzionalmente orientata del principio di offensività. Spunti di riflessioni da alcune elaborazioni dottrinarie d'epoca repubblicana</i>	185
BIBLIOGRAFIA	191
INDICE DEI NOMI	207



## Premesse Ordinarie

*Ogni reato, per essere a buon diritto ritenuto tale, deve presentare un carattere offensivo nei riguardi di un interesse che l'ordinamento reputa degno di tutela<sup>1</sup>*

Si è scelto di aprire questa riflessione sul principio di offensività con una definizione di Marcello Gallo poiché meglio di altre riassume un concetto, all'apparenza semplice, che però cela una lunga serie di possibili letture critiche.

Il principio di offensività, in effetti, può essere considerato certamente uno dei temi più *sfuggenti* del diritto penale.

Chi pensasse di trovare in questo libro una definizione conclusiva ed univoca di questo argomento resterebbe immancabilmente deluso. L'offensività è stata definita nelle maniere più vaghe e contraddittorie, ignorata come elemento estraneo alla natura della pena e poi esaltata fino a divenire vero e proprio perno della fattispecie penale. Questo lavoro si pone l'obiettivo di aprire una breccia nella selva intricata della dottrina penalistica moderna così da individuare le principali correnti di pensiero sull'argomento in seno ai due grandi indirizzi, oggettivo e soggettivo; la ricerca ha anche lo scopo di indagare l'atteggiamento della giurisprudenza così da comprendere meglio l'applicazione pratica del principio di offensività e la sua evoluzione non sempre lineare. A cavallo tra Otto e Novecento infatti si sono individuate, specie nelle motivazioni delle decisioni ed in alcune significative note a sentenza, forzature e contraddizioni. Infine si è voluta approfondire la funzione di politica criminale che l'offensività ebbe, sia prima che dopo l'entrata in vigore del codice Rocco.

Regolamentato per la prima volta dall'art. 49 del codice penale, il principio di offensività ha radici antichissime. L'espressione offensività è certamente stata coniata dalla dottrina italiana ma la questione che essa sottende, ovvero il legame tra la pena e la *lesione* intesa nel senso ampio di danno o messa in pericolo di un bene giuridico individuale o collettivo, appassiona da sempre la dottrina penalistica. *Offesa, pericolo, lesione, danno* sono termini differentemente utilizzati in dottrina ma sempre presenti in ogni teoria generale del reato.

---

<sup>1</sup> M. GALLO, *Il dolo. Oggetto e accertamento*, in *Studi Urbinati di scienze giuridiche ed economiche*, Anno XX, n. 4, 1952, Milano, p. 264. La citazione è tratta da G. NEPPI MODONA, *Il lungo cammino del principio di offensività*, in *Studi in onore di Marcello Gallo scritti dagli allievi*, Torino, 2004, p. 89.

Indissolubilmente legata al bene giuridico l'offensività caratterizza la forza lesiva della condotta che si concreta in un danno o pericolo a beni giuridicamente tutelati. Ma cosa accade quando una condotta che integra perfettamente una fattispecie penale non lede alcun bene giuridico? Questo lavoro cerca di fare luce sulle molteplici risposte che la dottrina ha saputo dare a questa, apparentemente, semplice domanda.

È opportuno chiarire che la sfuggevolezza dell'offensività è legata alla sua natura di principio, meglio di categoria dommatica, variamente interpretabile del diritto penale. L'offensività *non* è un istituto di diritto penale e, in quanto tale, è priva di contorni definitivi univoci. Per questa sua natura complessa lambisce diversi istituti giuridici: il *tentativo inidoneo*, il *reato di particolare tenuità*, il *reato impossibile*, il *reato putativo*, per elencare quelli che più spesso ritorneranno tra le pagine di questo libro. Ognuna di queste fattispecie penali può essere letta ed interpretata in *chiave offensiva*. Un esempio può rendere più chiaro quanto appena detto. Il tentativo inidoneo è stato considerato punibile secondo alcuni orientamenti dottrinari e non punibile secondo altri. La punibilità è stata motivata su due distinti presupposti: sul presupposto che anche le condotte inoffensive vanno punite, in quanto rendono manifesta una malvagità nel soggetto agente; sul presupposto che anche un tentativo inidoneo può essere considerato offensivo laddove, pur non offendendo alcun bene giuridico individuale, leda un bene giuridico collettivo come ad esempio la sicurezza sociale. Tra gli obiettivi di questo libro c'è quello di dimostrare che l'offensività, in quanto categoria astratta, ha la funzione di fornire una giustificazione teorica alle scelte del legislatore e si presta ad essere variamente interpretata così da ricostruire in chiave offensiva qualunque fattispecie penale, anche quelle, lo vedremo, che in realtà puniscono comportamenti che rilevano esclusivamente per una riprovevolezza morale. Ecco, se diamo per assunto che un comportamento immorale leda un bene giuridico come la morale pubblica abbiamo trovato una nuova ragione *laica*, costruita sul principio di offensività, che consente di punire i comportamenti immorali.

Per le ragioni appena elencate in questo libro si tratteggeranno in maniera sommaria i caratteri di alcune fattispecie penali senza la pretesa di sviscerarle a fondo. Si pensi al caso del delitto tentato la cui sterminata letteratura richiederebbe ben altro livello di approfondimento.

Partendo dalle elaborazioni teoriche di alcuni celebri autori soggettivisti, come Köstlin in Germania, notiamo come in seno ad un indirizzo come quello soggettivo-volontaristico, che dovrebbe disinteressarsi del danno cagionato dalla condotta per concentrarsi esclusivamente sull'azione quale

manifestazione della *pravità* del soggetto, il tema del tentativo commesso con mezzi assolutamente inidonei sia motivo di grande attenzione. Dovrebbe infatti essere palese che un tentativo di reato commesso con mezzi assolutamente inidonei, che non si realizza appunto per l'inidoneità del mezzo, manifesta pur sempre un'indole immorale nel reo. Purtroppo l'idea di punire ugualmente questa condotta è *inaccettabile per la maggioranza* della dottrina. Perché?

Questo lavoro non pretende di dare una risposta definitiva a questa domanda ma si prefigge lo scopo di evidenziare alcune tensioni che potremmo definire *proto-oggettiviste*, già presenti nel pensiero giuridico settecentesco sia tedesco che italiano. Una sorta di *offensività invisibile*, la categoria del bene giuridico è ancora lontana dalla definizione compiuta che oggi conosciamo, ma il problema della funzione giustificatrice della pena, che dopo il processo di secolarizzazione del diritto penale non può più limitarsi a strumento di espiazione del peccato, è già bene presente in dottrina.

Si ricostruirà il percorso evolutivo della dottrina e della legislazione che, nella graduale evoluzione in senso oggettivo del diritto penale, non perderanno mai di vista la dimensione morale della volontà, fino allo stravolgimento del pensiero giuridico nell'era dei regimi che segna, specialmente nella Germania nazionalsocialista, un *ritorno* ad un ordinamento penale della volontà dove la moralità ha ceduto il posto allo statalismo e dove il peccato da spiare con la pena coincide con la estraneità allo *spirito del popolo*, un concetto, quello dello *spirito* che, non a caso, si ritrova anche in alcuni scritti italiani d'epoca fascista<sup>2</sup> con le dovute differenze di cui parla anche Costa quando in proposito dello statalismo italiano, scrive

La scelta «statualistica» del fascismo (diversa e in qualche modo speculare rispetto alla strategia adottata dal nazionalsocialismo, che farà dallo Stato uno strumento a servizio del partito) trova un influente sostenitore in R<sup>3</sup>.

In questo senso possiamo già dire che l'affermazione del principio d'offensività in Italia non può essere letta come la ragione determinante della fine dell'indirizzo soggettivo, quanto piuttosto come uno strumento interpretativo che consente, in una dialettica costante, una reciproca

<sup>2</sup> In proposito vedi Corte di Cassazione del Regno, Ud. 29 gennaio 1932, in *Foro It.*, Vol. LVII, 1932, pp. 192-193, cfr. *infra*, p. 182.

<sup>3</sup> P. COSTA, *Rocco Alfredo* (voce), in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII-XX secolo)*, Vol. II, Bologna, 2013, p. 1703.

contaminazione tra un indirizzo soggettivo-volontaristico del diritto penale che vede la pena come la punizione di un uomo immorale, e un indirizzo oggettivo-offensivo per cui la pena interviene in ragione di una lesione o messa in pericolo del bene giuridico. Il perno di questo dialogo, alla fine dell'800, è proprio il bene giuridico, o meglio, il bene giuridico *collettivo* o *sociale* come la *pubblica tranquillità* o la *sicurezza sociale*, concetti difficilmente imbrigliabili in definizioni stringenti ed univoche. Attraverso l'idea che una condotta che non lede alcun bene giuridico individuale possa comunque *offendere* la società nel suo complesso, il legislatore, ed i giudici, potranno punire anche cittadini *immorali*. Fondamentale in questa contaminazione è il ruolo della giurisprudenza. La funzione interpretativa del giudice nel caso concreto rappresenta un aspetto imprescindibile della tensione tra i due indirizzi. In molti casi i giudici, pur coscienti dell'inoffensività concreta di una condotta, sembrano quasi spinti da una forza invisibile verso decisioni di condanna e a spingerli è una ripugnanza morale verso il reo. Un innato *senso di giustizia* che quasi li *costringe* a non mandare impunito un *pravo delinquente* che per pura causalità non ha arrecato nessun danno perché ha falsificato un atto che si è rivelato inutile o perché ha corrotto un testimone la cui deposizione non poteva essere trattenuta agli atti. Questa forza poco evidente che spinge gli organismi giudicanti ha una matrice evidentemente morale; l'idea che un uomo malvagio possa rimanere impunito solo perché una sua azione moralmente riprovevole non ha danneggiato concretamente nessuno non è accettabile, ecco che, pur aderendo apertamente all'indirizzo oggettivo in virtù del quale la pena è irrogabile solo quando viene offeso un bene giuridico, la società si sente *offesa* da certe condotte a prescindere dagli effetti concreti che realizzano. Naturalmente trattandosi di una tensione tra due opposti indirizzi non assistiamo ad un orientamento univoco e coerente da parte della giurisprudenza, quanto piuttosto a letture interpretative altalenanti che, già nella seconda metà dell'800, trasmettono il senso di un dibattito tutt'altro che sopito.

## Introduzione

### *Una definizione dell'offensività*

L'offensività è alla base di una concezione del diritto penale che, durante il corso di tutto il XIX secolo, ha diviso la dottrina. Per potersi addentrare nel dibattito ottocentesco è indispensabile fissare alcuni punti cardine di tale principio così da rendere definiti e chiari i contorni dell'indagine oggetto del presente lavoro.

L'obiettivo di questo paragrafo introduttivo è quello di fornire alcune coordinate definitorie così come sono state elaborate dalla più significativa dottrina del Novecento. Allo stesso tempo è necessario anticipare però al lettore come ognuna di queste coordinate utilizzi concetti (quali ad esempio «*lesione*», «*messa in pericolo*» e soprattutto «*bene giuridico*») il cui contenuto è tutt'altro che univoco come dimostra, lo approfondiremo, tanto il dibattito teorico quanto l'interpretazione giurisprudenziale. Quello che segue è un accenno all'attuale concezione del principio di offensività, utile a far comprendere al lettore dove ha condotto oggi l'elaborazione dottrinale. Scopo di questo lavoro è indagare sulle varie e contrapposte teorie e sul lavoro interpretativo che per oltre due secoli è stato portato avanti dalla dottrina e dalla giurisprudenza influenzando le scelte del legislatore. Quanto oggi diamo per assunto e scontato è solo una tra le tante possibili conformazioni che il principio di offensività avrebbe potuto assumere. Ogni concetto qui espresso è il prodotto di un assai ampio dibattito, non sempre coerente e lineare, che cercheremo di approfondire nei paragrafi successivi. Per questa ragione anche gli interrogativi che vengono posti in questo paragrafo sono volutamente semplificati così da fornire al lettore un punto di partenza prima di addentrarsi nella complessità delle molteplici letture dottrinarie.

Per una definizione completa di cosa si intenda oggi con il termine offensività è opportuno precisare che esso ha una doppia *valenza funzionale*: la prima finalità dell'offensività infatti è strettamente legata all'irrogazione della pena, *melius*, all'esistenza stessa del reato. Il principio di offensività, così come comunemente inteso, postula che *perché vi sia reato* non è sufficiente la mera violazione di un precetto giuridico, di una *norma*, ma è necessaria una *effettiva lesione*, intesa come lesione concreta o semplice *esposizione a pericolo* di un bene giuridico<sup>1</sup>. In questo senso torna utile la ricostruzione svolta da

---

<sup>1</sup> Già questa prima definizione delle funzioni del principio di offensività apre una serie di

Mantovani<sup>2</sup> che riconduce l'offensività al più ampio *principio di materialità*.

Caposaldo della dottrina penale moderna<sup>3</sup> è il principio di materialità del fatto, *la legge penale che gli atti esterni soltanto contempla*<sup>4</sup>, secondo cui solo gli atti esterni, ovvero le modificazioni del mondo esteriore, possono essere presi in considerazione dal legislatore penale in quanto i cd. *atti meramente interni*, per la loro naturale imperscrutabilità, invece non possono. Secondo Mantovani l'offensività è un corollario di questo più generale principio secondo cui perché vi sia un reato è indispensabile che ci sia un fatto materiale esterno in quanto il mero atteggiamento interno non può essere punito. Se il principio di materialità garantisce la punibilità solo per fatti esterni e materiali, mentre il principio di offensività restringe ulteriormente il campo del punibile a quei fatti esterni e materiali che arrechino offesa, ne discende che i due principi sono collegati tra di loro. Tale visione però non tiene conto di un aspetto che più avanti verrà approfondito e che, per il momento, è riassumibile nel seguente interrogativo: il comportamento esterno, che modifica la realtà circostante, va punito solo nella misura in cui arreca un'offesa ad un bene giuridico tutelato o in quanto rende manifesta una *prava voluntas*? A titolo di esempio: chi accoltella un cadavere nell'errata convinzione che la vittima stia dormendo ha certamente inteso commettere un omicidio in dispregio della norma penale che lo vieta eppure non ha materialmente ucciso nessuno. Ebbene questo soggetto va punito oppure no? La sua condotta certamente immorale merita una pena per questa sola ragione? Una condotta immorale, che non lede in concreto nessuno, può comunque essere considerata offensiva di un qualche ordine superiore?

Come precisato le domande appena poste hanno risposte estremamente variabili. Nel prosieguo si cercherà di evidenziare come i diversi indirizzi dottrinari abbiano risolto simili dubbi a livello teorico e come la giurisprudenza abbia giudicato ed interpretato la norma nei casi concreti.

---

possibili riflessioni legate essenzialmente al concetto di bene giuridico per cui si rinvia *infra* cap. 1, § 1, pp.14 e ss; alla questione della distinzione tra reati di danno e di pericolo, ove rileva la differenza tra lesione effettiva e mera esposizione a pericolo del bene giuridico per cui si rinvia *infra*, cap.3, § 2. pp. 112 e ss; oltreché alla questione dei reati formali dove la mera violazione del precetto normativo comporta l'irrogazione della pena, in apparente contraddittorietà con quanto appena esposto, che sarà invece approfondita *infra* in cap. 3, § 4, pp. 133.

<sup>2</sup> F. MANTOVANI, *Il Principio di offensività del reato nella costituzione*, in AA.VV., *Scritti in onore di Costantino Mortati – Aspetti e tendenze del diritto costituzionale*, Vol. IV, Milano, 1977, p. 447.

<sup>3</sup> In merito vedi *infra*, cap. 2, § 2, pp. 63 e ss.

<sup>4</sup> G. PUCCIONI, *Il codice penale toscano illustrato sulla scorta delle fonti del diritto e della giurisprudenza*, Vol. II, Pistoia, 1855, p. 7.

La seconda finalità può essere definita *argine del diritto penale*. Se infatti è vero quanto affermato sopra, se la pena *non può* essere inflitta per condotte inoffensive (anche quando integrino le fattispecie astratte<sup>5</sup>), è ancor più vero che il legislatore penale deve concepire fattispecie allo scopo di punire comportamenti lesivi di beni giuridici e pertanto non può sanzionare penalmente condotte che, seppur riprovevoli, non abbiano una forza lesiva<sup>6</sup>.

Questo ruolo dell'offensività è stato evidenziato anche da Vassalli che ha definito il diritto penale moderno «*teso alla repressione di quei fatti che rappresentano realmente una offesa (lesione o messa in pericolo) agli interessi che si intendono tutelare*<sup>7</sup>». L'autore ha definito la tipicità come una *morsa* che però allo stesso tempo rappresenta un carattere essenziale del diritto penale. Da questi elementi viene fuori una visione del diritto penale in qualche modo torto tra due forze: quella della tipicità della fattispecie astratta e quella della ineludibile rispondenza del diritto penale alla necessità di difendere beni giuridici concretamente lesi o perlomeno messi in stato di pericolo<sup>8</sup>. Proprio in questo senso possiamo dire che l'offensività svolge una funzione d'argine, in quanto le fattispecie criminose non devono avere solo una natura tipica ed astratta ma devono altresì essere finalizzate alla protezione di beni giuridici ben individuati. Per completezza si precisa che l'autore auspica un'evoluzione del diritto penale che renda le fattispecie penali «*sempre più aderenti al duplice bisogno collettivo della tipicità e della reale corrispondenza all'esigenza di tutela*<sup>9</sup>». La riflessione di Vassalli pone, in termini quanto mai semplici, una questione di difficilissima risoluzione: se la funzione primaria del diritto penale è quella di garantire e tutelare quegli interessi che lo Stato ritiene meritevoli di tutela (per tornare alla definizione di Gallo) è evidente che l'offensività deve essere un elemento essenziale ed imprescindibile del reato e della applicazione della pena conseguente alla sua consumazione. Ebbene, chiarito questo concetto, emerge subito la contraddizione con la necessaria ed altrettanto imprescindibile tipicità del diritto penale sancita all'art. 1 del nostro codice penale. Cosa accade, o dovrebbe accadere, nei casi in cui una condotta, se pur perfettamente aderente alle previsioni di cui alla fattispecie astratta, non cagioni alcuna reale offesa?

Vassalli stesso fornisce una sua risposta sostenendo l'effettiva autonomia

<sup>5</sup> Vedi, *infra*, cap. 4, § 1 p. 153.

<sup>6</sup> Vedi nota precedente.

<sup>7</sup> G. VASSALLI, *Considerazioni sul principio di offensività*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Ugo Pioletti*, Milano, 1982, p. 359.

<sup>8</sup> Sul concetto di lesione effettiva e messa in pericolo del bene giuridico vedi *infra* cap. 3, § 2, pp. 112 e ss;

<sup>9</sup> *Ibidem*.

concettuale dell'offensività rispetto alla tipicità, con la conseguenza che una condotta consumata, seppur perfettamente sussunta all'interno di una fattispecie astratta, non necessariamente deve risultare materialmente offensiva. Posto questo assunto di base l'autore però, in ossequio ad una riconosciuta insuperabilità del principio di tipicità, nega la non punibilità di una condotta per il solo venire meno della dannosità o della pericolosità sociale dell'azione<sup>10</sup>.

In materia è intervenuto anche Fiandaca il quale, in relazione alla recezione giurisprudenziale del principio di offensività, contrapposta a quella dottrina, ha precisato come l'offensività oscilli tra due radicate ed opposte concezioni. La prima di esse, di ispirazione più marcatamente formale, tende a ravvisare un'offesa presunta nella realizzazione di ogni fatto tipico. La seconda, che possiamo in contrapposizione definire d'ispirazione *sostanziale*, ritiene che la condotta vada indagata, anche con l'ausilio di strumenti *extrapenali* o addirittura *extralegali*, allo scopo di capire se offenda effettivamente dei beni giuridici; da ciò consegue la possibilità di accettare la punibilità di condotte non necessariamente corrispondenti perfettamente a quelle previste nelle fattispecie astratte. Per converso tale orientamento può portare, ma l'autore stesso ammette la maggiore rarità statistica di casi simili, alla non punibilità di condotte che, seppur perfettamente coincidenti alla fattispecie astratta, non risultano offensive perché, ad esempio, il bene giuridico tutelato dalla norma è divenuto inattuale<sup>11</sup>.

Partendo da queste prime riflessioni è possibile individuare alcuni significativi punti di contatto tra il principio di offensività e quello della «particolare tenuità». Preliminarmente occorre precisare che, per quanto siano simili, rimangono comunque delle evidenti differenze tra i due concetti.

---

<sup>10</sup> *Ibidem*. Ove si nota tra l'altro come Vassalli abbia richiamato un suo precedente lavoro nel quale addiveniva a questa soluzione ovvero: G. VASSALLI, *Il contributo di Filippo Grispianni alla teoria dell'elemento oggettivo del reato*, in *Studi in memoria di Filippo Grispianni*, in *La scuola positiva*, 1956, p. 389, ripreso poi anche da G. NEPI MODONA, *Il reato impossibile*, Milano, 1973, p. 136. Vassalli precisa ancora come, a fronte del suo orientamento espresso nel lavoro citato nella presente nota, aveva comunque - nello stesso lavoro - rivalutato la funzione dell'antigiuridicità materiale e contemporaneamente si era espresso in termini critici sull'assenza all'interno del nostro ordinamento penale di una norma che sancisse alla non punibilità per difetto di pericolosità.

<sup>11</sup> G. FIANDACA, *Note sul principio di offensività e sul ruolo della teoria del bene giuridico tra elaborazione dottrinale e prassi giudiziaria*, in A. M. STILE (a cura di) *Discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, Napoli, 1991, pp. 65-66. Si rinvia alla nota 21 del presente lavoro per un approfondimento della lettura personale che Fiandaca stesso fornisce della possibilità che una condotta possa allo stesso tempo integrare la fattispecie astratta e risultare inoffensiva.



La dimensione *quantitativa* del reato penale svolge il suo ruolo primario nel campo della commisurazione della pena; illuminante in questo senso la definizione di Feuerbach secondo cui «nessuna legge penale può determinare, a priori, quale grado di punibilità un reato abbia in concreto<sup>12</sup>». Proprio da questa affermazione trae spunto Paliero nella sua riflessione sui profili sistematici ed interpretativi dei reati bagatellari<sup>13</sup>. L'autore infatti ricollega questa definizione feuerbachiana ad una più generale riflessione di English sulla natura delle norme penali ove si mette in risalto la «naturale insufficienza della norma rispetto all'individualità<sup>14</sup>». Questo spunto apre all'ampio tema dei limiti intrinseci alla fattispecie generale ed astratta ed esula dal presente lavoro. Ai nostri fini rileva maggiormente però, più che la graduazione della pena, la punibilità in senso stretto. Osservando esempi di particolare tenuità del fatto (il notorio caso di scuola del furto del chiodo arrugginito) emerge come, in casi estremi, una condotta possa rimanere al di sotto di un limite minimo indispensabile perché sia possibile l'intervento della norma penale. Ebbene quel limite minimo è appunto l'offensività. È sempre Paliero a richiamare una definizione di Welzel in cui i beni giuridici vengono paragonati a degli oggetti da museo proprio per evidenziarne la differenza. Mentre un pezzo da museo va custodito perché anche il pur minimo urto lo può danneggiare irreparabilmente, il bene giuridico non sempre, seppur aggredito, subisce una lesione idonea ad offenderlo concretamente<sup>15</sup>. Per completezza si riporta anche la riflessione di Aldo Moro sul tema, laddove l'autore parla appunto di questo limite minimo al di sotto del quale non c'è *razionale consistenza del reato* e pertanto non si può giustificare una pena<sup>16</sup>. Anticipiamo ancora una volta come tra i vari gradi delle lesioni al bene giuridico rientri anche la sua messa in pericolo. In altri termini, una condotta può ledere o solo minacciare l'integrità di un bene giuridico ed essere comunque punibile. La condotta di particolare tenuità deve necessariamente concretizzare una lesione di questa integrità talmente

<sup>12</sup> L. FEUERBACH, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, vol. I, Erfurt, 1799, p. 244

<sup>13</sup> C.E. PALIERO, «*Minima non curat praetor*» ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari, *Pubblicazioni della Università di Pavia studi nelle scienze giuridiche e sociali*, Nuova Serie, Vol.43, Padova, 1985, p. 654.

<sup>14</sup> K. ENGLISH, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, Heidelberg, 1968, p. 202, la citazione è tratta da C.E. PALIERO, «*Minima non curat praetor*», cit., p. 654 nota 4.

<sup>15</sup> H. WELZEL, *Studien zum System des Strafrechts*, in ZStW, 1939, pp. 514 e 527-529. la citazione è tratta da C.E. PALIERO, «*Minima non curat praetor*», cit., p. 654, nota 5.

<sup>16</sup> A. MORO, *Unità e pluralità di reati*, Padova, 1951, pp. 2 e 3. la citazione è tratta da C.E. PALIERO, «*Minima non curat praetor*», cit., p. 655 nota 6.

piccola da non potersi considerare offensiva.

Alla luce di questa brevissima disamina sul tema della esiguità, o particolare tenuità del fatto, si può svolgere una prima riflessione sull'istituto in relazione all'offensività così come delineata sino a questo momento. La «particolare tenuità» assolve a due distinte funzioni che possiamo sinteticamente definire *quantitativa* e *qualitativa*.

La funzione *quantitativa* riguarda il cd. *grado* della pena; una condotta, che integra perfettamente la fattispecie astratta, può essere punita con una pena più o meno severa a seconda della maggiore o minore esiguità del fatto. Tale prima funzione non è in diretta correlazione con i nostri temi in quanto non entra nel merito della punibilità di condotte concretamente inoffensive.

La funzione *qualitativa* invece entra in gioco nei casi di *estrema* esiguità del fatto, ovvero i casi in cui la condotta, sia pur integrando perfettamente la fattispecie astratta, è caratterizzata da una tale tenuità da rendere non più punibile il fatto. In questo senso parliamo di *qualità* perché, superati certi limiti, la tenuità non ha più la funzione di graduare la pena, ma la rende *qualitativamente* non punibile ovvero, in altre parole, nei casi in cui il limite quantitativo assuma un'accezione anche qualitativa della condotta tale che non si possa qualificare il torto come penalmente rilevante. Tale seconda funzione si costruisce intorno all'offensività, in sintesi possiamo dire che quando la condotta dell'individuo, pur integrando una fattispecie penale astratta, è di una esiguità estrema, il bene giuridico non è materialmente offeso con la conseguenza che la condotta stessa non è più penalmente rilevante<sup>17</sup>.

L'osservazione non deve essere fuorviante. A ben guardare infatti la particolare tenuità del fatto fa riferimento ad ipotesi in cui la condotta concreta perfeziona la fattispecie astratta ma realizza una lesione del bene giuridico talmente piccola da non essere considerata rilevante penalmente. Il tema dell'offensività è ben più ampio e quello della esiguità può essere considerato alla stregua di una sua possibile declinazione. A titolo di esempio, non è certamente bagatellare la condotta di chi pianifichi e attui l'accoltellamento di un uomo senza rendersi conto che il soggetto passivo è già morto per cause naturali<sup>18</sup>. Il nostro tema riguarda in effetti la natura stessa della norma penale, ovvero se una concreta lesione, grande o piccola che sia, di un bene giuridico sia elemento necessario o meno per l'applicazione della pena. Dalle possibili risposte a questo interrogativo di fondo<sup>19</sup> nascono le varie teorie che verranno analizzate nel prosieguo di

<sup>17</sup> In questo senso vedi M. GALLO, *Il dolo. Oggetto e accertamento*, cit., p. 263-264.

<sup>18</sup> Questa ipotesi rientra a pieno titolo nel campo del reato putativo per il quale si rinvia a cap. 3, § 3, pp. 122 e ss.

<sup>19</sup> Tra le risposte spicca quella d'epoca contemporanea di Fiandaca che arriva a negare la

questo lavoro, da una concezione più risalente che vede nella violazione stessa del precetto normativo un inaccettabile recesso dal contratto sociale, una ribellione alle regole, un peccato, ad una più moderna che riconduce la pena ad un danno e non alla mera manifestazione di *mala voluntas*. Non volendo anticipare, banalizzandole, le analisi su questa evoluzione nel pensiero giuridico, in questa sede basti dire che non ci troviamo di fronte ad una evoluzione lineare e netta, quanto piuttosto ad un intreccio tra le due teorie che nel periodo preso in esame, ovvero il XIX secolo, ha visto le più eminenti personalità della scienza penalistica cercare formule di mediazione che avranno riflessi anche nelle principali codificazioni europee del periodo.

---

possibilità che una condotta inoffensiva possa perfezionare la fattispecie astratta partendo dal presupposto logico secondo cui, se un fatto non è capace di ledere concretamente il bene giuridico che la norma tutela, allora quel fatto solo apparentemente è conforme alla fattispecie astratta, in realtà ci deve necessariamente essere in quel fatto qualcosa che lo renda difforme. Su questo assunto Fiandaca ha argomentato che non esiste alcuna contrapposizione reale tra tipicità ed offensività, individuando anche alcuni autori dal pensiero analogo al suo come Fiore e Pagliaro. Il riferimento è in G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale – Parte generale*, Bologna, 2010, p. 184. Il tema era già stato affrontato, molti anni prima, in termini simili (ma non uguali) da Fiore il quale scrive: «(...) non può, seriamente, ritenersi che l'azione inidonea corrisponda a quella tipicamente prevista, per definizione dannosa e pericolosa; che l'evento, privo di ogni effetto lesivo, corrisponda a quello cui il legislatore, nell'astratta previsione della fattispecie, ha presuntivamente collegato il danno. Non può ritenersi verificata, nella realtà, l'ipotesi tipica, quando di essa non si riscontri che l'esteriorità, e anche la sostanza; certo il legislatore nel delineare il modello, si riferiva ad azioni idonee; ad un reale contenuto, e non ad una vuota forma.» Così C. FIORE, *Il reato impossibile*, Napoli, 1959, p. 44.



## Capitolo I

### *Per una storia del Bene Giuridico tra il XIX e il XX secolo. Profili essenziali*

SOMMARIO: 1. Il Bene Giuridico (Accenni). – 1.1 Teoria critica o liberale. – 1.2 Teoria acritica o formale.- 2. Bene singolo e «offesa allo Stato» Bene collettivo, sicurezza sociale e riflessi sul concetto di offensività e d'inidoneità della condotta.

Il principio di offensività è strettamente interconnesso a quello di bene giuridico. La definizione stessa di offensività infatti è: *lesione* del bene giuridico. Ci troviamo quindi di fronte ad un tema unico. Per poter avere una migliore comprensione delle varie teorie dell'*offesa* che si svilupparono nel dibattito europeo tra l'Ottocento e i primi anni del Novecento è indispensabile una digressione, per accenni, sul bene giuridico. Argomento vastissimo che, a sua volta, ha appassionato, ed appassiona ancora oggi, la dottrina, il bene giuridico verrà in questa sede affrontato in rapporto con il concetto di *offesa*. Preliminarmente corre l'obbligo di precisare come il «bene» ponga una questione semantica in quanto sono vari e diversissimi tra loro i significati assunti dal termine stesso. Le varie correnti dottrinarie che si sono espresse sul tema hanno espresso, con la stessa parola, concezioni del diritto penale anche contrapposte tra loro. Potremmo dire che il bene giuridico non esiste come categoria univoca ma è piuttosto una categoria astratta variamente definita ed interpretata. Nei due paragrafi che seguono si è scelto di selezionare le più autorevoli voci che hanno dato vita ai due principali indirizzi interpretativi sull'argomento (alludiamo alla teoria liberale ed a quella formale) prediligendo gli aspetti più direttamente correlati al problema dell'*offesa*.

## 1. *Il Bene Giuridico (Accenni)*

### 1.1. *Teoria critica o liberale*

La teoria critica nasce in piena ideologia liberale. La dottrina tedesca del XIX secolo infatti sviluppa il concetto di bene giuridico partendo da uno scopo dichiarato: porre un argine al potere del legislatore penale<sup>1</sup>. L'antica concezione autocratica del sovrano-legislatore che, per volere divino, normava la vita dei propri sudditi perseguendo finalità anche etiche era crollata sotto il peso della secolarizzazione illuminista. Il legislatore non ha più la funzione di arbitro della moralità. Non può più invadere l'intimità del popolo, deve piuttosto limitarsi a garantire l'equilibrio sociale.

Tradizionalmente la definizione liberale di bene giuridico viene ricondotta all'opera di Birnbaum che lo considera come un bene materiale, individuale o collettivo, garantito dallo Stato e «naturalmente violabile<sup>2</sup>». Per questa ragione Musco cita Birnbaum quando definisce il bene giuridico (*Rechtsgut*<sup>3</sup>) come: «*un bene materiale cui lo Stato attribuisce tutela, di appartenenza del singolo o della collettività e per sua natura inviolabile<sup>4</sup>*». *Argine* sembra essere la parola chiave di questo indirizzo dottrinario per definire il bene giuridico.

Posto e chiarito cosa sia un bene giuridico, il diritto penale dovrà limitarsi a punire solo quelle condotte che siano *offensive* dei beni giuridici stessi. Tale concezione riconduce il diritto penale ad un dogma di stretta realtà: solo ciò che offende qualcosa di reale o «empirico-naturale» può essere oggetto di una norma penale. Ogni condotta che superi l'*argine* posto dal bene giuridico *non può* avere rilievo penale.

Musco entra nel merito di questa concezione di bene giuridico definendola anche lui concezione *liberale*. L'autore nel merito svolge un'ulteriore considerazione utile ai fini di una lettura critica dell'evoluzione storica del bene giuridico. In effetti la nuova concezione ottocentesca liberale,

<sup>1</sup> Vedi in merito F. STELLA, *La Teoria del bene giuridico e i cd. fatti non conformi al tipo*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Nuova Serie, Anno XVI, 1973, p. 4.

<sup>2</sup> *Ibidem*. Ove si cita la fonte ovvero, J.M.F. BIRNBAUM, *Ueber das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechen, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung*, in *Archiv des Criminalrechts*, 1834, p. 175. Manes lo definisce anche *Rechtsgutsbegriff*; in proposito vedi, V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005, p. 22.

<sup>3</sup> Per un approfondimento su parte della sterminata bibliografia prevalentemente tedesca in materia, vedi A. ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale; contributo alle teorie generali del reato e della pena*, Torino 1913, p. 21, nota 31.

<sup>4</sup> E. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974, p. 62.

così come definita in queste prime righe, si manifesta già come la naturale evoluzione della vecchia definizione di reato visto come offesa di un *diritto subiettivo* (*Willensmacht*<sup>5</sup>) che vede in Feuerbach il primo e più autorevole teorico in Germania<sup>6</sup> ed in Carmignani e Carrara i principali esponenti italiani<sup>7</sup>. Bisogna chiarire che questo sviluppo si incardina all'interno di una più generale evoluzione della concezione illuministica del diritto penale che ha il suo perno nel contratto sociale. La teoria del contratto sociale, anche secondo Carrara<sup>8</sup>, aveva avuto fortuna prevalentemente per la sua capacità di fungere da argine alle vecchie forze assolutiste nella nuova concezione illuminista dello Stato, ma non poteva più reggere il peso di una penalistica che doveva confrontarsi con le nuove e più complesse esigenze degli ordinamenti statuali moderni. La crisi del contratto sociale è anche la crisi del diritto penale incentrato sul diritto subiettivo innato che infatti cede il posto al nuovo e più ampio concetto di bene giuridico. Proprio in relazione a questa evoluzione è stato Bricola a notare come nell'opera di Carrara, pur continuando ad utilizzarsi la categoria dei *diritti*, è evidente come questi vengano considerati in un'accezione più ampia e coincidente con la nuova categoria del bene giuridico<sup>9</sup>. Una categoria nuova, destinata a far ripensare integralmente le funzioni del diritto penale. Tra gli autori che condividono questa visione di una evoluzione naturale della teoria

<sup>5</sup> Questo il termine che utilizza Binding parlando di *diritto subiettivo* da lui visto sotto il profilo esclusivamente formale.

<sup>6</sup> L. FEUERBACH, *Des Gemeinen in Deutschland Gültigen Peinlichen Rechts*, Giessen, 1812. Da ricordarsi anche la celebre definizione di Jhering che, a proposito del diritto soggettivo, scrive: «*interesse giuridicamente protetto*» e definisce l'interesse come «*ogni contenuto di utilità, ogni cosa, anche pecuniariamente non valutabile, che sia un bene per un soggetto*». La citazione è tratta da A. ROCCO, *Loggetto del reato, cit.*, pp. 245-246, ove l'autore rivede criticamente questa definizione sostenendo che l'identità tra bene ed interesse come emerge dalle parole di Jhering non è condivisibile nella misura in cui tra i due concetti può esistere al massimo un rapporto di corrispondenza. In proposito Rocco fornisce l'esempio del *bene patrimonio* cui corrisponde *l'interesse alla conservazione del patrimonio*.

<sup>7</sup> G. CARMIGNANI, *Elementi di diritto criminale*, Napoli, 1854, § 120, p. 40; F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale dettato nella Regia Università di Pisa, parte generale*, Vol. I, Lucca, 1871, § 42; entrambi citati in A. ROCCO, *Loggetto del reato, cit.*, p. 31.

<sup>8</sup> Paradigmatica a questo proposito la frase di Carrara, citata da G. DE FRANCESCO, *Funzioni della pena e limiti della coercizione: caratteri ed eredità del classicismo penale*, in *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, Vol XXXVI, 2007, pp. 614-615, che, in riferimento alla teoria del contratto sociale dice: «*opera benemerita come demolitrice piuttosto che come costruttrice*». Il riferimento è tratto da F. CARRARA, *L'avvenire della scienza criminale*, in *Opuscoli di diritto criminale*, Prato, 1887, vol. VII, p. 549.

<sup>9</sup> In questo senso sempre G. DE FRANCESCO, *Funzioni della pena, cit.*, p. 615 ove viene citata anche una ricca bibliografia di riferimento sul passaggio dal diritto soggettivo al bene giuridico.

generale del reato, Mantovani vede nella concezione liberale lo sviluppo delle teorie giusnaturalistiche di tipo contrattualistico; da esse infatti deriva la concezione primigenia di bene giuridico in senso liberale, ovvero quella di *argine* per il legislatore penale. La norma penale non può spingersi oltre la tutela di beni giuridici che, in quanto pre-positivi<sup>10</sup>, sono *naturali*; si ritorna insomma al concetto che la norma penale *trova e non crea*<sup>11</sup>.

Una delle più evidenti *rivoluzioni*, che la progressiva affermazione del concetto di bene giuridico scatena, consiste nel rinnovato rapporto tra obbligo giuridico e diritto subiettivo. Tra le più autorevoli voci che in dottrina porranno questo interrogativo c'è certamente quella di Rocco.

Rocco, partendo dall'assunto indiscutibile che il diritto penale abbia il potere di *creare* nuovi obblighi giuridici e nuovi diritti soggettivi, si domanda se i primi e i secondi siano in un rapporto di necessaria interdipendenza. L'autore fa l'esempio dell'obbligo di non uccidere al quale dovrebbe corrispondere il diritto subiettivo al rispetto della propria vita; e cita anche Hold von Ferneck tra i sostenitori della teoria per cui l'obbligo giuridico in capo al soggetto attivo ha sempre, di riflesso, un diritto subiettivo in capo al soggetto passivo. Rocco però nega decisamente questa lettura sul presupposto che la vita, (ma anche l'onore, l'integrità personale, la libertà etc.) non possono essere considerati come dei diritti soggettivi nella misura in cui non sono appunto *soggetti* alla volontà dell'interessato ma sono piuttosto tutelati in maniera obiettiva ed in qualche modo *esterna* rispetto ai soggetti i quali infatti non possono liberamente disporne. Ebbene, sulla scorta di questo ragionamento, Rocco chiarisce che alcuni interessi tutelati dalla norma penale non sono diritti subiettivi ma piuttosto *beni giuridici*<sup>12</sup>

<sup>10</sup> Anche Romano considera quest'elemento come un parametro caratterizzante della concezione liberale del bene giuridico: M. ROMANO, *Art. 39*, in *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. I, Milano, 2004, p. 278.

<sup>11</sup> F. MANTOVANI, *Il principio di offensività*, cit., 456.

<sup>12</sup> Interessante ai nostri fini la ricostruzione logica utilizzata da Rocco per spiegare come il bene giuridico sia l'oggetto dell'attività delittuosa a partire dal concetto di danno: «Danno (effettivo o possibile, reale o potenziale) nel senso comune o volgare e nell'accezione più larga della parola, altro non è se non quello che può recar «dolore» ad una persona, se non il male di una persona (prodotto da un avvenimento di qualsiasi natura). Ma il «dolore» non è che l'antitesi, il contrapposto del «piacere». Il «male» non è che l'antitesi il contrapposto del «bene». Ogni offesa delittuosa è dunque offesa di un bene della persona umana, offesa di un bene dell'esistenza umana, e quindi ogni tutela giuridica penale è tutela di un bene dell'esistenza umana. «Oggetto» della offesa delittuosa e della tutela giuridica penale è dunque sempre, più particolarmente, un bene dell'esistenza umana, (individuale o sociale). Ma il bene dell'esistenza umana (...) non può non essere l'oggetto di un «interesse» umano. Si può dunque indifferentemente dire che l'offesa delittuosa è offesa, che la tutela giuridica penale è tutela, di un bene, ovvero di un interesse a un bene della vita umana; che oggetto della offesa



ovvero interessi tutelati dalla norma a prescindere dalla volontà dei soggetti cui fanno capo<sup>13</sup>. Naturalmente ciò non esclude che il diritto penale possa tutelare anche diritti subiettivi come nel caso degli interessi economici tutelati ad esempio dalle norme sui reati patrimoniali. Ecco come dalla più ristretta categoria dommatica del diritto soggettivo si passa alla più ampia definizione di reato contemplato come offesa del bene giuridico<sup>14</sup>.

Il concetto di indisponibilità del bene giuridico è destinato ad un'evoluzione. Il consenso dell'offeso, visto in un'ottica scriminante, ha sempre rivestito un certo interesse in dottrina. Nel nuovo codice penale del 1930, l'art. 50 consente la lesione o messa in pericolo di ogni diritto disponibile ove ricorra il consenso dell'avente diritto. Come sempre, il concreto operare dei giudici fornisce un utile strumento d'indagine. Il Tribunale di Napoli, con sentenza del 13 dicembre 1931<sup>15</sup> mandò assolti alcuni medici ospedalieri i quali avevano eseguito un'espanto d'organo, perfettamente sano, ad un tale Salvatori, per impiantarlo in un malato. Salvatori si era determinato a tale espanto in ragione di un compenso sapendo di poter condurre un'esistenza normale anche in assenza dell'organo espantato. Tutti imputati per lesioni personali, i medici rappresentano a loro difesa la scriminante di cui all'art. 50 cod. pen. Il tema affrontato dal tribunale riguarda l'elemento tutelato dalla norma ovvero l'integrità personale. Il Tribunale si domanda se l'integrità personale sia un bene giuridico indisponibile, la cui offesa comporta indubbiamente una pena, oppure uno di quei diritti soggettivi che la norma tutela, ma che possono essere oggetto di disposizione. Il Tribunale optò per una linea di mediazione sostenendo che la lesione personale con il consenso dell'offeso sia ammissibile entro certi limiti, ovvero nella misura in cui non comporti una patologia permanente o conseguenze gravi. Per tale ragione mandò assolti gli imputati. In realtà il codice non prevedeva alcuna distinzione in merito alla gravità della lesione, il Tribunale di Napoli ritenne però di assolvere comunque. Ai nostri fini rilevano alcuni aspetti della motivazione che rendono bene l'idea di quale fosse la concezione del bene giuridico e soprattutto di cosa lo rendesse *indisponibile*:

---

*delittuosa è un bene, ovvero un interesse a un bene della vita umana individuale o sociale.*», così A. ROCCO, *L'oggetto del reato*, cit., p. 242.

<sup>13</sup> A. ROCCO, *L'oggetto del reato*, cit., p. 89, nello stesso senso vedi, K. BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, Bd. I, Leipzig, 1885, p. 169.

<sup>14</sup> In proposito vedi anche, F. MANTOVANI, *Il principio di offensività*, cit., p. 455. Vedi anche K. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, 1972; W. HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, Frankfurt am Main, 1973.

<sup>15</sup> Tribunale di Napoli, Ud. 13 dicembre 1932, in *Foro It.*, Volume LVII, parte II, 1932, pp. 140 e ss.

L'integrità personale, giova osservare, è un bene giuridicamente protetto, non solo per la difesa del diritto individuale, ma per la tutela stessa delle supreme esigenze sociali, in quanto lo Stato ha interesse suo proprio alla conservazione di quel bene indipendentemente dalla volontà del singolo. L'individuo infatti è un soldato, un procreatore di altri cittadini, un produttore di ricchezza ecc. Evidentemente un tale interesse permane, a prescindere dal valore che il singolo possa annessere al bene stesso<sup>16</sup>.

Il bene giuridico è evidentemente *qualcosa in più* rispetto al diritto soggettivo, rimane però da definire in termini chiari cosa sia.

Rocco dà una sua risposta a questa domanda, partendo dal concetto di *bisogno*.

Il *bisogno* consiste in quell'esigenza naturale dell'essere umano che infatti va alla ricerca della sua soddisfazione per ottenerne un *piacere*. Rocco precisa che il bisogno umano è sempre un bisogno di *qualche cosa* e ne deduce che tutto ciò che può soddisfare un bisogno umano è appunto un *bene*:

tutto ciò che, esista o no attualmente, abbia esistenza materiale o immateriale; può soddisfare un bisogno umano è bene; bene è tutto ciò che, esistendo come realtà di fronte alla considerazione della coscienza umana, è atto a soddisfare un bisogno umano<sup>17</sup>.

Possiamo dire che il bene giuridico consiste allora in quel bisogno umano, in quel piacere che l'uomo naturalmente ricerca e che lo Stato reputa degno di tutela giuridica. È infatti di tutta evidenza che non tutti i desideri e le propensioni al piacere dell'uomo vengono dallo Stato annoverati tra i *bisogni* e di conseguenza possono essere tutelati come *beni*. L'oggetto del reato è, in qualche modo, l'altra faccia del bene giuridico. Che accade infatti quando questi piaceri tutelati cui l'uomo protende vengono aggrediti da altri uomini che vogliono impadronirsene? Ebbene il diritto penale in questi casi deve attivare i propri strumenti di tutela.

Rocco distingue un *oggetto* generico del reato (consistente nell'interesse dello Stato alla propria conservazione) che sorge in essere in ogni reato, ed un *oggetto* specifico del reato coincidente con l'interesse individuale o collettivo leso dalla singola fattispecie delittuosa. Già in questa tripartizione (oggetto generico, oggetto specifico individuale e collettivo) affiora subito un interrogativo sull'offensività: è possibile ledere l'interesse dello Stato, offendere lo Stato, senza offendere un interesse individuale o collettivo? L'interesse dello

---

<sup>16</sup> Id., p. 142.

<sup>17</sup> A. Rocco, *L'oggetto del reato*, cit., pp. 261-265.

Stato alla propria conservazione può considerarsi come un bene giuridico?

Questo tema dell'*interesse* è certamente centrale nella riflessione sul bene giuridico. Infatti, partendo proprio dal concetto di interesse, Delitala svolge una lettura critica dell'opera di Rocco definendolo però *diritto*:

Ora, il diritto di punire rappresenta precisamente l'equivalente del diritto all'osservanza dei precetti penali violati dal reato. Questo è un diritto dello Stato alla propria conservazione, quello è un diritto dello Stato alla propria difesa; ed il diritto di difesa non è altro che una trasformazione del diritto di conservazione alla vita. Il reato è, dunque, la violazione di un diritto pubblico statale<sup>18</sup>.

Il ragionamento secondo cui, per Rocco, lo Stato ha un diritto soggettivo alla propria conservazione<sup>19</sup> ha, secondo Delitala, un punto debole. In effetti le perplessità sollevate da Delitala hanno un fondamento che merita una riflessione. Secondo la teoria di Rocco, il fatto che lo Stato abbia organismi non giurisdizionali (il riferimento è alle forze di polizia) che hanno il potere di imporre il rispetto delle leggi, postula che lo Stato abbia un *diritto soggettivo* a vedere rispettate le proprie leggi. Ove quindi lo Stato tuteli un proprio interesse in maniera coattiva ciò implica che tale interesse è, per forza di cose, un diritto soggettivo dello Stato stesso. A parere di Delitala il punto debole di una simile impostazione teorica consisterebbe nell'estendere in modo abnorme il campo dei diritti soggettivi e dei beni giuridici. In base a questo principio infatti, ove si affermasse che l'esercizio di un'attività di polizia sia condizione sufficiente per dimostrare l'esistenza di un diritto soggettivo all'obbedienza ai precetti penali, in quanto costrizione forzata del reo a sottomettersi, ne discenderebbe che la legittima difesa del privato, in quanto comportamento atto a costringere taluno a sottostare forzatamente ad una norma, (quale ad esempio quella di non uccidere) comporterebbe anche in capo al privato un diritto soggettivo all'obbedienza ai precetti penali. Conclusione che l'autore naturalmente considera assurda<sup>20</sup>. Per quanto affascinante questa ricostruzione critica pare non prendere in considerazione alcune variabili essenziali. La prima consiste nell'impossibilità di paragonare lo Stato al cittadino, l'attività di legittima difesa infatti è legata alla tutela del bene giuridico individuale di cui lo Stato non può, per definizione, essere titolare. La seconda invece è legata alla natura strutturalmente differente

<sup>18</sup> G. DELITALA, *Contributo alla nozione del reato*, in *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, Anno I, 1926, p. 327

<sup>19</sup> A. ROCCO, *L'oggetto del reato*, cit., pp. 554-556.

<sup>20</sup> G. DELITALA, *Contributo alla nozione del reato*, cit., p. 328.

della legittima difesa rispetto all'attività di polizia. Mentre l'attività di polizia è *ordinariamente* tesa alla prevenzione di ogni reato, la legittima difesa è un comportamento di natura *straordinaria*, ammissibile solo per ragioni di urgenza e consentito solo ed esclusivamente per ipotesi specifiche. Si potrebbe dire che la legittima difesa rappresenta quell'eccezione al principio generale che vieta l'esercizio arbitrario delle proprie ragioni, mentre invece l'attività di polizia è retta da un principio generale di difesa dello Stato. Anche in questo caso la riflessione potrebbe condurre a questioni troppo lontane da questa ricerca e va necessariamente, per ineludibili ragioni di brevità, interrotta qui.

La dottrina darà molte e diverse letture di queste teorie, elaborandone anche di altre. Cosa forse più interessante, come avremo modo di notare nel prosieguo di questo lavoro, anche la giurisprudenza si mostra non sempre indirizzata a tutelare questo *interesse* dello Stato, anzi qualche volta arriva a sminuirlo, come nel caso in cui la Cassazione mandò assolto un notaio romano che aveva commesso un falso innocuo, sul presupposto che ove non vi sia danno non può considerarsi leso l'interesse pubblico<sup>21</sup>.

Restando per il momento fissi sul tema del bene giuridico vediamo come la concezione di Rocco, con la consueta originalità che ne contraddistingue il pensiero, viene dall'autore in qualche modo *asservita* al giuspositivismo. Infatti se l'autore riconosce il bene giuridico come una realtà pre-positiva al tempo stesso sostiene che compete solo al legislatore la valutazione di cosa meriti tutela penale, di cosa rientri nella categoria del bene giuridico. A proposito di ciò Rocco precisa che il compito del legislatore consiste proprio nella valutazione di cosa, in una società data ed in un dato tempo, meriti tutele senza alcuna pretesa di eternità

Ma ciò altro non prova se non che quella valutazione, lungi dall'essere un criterio assoluto, è, invece, un criterio relativo e variabile: variabile da momento a momento storico, da Stato a Stato in uno stesso momento storico: che esso è, dunque, un apprezzamento di politica, cioè a dire di opportunità e di convenienza<sup>22</sup>.

Come spesso avviene leggendo le opere di Arturo Rocco è sostanzialmente impossibile collocarne il pensiero all'interno di una corrente precostituita *tout court*. Anche in questo caso il maestro napoletano coniuga nella sua visione elementi della teoria critica-liberale e della teoria formale-metodologica che sarà oggetto d'analisi nel paragrafo seguente, riuscendo

---

<sup>21</sup> Corte di Cassazione di Roma, Ud. 8 maggio 1889, in *Foro It.*, Volume XIV, parte II, 1889, p. 235, vedi *infra* cap. 3 § 2 pag. 81.

<sup>22</sup> A. Rocco, *L'oggetto del reato*, cit., p. 152.

ad armonizzarli in un ragionamento che potrebbe apparire contraddittorio ma che invece rivela, ad una più attenta analisi, tutta la raffinatezza della impostazione che sta alla base del tecnicismo giuridico. Rocco dimostra che concepire il bene giuridico come cosa *altra* rispetto alla norma, come realtà empirica preesistente da cui la norma penale trae origine, non per forza implica un argine per l'attività del legislatore; è infatti sufficiente riconoscere al legislatore (ed a lui solo) la discrezionalità di valutare in cosa consista questa realtà empirica preesistente e mutevole. In tal modo non si sta svilendo la norma penale a mera volontà del legislatore ma si sta, piuttosto, innalzando il legislatore al rango di interprete unico della realtà. È evidente che così facendo si concepisce il potere del legislatore come un arbitrio privo di alcun controllo e quindi, nella pratica, si annienta la forza limitatrice del bene giuridico anche se, a ben guardare, sembra più aderente all'ottica di Rocco una visione altissima del legislatore che non ha necessità di limiti in quanto se li impone da solo. In altri termini, pur essendo libero, il legislatore penale considererà bene giuridico solo ciò che effettivamente è tale nella realtà di quel dato contesto e di quel dato momento, in ragione del fatto che il bene giuridico non è per Rocco un principio eterno ma piuttosto legato all'evoluzione della società.

È notorio che, anche secondo l'orientamento dottrinario prevalente al giorno d'oggi (per lo meno al livello enciclopedico e manualistico), l'offensività va inquadrata partendo sempre dal bene giuridico; Fiorella ad esempio definisce il bene giuridico come «*un quid cui il contesto sociale ed il diritto penale attribuiscono un significato di valore*<sup>23</sup>». Secondo la cd. teoria critica, o concezione empirico fattuale, per utilizzare le parole di Fiorella, il bene giuridico precede la norma come una *entità-oggettiva* la cui tutela è affidata alla norma stessa. Secondo l'autore solo questa visione consente un isolamento *dell'entità* bene giuridico rispetto alla norma e solo attraverso tale isolamento diventa possibile costruire una teoria dell'offesa al bene giuridico. Alla luce di questa definizione iniziale e sul presupposto logico che il bene giuridico sia qualcosa di diverso dalla condotta che può offenderlo, possiamo sintetizzare una definizione più compiuta: il bene giuridico è una entità giudicata positivamente dal corpo sociale e dal diritto; la condotta è quell'azione dell'uomo che può offendere il bene giuridico. La norma è la prescrizione che vieta le condotte offensive del bene giuridico<sup>24</sup>.

Solo un'impostazione simile, che parte dall'assunto che il bene giuridico sia qualcosa di differente dalla condotta, consente un utile punto di partenza

<sup>23</sup> A. FIORELLA, *Reato (dir. Pen.)* (voce), in *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XXXVIII, Milano, 1987, p. 790.

<sup>24</sup> ID, p. 791.

per una definizione del concetto stesso di offensività ma, soprattutto, consente di concepire una giustificazione dommatica alla condotta conforme al tipo ma concretamente inoffensiva come per il caso del reato impossibile a cui abbiamo infatti dedicato un approfondimento *ad hoc* sia sotto il profilo dottrinario che giurisprudenziale<sup>25</sup>.

Il concetto di bene giuridico pre-positivo che il legislatore trova e non inventa è anche presente in Listz che ritiene che la fonte originaria del bene giuridico in questo senso inteso siano le *Kulturnormen*<sup>26</sup>.

Musco vede in questa concezione la funzione originaria del bene giuridico stesso così come elaborata già da Sina e Jesecheck da cui prende in prestito una definizione indicativa:

Significato sociale autonomo, fine a sé stesso e anteriore alla norma penale, perché altrimenti non potrebbe assolvere al suo compito sistematico di misura del contenuto e di delimitazione della fattispecie penale<sup>27</sup>.

Chiaramente secondo questa impostazione si riduce il ruolo del legislatore che non può certamente decidere cosa sia meritevole di tutela oppure no in senso stretto ma deve piuttosto individuare, nella realtà, i beni giuridici esistenti, ovvero «*solo ciò che anteriormente alla norma penale possa essere definito come bene (valore sociale)*»<sup>28</sup> per poi tutelarli dalle potenziali offese attraverso le norme penali. Ecco in estrema sintesi il concetto di bene giuridico come entità pre-positiva. Pur non intendendo entrare troppo nella complessità di questo tema, al quale si sta solo facendo un rapido accenno per consentire una più consapevole trattazione dell'oggetto del presente lavoro, va precisato come, secondo questa concezione, il legislatore non è solo colui che deve *vedere* i beni giuridici esistenti, ma anche colui che deve constatarne nel tempo la permanenza in essere. Più precisamente, ove un bene giuridico

<sup>25</sup> Per un approfondimento del rapporto tra offensività e reato impossibile vedi *infra* cap. 3, § 3, pp. 133 e ss.

<sup>26</sup> Il riferimento è tratto da V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., p. 19, ove si cita l'opera di F. VON LISTZ, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 21. /22. Aufl., Berlin-Leipzig, 1919, p. 133. Manes fa anche riferimento alla, a suo dire, infelice dottrina del concetto culturale di bene giuridico, per il cui approfondimento rinvia a M. E. MAYER, *Rechtsnormen und Kulturnormen*, Breslau, 1903, pp. 64 e ss., e 69.

<sup>27</sup> E. MUSCO, *Bene giuridico*, cit., p. 58, l'autore cita H.H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2 Aufl., Berlin, 1972, p. 194. Si rinvia, per un ulteriore approfondimento sulla dottrina tedesca in materia alla ricchissima bibliografia citata dallo stesso Musco nella medesima opera a p. 57 note 4, 5 e 6.

<sup>28</sup> H. JÄGER, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei den Sittlichkeitsdelikten*, Stuttgart, 1957, p. 21.

cessasse di essere tale a causa, ad esempio, dell'evoluzione sociale, il legislatore avrebbe a quel punto il dovere di eliminare la norma penale finalizzata alla sua tutela in quanto tale norma non avrebbe più alcuna ragion d'essere. Infatti se la ragione che consente la nascita della norma è la tutela di un bene giuridico ad essa norma preesistente, è di tutta evidenza che l'eventuale venuta meno di quel bene giuridico, nei termini che abbiamo detto, priva di senso l'esistenza della norma ed il legislatore è anche custode delle norme che ha creato e delle loro ragioni fondanti.

Un'altra definizione di bene giuridico, una delle più autorevoli all'interno della concezione liberale, è quella di Jäger il quale scrive

I beni giuridici sono situazioni permeate di valore che possono essere modificate dalla condotta umana e che perciò possono essere tutelate tramite prescrizioni penali contro tali modificazioni; in una parola, sono situazioni offendibili, tutelabili<sup>29</sup>.

Anche in quest'ultima definizione emerge in maniera evidente la natura pre-positiva del bene giuridico che è appunto una situazione permeata di valore ovvero un qualcosa che esiste in natura e che il legislatore deve individuare e difendere. In conclusione questo indirizzo da un lato invoca la natura, *melius*, le *situazioni permeate di valore*, quale *argine* dell'attività del legislatore, dall'altro affida al legislatore stesso l'enorme potere di decidere, lui solo, in cosa consistano queste *situazioni* e, conseguentemente, di fissare i limiti del proprio operato.

### 1.2. *Teoria Acritica o formale*

Di orientamento diametralmente opposto alla teorica critica, la teoria *acritica*, definita anche *formale* o *sostanzialmente metodologica*<sup>30</sup>, vede il bene giuridico essenzialmente come qualcosa di intrasistemico, interno alla norma e, in alcune accezioni più estreme, come coincidente con il *mero* scopo della norma. Sotto l'egida di questa concezione il bene giuridico non riveste più quella funzione di argine al legislatore che gli era stata affidata dalla dottrina tedesca ed italiana di stampo liberale, possiamo dire che perde ogni funzione riducendosi semplicemente a coincidere con la *ratio legis*. Già da queste poche righe si comprende come questa teoria abbia un assunto di partenza opposto rispetto a quella analizzata nel paragrafo precedente. Se la teoria liberale parte

<sup>29</sup> *Id.*, p. 13.

<sup>30</sup> L'espressione viene utilizzata in V. MANES, *Il principio di offensività*, cit., p. 27.

dal bene giuridico per *giustificare* la norma penale, la concezione *formale* o *sostanzialmente metodologica* parte invece dalla *norma* che ha il potere di fare assurgere ciò che va a tutelare al rango di bene giuridico<sup>31</sup>.

Tra i più autorevoli teorici di questa visione del diritto penale Honig il quale, agli inizi del secolo scorso, in seno alla concezione teleologica della scuola di Marburgo<sup>32</sup>, arriva a definire il bene giuridico in modo quanto mai restrittivo, semplicemente come lo *scopo nella sua forma più ridotta*<sup>33</sup> e Grünhut che si attesterà sulla stessa linea utilizzando l'espressione *abbreviazione del pensiero di scopo*<sup>34</sup>, tutto questo in una fase storica in cui il nazionalsocialismo ha già gettato le basi di quella visione rivoluzionaria dello Stato e del diritto che di lì a breve si concretizzerà nel regime nazista<sup>35</sup>.

È però Binding l'autore che più di altri fornisce una definizione di bene giuridico in senso formale, destinata ad essere un punto di riferimento per la dottrina successiva. I beni giuridici, scrive Binding,

Formano il punto di mezzo dove si raggruppano tutti i diritti e gli obblighi. Bene giuridico è tutto ciò che, dal punto di vista del legislatore, è importante per l'ordine giuridico e il di cui indisturbato mantenimento è posto al sicuro mediante norme. Beni giuridici sono non soltanto vita, integrità corporale, onore, onore sessuale, dei singoli, ma anche il loro credito, gli oggetti dei diritti patrimoniali, la legalità e veridicità dei mezzi di prova, come se i segni di fede, l'autorità dei funzionari, il territorio dello Stato, la forza bellica dello Stato durante la pace; in breve: tutto ciò che al di fuori del diritto di obbedienza dello Stato forma oggetto di un'offesa delittuosa<sup>36</sup>.

<sup>31</sup> In merito vedi tra gli altri F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, pp. 20aaaa e ss; V. MANES, *Il principio di offensività*, cit., p. 25; M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, vol., II, parte prima, *Il Reato*, Torino, 2007, p. 20.

<sup>32</sup> Principali esponenti di questa scuola Schwinge e Zimmerl e le rispettive opere: E. SCHWINGE, *Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht. Ein Beitrag zur strafrechtlichen Muthodenlehre*, Bonn, 1930; ID., *Der Methodenstreit in der heutigen Rechtswissenschaft*, Bonn, 1930; E. SCHWINGE, L. ZIMMERL, *Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht*, Bonn, 1937, tutti citati in V. MANES, *Il principio di offensività*, cit., p. 30, nota 54.

<sup>33</sup> R. HONIG, *Die Einwilligung des Verletzten*, I, Mannheim, 1919, p. 94. Vedi il richiamo presente in F. STELLA, *La teoria del bene giuridico*, cit., p. 4, ove si fa riferimento anche a H. MITTASH, *Die Auswirkungen des wertbeziehenden Denkens in der Strafrechtssystematik*, Berlin, 1939, pp.88 e ss.

<sup>34</sup> M. GRÜNHUT, *Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft*, in *Festsache Für Reinhard Frank*, vol. I, Tübingen, 1930, p. 8. Questa definizione è richiamata anche in E. MUSCO, *Bene giuridico*, cit., p. 97.

<sup>35</sup> Da citarsi tra le voci più autorevoli anche E. SCHWINGE, *Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht*, cit., p. 32; K. BINDING, *Handbuch*, cit., p. 169 Entrambi citati sia in F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni*, cit., p. 23, che in V. MANES, *Il principio di offensività*, cit., p. 25.

<sup>36</sup> K. BINDING, *Handbuch*, cit., § 32, pp. 169-170. La citazione è riportata anche in A.



Già in queste parole si percepisce la visione, squisitamente formale, che sottende alla definizione di bene giuridico. L'autore guarda al legislatore penale come ad un soggetto che *sceglie* cosa sia meritevole di tutela per il mantenimento dell'ordine giuridico. Va segnalato che la visione di Binding è ancora lontana dall'estremizzazione acritica che vede una corrispondenza perfetta tra bene giuridico e *ratio legis*; l'opera del legislatore penale viene ancora vista come un lavoro di interpretazione della realtà attraverso il quale assegnare tutela a ciò che è *importante per l'ordine giuridico*. Nella concezione di Binding, il legislatore non crea *tout court* dei beni giuridici in funzione di una convenienza politica. Allo stesso tempo però, secondo questa lettura, l'opera *interpretativa* del legislatore non ha più argine nel *bene giuridico preesistente* alla norma, è semmai il *suo punto di vista* a valutare cosa sia o non sia degno d'assurgere al rango di bene giuridico. In sintesi possiamo dire che il legislatore si è trasformato da mero *osservatore* a *interprete* della realtà. Continua Binding,

Bene giuridico è dunque tutto ciò che, quand'anche non costituisca un diritto, pure è, dal punto di vista del legislatore, come condizione di sana vita della comunità giuridica, per la comunità stessa importante: tutto ciò al cui inalterato ed indisturbato mantenimento essa ha, dal suo punto di vista, interesse, e che il legislatore perciò pone, mediante le sue norme, al sicuro da non desiderate violazioni e pericoli<sup>37</sup>.

In sintesi il diritto penale punisce le violazioni del dovere di obbedienza che si deve allo Stato, però non è più la natura a dire cosa serva allo Stato, il legislatore non deve più *leggere* la natura; deve valutare lui, dal suo punto di vista, cosa sia utile tutelare e cosa no. Il cambiamento di impostazione è evidente. Abbiamo già avuto modo di precisare che la teoria dell'offesa si costruisce necessariamente sul concetto di bene giuridico; in proposito sempre Binding fornisce un esempio di come i due istituti giuridici siano strettamente interconnessi tra loro:

Obietto dell'offesa non è l'interesse, al bene, ma il bene medesimo. L'offesa delittuosa è fatta sempre ad uno o a più concreti beni giuridici, ad una vita individuale, ad una cosa determinata. Ma essa può essere vietata anche soltanto come tale<sup>38</sup>,

---

Rocco, *L'oggetto del reato*, cit., p. 95.

<sup>37</sup> *Ibidem*.

<sup>38</sup> *Ibidem*.

altrove sullo stesso argomento Binding preciserà ulteriormente che *obietto* dell'offesa può essere

tutto ciò alla cui inalterata ed indisturbata conservazione ha un interesse, secondo la sua visione, il diritto positivo<sup>39</sup>.

Abbiamo accennato in apertura di questo paragrafo alla teoria formale e a come questa si sia evoluta operando una riduzione sempre maggiore, col trascorrere del tempo, della portata del bene giuridico. Nelle sue connotazioni più estreme, la teoria formale ridurrà il peso del bene giuridico fino a farla coincidere con la *ratio legis*, facendogli perdere ogni autonomia funzionale rispetto alla norma e quel ruolo di *argine* che la teoria liberale gli aveva riconosciuto. Nel solco di questa progressiva evoluzione Antolisei definisce i beni giuridici come «*beni della vita individuale e sociale*» la cui tutela serve «*al fine di assicurare la conservazione della società*»; l'autore vede un'indissolubilità tra bene giuridico e alcuni reati che si sostanzia nella impossibilità che vi sia reato ove non si perpetri anche un'offesa (intesa come alterazione in peggio) di un bene o un interesse<sup>40</sup>. Antolisei fornisce una definizione della teoria metodologica secondo la quale il bene giuridico coincide con lo scopo della norma. Si rende a questo punto utile un chiarimento in anticipazione di quanto verrà trattato nel prosieguo del presente lavoro relativamente alle teorie della Germania nazista.

Se è vero che l'evoluzione dalla concezione liberale a quella metodologica del bene giuridico è legata all'affermazione dei totalitarismi in Europa, è altresì vero che questa evoluzione non è assolutamente lineare nei vari ordinamenti. A fronte, ad esempio, delle estremizzazioni della scuola di Kiel in Germania, che arrivano a negare il concetto stesso di reato come offesa di un bene giuridico<sup>41</sup>, il formalismo italiano percorre altri sentieri interpretativi. Proprio Antolisei, nel 1940, ricostruisce il concetto di bene giuridico, di fatto avvicinandosi alla teoria formale e metodologica ma senza aderirvi.

L'autore ammette infatti che, se pur il concetto di bene giuridico di impostazione liberale sia legato a quello di diritto soggettivo e quindi ad una sfera individuale del cittadino che prescinde dallo Stato, e se pure tale impostazione abbia dei caratteri individualisti inconciliabili con la nuova visione politica dello Stato, ciò non osta in quanto anche nel nuovo Stato

<sup>39</sup> K. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, Leipzig, 1872, p. 193.

<sup>40</sup> F. ANTOLISEI, *Il problema del bene giuridico*, in *Riv. It. di Dir. Pen.*, 1940, poi riportato in ID., *Scritti di diritto penale*, Milano, 1955, p. 97. Sul rapporto tra bene ed interesse vedi anche, A. ROCCO, *L'oggetto del reato*, cit., pp. 553 e ss.

<sup>41</sup> In merito sulle teorie nazionalsocialiste si rinvia *infra* cap. 2 § 7, pp. 96 e ss;

autoritario, e nella mutata concezione dei rapporti fra Stato e cittadino, permangono comunque dei limiti all'attività dello Stato stesso che è autoritario ma non certo assoluto.

Del resto il totalitarismo italiano non rinnegherà mai, almeno sotto il profilo formale, i principi di garanzia del cittadino. Il tema potrebbe condurre molto lontano; in questa sede dobbiamo accontentarci di affermare brevemente che la *cultura giuridica fascista* formalmente riconobbe sempre i diritti individuali del cittadino italiano e le garanzie ad essi connesse, salvo poi affermare la loro necessaria compressione o sospensione per superiori ragioni di interesse nazionale. Proprio per questo i giuristi italiani non hanno dato mai vita ad una *vera* rivoluzione. La ragione è forse riconducibile al fatto che i maggiori giuristi italiani d'epoca fascista si erano formati prima dell'avvento del nuovo regime. Come era già avvenuto in passato, la cultura giuridica precedente fungeva da fonte di validità anche per la dottrina fascista, ma questa fonte rappresentava anche un *limite*, un argine agli sviluppi potenzialmente rivoluzionari che le nuove elaborazioni dottrinarie di quegli anni avrebbero potuto comportare. Con questo non si può certo sostenere che, dalla prolusione sassarese<sup>42</sup> di Arturo Rocco in poi, non si sia assistito ad una profonda innovazione della cultura giuridica italiana. Né tantomeno è possibile ignorare il peso che la militanza politica di alcuni tra i più autorevoli giuristi italiani di quegli anni ebbe nella produzione dottrina e legislativa (la figura di Alfredo Rocco<sup>43</sup> è il più evidente esempio di questo). In questo senso Costa parla di *necessario congedo dalla tradizione liberal-democratica* e di *trasformazione delle strutture statuali*<sup>44</sup>. Più controverso valutare se questa innovazione sia riuscita nel suo intento rifondativo o se possa, al massimo, essere considerata come una rimodulazione della cultura giuridica precedente, una *torsione* alle nuove esigenze<sup>45</sup>, a dispetto delle parole di Rocco che già nel 1925 difendeva la originalità della dottrina del fascismo paragonata, in campo intellettuale, alle dottrine giusnaturaliste del XVIII sec<sup>46</sup>. Già Sbriccoli, infatti, proprio

<sup>42</sup> Sul tema Vedi, P. CAPPELLINI, *Il Fascismo invisibile. Una ipotesi di esperimento storiografico sui rapporti tra codificazione civile e regime*, in Quaderni fiorentini, 28, 1999, pp. 175-292. A. MAZZACANE (a cura di), *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia fra Otto e Novecento*, Napoli, 1986. Id., *Diritto Economia e Istituzioni nell'Italia fascista*, Baden Baden, 2002.

<sup>43</sup> Sull'attività di Rocco e sui rapporti tra fascismo e diritto cfr., fra gli altri, G. SPECIALE, *Rocco Alfredo* (voce), in *Il contributo italiano alla storia del pensiero – diritto*, Roma, 2012.

<sup>44</sup> P. COSTA, *Rocco Alfredo* (voce), cit., p. 1704.

<sup>45</sup> M. SBRICCOLI, *Le mani nella pasta e gli occhi al cielo la penalistica italiana negli anni del fascismo*, in *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, vol., 27, Tomo I, 1999, pp. 823-824.

<sup>46</sup> Sulle dichiarazioni di Rocco vedi, R. DE FELICE, *Mussolini il fascista. L'organizzazione*

a proposito della prolusione sassarese, parla di una *vicenda involutiva* che progressivamente abbandona le ragioni della prolusione Rocco per abbracciare quelle di Manzini<sup>47</sup> e di una vera e propria rinuncia ad ogni velleità rifondativa *della scienza giuridica penale*<sup>48</sup>.

Un esempio di questo ossequio (formale?) al passato ci viene fornito dallo stesso Rocco che nella sua relazione alla legge delega per *emendare* il codice Zanardelli garantisce che verranno mantenuti «(...) *intatti i principi e i caratteri fondamentali degli istituti penali*<sup>49</sup>». Questa garanzia racchiude in sé tutto il complesso rapporto edipico tra la nuova dottrina giuridica fascista ed una tradizione giuridica tanto ingombrante e prestigiosa<sup>50</sup>.

Del resto anche con riguardo alla pena di morte, Rocco, pur avendo una visione certamente innovativa (visione che non si limita alla sola pena di morte, ma si estende ad una nuova concezione del rapporto tra Stato e cittadino), cerca sempre nel passato la *giustificazione* della propria teoria<sup>51</sup>.

Sempre a proposito dei rapporti tra cittadino e Stato Antolisei, analogamente a come avevano già affermato anche Rocco e Bettiol<sup>52</sup>, sostiene che gli interessi individuali devono conoscere tutela di beni giuridici solo nei casi in cui «*l'interesse particolare (...) si indentifica con l'interesse dello Stato*<sup>53</sup>». Proprio Bettiol chiarirà il grave errore concettuale di ridurre il reato alla violazione di un imperativo posto dal legislatore, senza comprendere che tali imperativi non vengono posti senza criterio, ma sono il frutto della volontà di tutelare beni ed interessi che il legislatore ritiene degni. Fermandosi sulla semplice violazione si ricadrebbe in un formalismo illogico e gretto. Possiamo concludere su questo aspetto dicendo che non è la divergenza tra volontà individuale e quella collettiva a giustificare da sola, *sic et simpliciter*, la norma penale ma il fatto che la disobbedienza *offende* le

---

*dello Stato fascista, 1925-1929*, Torino, 1968, p. 167, riprese anche in A. TARQUINI, *Rocco Alfredo* (voce), in *Dizionario Biografico degli Italiani* – Vol. 88, Roma, 2017.

<sup>47</sup> M. SBRICCOLI, *Le mani nella pasta e gli occhi al cielo*, p. 821

<sup>48</sup> *Id.*, p. 823.

<sup>49</sup> Il passo è riportato in G. NEPPI MODONA, M. PELLISSERO, *La politica criminale durante il fascismo*, in L. VIOLANTE (a cura di), *Storia d'Italia. Annali*, 12, *la criminalità*, Torino, 1997, p. 778.

<sup>50</sup> *Ibidem*. Per un approfondimento sulla formazione giuridica di Alfredo Rocco e sul rapporto che la nuova codificazione penale ebbe con il codice Zanardelli vedi, G. VASSALLI, *Passione politica di un uomo di regime*, in A. ROCCO, *Discorsi parlamentari. Con un saggio di Giuliano Vassalli*, Bologna, 2005, pp. 13-69.

<sup>51</sup> In merito vedi J.C.S. TORRISI, *Il Tribunale Speciale per la Difesa dello Stato – Il giudice politico nell'ordinamento dell'Italia fascista (1926-1943)*, Bologna, 2016, pp. 42-43.

<sup>52</sup> G. BETTIOL, *Bene giuridico e reato*, in *Riv. It. di Dir. Pen.*, 1938, n. 1, p. 16.

<sup>53</sup> F. ANTOLISEI, *Il problema*, cit., p. 101-102.

condizioni necessarie a garantire la *convivenza sociale*<sup>54</sup>.

Il fatto che Antolisei non consideri il bene giuridico come una costante del reato, può essere letto proprio in quest'ottica di progressiva *svalutazione* dell'istituto. Secondo la sua ricostruzione infatti l'idea che ogni reato nasca per tutelare beni giuridici già esistenti nella realtà è antiquata poiché limita l'operato del legislatore ad una mera conservazione della pace sociale. La nuova funzione dello Stato fascista non esaurisce la sua portata nella conservazione dell'esistente ma si estrinseca anche nel guidare uno sviluppo della società secondo precisi programmi politici, in questo senso Antolisei parla di *finalità evolutiva*<sup>55</sup> delle norme penali. L'autore fa un'analisi compiuta delle funzioni anche politiche dello Stato e quindi delle norme sia civili che penali, e a proposito di queste ultime scrive

Infatti, se è esatto che non tutte le norme penali hanno una finalità di conservazione sociale, e se in conseguenza, non tutte le incriminazioni tendono a proteggere un bene esistente, ne discende che il concetto di bene giuridico non ha quel carattere di generalità che ad esso attribuisce la dottrina dominante. Alle disposizioni che hanno un contenuto evolutivo e propulsivo, in quanto mirano a promuovere lo sviluppo della comunità sociale ed anche ad imprimere a questa un certo indirizzo, per necessità di cose non fa riscontro un bene che sia protetto dal diritto: in questo terreno, al posto del bene giuridico non c'è altro che una meta, uno scopo che lo Stato intende conseguire<sup>56</sup>.

L'impostazione di Antolisei è perfettamente coerente con il periodo storico in cui vive. Conferire al diritto penale una funzione propulsiva rientra in quella nuova concezione dello Stato propria del fascismo italiano. Lo Stato etico che si identifica nel Partito Nazionale Fascista non deve solo proteggere i suoi cittadini, deve anche educarli, deve attuare un nuovo assetto politico della collettività ed il diritto penale, come chiarito anche da Antolisei, deve contribuire a questa evoluzione collettiva. Si rende necessario, per utilizzare le parole di Costa, *tradurre le opzioni politiche in una precisa architettura costituzionale*<sup>57</sup>.

Il senso di questa rivendicazione è, a parere di chi scrive, quello di superare un'ambiguità di fondo. Il nuovo Stato fascista, nella sua funzione propulsiva della società, non persegue un bene universale. I nuovi reati (un

<sup>54</sup> G. BETTIOL, *Bene giuridico*, cit., pp. 8-10.

<sup>55</sup> F. ANTOLISEI, *Il problema*, cit., p. 108. Una rielaborazione dell'articolo si trova in Id., *Problemi penali odierni*, Milano, 1940 – XVIII, pp. 79-82.

<sup>56</sup> Id., p. 110.

<sup>57</sup> P. COSTA, *Rocco Alfredo* (voce) cit., p. 1072.

esempio assolutamente calzante che Antolisei cita è quello dei reati che puniscono la propaganda *di certe idealità politiche*) mirano ad uno scopo che non coincide con la conservazione della società ma con una precisa idea della direzione che la società stessa deve seguire. In altri termini, ciò che lo Stato fascista vieta, anche con il mezzo di norme penali, non sono solo quelle condotte che potrebbero mettere in pericolo la società, ma anche quelle che contraddicono il suo progetto politico. In questo senso possiamo parlare di meta o di scopo in termini diversi da quelli di bene giuridico. Ove infatti la meta, lo scopo delle norme penali, fosse solo quello di modificare e fare evolvere la società per garantirne la sopravvivenza, ebbene questa meta, questo scopo, avrebbero perlomeno i *caratteri* di un bene giuridico (infatti mirerebbero a realizzare dei risultati che seppur nuovi e non esistenti sarebbero strumento di un bene giuridico certamente esistente: *la conservazione della società*). Invece la meta di molte norme penali dello Stato fascista è quella di trasformare la società perché sia più rispondente alla visione politica del suo legislatore. In estrema sintesi: il legislatore sa benissimo che la società continuerebbe ad esistere anche in assenza di queste norme (Antolisei fa l'esempio di altri Stati che, pur non avendo norme simili a quelle italiane, proseguono comunque ed arriva a citare anche casi estremi, come quello del suddito dell'Unione Sovietica obbligato a tenere comportamenti conformi ai dettami politici di *quello Stato*), semplicemente vuole un percorso evolutivo specifico, e diverso da altri possibili, che coincide con il proprio progetto politico, evidentemente tale progetto non può in alcun modo configurarsi come un bene giuridico tradizionalmente inteso<sup>58</sup>. Non è comunque possibile però annoverare Antolisei tra i fautori della teoria metodologica, come già precisato. L'Autore stesso chiarisce che pur riconoscendo nella *ratio legis* l'unico elemento di portata realmente universale «*ha veramente carattere generale, nel senso che può estendersi a tutto l'ambito del diritto penale*», essa non coincide con il bene giuridico, come vorrebbero i metodologici, ma è cosa distinta e separata<sup>59</sup>.

## 2. Bene singolo e «offesa allo Stato». Bene collettivo, sicurezza sociale e riflessi sul concetto di offensività e d'inidoneità della condotta

Nel corso del precedente paragrafo emerge un tema che attraversa il

---

<sup>58</sup> F. ANTOLISEI, *Il problema*, cit., pp. 108-113.

<sup>59</sup> ID., p. 123.

pensiero dei principali studiosi del bene giuridico, il tema del *bene giuridico collettivo* inteso come qualcosa di differente rispetto all'interesse dello Stato. De Francesco riflette sul problema che le correnti di pensiero prevalenti nel XIX secolo si ponevano in relazione alla giustificazione di un mezzo coercitivo – la pena – capace di incidere e limitare anche la sfera di un diritto essenziale quale la libertà. La teorizzazione di un'offesa più ampia, capace di trascendere il singolo e investire la collettività, fornisce appunto questa giustificazione. La condotta penalmente rilevante, *prescindendo* dall'offesa al singolo, offende la collettività turbando rapporti sociali<sup>60</sup>. Ciò che ci interessa adesso è capire se, nel pensiero degli autori che andremo ad analizzare, *prescindere* dall'offesa al singolo postuli la possibilità che la collettività possa essere offesa anche quando nessun bene giuridico individuale sia stato a sua volta offeso.

Si è già avuto modo di fare qualche accenno al fatto che il reato, nel momento in cui offende un bene giuridico individuale, contemporaneamente reca anche offesa allo Stato. La definizione *offesa allo Stato* è volutamente generica poiché precisare in cosa consista questa offesa (bene giuridico collettivo, interesse, diritto soggettivo dello Stato), come si è già notato, conduce ad una molteplice serie di risposte diverse tra loro e spesso in aperta contrapposizione le une con le altre. Per tale ragione pare opportuna una breve disamina di alcune letture interpretative tra quelle che più direttamente affrontano il tema in relazione a quello dell'offensività.

Si avrà modo di chiarire meglio più avanti alcuni caratteri essenziali della concezione illuminista del principio di necessaria offensività del reato<sup>61</sup>. Per ora rileva notare come nella visione di Beccaria, così come riporta Seminara nella sua monumentale opera sul delitto tentato, il reato offende indistintamente un interesse collettivo ovvero la pace sociale ed un interesse individuale, proprio del titolare del bene, di poterne liberamente godere<sup>62</sup>. In termini più precisi però notiamo come Beccaria chiarisca bene la differenza tra l'interesse collettivo, interesse individuale, interesse dello Stato che possono essere offesi da un reato. L'autore infatti da una parte scrive

Ogni delitto, benché privato, offende la società, ma ogni delitto non ne tenta la immediata distruzione. Le azioni morali, come le fisiche, hanno la loro sfera limitata di attività e sono diversamente

<sup>60</sup> G. DE FRANCESCO, *Funzioni della pena*, cit., p. 617. Per un approfondimento sulla costruzione illuministica della teoria del reato in relazione alla struttura sociale ed alla portata innovativa delle teorie di Birnbaum vedi, E. MUSCO, *Il bene giuridico*, cit., pp. 65-67.

<sup>61</sup> Vedi *infra*, cap. 2, § 2, pp. 44 e ss.

<sup>62</sup> C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, (Ediz. 1766), Milano, 1991 (a cura di A. Burgio), §§ VII e VIII il riferimento è tratto da S. SEMINARA, *Il delitto tentato*, cit., Milano, 2012, p. 348.

circoscritte; e però la sola cavillosa interpretazione, che è per l'ordinario la filosofia della schiavitù, può confondere ciò che dall'eterna verità fu con immutabili rapporti distinto<sup>63</sup>,

salvo poi precisare che,

Alcuni delitti distruggono immediatamente la società, o chi la rappresenta: alcuni offendono la privata sicurezza d'un Cittadino nella vita, nei beni, o nell'onore (...)<sup>64</sup>.

È evidentemente già delineata la differenza tra ben tre *offese*<sup>65</sup>: l'offesa individuale che sorge ogni qual volta una condotta leda un bene giuridico del singolo; l'offesa collettiva, che consiste nel turbamento che l'offesa individuale ingenera nella collettività e l'offesa allo Stato che si concretizza ogni qual volta la condotta metta a repentaglio la sopravvivenza dello Stato. È giusto precisare come ognuna di queste categorie seppur diversamente letta in dottrina è evidentemente interconnessa con le altre. Proprio sulla natura di questa interconnessione si sviluppa un intenso dibattito a cavallo tra il XIX ed il XX secolo, che è l'oggetto di questa indagine, e che si articola intorno a tre interrogativi di fondo: che natura ha la *necessità* dello Stato alla propria conservazione? Che legami ha questa necessità con il bene giuridico individuale e con quello collettivo? E soprattutto: la lesione di un bene giuridico individuale comporta sempre una lesione, *un'offesa* alla necessaria conservazione dello Stato o no? Prima di addentrarsi in questo dibattito chiariamo che l'uso del termine assolutamente a-tecnico *necessità*, da parte di chi scrive, è voluto. Infatti l'unico punto fermo e comune ad ogni riflessione sul tema consiste nel fatto che lo Stato si deve conservare; le diverse teorizzazioni ruotano sia sulla natura di questa necessità sia sull'idea stessa di conservazione. Possiamo preliminarmente delineare un'evoluzione di questo dibattito: dall'iniziale slancio illuminista di Beccaria e Feuerbach passando per Romagnosi, Filangieri e Carmignani che vedevano l'interesse collettivo strettamente collegato ai diritti soggettivi naturali del singolo, in un'ottica per cui la società ha la funzione di garantire il pacifico godimento

---

<sup>63</sup> C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, (terza edizione) Pavia, 1765, § VIII, p. 26. La citazione è ripresa anche da G. DE FRANCESCO, *Funzioni della pena*, cit., p. 626 ove si cita anche una ricchissima bibliografia relativa al pensiero del maestro milanese cui si rimanda integralmente.

<sup>64</sup> *Ibidem*.

<sup>65</sup> Sulla definizione del «danno sociale» in Beccaria ma soprattutto sulla rilettura critica che ne fa Carrara vedi M. A. CATTANEO, *Francesco Carrara e la filosofia del diritto penale*, Torino, 1988, pp. 67 e ss.



di tali diritti da parte dei cittadini, si passa intorno alla metà dell'800 ad una nuova fase dove questo rapporto diventa sempre meno esplicito e l'interesse collettivo finisce sempre di più a coincidere con la conservazione dello Stato *tout court*. Possiamo provocatoriamente dire che lo Stato in questa nuova fase non è più custode dei diritti del singolo ma ne diviene interprete. Prendendo in prestito le parole di Ferrajoli

(...) scompariranno progressivamente, dall'orizzonte della dottrina penalistica del bene giuridico, gli interessi materiali degli individui esistenti in carne ed ossa, per lasciare il posto dapprima agli interessi o alla volontà dello Stato e poi alla semplice idea del diritto e dello Stato<sup>66</sup>.

Una prima declinazione di questo principio, come abbiamo già visto, è espressa da Antolisei, che concepisce la conservazione dello Stato non come il mantenimento di una condizione cristallizzata ed immutabile quanto piuttosto come il perseguimento e la difesa di scopi e programmi che lo Stato vuole attuare.

Da questa interpretazione sembra potersi escludere la possibilità che una condotta possa essere punita solo in quanto contraria ad una norma, ove non si dimostri una lesività concreta. Non dovrebbe esistere quindi un diritto soggettivo dello Stato a vedere rispettate le proprie leggi in quanto tali. Si approfondirà più oltre questo concetto in merito alla questione dei reati formali ed al famigerato esempio di Feuerbach del reato superstizioso che entra nel merito dell'inidoneità del mezzo<sup>67</sup>. Senza volere approfondire la questione dei mezzi inidonei nel tentativo, per quanto di nostro interesse, notiamo che il tema ha una refluenza in materia di offensività. Se infatti la teoria di Feuerbach è orientata ad una concezione fattuale dell'offesa e tiene in minore considerazione l'allarme sociale, ci sono altri autori che invece considerano la sicurezza sociale un interesse collettivo centrale nella teoria del reato, che può essere offeso anche da condotte inidonee a ledere alcun bene giuridico. Per chiarire con un esempio questo passaggio, che definito a livello teorico può apparire oscuro, prendiamo in prestito le parole di Oersted che scrive che l'inidoneità del mezzo: «*esclude si la dannosità, ma non la pericolosità del fatto*<sup>68</sup>», facendo poi l'esempio della punibilità di chi sparando sbaglia la mira. Proprio da questo esempio, creato dal suo autore, (lo si ribadisce) in materia di mezzi inidonei nel tentativo, viene

<sup>66</sup> L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione – Teoria del garantismo penale*, Bari, 2002 (VII ed.), p. 470.

<sup>67</sup> Vedi *infra*, cap. 2, § 6, p. 95.

<sup>68</sup> A. S. OERSTED, *Ueber die Grundregeln der Strafgesetzgebung*, Kopenhagen, 1818 p.167, il passo è tratto da S. SEMINARA, *Il delitto tentato*, cit., p. 353.

fuori la questione dell'offensività di una sorta di bene collettivo coincidente con la sicurezza sociale. La questione è così riassumibile: una condotta, portata avanti con mezzi inidonei, pur non ledendo nessun bene giuridico individuale concreto, lede il bene collettivo «sicurezza sociale»? In altri termini: il fatto che un soggetto si metta consapevolmente in contrasto con le leggi dello Stato violandole, ma con mezzi inidonei al raggiungimento dello scopo, rappresenta o no una minaccia per la sicurezza sociale? Tale minaccia è una lesione meritevole di una pena? La risposta a questi interrogativi (che Feuerbach dà in senso negativo ed Oersted invece in senso positivo) è il fulcro di ogni ragionamento sul concetto stesso di interesse collettivo<sup>69</sup>.

Già Roberti, nella prima metà dell'Ottocento, era entrato nel merito della distinzione tra il *patrimonio sociale* ed il *patrimonio dell'uomo*

(...) ed ammesso che per patrimonio sociale si debba intendere unicamente l'ordine, e la conservazione del corpo sociale, e per patrimonio dell'uomo messo in società si debba intendere del pari il tranquillo godimento di tutti quei beni e di quei diritti o facoltà, che o la natura, o la società stessa gli ha concesso come mezzi legittimi per la sua conservazione e felicità: ne segue che il danno emergente dai reati debba distinguersi in danno sociale immediato quando le azioni che lo producono tendano direttamente a distruggere l'aggregazione politica, o a sconvolgere il prestabilito ordine di essa, ed in danno sociale mediato o consequenziale, quando le cennate azioni, sebbene rivolte direttamente contro il privato, pure offendono indirettamente lo stess'ordine sociale, sia perché col mal'esempio allettano gli altri a commetterne delle consimili, sia perché destano negli animi altrui il giusto timore di divenir vittime di simili danni ed infeeoliscono così la fiducia di quella sicurezza che si ripone nella protezione delle leggi<sup>70</sup>.

L'autore sembra qui riprendere la teoria di Beccaria quando distingue il reato diretto contro l'ordine sociale e quello diretto contro il privato. Naturalmente siamo ancora lontani dalle più mature concezioni ottocentesche, però in quest'autore è quanto mai chiaro che l'interesse alla conservazione dello Stato esiste, (Roberti fa riferimento a questo quando

<sup>69</sup> Solo per completezza si chiarisce come una simile riflessione riconduca prepotentemente alla *vexatissima quaestio* del reato di danno e di pericolo, della valutazione del pericolo *ex ante* e della *prognosi postuma*. Tali temi sono stati dibattuti e più che sviscerati in dottrina come è noto, ma dal punto di vista che qui ci riguarda, ovvero il tema dell'offensività individuale e collettiva, la enorme mole di studi e ricerche sul tema non può trovare spazio.

<sup>70</sup> S. ROBERTI, *Corso completo del diritto penale del Regno delle due Sicilie secondo l'ordine delle leggi penali*, 1833, III, p. 13.

parla di «patrimonio sociale») e che ledere il bene di un privato rappresenta anche una minaccia per la collettività. L'autore però sembra escludere che una condotta che non leda fisicamente il bene individuale possa comunque, in quanto violazione dell'ordine sociale, considerarsi offensiva e quindi punibile e applica questo ragionamento generale sia alle varie ipotesi di tentativo con mezzi inidonei che al reato impossibile<sup>71</sup>.

Si potrebbe a questo punto definire la «*pace sociale*» come un bene giuridico collettivo consistente nella sicurezza che tutti i soggetti siano sottomessi alle leggi dello Stato. Così facendo però dovrebbe bastare un atto di ribellione allo Stato perché ci sia reato, dovrebbe quindi bastare che un soggetto, nella consapevolezza di contravvenire ad una legge, metta in atto una determinata condotta. Non dovrebbe avere alcun rilievo il fatto che questa condotta non produca alcun effetto concreto per le più svariate ragioni (inidoneità dei mezzi, inidoneità del soggetto passivo, errore etc.), ciò in quanto, pur non configurandosi nessuna lesione per alcuno, verrebbe comunque violato questo principio di sottomissione alla legge. Ora è evidente come questa estremizzazione del ragionamento spinga verso le concezioni volontaristiche del diritto penale che verranno più avanti analizzate, per ora basti citare alcune delle più importanti riflessioni sul tema della sussistenza o meno di un'offesa della pace sociale.

Ad esempio von Bar, pur riconoscendo la possibilità che una condotta possa risultare concretamente idonea ad offendere beni collettivi anche senza offendere nessun bene giuridico individuale, allo stesso tempo ammette che, ove la condotta rivolta contro un bene giuridico individuale non sia concretamente idonea a lederlo, di fatto non si sta danneggiando alcun oggetto garantito dalla norma penale e pertanto non può considerarsi offesa la *pace sociale*<sup>72</sup>.

«Ordinamento sociale» e «pace giuridica» sono espressioni utilizzate anche da esponenti delle teorie idealistico-normative, come ad esempio Kohler, il padre del «bene immateriale»<sup>73</sup>, il quale osservò che la teoria generale del reato, fondata sulla necessità che si venga a concretizzare quanto meno un pericolo per un oggetto passivo, o per un soggetto passivo non

<sup>71</sup> Id., pp. 58-63.

<sup>72</sup> K. L. VON BAR, *Zur Lehre von Versuch und Theilnahme am Verbrechen*, Hannover, 1859, p. 10. Il riferimento è tratto da S. SEMINARA, *Il delitto tentato*, cit., p. 361, dove l'autore evidenzia anche alcune contraddizioni di von Bar sull'argomento.

<sup>73</sup> L'opera di Joseph Kohler è prevalentemente nota per il contributo che il suo autore diede alle definizioni di «bene immateriale» e «diritti della personalità» che ebbero entrambe eccezionale fortuna nel campo soprattutto nel diritto industriale. Per un approfondimento critico su Kohler vedi tra gli altri G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005, pp. 104 e ss.

tiene nella dovuta considerazione altri aspetti altrettanto fondamentali per l'esercizio del *giure punitivo*. Kohler parte proprio dagli aspetti che vengono in rilievo per costruire il fondamento della pena. La pena ha una funzione anche general-preventiva, serve in qualche modo da monito per la collettività così da prevenire il rischio che segua esempi comportamentali vietati, ovviamente tale ragionamento si costruisce partendo dall'assunto iniziale che una condotta penalmente rilevante abbia una sua forza trascinante, una sua capacità di instillare nella collettività un rischio emulativo, almeno in una parte di essa. A ciò aggiungiamo che la consapevolezza, da parte della collettività, che qualcuno ne ha violato le regole, se non supportata dall'immediata consapevolezza di una pena certa, potrebbe fare sorgere il fondato timore che la sicurezza sociale sia in pericolo. In sintesi la pena ha anche la funzione di scongiurare il timore collettivo che ci si possa, senza conseguenze, sottrarre all'imperio delle leggi. Kohler fa però un ulteriore passo che in qualche modo è legato alla sua personale concezione dello Stato e del diritto penale

L'ordinamento giuridico – scrive Kohler – è in sé una cosa così sacra che un attentato contro di esso merita la repressione indipendentemente dall'idoneità della condotta a creare un pericolo per una determinata cosa o persona<sup>74</sup>.

Naturalmente qui l'espressione attentato contro l'ordinamento non va intesa nel senso restrittivo di quelle condotte miranti al sovvertimento dell'ordine dello Stato ma ad una semplice violazione delle sue leggi. Secondo Kohler la messa in pericolo derivante da una violazione di legge va sempre punita anche quando i mezzi si siano rivelati concretamente inadeguati. Anche sul tema dell'inidoneità l'autore chiarisce come un mezzo sia da considerarsi sempre idoneo quando lo è secondo le comuni leggi di natura a prescindere dal raggiungimento dell'esito infausto. Secondo tale concezione un tentativo di reato commesso con mezzi inadeguati secondo le leggi di natura (come ad esempio il reato superstizioso) non potrà mai rappresentare una offesa degna di punibilità perché naturalmente incapace di arrecare alcun *danno*, e nemmeno un *pericolo*, alla pace sociale. Invece per il caso di un autore che abbia usato uno strumento idoneo secondo le leggi di natura ma che si riveli inadeguato nel concreto anche per ragioni sconosciute al reo (si faccia l'esempio dell'accoltellamento nel sonno di soggetto appena deceduto per

---

<sup>74</sup> J. KOHLER, *Der Strafbare Versuch, insbesondere der sog. untaugliche Versuch*, in *Studien aus dem Strafrecht*, Mannheim, 1890, I, p. 20 e ss. La citazione letterale è tratta da S. SEMINARA, *Il tentativo*, cit., p. 705.

cause naturali), la condotta è punibile perché il reo ha violato la sacralità dell'ordinamento attuando una condotta naturalmente idonea ad offendere e solo per un puro caso fortuito rivela inidonea, ciò perché in questa seconda ipotesi il reo ha effettivamente violato una norma dello Stato. Le teorie di Kohler sono delle teorie di *mediazione*<sup>75</sup> per stessa ammissione del loro autore il quale infatti non sposa completamente né la teoria liberale, né quella formale.

Volgendo lo sguardo alla dottrina italiana, Pessina arriva a conclusioni apparentemente simili a quelle di Kohler. L'autore infatti, come meglio approfondiremo più avanti<sup>76</sup>, sostiene la necessità di punire la ribellione allo Stato in quanto tale. Esistono però abissali differenze tra la dottrina italiana e quella tedesca; i due autori infatti arrivano a conclusioni sovrapponibili partendo da presupposti completamente diversi in quanto Pessina concepisce la pena come una punizione di una volontà di ribellione che lo Stato ha il diritto di reprimere sempre in quanto tale, prescindendo da ogni valutazione sulla offensività che la condotta possa avere verso la *pace sociale*, mentre invece Kohler, l'abbiamo appena visto, considera punibili solo quelle condotte che arrechino in qualche modo turbamento alla pace sociale.

Ora non si può non notare come tutte queste elaborazioni dottrinarie, nel momento stesso in cui fanno riferimento alla pace sociale piuttosto che ai beni giuridici individuali (l'espressione *bene giuridico* è qui usata in termini impropri al solo scopo di semplificare l'esposizione stante l'estrema varietà con cui essa è utilizzata, sulla base di fondamenti talvolta assai diversi, dagli autori citati, per tacere di tutti quelli il cui pensiero non è stato preso in esame per ragioni di brevità) mostrano una predilezione per la dimensione sociale, pubblica, del reato e della sua *vis* offensiva; da un simile punto di vista l'offensività del reato vede affievolirsi la percezione obiettiva, naturale se vogliamo, per cedere il passo ad una percezione dell'offesa più legata alla forma (anche politica) dell'ordinamento. Come già ben evidenziato nelle parole di Rocco e di Antolisei la pace sociale di uno Stato non ha una portata universale quanto piuttosto una connotazione politica che nei regimi autoritari assumerà massima rilevanza. In poche parole, una singola condotta può ledere la pace sociale (intesa come bene giuridico collettivo di un dato ordinamento) venendo a costituire un reato di estrema gravità ed essere semplicemente lecita in un altro ordinamento regolato da diversi equilibri politici. Ovviamente tale ragionamento vede un'estremizzazione negli Stati dittatoriali ma nasce, come abbiamo visto, ben prima. In proposito vediamo

<sup>75</sup> Id, p. 27

<sup>76</sup> Vedi *infra*, cap. 1, § 2, p. 48.

come Carmignani utilizzi una definizione che sembra sintetizzare il pensiero che Kohler formulò quasi sessant'anni dopo. Carmignani, descrivendo il danno mediato del delitto scrive

(...) quando il delitto procedesse da malvagia intenzione, i cittadini scorgendo in esso l'esistenza di cause volontarie, giustamente temerebbero che una simile offesa presto o tardi potrebbe colpire anche la propria persona: perciocché sono i volontari agenti coloro che ci mettono in continua apprensione di veder sovvertita la nostra sicurezza. Oltre ciò i delitti volontariamente commessi offrono un pernicioso esempio: ispirano cioè negli animi dei cittadini il gusto di egualmente delinquere (...) <sup>77</sup>.

È indispensabile a questo punto chiarire che questa ricerca non può, per ragioni di brevità, addentrarsi troppo nel vastissimo campo delle elaborazioni dottrinarie in materia di *danno mediato* sia per la vastità del tema che richiederebbe ben altra attenzione sia perché non costituisce l'oggetto di indagine; essendo infatti il concetto di danno mediato un argomento di cui si rende necessaria solo una brevissima e generica definizione finalizzata ad una più completa analisi dell'offensività. Ciò chiarito e premesso, anche Carmignani non manca di notare come le norme penali abbiano la funzione di proteggere e non di creare beni giuridici, allo stesso tempo però l'autore riconduce alla valutazione della politica la scelta di «*quale dovere morale debba essere rafforzato, o qual diritto meriti di essere difeso dall'azione della legge che proclama il delitto e con quale grado di forza*»<sup>78</sup>. Dal punto di vista della nostra indagine, posto che ci sono doveri morali e diritti, è l'autorità politica che decide quali tra essi possano avere riconoscimento nell'ordinamento. Sulla base di questa definizione la funzione di *argine* del bene giuridico sull'opera del legislatore sembra vacillare o, quantomeno, indebolirsi. Rimane apparentemente fermo l'argine sulla *forza creativa*<sup>79</sup>

<sup>77</sup> G. CARMIGNANI, *Elementi di diritto criminale*, Napoli, 1854, § 128, p. 42. L'edizione del 1854 citata è la prima versione italiana curata dal Prof. Caruana Dingli. Riferimenti all'argomento sono rinvenibili anche in Id., *Teoria delle leggi e della sicurezza sociale*, Pisa, 1831, p. 84, ove l'autore parla di una *forza ignota al diritto di natura*, che definisce *la concordia del vivere civile*. Sul pensiero di Carmignani vedi fra gli altri: M. MONTORZI (a cura di), *Giovanni Carmignani (1768-1847), Maestro di scienze criminali e pratico del foro, sulle soglie del diritto penale contemporaneo*, Pisa, 2003.

<sup>78</sup> G. CARMIGNANI, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, Tomo II, Napoli, 1843, p. 8. Il riferimento è citato anche in S. DEL CORSO, *Il «grado dell'offesa nell'attentato» nel pensiero di Giovanni Carmignani*, in M. MONTORZI (a cura di), *Giovanni Carmignani (1768-1847)*, cit., p. 111.

<sup>79</sup> Corsivo mio.

dello Stato, il legislatore penale non può, attraverso le proprie norme, decidere deliberatamente di dare vita a dei doveri morali o a dei diritti, essi nascono prima della legge; il legislatore, o meglio, il *diritto politico*, mantiene invece una discrezionalità nel decidere quali tra questi diritti e doveri morali siano degni di una vera tutela normativa, questa è l'unica sua *forza creativa*, quella di trasformare una offesa per così dire semplice, in un'offesa penalmente perseguibile. Più precisamente, quali offese giustifichino una norma penale che le sanzioni e quali invece no. Carmignani definisce poi la propria visione dell'offesa in modo ancora più chiaro:

La parola offesa sostituita a quella di delitto significa meglio il carattere perturbatore dell'ordine, il quale, ridendosi della morale, e della giustizia, e dei doveri, che esse comandano, altra coscienza non ha se non quella della propria forza onde meglio o più impunemente abusarne per appropriarsi un vantaggio, al quale la natura, e le leggi gli vietano di aspirare<sup>80</sup>.

Il rapporto tra bene singolo e bene collettivo, che rientra nella più ampia definizione della *sicurezza sociale* elaborata da Carmignani, viene qui messo a fuoco. Solo quei doveri morali e quei diritti la cui *offesa* possa dispiegare una forza *perturbatrice* vanno tutelati attraverso la norma penale. Ovviamente, come detto, la funzione argine, ammesso che si indebolisca effettivamente, non viene mai meno, anche la residua *forza creativa* di cui abbiamo appena accennato, non è assoluta ma sempre sottoposta ad un parametro orientativo di cui Carmignani fornisce una definizione:

La infrazione della legge della città, garante della sicurezza pubblica, e della privata, verificabile in un fatto dell'uomo, animato da perfetta e diretta intenzione<sup>81</sup>.

Non è possibile a questo punto non fare riferimento al contributo essenziale di Francesco Carrara all'elaborazione del danno mediato. Carrara parla, come aveva fatto anche il suo maestro, della duplice veste del danno mediato visto come *un'offesa* che può rappresentare *allarme* per i *buoni* e *incitamento* per i *malvagi*<sup>82</sup>. Nella teorica di Carrara il *danno mediato* rappresenta quel *quid pluris* che, aggiunto al diritto del singolo e alla sua offesa, può giustificare lo *jus puniendi*. Ove l'*offesa* del singolo non vada

<sup>80</sup> G. CARMIGNANI, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, cit., p. 12, il riferimento è citato anche in S. DEL CORSO, *Il «grado dell'offesa nell'attentato» nel pensiero di Giovanni Carmignani*, in M. MONTORZI (a cura di), *Giovanni Carmignani (1768-1847)*, cit., p. 111.

<sup>81</sup> *Id.*, p. 112.

<sup>82</sup> Il riferimento è tratto da G. DE FRANCESCO, *Funzioni della pena*, cit., p. 632.

a ledere una situazione il cui turbamento incida sulle leggi dell'ordine universale allora non ci troviamo nel campo delle condotte generatrici di un danno mediato. Solo quando l'offesa ingenera anche un danno mediato possiamo giustificare un intervento penale, mentre negli altri casi siamo nel campo dei semplici illeciti civili o economici. Questa elaborazione sembrerebbe non consentire che una condotta possa arrivare a ledere la pace sociale senza ledere anche un interesse individuale. Proprio perché il danno mediato viene preso in considerazione come un qualcosa che si *aggiunge* all'offesa individuale non dovrebbe poter *prescindere* da questa. Per evitare facili fraintendimenti è però opportuno chiarire che in un altro passo del suo *Programma* l'autore precisa il rapporto tra danno mediato e danno individuale, quando scrive che un fatto

che, senza offendere nessun individuo, offenda il corpo sociale, lede così tutti i consociati, non nel patrimonio naturale, ma nel patrimonio politico<sup>83</sup>.

Proprio in quest'ottica per Carrara la pena ha la funzione di «*ristabilimento dell'ordine esterno nella società*»<sup>84</sup>. L'*offesa* dunque consiste in una lesione, o quanto meno una minaccia, dell'*ordine esterno* e l'ordine esterno coincide con quello che, in apertura di questo paragrafo, si è definito in modo volutamente generico *offesa allo Stato*. Risulta chiaro a questo punto come in Carrara la questione non si può ridurre al semplice rapporto tra l'offesa al singolo e l'offesa alla collettività, quanto piuttosto debba incentrarsi sulla *natura* di questa offesa che può riguardare il *patrimonio naturale* del singolo, ovvero quell'insieme di diritti e situazioni giuridiche immanenti e pre-positivi, oppure il suo *patrimonio politico* ovvero la necessità che si riflette anche sul singolo, che la pace sociale sia sempre preservata. Questa visione generale è sintomatica dell'impostazione di Carrara e della proiezione sociale (o politica) del diritto penale in generale<sup>85</sup>. Il tema del diverso rapporto di Carmignani prima e di Carrara poi con la dimensione *politica* del giure punitivo (che Carmignani definiva «*jus politicae necessitatis*» e che Carrara contestava definendo impossibile considerare «*come soggetto passivo del danno la persona ideale dello Stato*» preferendovi invece il più generale concetto di «*diritto ulteriore*») richiederebbe ben altro approfondimento<sup>86</sup>. Qui basti osservare

<sup>83</sup> Id., p. 639

<sup>84</sup> Id., p. 637. La teoria Carrariana su questo tema è oggetto di approfonditissima analisi in M. A. CATTANEO, *Francesco Carrara*, cit., p. 105.

<sup>85</sup> Sulla visione di Carrara di un diritto penale imperniato sulla rilevanza sociale vedi M. A. CATTANEO, *Francesco Carrara*, cit., p. 642.

<sup>86</sup> Vedi in merito la analisi di G. DE FRANCESCO, *Funzioni della pena*, cit., pp. 643-644



che il principio di offensività appare come un elemento bene presente, seppur alle volte diversamente declinato, nell'opera di entrambi gli autori<sup>87</sup>.

Negli stessi anni Puccioni, nella sua opera di commento al Codice Penale toscano, trattando di tentativo fornisce una ricostruzione dell'offesa allo Stato che lui chiama *timore* della società. Trattando infatti di delitto tentato, tema che avremo modo di approfondire più avanti<sup>88</sup>, l'autore fa un'analisi dei mezzi inidonei, ma quello che in questa sede rileva è che sceglie come *argine* alla punibilità il fondato timore sociale. Infatti non considera punibili i mezzi inidonei (es. *archibuso carico di semplice polvere*) in quanto l'uso di questi non può ingenerare un fondato timore sociale. A nulla vale il convincimento del reo di utilizzare invece strumenti idonei. Il timore sociale per Puccioni può rappresentare un valido motivo di punibilità, e quindi può considerarsi concretamente offeso, solo quando l'azione in quanto tale sia materialmente offensiva (ad esempio nel tentativo con mezzi idonei). Il timore sociale a sua volta ha due elementi costitutivi: il timore che il reo possa ritentare l'azione criminale con successo (tale elemento rileva solo per il caso dei delitti tentati) e il timore che l'azione del reo possa fungere da incentivo per i *malvagi*<sup>89</sup>. Come possiamo notare *l'offesa* allo Stato, declinata come paura della reiterazione o del pravo esempio, ritorna con una certa frequenza nel dibattito. L'offesa dello Stato, il turbamento della pace sociale come conseguenza indiretta di ogni delitto. Nel momento stesso in cui compio un'azione che lede un singolo componente della società sto automaticamente *offendendo* la società nel suo complesso, allo stesso tempo ci sono condotte criminali che offendono dei beni giuridici collettivi che, in quanto tali, offendono di conseguenza anche il singolo. Una sorta di canone inverso: ogni offesa al singolo offende la collettività *di riflesso*, ma esistono anche offese alla collettività in quanto tale che offendono il singolo *di riflesso*. Questa definizione di base ritorna sempre anche in piena età fascista, ma nessun autore rinuncia a darne una propria lettura arricchendola di precise sfumature e quindi, di fatto, dando vita a teorie diverse. Delitala ad esempio parla di bene giuridico collettivo a proposito di delitti contro la fede pubblica o la pubblica incolumità; ritiene infatti che questi crimini non violino alcun diritto subiettivo né dello Stato né dell'individuo singolo, tali delitti lederebbero,

offenderebbero, «un bene o interesse pertinente, non ad un singolo

---

e 650 e la bibliografia citata.

<sup>87</sup> T. PADOVANI, *La teoria del reato in Giovanni Carmignani*, in M. MONTORZI (a cura di), *Giovanni Carmignani (1768-1847)*, cit., p. 385.

<sup>88</sup> Vedi *infra*, cap. 3, § 5, pp. 142 e ss.

<sup>89</sup> G. PUCCIONI, *Il codice penale toscano*, cit., Vol. II, pp.13-14.

cittadino, ma a tutti i cittadini, come tali e non a tutti i cittadini considerati uti universi, ma a tutti i cittadini considerai uti singuli (...) sono beni ed interessi pertinenti non già allo Stato e neppure all'individuo, bensì a tutta la società considerata nel suo insieme come collettività dei cittadini<sup>90</sup>.

L'autore ravvisa nel bene giuridico collettivo qualcosa di diverso da un diritto subiettivo dello Stato. Il bene giuridico collettivo, come ad esempio la morale pubblica, la pubblica fede o il buon costume, è un bene la cui titolarità spetta alla collettività nel suo complesso intesa come qualcosa di più dello Stato, ovvero come un insieme unico composto dallo Stato come ordinamento e da tutti i suoi componenti, il singolo viene leso personalmente nella sua veste di elemento costitutivo della collettività, per rendere più comprensibile la teoria con uno degli esempi forniti dall'autore stesso: un delitto contro la fede pubblica lede la collettività nella misura in cui ogni individuo può essere tratto in inganno. Cavaliere riprende questa distinzione quando chiarisce, in tema di reati politici, che ad essere offeso non è lo Stato in quanto tale, ma lo Stato in quanto *unità vivente nel consorzio della altre unità statali*<sup>91</sup>. Ranieri invece parla di *danno sociale* e, partendo dalla classica dicotomia esistente tra il danno contro il bene o interesse del singolo (si noti qui una definizione di bene ed interesse diversa da quella fornita da Delitala) e il danno contro l'interesse dello Stato al «*mantenimento delle condizioni necessarie per la sua esistenza*», individua un terzo danno (il danno sociale appunto) consistente nella

possibilità di nuovi delitti, come effetto psicologico del delitto consumato, da parte dello stesso soggetto, o della vittima, o della famiglia, amici, correligionari, o da parte di terzi che dalla consumazione del delitto hanno preso baldanza, sia perché naturalmente disposti a mal fare, sia perché anche naturalmente contrari al mal fare, tuttavia per odio contro il delinquente possono lasciarsi trascinare a fare giustizia sommaria (...)»<sup>92</sup>.

Possiamo notare come rispetto alla classica costruzione carmignaniana

---

<sup>90</sup> G. DELITALA, *Contributo*, cit., p. 315.

<sup>91</sup> P. A. CAVALIERE, *Il diritto penale politico in Italia dallo Stato liberale allo Stato totalitario. Storia delle ideologie penalistiche tra istituzioni e interpretazioni*, Roma, 2008, p. 512.

<sup>92</sup> S. RANIERI, *Gli aspetti del reato: il reato come azione dannosa*, in *Rivista Penale di dottrina, legislazione e giurisprudenza*, Vol CVII, 1928, p. 35. Sul danno sociale, definito, e l'espressione è significativa, anche danno *morale* all'autorità dello Stato vedi, F. ANTOLISEI, *L'evento e il nuovo codice penale*, in *Rivista Italiana di Diritto Penale*, Annata IV, 1932, X E.F., p. 22.

del *danno mediato* come *allarme per i buoni e incitamento per i malvagi*, l'autore estenda questa definizione ricomprendendo nel *danno sociale* anche la *vendetta*: i *buoni*, ovvero la vittima stessa o soggetti ad essa vicini per qualsiasi tipo di vincolo, potrebbero maturare, a seguito del commesso reato, propositi vendicativi. Ancora, Ranieri distingue i *malvagi* in soggetti *naturalmente contrari al mal fare* e soggetti *naturalmente disposti al mal fare*, i primi non sarebbero malvagi *tout court* ma sarebbero in qualche modo trascinati dall'odio verso il reo fino a compiere gesti di giustizia sommaria<sup>93</sup>, i secondi invece rientrano nella definizione classica svolta sia da Carmignani che da Carrara, ovvero quei *malvagi* veri e propri che traggono maggiore sicurezza nel vedere pratiche criminali che poi emulano.

Abbiamo già avuto modo di fare riferimento al contributo di Rocco in merito al rapporto tra offesa all'individuo e offesa allo Stato. Rispetto alle teorie sopra accennate vediamo che, come sempre, le definizioni di Rocco, in maniera apparentemente semplice, fissano categorie logiche destinate ad essere riprese da chiunque venga dopo. Partendo dalla definizione romana secondo cui in ogni reato «*persona dupliciter spectatur: ejus fecit et ejus qui passus est*», l'autore sostiene come la società possa essere quel *ejus qui passus est*, dunque quel *soggetto passivo*, se consideriamo la lesione operata dal reato non come lesione di un interesse privato ma quale lesione indiretta e mediata di un interesse della società<sup>94</sup>. In questo senso Rocco opera una sua distinzione tra *l'interesse privato* (che può anche essere *collettivo*) e un *interesse pubblico* ovvero che riguardi la *società giuridicamente organizzata*. Sembrerebbe possibile sovrapporre il concetto di *interesse privato collettivo* di Rocco con quello di *diritto subiettivo dello Stato* di cui pochi anni dopo parla Delitala e con quello di *danno contro l'interesse dello Stato* di Ranieri, mentre la definizione di *interesse pubblico* di Rocco sembra poi ritrovarsi in quella di *bene giuridico collettivo* di Delitala e in quella di *danno sociale* di Ranieri. Abbiamo accennato alla teoria di Binding sul bene giuridico, ebbene Rocco rilegge in maniera fortemente critica la sua concezione sul «*dovere di obbedienza politica*<sup>95</sup>». Binding sosteneva che la sovranità dello

<sup>93</sup> In questa ricostruzione sembra leggersi tra le righe una sorta di parziale giustificazione della giustizia sommaria vista come il prodotto non tanto di una pura volontà criminale ma in qualche modo come una conseguenza a fatti illeciti che spinge un buono alla commissione di un delitto. Il tema esula da questo lavoro ma avendo affrontato in altra sede l'ambigua lettura che fino al XIX secolo ha riguardato i linciaggi, rinvio a J. C. S. TORRISI, *Leccidio degli emigrati italiani a New Orleans del 14 marzo 1891: fu vero linciaggio?* in S. MAZZONE (a cura di), *Narrare le migrazioni. Tra diritto, politica, economia*, Acireale, 2019, pp. 471 e ss.

<sup>94</sup> A. Rocco, *L'oggetto del reato*, cit., pp. 9-11.

<sup>95</sup> *Id.*, pp. 98-100 dove Rocco riporta anche l'interessante dibattito sorto tra Liepmann e Binding sul tema.

Stato, fondata su norme di diritto pubblico, imponesse un generale dovere di obbedienza alle sue leggi e che ogni reato fosse in primo luogo un'offesa al generale diritto di obbedienza<sup>96</sup>. Tale impostazione per Rocco, rivelandosi troppo incentrata sull'elemento formale del reato, aveva il gravissimo difetto di *appiattare* tutte le fattispecie delittuose, di fatto considerandole sempre offensive di un solo diritto: quello all'obbedienza. Ora, sulla base di un simile ragionamento, per Rocco non solo veniva svilita l'importanza dell'aspetto materiale del reato, ma peggio non si comprendeva in funzione di cosa si sarebbe dovuta graduare la pena. Infatti se la pena è la risposta che lo Stato dà per punire condotte che ledano non semplicemente il singolo ma specifici *beni giuridici* dell'individuo, che sono a loro volta di *interesse pubblico* nel senso meglio descritto sopra, ridurre (come aveva fatto Binding) l'interesse pubblico ad un semplice diritto all'obbedienza significherebbe affermare che ogni reato offende la collettività allo stesso modo, uguale entità dell'offesa, uguale pena. Rocco inoltre contestava proprio le categorie dommatiche di fondo della teoria di Binding, infatti per lui il diritto all'obbedienza non coincide con il generale concetto della sovranità dello Stato quanto piuttosto con uno speciale diritto alla supremazia, un *particolare diritto all'obbedienza* una pluralità di diritti all'obbedienza diremmo noi, che si fondano sulle norme penali e non su quelle di diritto pubblico e che hanno tutte precisi contenuti<sup>97</sup>. Ogni norma penale che lo Stato pone mira a difendere uno specifico interesse pubblico e comporta un preciso obbligo all'obbedienza da parte di tutti gli individui. Questa sorta di «*speciale diritto all'obbedienza penale*» è oggetto di critica da

<sup>96</sup> Tale teoria è avversata anche da Delitala il quale arriva a negare apertamente che esista un diritto subiettivo dello Stato all'obbedienza. Delitala scrive in proposito: «*Il diritto dello Stato alla obbedienza dei cittadini non corrisponde al concetto tecnico di diritto subiettivo. Il Binding stesso riconosce che tale diritto è privo di un contenuto sostanziale, e, con ciò, viene a negargli il carattere stesso di diritto, se, come abbiamo affermato, un contenuto è necessario a dar vita al diritto soggettivo. Per il Binding inoltre tale diritto non nasce dalle norme penali, ma dalle norme di diritto pubblico, ed il suo oggetto è indeterminato ed onnicomprensivo, poiché è il generale diritto di supremazia che lo Stato ha sui cittadini. (...) La signoria generale dello Stato (...) non è, tuttavia, un diritto soggettivo. (...) Diritto soggettivo non sarà pertanto ogni potere dello Stato, ma perché un diritto subiettivo si abbia, bisognerà che questo potere di cui lo Stato è investito appaia individualizzato e specifico. La latitudine di questo diritto all'obbedienza ci dimostra, perciò, che non ci troviamo di fronte ad un diritto*», tratto da G. DELITALA, *Contributo alla nozione del reato*, cit., pp. 324-325. Per completezza però bisogna dire che l'idea di un'uguaglianza tra tutti i reati che ugualmente offendono la giustizia ha origini antichissime, già Zenone di Cizio nel IV sec. a.C. aveva scritto «*Peccata sunt omnia equalia. Un enim nec vero verius, nec falsum quidam magis falsum est, ita neque peccatum peccato maius est*» (brano riportato da Diogene Laerzio nella sua opera *Vita di Zenone Cittico*, citato in S. Roberti, *Corso completo del diritto penale*, cit., p. 6.

<sup>97</sup> In merito vedi anche F. ANTOLISEI, *L'offesa e il danno*, cit., pp. 93-94.

parte di Grispiigni<sup>98</sup>. Questi infatti contesta a Rocco in primo luogo il fatto di citare a sostegno della propria teoria Romano. In effetti Rocco quando parla di *diritto di supremazia speciale* che trae fonte *dalle norme del diritto penale*<sup>99</sup> cita il lavoro di Romano come fautore di una teoria dei *diritti di supremazia speciali come diritti autonomi in contrapposto al diritto di sovranità generale*<sup>100</sup>. Grispiigni contesta questa citazione sulla scorta del fatto che nella teoria di Romano i diritti di supremazia speciali si caratterizzerebbero per un predominante carattere di relatività; la loro specialità e autonomia non consisterebbe infatti nel trarre origine dalla speciale e singola branca del diritto penale, quanto piuttosto nel fatto di rivolgersi a specifici individui in funzione di uno *speciale rapporto* nel quale questi si trovano. Grispiigni infatti nota criticamente che una impostazione simile non collima con la visione di Rocco. A ben vedere Rocco quando parla di diritto di supremazia *speciale* allude certamente ad una *specialità* delle fonti ma altrettanto certamente lo considera un diritto dalla portata universale destinato ad assoggettare tutti i cittadini. In effetti, rileggendo le pagine di Romano, il carattere di una specialità che esclude aprioristicamente che i poteri speciali di supremazia possano rivolgersi all'intera collettività è evidente:

Lo Stato ha dei poteri speciali di supremazia su tali subietti, che, viceversa, hanno degli obblighi di subordinazione, ma si tratta di una supremazia e, correlativamente, di una subordinazione, che non possono confondersi con la sovranità e la sudditanza in senso specifico<sup>101</sup>.

La critica però sembra non tenere in considerazione che la teoria di Romano e quella di Rocco non sono in aperta contrapposizione come vorrebbe Grispiigni. L'elaborazione di Rocco è più che altro una nuova teoria autonoma che, partendo da una categoria già illustrata da Romano, quella dei diritti di supremazia speciali visti come autonomi e indipendenti dalla generale sovranità dello Stato, ragiona sulla possibilità che tali diritti autonomi possano rivolgersi non solo ad individui specifici ma anche a comportamenti specifici a cui sono tenuti tutti gli individui. Certamente questa possibilità non è contemplata nell'opera di Romano ma è altresì vero

<sup>98</sup> F. GRISPIGNI, *Le Teorie generali del reato e della pena secondo Arturo Rocco*, in *Scuola positiva nella dottrina, giurisprudenza legislazione penale*, Anno 23, 1913, p. 612.

<sup>99</sup> *Id.*, p. 98.

<sup>100</sup> L'opera citata da Rocco è S. ROMANO, *Sulla natura dei regolamenti delle Camere parlamentari*, in *Archivio giuridico «Filippo Serafini»*, Vol. IV, sub III, n. 11, Pisa, 1905, pp. 17 e ss.

<sup>101</sup> S. ROMANO, *Sulla natura dei regolamenti delle Camere parlamentari*, cit., p. 18.

che entrambe le teorie sono costruite su un assunto comune: lo Stato oltre la sua sovranità generale può esercitare altre supremazie speciali rispetto ad essa autonome. Rocco non fa altro che riempire di nuovo significato queste supremazie speciali autonome. Anche Carnelutti è critico rispetto a questa impostazione, ritiene infatti che considerare *l'interesse alla sicurezza e alla tranquillità dello Stato* l'elemento che contraddistingue la fattispecie penale giustificando la pena non tenga in debito conto che lo Stato, per non essere turbato nella sua tranquillità non ha esigenza solo

che gli uomini non si uccidano o non si percuotano a vicenda, ma anche, per esempio, che i debitori paghino i loro debiti; (...) Ciò che si può ammettere è soltanto che vi siano atti illeciti, i quali turbano più, altri meno, l'ordine sociale; e che solo per quelli, i quali presentano rispetto a questo un maggiore pericolo, l'ordine giuridico si valga, per prevenirli, di quel mezzo più generico che è la pena<sup>102</sup>.

È qui evidentemente la visione di fondo dei due autori a differire. Infatti Carnelutti considera ogni illecito (civile e penale) idoneo ad intaccare la sicurezza dello Stato, sia pur in maniera diversa, e ricollega la pena ad una maggiore gravità dell'offesa, a differenza di Rocco che ritiene l'illecito civile semplicemente come non offensivo di nessun *bene o interesse sociale proprio di tutta la società giuridicamente organizzata*<sup>103</sup>; alla fine però entrambe le teorie conducono alla assoggettabilità alla pena delle stesse fattispecie; il risvolto pratico di queste due teorie conduce alle medesime soluzioni, pur attraverso percorsi dogmatici diversi. A ciò si aggiunga che Carnelutti però non considera questa sua teoria della maggiore gravità come assoluta, infatti solleva il problema di quei casi in cui la scelta della pena non deriva da una maggiore *gravità* della condotta (nel senso sopra precisato), quanto piuttosto da una oggettiva difficoltà a quantificare l'entità del risarcimento che caratterizza l'illecito civile. In proposito l'autore fa l'esempio della concorrenza sleale

Come si fa a valutare in denaro il danno subito da un'azienda per la imitazione di un segno distintivo, per la denigrazione o per lo storno del personale? (...). L'impiego della pena, pertanto, non è indice della coincidenza tra un interesse protetto individuale o collettivo, privato o pubblico, e il diritto dello Stato all'obbedienza verso i sudditi; questo diritto, posto che esista come tale, deve ammettersi rispetto a qualunque comando, sia o non sia sanzionato mediante la pena; può esser, tutt'al più e non sempre, indice di una maggiore

---

<sup>102</sup> F. CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Padova, 1926, p. 52.

<sup>103</sup> A. ROCCO, *L'oggetto del reato*, cit., p. 555.

importanza sociale del comando, la cui osservanza viene garantita con questo tipo di sanzione<sup>104</sup>.

Adottando l'impostazione e le categorie di Mario Sbriccoli a proposito del conflitto tra *ordine e libertà*, conflitto che vede un bene collettivo da una parte, il cd. bene politico, e dall'altra il *diritto del singolo* alla libertà per sua natura inalienabile<sup>105</sup>, deve concludersi che il *bene politico* e la *sicurezza* (sociale *n.d.a.*), oltre che necessario contraltare della libertà del singolo, hanno un'essenziale rilevanza ai nostri fini. Quando parliamo di *offesa collettiva* ovvero di quel danno che trascende il singolo per andare a colpire la collettività, lo Stato, ebbene stiamo parlando proprio di bene politico e sicurezza sociale. In poche parole Sbriccoli riesce non solo ad individuare l'oggetto dell'offesa collettiva, ma anche la sua natura che è essenzialmente *politica*. Abbiamo già discusso della lettura fornita da Antolisei in merito alle nuove funzioni *propulsive* del diritto penale; a questo punto possiamo provare a dare un'interpretazione più generale del fenomeno del *bene collettivo* che arriva a superare la dicotomia tra una concezione del diritto penale come conservazione statica dell'ordine dello Stato di impostazione liberale e un'altra che vede nella norma penale la spinta innovatrice e politica propria del nuovo Stato autoritario così come l'aveva posta Antolisei. L'essenza dell'offesa collettiva risiede sempre in un'offesa allo Stato così per come esso esiste, orbene, anche nel caso in cui lo scopo dello Stato fosse anche e solo quello di conservarsi, questa conservazione assume sempre un'accezione politica (e non certo universale come qualche volta è stato sostenuto), non c'è solo la difesa di immarcescibili principi generali nella conservazione dello Stato, c'è piuttosto la difesa di tutto l'ordine statale; ogni comportamento che in qualche modo leda o minacci la sfera del singolo allo stesso tempo lede o minaccia la sicurezza di *uno* Stato. Questo paradigma non è universale perché varia da Stato a Stato, una stessa condotta può essere considerata offensiva verso un *qualcosa* che *uno* Stato può ritenere bene giuridico del singolo (la cui offesa costituisce un *danno mediato* allo Stato stesso), mentre *un altro* Stato può valutarla perfettamente lecita. Questo semplicemente perché anche gli Stati liberali non esauriscono la loro funzione nel mantenimento dei soli beni universali ed immanenti, ma sono

<sup>104</sup> F. CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, cit., p. 55.

<sup>105</sup> M. SBRICCOLI, *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in A. SCHIAVONE (a cura di), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Roma-Bari, 1990, adesso in *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, VOL 88, Mario Sbriccoli. *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Milano, 2009, p. 501.

portatori, ognuno secondo la propria storia, di diverse visioni del *giusto* e dell'*ingiusto*, del *sano* e del *deviato*, del *proficuo* e del *dannoso*. Queste visioni rappresentano la natura politica di uno Stato, *melius*, di un ordinamento, e sono, come ovvio, variabili oltre che nello spazio anche nel tempo. In questo senso crediamo di dover leggere la fortunatissima espressione *penalistica civile* utilizzata da Sbriccoli che infatti parla di un aspetto tecnico nella figura del penalista che deve necessariamente cedere il passo a quello *ideologico*<sup>106</sup>. Altra questione, che non affronteremo in questa sede, è la profonda differenza che intercorre tra la declinazione di bene politico propria degli stati liberali e quella ben più ampia ed invasiva che si è avuta nei regimi totalitari. Un riflesso pratico che mette in luce i limiti e alcune forzature delle teorie di cui abbiamo parlato è dato dai reati politici. La realtà, lo aveva ben individuato Pessina<sup>107</sup>, è che il rapporto tra il bene giuridico individuale e quello collettivo, che tanto ha appassionato la dottrina dell'epoca, sotto un aspetto più concreto si traduce in un gioco di equilibri; ad esempio nei reati politici si pone la questione del contrasto tra il diritto alla *libertà di pensiero* del singolo e quello alla *conservazione* dello Stato. Ecco, stiamo guardando lo stesso fenomeno sotto un diverso punto di vista. Se fino ad ora abbiamo considerato la questione dell'offesa al bene giuridico del singolo e la possibilità che questa sia anche una *offesa collettiva*, adesso stiamo valutando l'ipotesi di una condotta che può arrecare *un'offesa* collettiva, non solo senza offendere un bene giuridico individuale, ma addirittura rappresentandosi come l'espressione di una libertà fondamentale<sup>108</sup>. Il celebre rifiuto di Carrara di trattare dei reati politici va ricondotto anche a questo difficile equilibrio in cui scienza criminale e opportunità politica s'intrecciano in modo indissolubile. Il problema, che Sbriccoli definisce «*dialettica ordine-libertà*<sup>109</sup>», è magistralmente riassunto in queste poche, dense, parole:

<sup>106</sup> ID., p. 505.

<sup>107</sup> E. PESSINA, *Elementi di diritto penale*, Napoli, 1883, Vol. II, p. 6.

<sup>108</sup> Ancora una volta dobbiamo riaffermare che questo semplice accenno ad un tema enorme come quello dei reati politici non ha nessuna pretesa di esaustività ma è solo strumentale ad uno sviluppo più chiaro e consapevole del nostro ragionamento.

<sup>109</sup> M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in L. VIOLANTE (a cura di), *Storia d'Italia. Annali, 14: Legge Diritto Giustizia*, Torino, 1998, p. 445-551, adesso in *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, VOL 88, Mario Sbriccoli, cit., p. 600, dove viene meglio spiegato il concetto di questo equilibrio: «Essa – (la dialettica ordine libertà n.d.a.) – attraversa tutta la riflessione penalistica ottocentesca e si ripropone fino ai giorni nostri, in forme appena aggiornate (efficacia versus garanzia), tenendo aperta una insopprimibile contraddizione. Il conflitto potenziale e spesso attuale tra un bene politico (la sicurezza dello Stato, la tranquillità della società, la protezione dei singoli) ed i diritti di libertà, civili e politici, dei cittadini, mantiene infatti nel sistema penale una perenne questione di equilibri e confini: gran parte della storia di quel sistema è segnata da questo stabile



Il problema del reato politico si presenta, più di ogni altro, come un problema di conciliazione di diritti o di interessi che sono potenzialmente in contrasto. Il diritto dei cittadini al dissenso (opinioni), alla sua manifestazione (stampa, propaganda) e alla sua organizzazione (associazioni), potrebbe confliggere con la sussistenza dell'ordinamento statale che lo garantisce e, in questa misura – paradossalmente – mettere in pericolo anche se stesso. Così lo Stato, per un eccesso di difesa, potrebbe soffocare quei momenti di vita politica che lo tengono in vita e lo legittimano in quanto Stato liberale o di diritto<sup>110</sup>.

---

*carattere di continuità, e gira intorno alla ricerca di quegli equilibri e di quei confini».*

<sup>110</sup> M. SBRICCOLI, *La penalistica civile*, cit., pp. 532 e 535.



## Capitolo II

### *Per una storia dell'offensività nel pensiero giuridico moderno*

SOMMARIO: 1. La concezione soggettiva. – 2. La concezione oggettiva e la formazione illuminista del moderno principio di offensività. – 3. La scuola Hegeliana e i tentativi di mediazione: «*L'offensività invisibile*». – 4 I codici di stampo soggettivo. – 5. I codici di stampo oggettivo. – 6. I sistemi misti dell'800: esempi di «*contaminazione*». – 7. La Germania nazista e il «nuovo» modello eticistico: rinasce il diritto penale della volontà. – 8. Un tentativo di definizione dell'offensività: concezione formale, concezione realistico-materiale e concezione sostanzialistica.

Passati in rassegna, senza alcuna pretesa di esaustività e solo per brevissimi accenni, alcuni punti delle varie teorie sul bene giuridico che si ritengono utili per la migliore comprensione del discorso che qui si vuole condurre riguardo al principio di offensività, si fissa ora l'attenzione su alcune delle principali elaborazioni dottrinarie che, dalla svolta illuminista in poi, hanno in qualche modo contribuito a costruire la definizione moderna del concetto di offensività con una particolare attenzione al giusnaturalismo tedesco che, coerentemente con la propria concezione del diritto visto come ordine etico-giuridico, identifica il bene comune nella felicità. In questo senso, e per quanto di nostro interesse, rilevano le parole di Thomasius quando, in contrapposizione a Pufendorf, definisce *l'obligatio* come un vincolo *etico* ad uno scopo<sup>1</sup>. Per individuare i caratteri essenziali del concetto di offensività si è scelto di partire dalla distinzione convenzionale tra «concezione soggettiva» e «concezione oggettiva» ritenendo tale scelta la più opportuna per meglio comprendere le varie interpretazioni che hanno impegnato la dottrina e per evidenziare le reciproche influenze tra i due orientamenti che si riflettono immediatamente sul *dilemma*, per usare l'espressione di Floriana Colao, *tra oggettivismo delle pene e soggetti da disciplinare*<sup>2</sup>. Anche su questa distinzione

<sup>1</sup> L'espressione è presente in V. FIORILLO, *Autolimitazione razionale e desiderio: il dovere nei progetti di riorganizzazione politica dell'illuminismo tedesco*, Torino, 2000, p. 11.

<sup>2</sup> F. COLAO, «Il dolente regno delle pene» *Storie della «varietà della idea fondamentale del giure punitivo»*, in *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, anno XL, n.1, giugno 2010, p. 133, dove l'autrice indica tra l'altro alcune opere essenziali sull'argomento che si ritiene

e sul più ampio tema del rapporto tra diritto e morale pare opportuno fare un brevissimo accenno al contributo che il giusnaturalismo ha fornito ad entrambe le concezioni. A fronte dell'impostazione di Pufendorf e Grozio che consideravano *imperfectum* il dovere morale di fatto qualificandolo come un *quid minus* rispetto all'obbligo giuridico, Thomasius muta totalmente prospettiva definendo l'obbligazione morale *nobilissima obligationis species*<sup>3</sup>.

### 1. La concezione soggettiva

La concezione soggettiva cd. «*pura*» può essere individuata in quelle teorie che, considerando il reato come sintomo di una volontà criminosa da punirsi in quanto tale, semplicemente non prendono in considerazione il principio stesso di offensività. La condotta criminale, sulla base di questo orientamento, è meritevole di pena perché espressione di una *mala voluntas* che, a sua volta, rende manifesta la malvagità di un soggetto e la sua natura di *peccatore*. Naturalmente questa estremizzazione è di pura scuola in quanto, salvo alcuni casi peculiari che verranno più avanti approfonditi, i fautori di questa teoria non arrivano ad escludere totalmente il rilievo del danno derivante dall'azione.

Ad esempio, nella sua opera sulla Scienza della Legislazione, Gaetano Filangieri fissa già nel 1789 alcuni principi fondamentali, i cd. *principij generali* della legislazione criminale<sup>4</sup>, e tra questi, a proposito delle ragioni della pena, scrive:

---

indispensabile richiamare, M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, 2004; P. GROSSI, *Il volto attuale dell'illecito penale (a proposito di un recente libro di Massimo Donini)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XXXV, 2006, pp. 1043-1057; A. MANNA, *La giustizia penale tra Otto e Novecento: la disputa tra soggettivismo e oggettivismo*, in M. N. MILETTI, (a cura di), *Riti, tecniche, interessi. Il processo penale tra Otto e Novecento*, Milano, 2006, pp. 176-185; P. COSTA, *La modernità penale fra secolarizzazione e permanenza del «sacro»*, in S. CANESTRAI, L. STORTONI, (a cura di), *Valori e secolarizzazione del diritto penale*, Bologna, 2009, pp. 101-120.

<sup>3</sup> C. THOMASIIUS, *Fundamenta Juris Naturae et Gentium ex sensu communi deducta, in quibus ubique discernuntur principia honesti, justi ac decori cum adjuncta emendatione ad ista fundamenta institutionum jurisprudentiae divinae*, Caput V, § XXIV, Halle, 1705, p. 150.

<sup>4</sup> G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, Tomo IV, Libro III, *Delle Leggi Criminali*, Parte Seconda, *De' Delitti e delle Pene*, Capo XXV, *Principj generali di questa parte della Criminale Legislazione*, Napoli, 1789, pp. 2 e ss. Per un approfondimento sul concetto di imputazione e di pena in Filangieri, vedi, K. SEELMAN, *Gaetano Filangieri e la proporzionalità fra reato e pena. Imputazione prevenzione nella filosofia penale dell'illuminismo*, in *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, Anno XXXI, n. 1, giugno 2001.

Se ogni delitto deve avere la sua pena proporzionata all'influenza, che ha sull'ordine sociale il patto, che si viola, ed al grado di malvagità, che si mostra nel violarlo; le leggi debbono dunque ben distinguere i delitti, per ben distinguere le pene<sup>5</sup>.

Già in questa definizione di un autore certamente legato alla concezione soggettiva, pur parlandosi di grado di malvagità come metro di valutazione della pena, Filangieri non trascura il tema dell'influenza esterna. Non siamo di fronte ad una teorizzazione compiuta dell'offensività, ma *l'influenza* è in questo passo intesa come una ripercussione sull'*ordine sociale*; la condotta criminale viene vista come foriera di una conseguenza (certamente negativa e dannosa) sull'ordine precostituito, sul *patto*. Orbene, se una violazione del patto ha un'influenza negativa sull'ordine sociale indubbiamente questa influenza *offende* la società nella misura in cui ne turba l'ordine. In questo senso la commisurazione della pena all'influenza che il delitto esercita sull'ordine sociale dimostra come nella riflessione di Filangieri il tema del danno alla società, *dell'offesa* alla collettività, sia già presente e definito. L'autore riconduce la potestà punitiva dello Stato ad una cessione di diritti e poteri ricevuta da parte del singolo per mezzo del *patto* e fa in proposito una precisazione: lo Stato, la società – così la definisce Filangieri – ha ricevuto sia i diritti che il singolo esercitava nello *stato di naturale indipendenza* ma anche il diritto che il singolo aveva sull'altro quando quest'ultimo violava le *naturali leggi*, insomma il *diritto di punire*<sup>6</sup>. La società esercita il diritto di punire avendo ricevuto tale diritto dai singoli, lo esercita per difendere il proprio equilibrio, per scongiurare quelle influenze a cui si è accennato prima, ergo la società punisce ogni qual volta una condotta ne violi le regole, ogni qual volta veda offeso il suo diritto alla conservazione. Naturalmente il tema della *malvagità*, ovvero della punibilità della *voluntas* criminale che prescinde dal danno concreto, è quanto mai presente. Se nello *stato di natura* l'uomo esercitava il proprio diritto di punire solo quando subiva un'offesa concreta, nello stato di diritto emergono nuove esigenze: *l'equilibrio* necessario alla conservazione dell'ordine costituito e la *morale* di cui lo Stato si erge a difensore. Il reo, a prescindere dai concreti effetti della propria condotta, andrà incontro alla pena anche per il solo fatto di aver scelto di non «rispettare la santità dei giuramenti<sup>7</sup>», ciononostante l'autore ribadisce che l'oggetto delle leggi penali è quello di evitare «che il delinquente rechi altri

<sup>5</sup> Id., pp. 6-7.

<sup>6</sup> Id., p. 11.

<sup>7</sup> *Ibidem*.

*danni alla società*<sup>8</sup>». L'impostazione soggettiva emerge in modo più evidente quando, a proposito di conato, l'autore scrive

Se la pena dunque, che siegue il delitto, non è destinata ad altro, che a garantire la società dalla perfidia del delinquente, e distogliere gli altri dall'imitare il suo esempio: nella volontà di violare la legge manifestata coll'azione dalla legge stessa vietata, si trova l'uno, e l'altro motivo della pena. Il delinquente ha mostrata la sua perfidia, la società ne ha ricevuto il funesto esempio. O che l'evento abbia, o no, corrisposto all'attentato, questi due motivi di punire esistono ugualmente. L'istessa causa dee dunque produrre l'istesso effetto, e quest'effetto è l'uguaglianza della pena<sup>9</sup>.

È certamente la *perfidia*, ovvero la *mala voluntas* la giustificazione centrale della pena, anche se questa valutazione sembrerebbe cozzare con le definizioni generali in cui lo stesso autore parla di *danni alla società*.

Allo stesso modo anche nel Primo progetto di codice penale per la Lombardia napoleonica, a proposito della pena si legge:

la pena è destinata a garantire la società dalla perfidia o malvagità del delinquente, a procurare l'emendazione, a distogliere gli altri dall'imitare il suo esempio e a riparare il danno arrecato all'interesse generale o particolare<sup>10</sup>.

In realtà il tema del danno, dell'*offesa* e della volontà dell'agente si intrecciano come requisiti non indipendenti ma collegati. La società può essere *offesa* tanto da una condotta concretamente dannosa quanto da una condotta che pur non producendo alcun danno concreto sia indice di volontà criminale. Più che di punibilità di condotte inoffensive pare più opportuno parlare di condotte *diversamente* offensive per l'ordine sociale<sup>11</sup>. Dato che l'ordine sociale ha una sua specifica etica, ogni comportamento con cui il singolo mostri di allontanarsi da questa va punito in quanto tale. Anche Haus, quasi un secolo dopo, ribadisce che, almeno in riferimento ai

<sup>8</sup> Id., p. 13.

<sup>9</sup> Id., pp. 170-171

<sup>10</sup> Si tratta del paragrafo 25 del progetto, considerato di particolare interesse tanto da essere ripreso ed analizzato in A. CAVANNA, G. VANZELLI, *Primo Progetto di codice penale per la Lombardia napoleonica (1801-1802)*, Padova, 2000, p. 250; La citazione è presente anche in F. COLAO, «*Il dolente regno delle pene*», cit., p. 132.

<sup>11</sup> Di questo stesso orientamento vedi M. LARDIZABAL Y URIBE, *Discurso sobre las penas contrabido á las leyes criminales de España, para facilitar su reforma*, Madrid, 1782, cap. IV, § 1, n. 10 e L. CREMANI, *De jure criminali*, Ticini, 1791, I, cap. V, p. 80 entrambi citati in S. SEMINARA, *Il delitto tentato*, cit., nota 47, p. 348.

meri reati formali, la sola intenzione dell'agente può imprimere il carattere delittuoso<sup>12</sup>.

Così come constatato nel pensiero di Filangieri, dalla lettura dei principali autori soggettivisti emerge in molti di essi una, seppur limitata, attenzione anche all'offesa. Vedremo come Paliero, analizzando i profili sistematici ed interpretativi del reato sotto l'aspetto quantitativo della pena in epoca moderna, citi Risi come un esempio di soggettivismo fanatico ed assolutistico<sup>13</sup>. In verità anche in questa citazione della seconda metà del '700, in cui Paliero coglie una visione estremista, viene comunque menzionata una *ingiuria*<sup>14</sup>.

Naturalmente non mancano, specie nella dottrina tardo settecentesca, elaborazioni in cui la dimensione soggettiva assume caratteri più marcati. Kleinschrod, ad esempio, in merito alla pena nel tentativo scrive:

Chi inizia l'esecuzione di un reato minaccia un male allo Stato, manifesta una malvagia volontà e un disprezzo per le leggi (...) se ostacoli esterni impedirono la consumazione, va misurata anche la loro consistenza (...) Quanto più rilevanti erano però queste circostanze contrarie, quanto più il delinquente si sforzò di superarle tanto più forte era la sua volontà di portare il fatto a compimento: tanto maggiore è dunque l'imputazione<sup>15</sup>.

Prescindendo dalle riflessioni che l'autore svolge sugli ostacoli esterni, legati al tema di cui si occupa, ovvero il tentativo, preme rilevare come l'applicazione della pena sia strettamente commisurata e proporzionale non ad un danno, ad un'offesa, ma essenzialmente all'intensità della *mala voluntas*. La punibilità di chi inizia l'esecuzione si fonda non sul pericolo inteso come un danno ma su una minaccia punita perché manifestazione di una *malvagia volontà*. Non vogliamo spingerci sino a dire che quest'impostazione dommatica considera la minaccia di un male allo Stato come non pericolosa, quanto piuttosto che la prende in considerazione sotto un altro punto di vista: quello della *volontà* del soggetto agente. Ancor più estremo il ragionamento di Klein il quale ipotizza l'irrogazione della pena anche per condotte innocue, dove manca proprio la minaccia e dove

<sup>12</sup> J.J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, Gand-Paris, 1869, §§ 274 e 288.

<sup>13</sup> C. E. PALIERO, *Minima non curat Praetor*, cit., p. 654.

<sup>14</sup> Vedi *infra*, cap. 2 § 8, p 104.

<sup>15</sup> G.A.K. KLEINSCHROD, *Systematische Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts nach der Natur der Sache und der positiven Gesetzgebung*, vol.I, Erlangen, 1794, pp. 58 e 115, la citazione è riportata in S. SEMINARA, *Il delitto tentato*, cit., p. 229.

quindi non esiste alcun pericolo nemmeno in ipotesi, insomma nelle quali certamente non può esservi *offesa* alcuna, solo in funzione di una manifestazione di malvagità:

Quasi allo stesso modo, tuttavia con maggiore severità, va sanzionato chi esegue una condotta innocua con intenzione lesiva<sup>16</sup>.

Il termine più ricorrente in questa riflessione è «*morale*». In effetti la teoria soggettiva è costruita sul concetto fondante di etica, di morale appunto.

La moralità in questo caso è una connotazione che devono avere tutte le azioni lecite e la cui mancanza comporta pena. Non necessariamente ha una connotazione religiosa, per tale ragione resiste (trasformandosi) anche al processo di secolarizzazione illuminista del diritto penale. Siamo di fronte ad una pena retributiva di un'amoralità laica che si manifesta nella disobbedienza, non si punisce il peccato ma la *volontà* (anche se non si deve cadere in una visione semplicistica e pensare che il confine tra i due campi sia così ben definito e netto). In proposito Henke riconduce la pena esclusivamente ad una *volontà antigiuridica* e infatti precisa:

La condotta richiesta per la nozione di reato deve essere indirizzata verso la lesione giuridica, ma non è necessario che rappresenti effettivamente una lesione giuridica e neppure che contenga i presupposti indispensabili per la realizzazione del reato<sup>17</sup>.

Ovviamente, secondo questa impostazione, una condotta non solo deve violare la legge e quindi il comando dello Stato per essere punita, ma deve essere portata avanti con la coscienza di disobbedire, è appunto tale coscienza immorale che giustifica la pena; per converso una condotta assolutamente innocua, ma portata avanti con la coscienza di disobbedire allo Stato, è ugualmente immorale e va punita.

Il tema dell'etica è costantemente legato a quello della *voluntas* e rappresenta un aspetto caratterizzante di buona parte dei soggettivisti. Anche Köstlin riconduce la punibilità di una condotta alla sua assenza di etica, addirittura diritto ed etica vengono a coincidere:

Il diritto è un aspetto dell'etica. Ciò che sul piano soggettivo è la

---

<sup>16</sup> E.F. KLEIN, *Grundsätze des gemeinen deutschen und preussischen peinlichen Rechts*. Halle 1796, p. 115, la citazione è riportata in S. SEMINARA, *Il delitto tentato*, cit., p. 229.

<sup>17</sup> W.E. HENKE, *Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft*, Zurich, 1815, p. 41, la citazione è riportata in S. SEMINARA, *Il delitto tentato*, cit., p. 230.



morale, sul piano obiettivo è il diritto<sup>18</sup>.

Questo assunto generale sul diritto di Köstlin era già stato espresso in relazione alla specifica materia della colpevolezza

Questa idealità dello spirito è anche il principio base della morale e dunque la colpevolezza morale non presenta un'essenza diversa da quella giuridica<sup>19</sup>.

In questa visione estrema di coincidenza tra diritto e morale (o etica) la pena non mira a colpire chi arreca danno ma chi si manifesta immorale, *malvagio*.

La concezione volontaristica e soggettiva ha delle refluenze anche nel StGB che all'art. 43 riconduceva la punibilità alla manifestazione della volontà criminosa, e fu direttamente richiamata nella celebre sentenza del *Reichsgericht* del 24 maggio 1880 che, in relazione ad un caso di mezzo assolutamente inidoneo, affermò il criterio della punibilità di ogni azione che fosse *intrapresa dall'agente, con la credenza ch'essa avrebbe condotto al fine desiderato*<sup>20</sup>.

Ancora alla fine dell'800 autori come Finger, che definiscono le proprie teorie come oggettive *modificate*, sono in realtà legati ad una dimensione strettamente soggettiva. Finger definisce infatti la norma penale che vieta l'omicidio dandone una spiegazione squisitamente soggettiva

L'agente ha trasgredito la norma la quale afferma: tu non devi uccidere, cioè non devi eseguire nessuna condotta da te ritenuta omicida<sup>21</sup>.

Ebbene una simile definizione è chiaramente concentrata sul soggetto e non sulla condotta in quanto fonda la pena sulla percezione della violazione del divieto piuttosto che sulla violazione stessa. La teoria non è però condotta alle

<sup>18</sup> C.R. KÖSTLIN, *System des deutschen Strafrechts*, A.T., Tübingen, 1855, p. 1, la citazione è riportata in S. SEMINARA, *Il delitto tentato*, cit., p. 264.

<sup>19</sup> ID., *Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts*, Tübingen, 1845 p. 143, la citazione è riportata in S. SEMINARA, *Il delitto tentato*, cit., p. 264.

<sup>20</sup> Il passo della sentenza è riportato in *Rivista Penale*, Vol. XIV, 1881, p. 202. Per un approfondimento sulla sentenza vedi, F. BENEVOLO, *Il tentativo nella dottrina, nella legge e nella giurisprudenza*, Torino, 1887, p. 58; M. STENGLEIN, *Lexicon des deutschen Strafrechts*, al vocabolo *Versuch*, n. 30, pp. 1701-1703, Berlin, 1900; W. VALSECCHI, *Del reato putativo e del tentativo impossibile*, Torino, 1912, p. 104; R. MURIACH, *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*, München, 1958, p. 405; E. GALLO, *Il delitto di attentato nella teoria generale del reato*, Milano, 1966, pp. 154-155, G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, cit., pp. 13-14.

<sup>21</sup>A. FINGER, *Der Versuch und der Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch*, in *Festschrift für Karl Binding*, Leipzig, 1911, I, pp. 311-312, la citazione è riportata anche in S. SEMINARA, *Il delitto tentato*, cit., p. 703.

estreme conseguenze, infatti per Finger la volontà criminale va commisurata non solo all'agente ed alle sue conoscenze personali ma anche al *parametro delle cognizioni empiriche della società*, ovvero, se ciò che l'agente ha creduto di fare era teoricamente idoneo a provocare il danno, la condotta è certamente punibile (esempio di colui che crede di somministrare cianuro ed invece per errore somministra una sostanza innocua), se invece ciò che l'agente crede di fare è innocuo di per sé (chi crede di poter condurre un altro al suicidio somministrandogli una pozione magica) allora la sua condotta non sarà più punibile. Ebbene con questa precisazione Finger (come diversi altri prima di lui a dire il vero) per forza di cose svolge una valutazione della *volontà* (del soggetto) che necessariamente non può prescindere *tout court* da una valutazione anche della *condotta* (dell'oggetto), sia pure solo in minima parte e per casi estremi come abbiamo visto. È questo un esempio pratico di contaminazione tra teoria soggettiva ed oggettiva che, lo dimostreremo nel corso del presente lavoro, è presente nella stragrande maggioranza degli autori citati.

Dopo questa disamina della dottrina tedesca, volgiamo lo sguardo agli autori nostrani.

In Italia Pessina, lo si è già rilevato, definisce il reato come «*quel fatto dell'uomo che la legge considera come infrazione del diritto, e che perciò vieta sotto minaccia d'una punizione*<sup>22</sup>». Già in questa definizione si intravede l'essenza della visione soggettiva, infrangere la norma, di per sé, comporta una pena; che la condotta non arrechi alcun danno non ha rilevanza. In effetti questa visione soggettiva si intravede solamente perché una definizione simile potrebbe condurre a considerare la teoria di Pessina concentrata sulla condotta e non sulla percezione che di essa ha l'agente. L'autore chiarisce meglio il suo pensiero quando scrive:

Il reato secondo la sua essenza ha per oggetto il Diritto del quale esso è violazione. Oggetto generale di siffatta violazione è il diritto in sé medesimo; oggetto speciale è poi quel determinato dettato giuridico che l'operare umano infrange (...). L'oggetto proprio diretto ed immediato del reato è il Diritto cui esso è ribellione, sostituendo all'imperio del Diritto sulla volontà dell'uomo il governarsi secondo la propria volontà in maniera contraddittoria ai dettati del diritto<sup>23</sup>.

Emerge qui in modo più evidente come il parametro di punibilità di una condotta sia la volontà di *ribellione*; la condotta contraria alla legge va punita perché sintomo di una volontà autonoma e contraria ai dettami dello

---

<sup>22</sup> E. PESSINA, *Elementi di diritto penale*, Napoli, 1882, Vol. I, p. 121.

<sup>23</sup> *Id.*, p. 129.

Stato ovvero *malvagia*.

Anche la teoria *soggettivistico-sintomatica* di Ferri ruota esclusivamente intorno alla figura del delinquente:

La giustizia penale non sarà più che una funzione ed un'opera di clinica preservativa contro il delitto, come si è già fatto per le altre malattie comuni e mentali: e, pertanto, accusa e difesa nei giudizi criminali non saranno che un ufficio pubblico di indagine e discussione peritale sui delinquenti pericolosi<sup>24</sup>.

Orbene, spesso queste teorie sono richiamate come esempi di negazione del principio di offensività sull'assunto che l'offensività si fonda sulla concezione oggettiva secondo cui vanno punite solo condotte materialmente lesive di beni giuridici mentre le teorie soggettive fondano la punibilità sulla espressione di una volontà malvagia. In verità pare più corretto affermare che il pensiero di Ferri si concentra certamente sulla volontà piuttosto che sulla condotta, ma non per questo non tiene in conto *l'offesa*; la condotta criminale, *melius*, la volontà criminale richiede punizione perché sintomatica di una pericolosità sociale del soggetto agente, Ferri considera la volontà deviante una minaccia per la sicurezza sociale, in una parola: *un'offesa*. Naturalmente la pericolosità sociale non è un'offesa concreta ad un bene giuridico e può prescindere anche dalla condotta; senza entrare nel merito del concetto di *pericolosità sociale* possiamo però dire che certamente siamo nel campo della difesa di un ordine della società ove la pena serve ad evitare o prevenire un'offesa alla collettività<sup>25</sup>. Per usare le parole di Bricola, nell'accezione tardo ottocentesca il soggettivismo penale è più ancorato alla visione del reato come un atto di *antagonismo ideologico*<sup>26</sup> rispetto al diritto, (quella sorta di nuova immoralità laica di cui si è già accennato) che reca, a parere di chi scrive, un necessario connotato offensivo. Ovviamente nell'elaborazione dottrinarie tardo settecentesca ed ottocentesca questo connotato offensivo, seppur presente, è molto meno evidente e non definito in maniera compiuta. Per meglio dire, laddove è l'antagonismo ideologico a fungere da metro giustificativo della pena, è conseguente che il soggetto venga punito in ragione della sua volontà antagonista. È però allo stesso tempo vero che questa volontà antagonista offende la collettività *turbando il diritto*. In questo senso possiamo affermare che molti autori

<sup>24</sup> E. FERRI, *Difese penali e Studi di Giurisprudenza*, Torino 1898, p. 2.

<sup>25</sup> Per una bibliografia dei maggiori soggettivisti europei di questo periodo vedi tra gli altri W. VALSECCHI, *Del reato putativo*, cit., pp. 153-155.

<sup>26</sup> F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., pp. 12-13.

che, per utilizzare l'espressione di Rocco, aderiscono alla «*Teoria della violazione del puro diritto obiettivo*<sup>27</sup>» secondo cui il reato non è altro che la violazione della norma giuridica e non ha alcuna attinenza con l'offesa di un diritto soggettivo, sono dei *tardo-soggettivisti*<sup>28</sup> che vedono nella volontà di ribellione al diritto, che si traduce nella violazione di qualsiasi norma penale, la ragione della pena. *Mala voluntas, volontà ribelle, nuova immoralità*, sono tutte espressioni che giustificano la pena partendo da un atteggiamento dell'agente ma che, per quanto rileva ai nostri fini, vedono nella violazione in quanto tale un'offesa al diritto *tout court, melius*, un'offesa di *quella armonia degli umani interessi che forma l'essenza propria del diritto*<sup>29</sup>. Critico rispetto a questa teoria, Rocco contesta che si possa ridurre il reato alla mera violazione della norma

Il reato, dunque, in quanto è una azione contraria a una norma del diritto penale obiettivo, non può (fare) a meno di costituire altresì l'offesa di un «interesse» e di un «rapporto della vita sociale»: l'interesse, cioè, che la norma protegge, il rapporto che la norma stessa regola: ciò che costituisce appunto il lato sostanziale, il contenuto sociale del reato<sup>30</sup>.

L'offesa della condotta criminale non può consistere solo nella violazione della norma che rompe l'armonia del diritto ma è piuttosto nella lesione dell'interesse, del rapporto della vita sociale che quella norma tutela.

Rocco si occupa anche della «teoria della violazione dell'obbligo giuridico» (*Pflichtwidrigkeit*) chiamata, in ossequio al suo ideatore, teoria di Liepmann<sup>31</sup>.

Liepmann definiva il delitto penale come «la manifestazione di una volontà che contravviene a un obbligo giuridico, vale a dire in altre parole, un torto imputabile per azione o per colpa<sup>32</sup>»; tale teoria si fondava sulla contestazione che il criterio della punibilità in ragione dell'offesa al bene giuridico, non poteva dirsi obiettivo in quanto il *bene giuridico* per sua

---

<sup>27</sup> A. ROCCO, *L'oggetto del reato*, cit., p. 113.

<sup>28</sup> L'autore elenca anche i principali giuristi italiani, francesi e tedeschi che aderiscono alla teoria, per un approfondimento vedi *Id.*, pp. 120-124.

<sup>29</sup> E. PESSINA, *Elementi di diritto penale*, cit., pp. 150-151. La citazione è ripresa anche in A. ROCCO, *L'oggetto del reato*, cit., p. 115.

<sup>30</sup> A. ROCCO, *L'oggetto del reato*, cit., p. 128.

<sup>31</sup> *Id.*, pp. 136-154.

<sup>32</sup> M. LIEPMANN, *Einleitung in das Strafrecht, Eine Kritik der kriminalistischen Grundbegriffe*, Berlin, 1900, p. 17, il brano è riportato in A. ROCCO, *L'oggetto del reato*, cit., p. 137.

natura non è, né può essere, qualcosa di stabile ma relativo al contesto sociale in un determinato momento storico<sup>33</sup>

Da ciò risulta che la apparentemente seducente valutazione dei beni giuridici offesi in realtà conduce a pure formole estreme, le quali generalmente ammettono una scala infinita di valori e raggiungono un contenuto sensibile soltanto avuto riguardo a punti di vista soggettivi<sup>34</sup>.

L'autore riconduce la pena non ad un'offesa ma alla consapevole violazione della norma. La violazione dell'obbligo consiste per Liepmann nella volontà del singolo che si erge sopra la volontà dello Stato che gli impone il dovere; a questa sorta di ribellione manifestata attraverso la condotta viene ricondotta la punizione. A fronte di questa impostazione certamente soggettiva Liepmann, nel momento in cui deve affrontare la questione della graduazione della pena, non può fare a meno di affermare che la gravità di questa ribellione punibile non può prescindere dal *valore* dell'obbligo giuridico violato:

Senza dubbio il valore degli obblighi giuridici offesi si determina secondo l'importanza che possono avere i beni giuridici offesi. Ma si è già dimostrato che noi non siamo in grado di ripartire questi ultimi secondo il loro valore, in classi uniche e universalmente valevoli<sup>35</sup>.

Lo stesso autore, che afferma di punire un'azione solo in quanto manifestazione di volontà contraria all'obbligo giuridico (e quindi apparentemente avulsa e indifferente al criterio dell'offensività della condotta stessa), è costretto a fare una valutazione della condotta che tiene conto di quale bene giuridico offende. Il valore del bene giuridico va valutato in funzione del grado d'importanza che la sua offesa riveste per il mantenimento della pace sociale. *L'offesa* ritorna criterio centrale di una teoria dichiaratamente soggettiva.

La lettura, fortemente critica, che Rocco svolge sulla *Pflinchtwidrigkeit* di Liepmann fornisce ulteriori preziosi dettagli utili a ricostruire la sua personale visione della funzione dell'offensività nella teoria del reato. Rocco, è cosa nota, vede nel reato un'offesa del bene giuridico che può consistere tanto nella sua violazione e lesione quanto nella sua semplice minaccia (in

<sup>33</sup> Sulla variabilità dei beni giuridici individuati vedi la riflessione Antolisei, *supra* cap. 1, § 1. 2, p. 29.

<sup>34</sup> M. LIEPMANN, *Einleitung in das Strafrecht*, cit., p. 114, il brano è riportato in A. ROCCO, *Loggetto del reato*, cit., p. 138.

<sup>35</sup> M. LIEPMANN, *Einleitung in das Strafrecht*, cit., p. 130, il brano è riportato in A. ROCCO, *Loggetto del reato*, cit., p. 139.

questo senso distingue il danno dal *danno potenziale*<sup>36</sup>). Ma l'azione non può essere punita in quanto manifestazione di una volontà se non *offende* un bene giuridico. In questo senso Rocco però precisa che

Impossibile è concepire una norma giuridica e un obbligo giuridico che non servano alla tutela di un interesse o bene della vita individuale o collettivo, e quindi una violazione di una norma giuridica e di un obbligo giuridico che non si risolvano nella lesione o, quanto meno nella minaccia di un interesse o bene giuridico, cioè appunto in un danno o nel pericolo di un danno in senso giuridico<sup>37</sup>.

Rocco non concepisce la possibilità che la violazione di un obbligo giuridico non ponga, come minimo in pericolo<sup>38</sup>, il bene giuridico tutelato dalla norma. La centralità dell'offesa e non della manifestazione di volontà in questa ricostruzione viene esplicitata subito dopo, quando l'autore chiarisce che il dovere giuridico

evidentemente non è scopo a se stesso, né alla norma giuridica che lo crea, ma è, come la norma stessa dalle cui viscere nasce, nulla più che un mezzo, di cui lo Stato si avvale, per tutelare preventivamente un bene o interesse umano, individuale o sociale, contro le manifestazioni di volontà, cioè le azioni e omissioni umane, dannose o pericolose a quel bene o interesse. A che scopo, infatti, costringere la volontà umana a determinarsi in un senso, più tosto che in un altro; a che scopo impedire certe manifestazioni di volontà, certe azioni o omissioni, e favorirne, invece certe altre, se non perché le prime riescono, e le seconde no, dannose o pericolose agli interessi della vita umana sociale, se non dunque per tutelare, in modo preventivo, questi interessi medesimi<sup>39</sup>?

Chiarito che l'azione criminale ha certamente la funzione di rendere manifesta la *mala voluntas* (che nel primo soggettivismo corrisponde ad una immoralità generica e in questa fase invece corrisponde al già citato antagonismo ideologico), per Rocco la pravità non avrebbe alcun rilievo se non offendesse un bene giuridico. L'*animus* del soggetto agente non rileva se non si concretizza una *offesa*. In questo consiste per Rocco la differenza

---

<sup>36</sup> Per la diversa concezione del *danno potenziale* in Rocco rispetto a Carrara vedi, A. ROCCO, *L'oggetto del reato*, cit., pp. 282-287 e ss.

<sup>37</sup> A. ROCCO, *L'oggetto del reato*, cit., p. 147.

<sup>38</sup> Sull'offesa in rapporto con la messa in pericolo del bene giuridico vedi anche E. MASSARI, *Le dottrine generali del diritto penale*, Napoli, 1930, pp. 123-124.

<sup>39</sup> ID., pp. 148-149.

tra la norma giuridica e quella morale e religiosa: la tutela di un interesse. La norma giuridica ha lo scopo di garantire i beni, gli interessi e i rapporti della vita sociale e non si cura della malvagità dei suoi consociati neppure ove questa sia manifesta se tale manifestazione non arreca un'offesa. In conseguenza di questo principio generale Rocco può concludere la sua critica alla teoria di Liepmann scrivendo:

Concepire il reato come un puro inadempimento, come una semplice mancanza a un dovere giuridico, ciò è a dire, come una manifestazione di volontà (azione) contraria alla volontà espressa nel diritto (dovere giuridico), in questa contrarietà a un obbligo giuridico riponendo per giunta, la nozione della colpa (dolo o colpa in senso stretto, a seconda che esiste, o no, la coscienza della Pflinchtwidrigkeit, è concepire inesattamente la natura stessa del reato, che la viola. Vuol dire, più particolarmente, perdere di vista il risultato sensibile (modificazione del mondo esteriore) che deriva dalla manifestazione di volontà (azione) e il danno o il pericolo di danno (lesione o minaccia di un bene giuridico) che da ogni reato necessariamente risulta<sup>40</sup>.

## 2. La concezione oggettiva e la formazione illuminista del moderno principio di offensività

Passando adesso alla cd. *concezione oggettiva pura* possiamo fornire una definizione ancora più breve perché obiettivamente, in epoca moderna, l'elaborazione dottrina è più vasta ed ogni tentativo di sintetizzazione può risultare fuorviante. Per tale concezione l'unico elemento che giustifica la pena è il danno concreto, *l'offesa* coincide con la lesione del bene giuridico. Chi si rende autore della lesione va punito prescindendo completamente dalla sua imputabilità, dalla sua coscienza e volontà o colpa nell'agire; la pena, in definitiva, è prevalentemente legata alla condotta piuttosto che al soggetto agente. Avremo modo di approfondire nel prosieguo di questo lavoro alcune delle elaborazioni dottrinarie che si sono sviluppate in epoca moderna partendo da questa concezione. Ma prima pare utile indagare le prime testimonianze dottrinarie che si occupano in maniera specifica del tema dell'offensività quale elemento costitutivo del reato.

Delictum est factum hominis vel dictum aut scriptum dolo vel

<sup>40</sup> ID., p. 154.

culpa a lege vigente sub poena prohibitum, quod nulla iusta causa excusari potest<sup>41</sup>.

Partendo da questa celebre definizione del delitto di Deciani, Marongiu<sup>42</sup> ritiene che l'autore ricomprenda nel novero degli elementi essenziali del reato la lesione di un interesse altrui protetto dalla legge pur tenendo presente allo stesso tempo che è sempre Deciani a scrivere che *conatus est principium exequendi*<sup>43</sup>. Ebbene, in questo elemento essenziale possiamo già rinvenire una concezione del delitto e della pena che richiede necessariamente un'*offesa*. Senza voler entrare in questa sede nell'accennato dibattito sorto su presunte letture troppo modernizzanti che Marongiu avrebbe fatto sull'opera di Deciani, e senza voler ricadere nel rischio di critiche analoghe, ci limitiamo ad osservare che già in quest'opera il tema della *necessaria lesività* (espressione che richiede un immediato chiarimento) è in qualche modo presente.

Tradizionalmente l'elaborazione del principio di offensività o di necessaria lesività è considerato una produzione di quella cultura convenzionalmente definita «*illuminstico-liberale*<sup>44</sup>» e va inteso come quel principio in ragione del quale la pena può essere utilizzata solo per punire comportamenti

<sup>41</sup> T. DECIANI, *Tractatus criminalis utriusque censurae*, II, Venetiis, 1614, p. 4. Per un approfondimento sul tema vedi A. MARONGIU, *Delitto –premesse* (Voce), in *Enciclopedia del diritto*, Vol XII, Milano, 1964, p. 10. Per una rilettura critica della voce che evidenzia alcune, non condivise, interpretazioni del pensiero di Deciani in un'ottica troppo modernizzante vedi I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Torino, 2002, pp. 263-264; M. SBRICCOLI, *Lex delictum facit. Tiberio Deciani e la criminalistica italiana nella fase cinquecentesca del penale egemonico*, in M. CAVINA (a cura di), *Tiberio Deciani (1509-1582). Alle origini del pensiero giuridico moderno*, Udine, 2004, pp. 91-119. Infine per una migliore comprensione del *Tractatus criminalis* di Deciani vedi M. CAVINA (a cura di), *Tiberio Deciani (1509-1582)*, cit.; M. PIFFERI, *Generalia delictorum. Il Tractatus criminalis di Tiberio Deciani e la «parte generale» di diritto penale*, Milano, 2006.

<sup>42</sup> A. MARONGIU, *Delitto –premesse*, cit., p. 10.

<sup>43</sup> T. Deciani, *Tractatus criminalis*, cit., Vol IX, p. 29, il passo è richiamato in A. CAVANNA *Il problema delle origini del tentativo nella storia del diritto italiano*, in A. CAVANNA, *Scritti (1968-2002)*, vol. I, Napoli, 2007, p. 140.

<sup>44</sup> M. CATENACCI, *Offensività del reato*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto Pubblico*, Milano, 2006, p. 3902; C. F. GROSSO, G. NEPPI MODONA, L. VIOLANTE, *Giustizia penale e poteri dello Stato*, Milano, 2002, p. 143; G. FIANDACA, *L'offensività è un principio codificabile?* in *Foro It.*, parte V, Anno CXXVI, Vol. CXXIV, 2001, p. 1. In realtà del tema della pena che richiede un danno per la sua applicazione vi è traccia già in Aristotele che nella sua *Retorica* scrive «è necessario che chi subisce ingiustizia venga danneggiato (...) perciò necessariamente tutti i danneggiamenti riguardano o la comunità o l'individuo» ed anche in Epicuro che nelle *Massime capitali* dice «Il giusto fondato sulla natura è l'espressione dell'utilità che consiste nel non recare né ricevere reciprocamente danno», entrambe le citazioni sono state reperite in L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., nota 24, p. 518.



che ledano beni giuridici. Nel suo lavoro Valenti riconduce la definizione dell'offensività a quel processo di secolarizzazione dello Stato e del diritto penale innescatosi nel XVIII secolo, su radici ben più antiche, in ragione del quale il concetto di reato si distingue dal peccato<sup>45</sup>. La secolarizzazione del diritto penale, la laicità del diritto penale ovvero l'espunzione dell'etica e della morale dal campo del penalmente rilevante sono l'architrave di quella rivoluzione illuminista che, abbandonando il soggettivismo kantiano, sposa la nuova visione utilitarista del diritto penale. *Nullum crimen nulla poena sine iniuria*<sup>46</sup>, su questo assunto si fonda questa nuova concezione del diritto penale dell'offesa e non del peccato, meglio oggettiva e non soggettiva, osteggiata dai tanti seguaci del diritto comune come Renazzi, Lardizabal Y Uribe e Cremani, ma prima di loro anche da Risi e De Simoni oltre che dai minori Facchini e Giudici che, seguendo l'impostazione proposta anche da Filangieri, ed in aperta contrapposizione a Beccaria, non ritengono il danno sociale un parametro utile e sufficiente alla determinazione della pena che deve rimanere ancorata alla dimensione interiore o *psicologica* per citare un'espressione forse troppo moderna utilizzata da Seminara<sup>47</sup>. Lo stesso Seminara non manca di rilevare la natura forzata di questa contrapposizione; la *critica giusnaturalistica* secondo cui l'impostazione utilitaristica punirebbe alla stessa maniera tanto il mentecatto quanto l'uomo perfettamente sano non prende in considerazione la stessa opera di Beccaria che, in proposito di punibilità, distingue fatti dolosi e fatti incolpevoli<sup>48</sup>. In verità, a parere di chi scrive, la differenza tra le due impostazioni non risiede nella valutazione dell'elemento volontaristico nella condotta dannosa. Infatti sia l'impostazione utilitaristica quanto quella giusnaturalistica concordano sulla necessaria presenza di coscienza e volontà che devono esistere nella mente del reo durante la commissione dell'atto dannoso perché questo abbia rilievo

<sup>45</sup> A. VALENTI, *Principi di materialità e offensività*, in G. INSOLERA, N. MAZZACUVA, M. PAVARINI, M. ZANOTTI, (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, vol. I, Torino 2000, p. 262. In merito vedi anche: G. NEPPI MODONA, *L'utile sociale nella concezione penalistica di Cesare Beccaria*, in *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, 1989, pp. 477 e ss; G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, vol. I: *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976, pp. 383 e ss. Per un approfondimento sul fenomeno vedi tra gli altri C. CALISSE, *Svolgimento storico del diritto penale in Italia dalle invasioni barbariche alle riforme del secolo XVIII*, in *Enciclopedia del diritto penale*, vol. II, Milano, 1906; A. PERTILE, *Storia del diritto penale italiano dalla caduta dell'impero romano alla codificazione*, Vol. V, *Storia del diritto penale*, Torino, 1892.

<sup>46</sup> C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, (Ediz. 1766), Milano, 1991 (a cura di A. BURGIO), § VII, VIII.

<sup>47</sup> S. SEMINARA, *Il delitto tentato*, cit., p. 348. In merito vedi anche A. CAVANNA, *La codificazione penale in Italia – le origini lombarde*, Milano, 1975, pp. 138-141.

<sup>48</sup> ID., p. 349.

penale, dove non c'è *mala voluntas* non può esserci reato. Le due visioni divergono sulla punibilità della mera *mala voluntas* quando a questa non consegua una *offesa* intesa come azione che arrechi danno a terzi.

L'atteggiamento interiore contrastante con la legge divina costituisce certamente il peccato, ma solo un fatto concretamente lesivo può definirsi reato e giustificare l'applicazione di una pena. Il primo riferimento della concezione illuministica in tema di offesa proviene naturalmente dall'opera di Beccaria. Abbiamo in precedenza visto come, nel pensiero di Beccaria, il tema dell'offesa alla società sia oggetto di particolare attenzione. Tutta la teorica dell'offesa in Beccaria nasce da un assunto iniziale: l'infrazione, il reato, si concretizza nella lesione di un interesse. Tutte le valutazioni sulla natura privata o pubblica<sup>49</sup>, singola o collettiva di questo interesse derivano da questo generale dogma di fondo. La pena è la risposta dello stato ad una lesione e non è la punizione di una intenzione, cosa che tra l'altro sarebbe impossibile da farsi in maniera certa e obiettiva da parte degli uomini

L'intenzione dipende dalla impressione attuale degli oggetti e dalla precedente disposizione della mente: esse variano in tutti gli uomini ed in ciascun uomo, colla vicinissima successione delle idee, delle passioni e delle circostanze. Sarebbe dunque necessario formare non solo un codice particolare per ciascun cittadino, ma una nuova legge ad ogni delitto<sup>50</sup>.

Non è più dunque l'offesa a Dio a dover essere punita, com'era avvenuto nel pieno medioevo sotto l'influsso della morale religiosa in campo giuridico<sup>51</sup>, ma l'offesa ad un bene giuridico. La differenza fondamentale risiede nel fatto che il divino entrando anche nella sfera interiore di ogni soggetto può essere offeso anche con la mera intenzione, il bene giuridico invece no. Il tema merita un chiarimento. La questione potrebbe apparire, ad una prima lettura, come coincidente con il tema dell'irrelevanza penale della *nuda cogitatio*. Ebbene la non punibilità della mera intenzione interiore era già stata accolta nella compilazione giustiniana con la celeberrima formula ulpiana *cogitationis poenam nemo patitur*<sup>52</sup> ed ha

<sup>49</sup> Sulla natura collettiva della lesione torna utile la definizione Leibniziana della giustizia come *conatus* costante verso la felicità comune (cfr. G.W. LEIBNIZ, *Elementa juris naturalis*, 1669-167, in O. REICHL, *Sämtliche Schriften und Briefe*, Serie VI, vol. 1, Darmstad, 1923-1937, p. 454).

<sup>50</sup> ID, § VII. Il brano è riportato anche in I. ROSONI, *Dalle codificazioni preunitarie al codice Rocco*, in G. INSOLERA, N. MAZZACUVA, M. PAVARINI, M. ZANOTTI, (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, cit., p. 6. Per una lettura critica di questa celebre definizione beccariana vedi S. ROBERTI, *Corso completo del diritto penale*, cit. pp. 8-9.

<sup>51</sup> A. CAVANNA, *Il problema delle origini del tentativo*, cit., p. 128.

<sup>52</sup> D., 48.19.18.

rappresentato una costante durante l'epoca medievale. Sono molti gli interpreti medievali che spiegano il senso della irrilevanza penale della *nuda cogitatio* fornendone varie giustificazioni. Come già aveva fatto Cavanna<sup>53</sup>, anche Isotton ricostruisce dettagliatamente l'evoluzione della dottrina dell'epoca partendo da una massima rimasta in auge fino alla criminalistica del '500: *primi motus non sunt in potestate nostra*<sup>54</sup> ovvero la teoria secondo cui il pensiero non è punibile poiché sorge nella mente dell'individuo in modo involontario insomma in assenza di *voluntas*. Questa impostazione è stata sconfessata già da Jacopo Menocchio che però concorda sulla non punibilità del pensiero per la diversa ragione che «*Lex de occultis, quae Deo tanto cognita sunt, non iudicat*<sup>55</sup>». Come abbiamo appena visto, la costante dottrina afferma che solo gli atti esteriori possano essere oggetto di rilievo giuridico. In fondo il ragionamento sembra ritornare in quella *vicinissima successione delle idee* di cui parla Beccaria. Una delle fondamentali ragioni che giustificano la non punibilità della mera cogitazione risiede nell'impossibilità per l'uomo di coglierla.

Feuerbach, in una sua analisi del reato, da punirsi in quanto *offesa* e non perché manifestazione di una malvagia volontà scrive:

Il legislatore deve limitarsi alle lesioni giuridiche e alle condotte esternamente caratterizzabili: egli non può sottoporre alla sanzione penale ciò che né mediatamente né immediatamente contiene in sé una lesione giuridica, nessun fatto che non sia esternamente riconoscibile e la cui esistenza non possa essere per intero dimostrata in concreto; infine, egli non può minacciare di pena nessuna condotta che, almeno fino a quando egli debba essere considerato come organo della volontà collettiva, non può proibire, giacché fondata sull'esercizio di un diritto la cui illuminata utilizzazione è riservata ai cittadini dal contratto sociale<sup>56</sup>.

Questa impostazione, incentrata sulla necessaria lesività del reato, sembra prediligere la dimensione individuale rispetto a quella collettiva dell'allarme sociale. Non a caso Seminara la cita parlando di delitto tentato, annoverandola

<sup>53</sup> A. CAVANNA, *Il problema delle origini del tentativo*, cit., pp. 128-129. Per un approfondimento sulla impossibilità di reperire una definizione generale di tentativo fonti del *Corpus iuris canonici* vedi, ID., *Il problema delle origini del tentativo*, cit., pp. 130 e ss.

<sup>54</sup> R. ISOTTON, *Crimen in itinere – profili della disciplina del tentativo dal diritto comune alle codificazioni penali*, Napoli, 2006, pp. 30-32. Nelle pagine successive l'autore illustra anche alcune significative eccezioni precisando però che rimangono appunto eccezioni senza scalfire la portata della regola generale.

<sup>55</sup> *Ibidem*.

<sup>56</sup> L. FEUERBACH, *Revision der Grundätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, I, Erfurt, 1799, p. 12, il passo è citato anche in S. SEMINARA, *Il delitto tentato*, cit., p. 353.

tra le teorie che giustificano la punibilità del tentativo solo quando esso sia obiettivamente pericoloso e non soltanto quando ingeneri allarme sociale. Ai fini della nostra trattazione possiamo dire che la teoria di Feuerbach, lungi dal negare la necessaria conservazione dello Stato, pone però un fondamentale limite (che segna il superamento della concezione volutaristica o morale del diritto penale): lo Stato non può irrogare pene per comportamenti che non siano materialmente lesivi, in una parola *offensivi*.

Premesso questo, l'*offensività* o la necessaria lesività della condotta punibile riguarda invece l'ipotesi in cui l'atto esterno si concretizzi manifestando la *mala voluntas*; se l'atto interno non è universalmente passibile di pena, l'atto esterno che renda manifesta la pravità dell'individuo va punito a prescindere dal danno a terzi o no? Chiariamo che è una questione puramente teorica. Infatti è possibile ravvisare *danno*, *offesa*, *lesione* sostanzialmente in ogni azione umana che violi un precetto normativo, abbiamo già visto (e lo si approfondirà meglio nel prosieguo) come il concetto di danno è estremamente flessibile. Qui il tema è se la *giustificazione* della pena risieda in un danno o nella mera manifestazione di *mala voluntas*; qui sta la grande differenza tra le impostazioni volutaristiche e quelle oggettive. Un esempio può forse aiutare a chiarire il senso di questa affermazione: un soggetto che accoltelli un altro senza sapere che in realtà è già morto va punito? Ebbene nell'ipotesi che si ritenga di punirlo bisogna porsi un secondo interrogativo: va punito perché il suo operato rappresenta un pericolo (di reiterazione, di scarso rispetto della legge) per la società, oppure va punito sol perché rende manifesta la sua malvagità pur non essendo considerato pericoloso? È quest'ultima risposta a chiarire se l'impostazione è volutaristica (e quindi nega rilievo all'*offensività*) oppure oggettiva.

È sulla base di questa distinzione che si sviluppa una concezione completamente diversa e nuova del diritto penale o meglio del *diritto di punire* direttamente derivante dal contratto sociale. Nel suo lavoro sul bene giuridico Musco affronta il tema della secolarizzazione del diritto penale, e quindi dell'allontanamento dalla sfera del divino, citando anche Feuerbach, fautore della teoria secondo cui la penalizzazione è consentita solo allorché un comportamento pregiudichi (intendendo il pregiudizio già come una lesione concreta evidentemente)

le condizioni di esistenza in comune dei singoli ovvero i diritti soggettivi, vuoi dei singoli, vuoi dello Stato stesso come soggetto di diritti. Laddove fosse mancata la (possibilità di) violazione di un diritto soggettivo, non ci sarebbe stato posto per il delitto. I comportamenti che invece non ledono diritti soggettivi, ma che solo indirettamente

mettono in pericolo il mantenimento delle condizioni dell'esistenza in comune avrebbero dovuto formare l'oggetto del potere di polizia<sup>57</sup>.

Pertanto, per la concezione *illuministico-liberale* il diritto penale è costruito sull'offensività ed ha quindi una connotazione marcatamente oggettiva (nel senso accennato nel paragrafo precedente) che richiama all'idea di fondo di un diritto penale dell'*extrema ratio*<sup>58</sup>. Guido Neppi Modona, in un suo lavoro sul diritto penale sostanziale, riassume alcuni dei principi cardine del diritto penale di matrice illuministica, o meglio dell'indirizzo liberale impresso da Beccaria, annoverando tra essi l'*utilitarismo sociale* che ha nell'offensività il proprio presupposto logico perché vede la pena come uno strumento utilizzato dal legislatore non allo scopo di «far trionfare un astratto concetto di virtù morale» quanto piuttosto a quello di punire comportamenti contrari alle esigenze della società in un dato contesto storico<sup>59</sup>, e la *proporzionalità della pena*, che invece costituisce un corollario necessario del principio di offensività, poiché considera l'offesa provocata dal reato quasi come una unità di misura per dosare la pena. Proprio l'utilitarismo - *l'utilità penale* per usare le parole di Ferrajoli che cita i suoi più autorevoli teorici come Grozio, Hobbes, Pufendorf, Thomasius, Beccaria e Bentham<sup>60</sup> - postula una relativizzazione della morale. Se infatti, per la visione utilitaristica del diritto penale, l'unico comportamento da vietare e punire è quello che reca danno a terzi, ovviamente l'atto interiore seppur immorale e deviante non ha rilievo giuridico. Anzi, il diritto penale deve garantire il massimo grado di autonomia e libertà alla dimensione interiore del singolo per due essenziali motivazioni, la prima di ordine dommatico,

<sup>57</sup> L. FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts*, (1 ed.) Giessen, 1801, così come riportato in E. MUSCO, *Il bene giuridico*, cit., p. 61.

<sup>58</sup> In questo senso vedi F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale (parte generale)*, Milano, 1947, p. 130 citato anche in F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Novissimo digesto italiano*, Vol. XIX, 1957, p. 14, ma anche G. FIANDACA, *L'offensività è un principio codificabile?* in *Foro It.*, Anno CXXXVI, Vol. CXXXIV, Parte V, 2001, p. 1. Il fenomeno è definito anche *minimalismo penale* ad esempio da M. DONINI, *Prospettive europee del principio di offensività*, in A. CADOPPI (a cura di), *Offensività e colpevolezza*, cit., p. 113, che lo ricollega anche alle disposizioni dell'art. 8 della *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*. L'autore è tornato su questi temi intervenendo al convegno sul tema *I principi fondamentali del diritto penale fra tradizioni nazionali e prospettive sovranazionali*, svoltosi a Roma il 25 maggio 2012 a cura dell'associazione «Silvia Sandano», il testo della relazione è stato successivamente trasfuso nell'articolo, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Diritto penale contemporaneo*, 4/2013, p. 6.

<sup>59</sup> G. NEPPI MODONA, *Diritto penale sostanziale*, in C. F. GROSSO, G. NEPPI MODONA, L. VIOLANTE, *Giustizia penale*, cit., p. 147.

<sup>60</sup> L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 466. In merito vedi anche V. MANES, *Il principio di offensività*, cit., pp. 64-66.

La confusione tra diritto e morale, se non giova al diritto di cui sollecita l'invadenza totalitaria, la prevaricazione inquisitoria e l'arbitrio decisionistico, non giova neppure alla morale, che è tanto più autentica – affermano concordemente Pufendorf, Thomasius, Feuerbach, Bentham, e Humboldt – quanto meno è affidata a misure coercitive ed è invece espressione di scelte autonome e incondizionate<sup>61</sup>;

la seconda più banalmente pratica consistente nella sostanziale impossibilità di indagare e punire in maniera efficace la sfera dell'interiorità del singolo; questo secondo problema è evidenziato non solo da Beccaria, come ho già accennato sopra, ma già da Spinoza che poneva la questione della impossibilità di controllare l'inosservanza di norme aventi ad oggetto atti interni che pertanto non possono avere rilievo giuridico,

Atque huc etiam illa referenda sunt, a quibus humana natura ita abhorrent, ut ipsa omni malo pejora habeat; ut quod homo testem contra se agat, ut se cruciet, ut parentes interficiat suos, ut mortem vitare non conetur, et similia, ad quae nemo praemiis nec minis induci potest<sup>62</sup>.

Tra i vari esempi di traduzione normativa di questi principi, che più avanti analizzeremo nel dettaglio, in questa sede anticipiamo solo alcuni articoli della *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*:

Art. 5 La legge ha il diritto di proibire le azioni nocive alla società. (...)

Art. 10 Nessuno deve essere molestato nelle sue opinioni, anche religiose, purché la loro manifestazione non turbi l'ordine pubblico stabilito dalla legge<sup>63</sup>.

Di estremo interesse, a questo punto, la lettura che Ferrajoli dà dell'involuzione di questo dibattito nella seconda metà dell'800. A fronte di questo straordinario percorso di secolarizzazione, che dalla rivoluzione francese in poi aveva liberato il diritto penale dalle maglie dell'etica e della

<sup>61</sup> *Ibidem*.

<sup>62</sup> B. SPINOZA, *Tractatus politicus; in quo demonstratur, quomodo societas, ubi imperium monarchicum locum habet, sicut et ea, ubi optimi imperant, debet institui, ne in tyrannidem labatur, et ut pax libertasque civium inviolata manet*, in J. VAN VLOTEN et J.P.N. LAND (a cura di), *Benedicti De Spinoza – opera – quotquot reperta sunt*, Amsterdam, 1882, p. 295.

<sup>63</sup> Il testo della dichiarazione così come riportato nell'appendice di G. LEFEBVRE, *L'ottantanove*, Torino, 1949, è citato in G. NEPPI MODONA, *Diritto penale sostanziale*, cit., pp. 148-149.

morale costringendolo tra i definiti e certi confini *dell'utile*, Ferrajoli nota come la *morale* rientri sotto le mentite spoglie della *pericolosità*, della *capacità a delinquere*, del *carattere del reo*, del *tipo criminale* e della *infedeltà*<sup>64</sup>, anche Neppi Modona affronta la questione di questa evoluzione rilevandone le influenze nel processo di codificazione. L'autore nota infatti come, a fronte di un formale riconoscimento e mantenimento dei principi generali di matrice illuministico-liberale presenti nella parte generale dei codici, le singole fattispecie di reato invece se ne discostino ampiamente<sup>65</sup>. A Dio ed alla morale religiosa si è sostituita un'entità laica ma ammantata di un'aurea divina: lo Stato. Le nuove correnti idealistiche, positivistiche e statalistiche, vedono nello Stato il detentore di una nuova etica. In questa fase non parliamo ancora di punibilità degli atti interni ma di una nuova concezione del diritto penale intrisa di etica statale o politica, che porterà nella fase di sua massima estremizzazione – coincidente con l'era dei totalitarismi – alla punibilità di qualunque comportamento (anche non dannoso) sintomatico di uno scollamento dalla morale *collettiva* (*Volksgeist*)<sup>66</sup>.

Andando adesso all'elaborazione dottrinarie della teoria oggettiva, tra i primi esempi di analisi della condotta sotto l'aspetto oggettivo dell'offesa arrecata, piuttosto che come mera manifestazione di *mala voluntas*, spicca la Riforma della legislazione penale toscana di Pietro Leopoldo.

Totalmente impernata sul concetto di lesione o violazione di interesse l'opera leopoldina non considera reato una condotta ove «*la diretta violazione di un interesse sociale mancasse*<sup>67</sup>». Messa a confronto con la dottrina tedesca che in quegli anni, come abbiamo evidenziato, è tendenzialmente orientata ad individuare nella manifestazione di una malvagia volontà la radice dello *jus puniendi*, l'opera di Pietro Leopoldo risulta tanto più moderna ed innovativa se si mette a confronto con quelle degli altri stati d'Italia, per tale ragione viene citata come un fondamentale modello arrestatosi bruscamente a causa della successiva riforma voluta da Ferdinando III nel 1793<sup>68</sup>.

Quando, nel 1791, Romagnosi scrive la sua *Genesi del Diritto Penale*, emerge subito una nuova visione. L'autore già nella sua definizione del diritto penale come «*diritto di difesa proprio della società*» manifesta una concezione del reato e della pena costruita sulla tutela. Il diritto penale è lo

<sup>64</sup> L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 485.

<sup>65</sup> G. NEPPI MODONA, *Diritto penale sostanziale*, cit., pp. 152 e ss.

<sup>66</sup> In conclusione di questo paragrafo si rinvia nuovamente a M. SBRICCOLI, *La penalistica civile*, cit., *passim*.

<sup>67</sup> A. RAVIZZA, *Reato* (Voce) in *Il Digesto Italiano Enciclopedia metodica e alfabetica di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, Torino, 1911, p. 294.

<sup>68</sup> *Ibidem*.

strumento che la società ha per *difendersi* da un'aggressione,

Dunque contro l'aggressore ingiusto militano due diritti: 1° quello di tutela dell'assalito; 2° quello che compete alla società in favore de' suoi individui e di sé medesima<sup>69</sup>.

Pur non approfondendo il tema della dimensione individuale e collettiva secondo Romagnosi (argomento vasto che richiederebbe ben altro approfondimento ed esula dagli scopi di questo lavoro), notiamo l'uso di termini assolutamente indicativi: *tutela* e *difesa*. Scopo ultimo del diritto penale è quindi la protezione, protezione da possibili aggressioni che *offendono* qualcosa che un individuo «*ha diritto di conservare da sé medesimo, e la società tutta insieme con lui*» e poi, ancora,

Ecco il momento della nascita del diritto penale, il quale in sostanza non è che un diritto di difesa abituale contro una minaccia permanente nata dall'ingenita intemperanza<sup>70</sup>.

Se per Romagnosi dunque il reato rappresenta una aggressione, una minaccia, esso non può certamente essere punito come mera manifestazione di malvagità che non arrechi alcun danno. Ovviamente il tema della volontà del reo non è privo di rilievo, però non è il fulcro della potestà punitiva dello Stato. E l'autore lo dice molto chiaramente quando si occupa dell'attentato e del suo rapporto con la pena<sup>71</sup>. Il *nocumento* è per Romagnosi presupposto indispensabile ed indefettibile per l'assoggettabilità di un atto a pena; in un suo passo celebre spesso riportato da autori successivi, Romagnosi scrive:

Sarebbe adunque cosa affatto ingiusta e crudele l'opporre vere pene a quei tentativi cui le cagioni fisiche rendono impotenti a nuocere. Infatti, se la pena non può essere altra cosa che un mezzo indispensabile di difesa, non avente altro fine giusto che quello di evitare il male del delitto, come mai si potrebbe ragionevolmente procedere a tormentare un uomo nell'atto che fra la società ed il facinoroso la natura stessa frappose una barriera di sicurezza assai più ferma ed inconcussa che ogni più spaventoso supplicio<sup>72</sup>?

---

<sup>69</sup> G.D. ROMAGNOSI, *Genesi del diritto penale*, in A. DE GIORGI, *Opere di G.D. Romagnosi, ordinate ed illustrate da Alessandro De Giorgi, dottore in leggi*, Vol. IV, *Scritti sul Diritto Penale*, Milano, 1841, § 221, p. 84.

<sup>70</sup> *Ibidem*, e *ivi*, p. 91.

<sup>71</sup> *Id.*, pp. 228 e ss.

<sup>72</sup> *Id.*, §. 247 Il brano è citato anche in W. VALSECCHI, *Del reato putativo*, cit., p. 130 in proposito di tentativo impossibile.



L'unico fine della pena è la difesa, nessuna apertura dunque alla punizione di una prava volontà manifesta che diventa d'interesse per il diritto solo ove arrechi *offesa*. L'autore risponde direttamente ad un'ipotetica critica secondo cui un'impostazione simile lascerebbe impunito chiunque manifesti una *malefica volontà* per il solo fatto che questa non ha arrecato danno<sup>73</sup> ed in proposito rende ancor più chiaro il suo punto di vista sulla irrilevanza giuridica di una *mala voluntas* concretamente non atta ad offendere:

Ma basta egli ciò forse per autorizzare gli uomini a punire i loro simili? Come avere il coraggio d'usare di questo solo riflesso per decretare un supplicio? La vendetta del passato può forse essere lo spirito della giusta pena? Se l'uomo che tentò un danno per un mezzo fisicamente e costantemente inefficace non può far temere che, lasciandolo impunito, derivi danno alla società né da lui né da verun altro che volesse imitarlo praticando lo stesso attentato, qual giusto titolo offrirà egli ond'essere assoggettato a pena? E dove mai la società ritroverà il male, contro cui sia costretta ed autorizzata a premunirsi<sup>74</sup>?

In questo ultimo passo l'impostazione diventa evidente: il male che giustifica la pena non consiste (non può consistere) nella malvagità del reo, quanto piuttosto nell'offesa che questi arreca agli altri ed alla società. Anzi, più precisamente non c'è malvagità in assenza di *nocumento*, di *turbamento d'ordine*<sup>75</sup>. A dimostrazione dell'asserita contaminazione tra le due teorie, rileviamo come Romagnosi, dopo aver apertamente rinnegato che una mera manifestazione di malvagità priva di effetti possa avere rilievo penalistico, poi non può fare a meno di precisare che

quando si verifica il caso di dover punire non si può prescindere dalla moralità delle persone; ben inteso che la imputabilità dell'atto riesca bensì condizione, senza la quale non si può punire, ma non la regola definitiva della responsabilità penale<sup>76</sup>.

Ancora una volta, una teoria costruita sul predominio *dell'offesa* sulla volontà, sul *danno* piuttosto che sulla *morale* è costretta ad aprire spazi di rilievo alla interiorità del soggetto agente non potendo diversamente definire la condotta in maniera compiuta. Per provare a completare la definizione

<sup>73</sup> La riflessione è relativa all'asserita non punibilità della condotta mirante ad arrecare danno portata avanti con mezzi fisicamente e costantemente inefficaci.

<sup>74</sup> ID., p. 230.

<sup>75</sup> Quest'ultima affermazione di Romagnosi è stata analizzata e da S. Seminara, *Il delitto tentato*, cit., p. 351.

<sup>76</sup> ID., p. 350, nota 50.

che Seminara dà dello scopo di Romagnosi in quest'opera: *fondare una nozione del reato come fatto lesivo*, possiamo aggiungere che la lesività del fatto di reato si concretizza con un'offesa supportata da una volontà immorale. Quello che è certo è che questa *immoralità* contribuisce, quale elemento essenziale insieme *all'offensività* della condotta, a darà vita ad un fatto punibile ma non sarà mai ragione sufficiente all'applicazione di una pena che per Romagnosi è, e rimane, uno strumento di difesa<sup>77</sup>.

È però innegabilmente Feuerbach che elabora per primo una teoria compiuta che fonda il reato sulla lesione<sup>78</sup>. L'offesa, la lesione del diritto soggettivo, dopo quest'opera si consacra elemento principe del reato. Anche se, almeno in questa prima fase, rileviamo una certa prudenza in Feuerbach che infatti continua a definire strana (*sonderbar*) la teoria di Böhmer di non punire il tentativo di colui il quale crede di uccidere un altro somministrandogli un veleno puramente immaginario<sup>79</sup>. Purtuttavia, l'autore definisce sin da subito in modo molto chiaro la natura lesiva della condotta criminale:

Il legislatore deve limitarsi alle lesioni giuridiche e alle condotte esternamente caratterizzabili: egli non può sottoporre a sanzione penale ciò che né mediatamente né immediatamente contiene in sé una lesione giuridica, nessun fatto che non sia esternamente riconoscibile e la cui esistenza non possa essere per intero dimostrata in concreto; infine egli non può minacciare di pena nessuna condotta che, almeno fino a quando egli debba essere considerato come organo della volontà collettiva, non può proibire, giacché fondata sull'esercizio di un diritto la cui illimitata utilizzazione è riservata ai cittadini dal contratto sociale<sup>80</sup>.

Tralasciando la questione degli atti interni, che anche le teorie volontaristiche mettono in discussione per via della mancata manifestazione esterna della *mala voluntas*, rileva la chiara affermazione della non punibilità di ciò che *né mediatamente né immediatamente* può considerarsi lesivo; è evidente che in questo novero rientrano non soltanto gli atti interni quanto ogni comportamento umano che, seppur idoneo a manifestare un *fine pravo*, non ha una *vis offensiva*<sup>81</sup>. Con la quarta edizione del manuale, pochi anni

<sup>77</sup> ID., p. 332.

<sup>78</sup> L. FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen*, cit., p. 22. Su questa impostazione di Feuerbach e sui vari autori che ne hanno fecondamente scritto vedi S. SEMINARA, *Il delitto tentato*, cit., p. 352, nota 54.

<sup>79</sup> Valutazione riportata anche da W. VALSECCHI, *Il reato putativo*, cit., p. 121.

<sup>80</sup> L. FEUERBACH, *Revision*, cit., p. 12, il brano è ripreso da S. SEMINARA, *Il delitto tentato*, cit., p. 353.

<sup>81</sup> La contrapposizione al pensiero di Henke, che invece considerava la condotta solo in

dopo, Feuerbach arriva a superare anche le iniziali perplessità manifestate rispetto a Böhmer, formulando il celebre esempio:

Poiché la punibilità civile è impossibile in assenza di una condotta contrastante con il diritto esterno, una condotta è (esternamente) antigiuridica solo quando lede o minaccia un diritto. La sola intenzione antigiuridica non conferisce ad alcuna condotta il carattere dell'antigiuridicità. Chi parla del reato di dazione di un veleno erroneamente ritenuto tale, del tentativo di omicidio nei confronti di un cadavere e così via, confonde la sfera morale con quella giuridica, i fondamenti del diritto preventivo di polizia con il diritto punitivo e deve riconoscere come colpevole di omicidio anche quel bavarese, il quale si recò in pellegrinaggio presso una chiesetta a pregare per la morte del suo vicino<sup>82</sup>.

Ritroviamo questa stessa impostazione in Mittermaier il quale, nella sua distinzione tra tentativo relativamente inidoneo e assolutamente inidoneo, scrive:

Una legge che punisse anche colui (...) che volle uccidere l'avversario mediante mezzi simpatetici dovrebbe al contempo dichiarare che non esiste più alcuna fattispecie di reato (...) e che di conseguenza, all'inizio del codice, occorre scrivere: è delinquente chi vuole compiere un reato e a tale scopo sceglie un qualsivoglia mezzo<sup>83</sup>.

Non è pertanto, nemmeno in questo caso, la condotta che renda manifesta una volontà antigiuridica ad andare punita, ma solo quel comportamento che, manifestando una volontà antigiuridica, cagioni un'*offesa* (anche nella mera forma del pericolo); ecco perché lo stesso autore identifica nell'azione vietata dalla legge qualcosa di sempre punibile perché nel momento stesso in cui viene portata avanti con mezzi idonei la condotta integra la fattispecie e ha una forza offensiva «*in ogni sistema di diritto penale tutti i reati vengono distinti e graduati alla luce dei diritti che essi minacciano od offendono*<sup>84</sup>».

Sulla scia dell'impostazione feuerbachiana del reato si allineano anche

---

quanto manifestazione esterna di una volontà antigiuridica è evidente, vedi *supra*, cap. 2. § 1, p. 39.

<sup>82</sup> L. FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts*, (4° ed.), Giessen, 1808, p. 40, anche questa richiamata in S. SEMINARA, *Il delitto tentato*, cit., p. 236.

<sup>83</sup> C.J.A. MITTERMAIER, *Beiträge zur Lehre vom Versuche der Verbrechen*, in *Neues Archiv der Crim. R.*, Bd. 6. S. 163, 1816, p. 196, riportato in S. SEMINARA, *Il delitto tentato*, cit., p. 243.

<sup>84</sup> *Ibidem*. Sulle alcune debolezze del ragionamento di Mittermaier in tema di tentativo vedi sempre S. SEMINARA, *Il delitto tentato*, cit., p. 246.

autori come Heffter<sup>85</sup>, Roßhirt<sup>86</sup> e Marezoll<sup>87</sup> i quali, sempre in merito a quello che definiamo reato putativo, concordano sostanzialmente sul principio oggettivo per cui la volontà criminale che non arreca offesa alcuna, seppur dimostri la malvagità del soggetto agente che, solo per fortuito errore, non ha materialmente provocato una lesione, non può comportare pena. Particolarmente chiare le parole di Heffter

La pena presuppone sempre un determinato reato e, dunque, la lesione o almeno l'offesa di un determinato diritto esistente in concreto<sup>88</sup>.

Pur essendo entrambe ipotesi di concezioni del reato costruite su una predominanza del principio di offensività, è il caso di osservare un'essenziale differenza intercorrente tra il caso di tentativo commesso con mezzi assolutamente inidonei e il reato putativo oggetto della riflessione di Heffter.

Nel tentativo di reato commesso con mezzi assolutamente inidonei il soggetto agente mette in atto una condotta esattamente corrispondente a quella voluta ma totalmente innocua (chi ritiene di poter uccidere qualcuno con una dose di sostanza venefica 20 volte inferiore al minimo necessario), ebbene in questo caso, come già evidenziato in precedenza, è la stessa *voluntas* ad essere innocua tanto che alcuni autori arrivano a definirla *non malvagia*, in quanto la malvagità richiede una consapevolezza della realtà sufficiente a *volere* commettere qualcosa in modo *concretamente* offensivo.

Nel caso del reato putativo di cui si occupa Heffter (l'esempio di chi spara nell'oscurità ad un soggetto già defunto) il soggetto agente ha posto in essere una condotta sorretta da una volontà malvagia assolutamente idonea ad offendere, l'unica ragione per cui non si concretizza la lesione è la fortuita mancanza del soggetto passivo totalmente ignorata dal soggetto agente. Ebbene in questo caso la volontà perde ulteriormente di rilievo rispetto all'offesa.

Anche Carmignani, lo abbiamo già notato, dedica molta attenzione all'offesa che, già in apertura della *Teoria delle leggi*, è considerata sinonimo di delitto:

La parola delitto colla quale da tempo antichissimo è stata designata la offesa alla sicurezza sociale (...) <sup>89</sup>.

<sup>85</sup> A. W. HEFFTER, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Criminalrechts*, Halle, 1833.

<sup>86</sup> C. F. ROßHIRT, *Lehrbuch des Criminalrechts*, Heidelberg, 1821.

<sup>87</sup> T. MAREZOLL, *Des gemeine deutsche Criminalrecht als Grundlage der neuen deutschen Strafgesetzgebung*, Leipzig, 1841.

<sup>88</sup> A. W. HEFFTER, *Lehrbuch*, cit., p. 51, la citazione è ripresa anche in S. SEMINARA, *Il delitto tentato*, cit., p. 250.

<sup>89</sup> G. CARMIGNANI, *Teoria delle leggi e della sicurezza sociale*, Tomo II, Napoli, 1843, p. 165. Il

Carmignani distingue nettamente il diritto dalla religione e dalla morale criticando quelli «*che dipingono il delitto come la infrazione dell'ordine divino, o la infrazione di un dovere esigibile*<sup>90</sup>». Assolutamente indicativa in proposito la sintesi che Del Corso fornisce della visione dell'offesa in Carmignani già citata in questo lavoro<sup>91</sup>. È lo stesso Carmignani a ricondurre a Beccaria la vera separazione tra la morale, l'etica, che vengono meno ogni qual volta si ponga in essere *umana malizia* o *moral corruttela*, e la *politica* o *principio politico* intesi come ragione in base alla quale un'azione può considerarsi delitto:

(Beccaria) sostenne o parve sostenere non essere il delitto un'azione morale, ma solo il danno della società doversi considerare delitto (...) il principio morale, e il principio politico, collocandosi come opinioni estreme l'una in esclusione dell'altra, divennero così nemici irrecognoscibili tra di loro<sup>92</sup>.

Carmignani dà atto che *l'offesa* deve valutarsi anche sulla base di una intenzione immorale, problema tanto più evidente quando si affronta il tema spinosissimo del delitto tentato, ma rimane su posizioni che faceva sue anche Romagnosi: l'atto che manifesti una immoralità è punibile nella misura in cui arreca un danno. Le due teorie (soggettiva e oggettiva) sembrano toccarsi ma rimangono sempre separate su una questione di fondo, la necessaria *lesività* della condotta immorale manifesta. Possiamo a questo punto sintetizzare affermando che il *principio di offensività*, nelle molteplici sfaccettature che può assumere questa espressione, rappresenta l'elemento di distinzione tra le due teorie. Riprendendo Carmignani:

Che se le tracce, che la moralità dell'azione delittuosa lascia fuori di sé, sono altrettante offese della sicurezza sociale, non può allora restare alcun dubbio, che ella sia valutabile come danno arrecato alla società<sup>93</sup>.

Lo stesso Carrara, nella sua teoria del reato, riconosce alla dimensione morale la funzione di presupposto dell'imputabilità, (nessuno può essere punito per un fatto da lui causato se non ne aveva consapevolezza), ma una condotta per essere considerata criminale deve essere dannosa per la

passo è oggetto di commento in S. DEL CORSO, *Il «grado dell'offesa» nell'attentato*, cit., p. 110.

<sup>90</sup> *Ibidem.*

<sup>91</sup> Vedi *supra* cap. 1, § 2 p. 38.

<sup>92</sup> G. CARMIGNANI, *Teoria delle leggi*, cit., p. 43, il brano è citato in S. DEL CORSO, *Il «grado dell'offesa» nell'attentato*, cit., p. 114.

<sup>93</sup> G. CARMIGNANI, *Teoria delle leggi*, cit., p. 47, il brano è citato in S. DEL CORSO, *Il «grado dell'offesa» nell'attentato*, cit., p. 115.

società. Questo il senso della cd. *imputabilità morale* in Carrara<sup>94</sup>. Il tema della imputabilità è l'unico reale spettro d'azione della volontà morale del soggetto agente in una teoria del reato di stampo oggettivo. Non a caso Pellegrino Rossi nel suo *Traité* apre il secondo volume con una analisi dettagliata dell'imputabilità che «*consiste uniquement à savoir que l'acte qu'on va commettre est défendu et à le vouloir cependant commettre*»<sup>95</sup>.

Incidentalmente notiamo come la concreta politica legislativa (come spesso accade) non rimane ancorata al dettato dottrinario. Il Codice Penale Sardo del 1859 ne è un esempio. Non entrando nella specifica trattazione dell'anticipazione della soglia di punibilità per i reati diretti contro la sicurezza interna dello Stato<sup>96</sup>, che per la loro peculiarità richiedono una trattazione autonoma che esula dagli scopi del presente lavoro, si è scelto il caso dell'art. 536

Chi, avendo in animo di commetter un omicidio, si procura i mezzi necessari ed adatti per consumarlo, ma o per errore, o per non previsto accidente, o per opera altrui, usa poi di mezzi non idonei alla consumazione del medesimo, sarà punito colla reclusione anche coi lavori forzati a tempo, secondo le circostanze.

Ebbene in questo caso, la condotta è indubbiamente inidonea in senso assoluto poiché i mezzi materialmente utilizzati sono inidonei, la pena dei lavori forzati secondo le *circostanze* è in questo caso mirata a colpire la volontà criminale in quanto la condotta in un caso simile non reca alcun tipo di offesa né al soggetto passivo né alla collettività. La condotta ha solo la funzione di rendere manifesta (sia pur in modo inoffensivo) una *mala voluntas*; siamo in aperta contraddizione con la concezione oggettiva.

Si è, fino ad ora, fatto riferimento al pensiero di Carrara solo per brevi accenni, allo scopo di evidenziarne alcuni aspetti specifici. A questo punto pare opportuno chiarire quali fossero le posizioni del maestro lucchese in merito alla necessaria lesività del fatto nella costruzione della teoria del reato. L'impresa non è semplice in quanto l'argomento non è trattato in maniera organica ma, piuttosto, emerge (non sempre in maniera lineare) all'interno di singole trattazioni. Il più importante istituto in cui il tema dell'offensività, intensa come non punibilità della mera *volontà malvagia*, è oggetto di attenzione è di certo quello del delitto tentato. Nell'elaborazione carrariana

<sup>94</sup> T. PADOVANI, *La teoria del reato in Giovanni Carmignani*, cit., p. 386.

<sup>95</sup> P. ROSSI, *Traité de droit pénal*, Paris, 1829, II, p. 1, l'intero capitolo si occupa dell'imputabilità, significativamente definita *modification de la culpabilité*.

<sup>96</sup> *Codice Penale per gli Stati di S.M il Re di Sardegna*, Torino (stamperia reale), 1859, Libro secondo *Dei crimini e dei delitti, e delle loro pene*, Titolo I, *Dei reati contro la sicurezza interna ed esterna dello Stato* (artt. 153-182).

in tema di idoneità degli atti<sup>97</sup>, è ricorrente il problema di individuare uno *scopo*, un *danno*, una *lesione*, un'*offesa* che deve comunque essere presente anche nel delitto tentato perché questo possa essere oggetto di pena. Si è parlato di trattazione non sempre lineare; in effetti anche Seminara non può fare a meno di notare che il relativismo prognostico di Carrara assume un peso così determinante da divenire preminente sul fatto concreto, sostanzialmente addivenendo a soluzioni di stampo più marcatamente volontaristico e non sempre coerenti con le premesse generali. Bisogna precisare che anche quando Carrara, come nell'esempio riportato da Seminara, considera punibile la condotta della donna che tenta l'aborto ingerendo una dose venti volte inferiore a quella necessaria perché la sostanza abbia effetto, la punibilità è ricollegata non alla manifestazione di una prava volontà quanto piuttosto ad una sorta *offensività potenziale* dell'atto commesso. È pur vero però che questa ricostruzione di Carrara sembra più che altro un artificio retorico finalizzato a dissimulare un evidente revanscismo volontaristico che peraltro riemerge costantemente in altri passi dell'opera dell'autore. Siamo di fronte ad un evidente artificio retorico usato da Carrara per affermare la punibilità del *mero conato*; ai nostri fini possiamo dire che Carrara, pur scegliendo di fatto di rendere punibile il conato, non può rinunciare, almeno in via dommatica, ad individuare una forma di *offensività* in quello che oggi chiamiamo reato impossibile. Per questa ragione l'autore, che non tollera di mandare impunita una volontà criminale che si sia concretizzata in un *facere*, non rinuncia a livello teorico ad individuare una *vis* offensiva che chiama *primordio di pericolo*<sup>98</sup>.

Sempre a proposito di mancata linearità, notiamo come in altre affermazioni Carrara sembra contraddire se stesso, ad esempio quando, ancora in tema di idoneità scrive:

Perché dunque l'autorità civile eserciti legittimamente il diritto di repressione sugli atti umani, bisogna che questi atti presentino la capacità di turbare l'ordine esterno ossia il violare i diritti degli uomini (...) neppure tutti gli atti esterni, procedenti da rea intenzione, possono essere elevati a delitto; ma quelli soltanto che hanno nuociuto o che avevano l'attitudine a nuocere ai diritti altrui<sup>99</sup>, e ancora, (...) la regola dell'inidoneità per il suo effetto giuridico distruttore della nozione del tentativo. E l'opera per mancanza di pericolo: è così per

<sup>97</sup> Per un approfondimento sul tema si veda S. SEMINARA, *Il delitto tentato*, cit., pp. 72 e ss.

<sup>98</sup> ID., pp. 93-94. Per un'analisi della fortuna nelle regioni settentrionali d'Italia di questa teoria vedi ID., pp. 94-101.

<sup>99</sup> F. CARRARA, *Programma*, cit., § 92.

il principio ultimo e sommo dominatore della nostra teorica, che dove cessa il pericolo non resta che la malvagia volontà, perché l'atto esterno inidoneo è come non esistente in faccia alla legge sociale; e la nuda volontà scompagnata da danno e da pericolo non si può punire dalla giustizia terrena<sup>100</sup>.

Pare evidente il riferimento alla mancata offensività della condotta. In effetti il tentativo con mezzi relativamente inidonei quanto meno pone in pericolo il bene giuridico «sicurezza sociale», ciò nella misura in cui l'agente ha messo in campo una condotta che si è rivelata inoffensiva per mero accidente e quindi potrebbe riproporla nell'immediatezza avendo dimostrato di avere tutte le cognizioni ed i mezzi necessari per la consumazione di un reato. Invece, la condotta assolutamente inidonea non turba nemmeno la sicurezza perché, anche se reiterata, non può materialmente ledere alcun bene<sup>101</sup>. Infine è opportuno precisare che Carrara riconduce l'offesa non alla vittima quanto piuttosto alla legge<sup>102</sup>.

*Offesa e volontà, danno e moralità*, questa dicotomia rimane sempre al centro della definizione del reato. Anche la scuola positiva parte da questi due aspetti nella costruzione della definizione del reato. Garofalo, ad esempio, parlando di delitto naturale così lo definisce:

La violazione dei sentimenti altruistici fondamentali della pietà e probità, secondo la misura media in cui si trovano nella umanità civile per mezzo di azioni nocive alla collettività.

Infatti, alla voce *Reato* nel *Digesto Italiano* questa definizione viene riportata evidenziando proprio come il delitto naturale sia composto tanto da un'offesa quanto da una *specie di immoralità*<sup>103</sup>. A ben vedere questa definizione indica entrambi gli elementi come presupposti indispensabili, ne discende che l'azione non è punita in quanto rende manifesta la immoralità del soggetto agente ma in ragione dell'offesa che arreca alla collettività. In verità questa concezione dell'immoralità come violazione di *sentimenti altruistici fondamentali* apriva la strada ad una serie di critiche poiché teneva fuori tutta una serie di condotte, come ad esempio quelle dei delitti contro la religione o il patriottismo che non possono essere annoverate tra i

<sup>100</sup> ID., *Opuscoli di diritto criminale*, cit., vol. I., § 66, p. 403.

<sup>101</sup> S. SEMINARA, *Il delitto tentato*, cit., p. 342.

<sup>102</sup> F. CARRARA, *Lezioni sul grado nella forza fisica del delitto (conato, complicità)*, Lucca, 1863 (V ed.), p. 53, richiamato anche in S. SEMINARA, *Il delitto tentato*, cit., p. 359, nota 67.

<sup>103</sup> R. GAROFALO, *La criminologia*, Torino, 1885 p. 30, riportato in A. RAVIZZA, *Reato (Voce)*, cit., p. 299.



sentimenti di cui parla Garofalo. Approfondire l'analisi sulla scuola positiva e sulle condizioni psicologiche che spingono il reo condurrebbe troppo lontano<sup>104</sup>; ciò che rileva ai nostri fini è che la scuola positiva comunque vede nel reato necessariamente una lesione di *qualche cosa di socialmente importante ed esteriore*<sup>105</sup>.

In un suo studio sulla distinzione tra i reati formali e materiali del 1926, Delitala riprende la questione riferendo come oramai il legislatore italiano abbia fatto propria la concezione del reato fondata sul «*criterio realistico*»,

il quale non punisce ogni e qualsiasi azione umana che violi un dovere di condotta, cioè un obbligo giuridico, ma quelle soltanto che, attraverso la violazione dell'obbligo giuridico, cagionarono una offesa (danno o pericolo) ad un bene protetto<sup>106</sup>;

anche in questo caso notiamo come la dimensione volutaristica non sia priva di importanza come veniva, forse con un eccesso di severità, rimproverato ai positivisti. Anzi possiamo dire che la volontà, pur non rappresentando un elemento essenziale e fondante del reato (come invece l'offesa) riveste un ruolo centrale per l'imputabilità del reo quanto meno per la commisurazione della pena. È infatti proprio la volontà, insieme alla coscienza, il requisito essenziale perché un soggetto possa essere considerato imputabile penalmente.

Possiamo a questo punto distinguere tra gli oggettivisti della *prima maniera*<sup>107</sup> come Romagnosi e Feuerbach e figure come Mittermaier che considerano punibile il tentativo commesso con mezzi relativamente inidonei ma assolutamente non punibile il reato putativo. Sia nel tentativo commesso con mezzi relativamente inidonei che nel reato putativo sembra che l'elemento volutaristico abbia dei tratti comuni. In entrambi i casi infatti siamo di fronte ad una volontà astrattamente idonea ad offendere. Ma allora in ragione di cosa Mittermaier considera punibile il primo e non

<sup>104</sup> A titolo non esaustivo in merito vedi: AA. VV., *Studi in onore di Filippo Grispigni*, in *La scuola positiva. Rivista di criminologia e di diritto criminale*, Anno LXIII, N.S. X, Milano, 1956.

<sup>105</sup> *Ibidem*. Ove si cita anche Ferri e la sua definizione del reato come «*un'azione punibile che turba le condizioni di vita, e contravviene alla moralità media di un dato popolo in un dato momento*» (E. FERRI, *Sociologia criminale*, Torino, 1892, p. 676) confermando come questa visione fosse accolta dai positivisti in generale.

<sup>106</sup> G. DELITALA, *La distinzione dei reati in formali e materiali e altre distinzioni in tema di tentativo*, in *Studi Sassaresi*, 2° serie, V vol., Sassari, 1926, p. 7.

<sup>107</sup> Espressione già utilizzata anche da Valsecchi (W. VALSECCHI, *Del reato putativo*, cit., p. 131), per una ricca bibliografia sui principali oggettivisti italiani, tedeschi, francesi, austriaci, belgi e svizzeri vedi *ivi.*, pp. 134-137.

punibile il secondo? In merito possiamo solo dire che questa mancanza di linearità è uno degli aspetti caratteristici di una *scuola* che concentra la propria riflessione più sugli effetti della condotta che sulla dimensione volontaristica e che comunque non elabora una teoria dell'offensività compiuta e definita ma, piuttosto, contribuisce al suo sviluppo. Sulla natura dell'offesa un contemporaneo di Delitala, ossia Ranieri, precisa come l'elemento differenziale tra un reato imperfetto ed uno consumato (beninteso che anche il reato imperfetto naturalmente richiede una pena seppur in misura ridotta) consiste proprio nel danno che nel primo caso *poteva accadere* e nel secondo caso *è accaduto*<sup>108</sup>; l'autore inoltre fa una distinzione tra il *danno* e il pericolo e l'allarme sociale considerabili tutti come *offese* ma concettualmente distinti tra loro.

Nella sua riflessione sull'espressione *offesa delittuosa* Rocco chiarisce come, ove la volontà del soggetto agente abbia lo specifico ruolo di qualificare l'azione offensiva come un reato, la condotta non rileva come sintomo di malvagità ma come strumento qualificatore. L'azione dannosa diventa offensiva e penalmente perseguibile quando è sorretta dalla volontà di violare la legge

Si può dire, senza tema di errare, che nel campo della scienza giuridica, come nel campo delle scienze sociali in genere, le espressioni «offesa» e «tutela» si riferiscono sempre ad azioni umane, a manifestazioni e quindi a determinazioni di volontà umane: e non alle azioni umane considerate in sé, ma alle azioni umane considerate esclusivamente nei rapporti esteriori degli uomini fra di loro (rapporti di convivenza e di cooperazione sociale). Così l'offesa in senso giuridico, presuppone, necessariamente un soggetto, cioè una persona umana, che offende. Non le cose, che non son forza né moto, ci offendono, ma gli avvenimenti: e non gli avvenimenti prodotti dalle forze naturali e dalle fiere, ma gli avvenimenti prodotti dalle azioni umane, cioè, dalle volontà umane; e non azioni in sé ma le persone umane, gli uomini, mediante le azioni<sup>109</sup>.

E, poco dopo sull'oggetto dell'offesa,

Non le cose giuridicamente ci offendono, non gli animali bruti, ma gli uomini: le cose possono essere distrutte o disperse o deteriorate: gli animali uccisi o feriti, o maltrattati, ma non per questo diremo che la cosa, che l'animale è stato giuridicamente offeso dall'azione dell'uomo.

---

<sup>108</sup> S. RANIERI, *Gli aspetti del reato: il reato come azione dannosa*, in *Rivista Penale*, II, 1928, pp. 32-33.

<sup>109</sup> A. ROCCO, *L'oggetto del reato*, cit., pp. 236-237.

Certo può l'uomo avere interessi alle cose e agli animali e può quindi su di essi avere anche diritti (diritti reali): ma non mai la cosa o l'animale in sé è oggetto della offesa, bensì sempre l'uomo: l'uomo offeso nel suo interesse alla cosa o all'animale, nel suo diritto su la cosa o su l'animale; meglio ancora: nell'interesse e nel diritto, che egli ha, di essere dagli altri rispettato nei suoi rapporti con la cosa e con l'animale<sup>110</sup>.

Da ultimo vogliamo citare la terza delle teorie *obiettive* di cui Rocco si occupa ovvero la «*Teoria della violazione del bene o interesse giuridico*<sup>111</sup>». Principale fautore di questa teoria è Von Listz il quale, per quanto di rilievo ai fini della nostra indagine, distingue l'illiceità formale da quella materiale dell'azione, in ragione dell'offesa che l'azione reca agli «*interessi di vita del singolo o della collettività tutelato mediante le norme del diritto epperò in quanto lesione o minaccia di un bene giuridico*<sup>112</sup>». Tralasciando le molte critiche che Rocco muove a questa impostazione notiamo come anche Von Listz non prescinda dalla necessaria *offesa* che la condotta criminale deve comportare per essere punita. In che cosa possa consistere precisamente questa *offesa* lo precisa un altro autore che Rocco accosta al pensiero di Von Listz, ovvero Finger il quale scrive:

Ogni reato è offesa di interessi, non già nel senso che mediante esso venga offeso un interesse effettivamente esistente, ma nel senso che viene offeso un interesse supposto dal legislatore al momento della formazione della legge<sup>113</sup>.

La dimensione formalista è evidente: la violazione della norma comporta automaticamente (o meglio presuntivamente) *l'offesa* di un interesse. Parzialmente critico su questo aspetto, Rocco ritiene invece che, essendo la norma naturalmente destinata alla tutela di un *diritto*, il reato nel momento stesso in cui viola la norma, necessariamente ed automaticamente (e non certo in via presuntiva), *offende* un diritto soggettivo violando un obbligo giuridico<sup>114</sup>.

È appena il caso di notare come gli autori citati scrivano in vigenza del codice Zanardelli, dove il principio di offensività non ha ancora un articolo ad esso dedicato che lo definisca (come sarà l'art. 49 del codice

<sup>110</sup> *Id.*, pp. 237-238.

<sup>111</sup> *Id.*, pp. 155-191.

<sup>112</sup> Franz VON LISTZ, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlin, 1908, § 32, p. 139. Il brano è riportato in A. Rocco, *L'oggetto del reato*, cit., p. 156.

<sup>113</sup> A. Rocco, *L'oggetto del reato*, cit., p. 161.

<sup>114</sup> *Id.*, p. 167.

Rocco); è però evidente come anche nel codice del 1889 questo sia già presente nell'impianto generale, per tali ragioni Manzini avrà a scrivere che i delitti

Sono classificati secondo il criterio della loro oggettività giuridica: alla stregua cioè, dell'interesse giuridico leso o esposto a pericolo mediante il fatto incriminato, e non a norma delle modalità esteriori o dell'intenzione dell'agente<sup>115</sup>.

### 3. *La scuola hegeliana e i tentativi di mediazione: «l'offensività invisibile»*

Abbiamo già accennato alla funzione del reato e della pena in Köstlin, alla sua visione che relega il tema del danno e dell'offesa ad un ruolo meno che ancillare. La riconduzione del diritto alla morale non lascia troppo spazio al tema dell'offensività. Non sempre i teorici della cd. scuola hegeliana hanno avuto posizioni così nette.

Infatti lo stesso Hegel, nella sua *Rechtsphilosophie*, considera il delitto con la celeberrima espressione di «*lesione del diritto in quanto diritto*<sup>116</sup>» che rifiuta la ricostruzione del reato in ragione del male che provoca<sup>117</sup>. Alcuni eminenti esponenti della sua scuola hanno affrontato il tema in termini più problematici.

Berner ad esempio, così come anche Abegg, tende a conciliare il primato della volontà con una necessaria *vis* offensiva del fatto. Per Berner infatti

L'imputazione consiste che l'accaduto sia stato voluto non c'è imputazione quando il voluto e il verificatosi non sono reciprocamente correlati. Qualora l'agente concreto ha errato, la volontà per così dire ha oltrepassato il fatto e il loro incontro non si è realizzato. Onde non può la volontà riconoscere il fatto come suo proprio<sup>118</sup>.

---

<sup>115</sup> V. MANZINI, *Istituzioni di diritto penale italiano*, (2<sup>o</sup> ed.), Torino, 1923, p. 179.

<sup>116</sup> G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto* (1821), (ed. it.) V. CICERO, (a cura di), Milano 1996, § 100, p. 207.

<sup>117</sup> La teoria della retribuzione in senso giuridico di Hegel è tema talmente vasto e dibattuto da non consentire nemmeno di accennarvi senza rischiare di scadere in un'eccessiva banalizzazione. In merito, a titolo non esaustivo, si rinvia anche ad un'altra traduzione dei *Lineamenti di filosofia del diritto* ovvero quella a cura di F. MESSINEO, Bari, 1979, oltre che alle fondamentali opere di Remo BODEI tra cui la monumentale monografia, *Sistema ed epoca in Hegel*, Bologna, 1975.

<sup>118</sup> A. F. BERNER, *Grundlinien der Criminalistischen Imputationslehre*, Berlin, 1843. Il brano è citato in S. SEMINARA, *Il delitto tentato*, cit., p. 261.

L'errore della volontà, che conduce ad un fatto diverso da quello voluto, comporta la non punibilità. Analizzando questa affermazione sorgono alcune domande: perché quando la volontà oltrepassa il fatto senza incontrarlo allora non ci può essere imputazione dato che la volontà è comunque malvagia? Cosa manca in un comportamento diverso da quello voluto perché non ci sia reato? Manca l'offesa, viene meno la lesione sia «del diritto in quanto diritto» che di un bene o interesse. In questo senso possiamo considerare il pensiero di Berner come una sorta di mediazione, o meglio di scompaginamento, della contrapposizione netta tra la concezione soggettiva e quella oggettiva (pur con la precisazione che tale affermazione rileva solo nel campo della necessaria offensività nel reato e non in generale).

Abegg invece, in merito alla graduazione della pena, precisa

La Gerechtigkeitstheorie pone alla sommità il principio che il colpevole deve patire la pena secondo la misura e il grado della sua colpa, come egli ha meritato; poiché la pena non deve riferirsi ad altro che a quanto si è verificato, al male compiuto, non corrisponderebbe ai suoi principi che (...) la volontà, la mera intenzione debba decidere senza riguardo per l'evento, così che non vi trovi luogo alcuna distinzione tra tentativo e consumazione<sup>119</sup>.

Seminara, commentando il pensiero di questi due autori, considera anche che la definizione del reato come una

lesione della volontà dello Stato prima ancora e indipendentemente dall'offesa di concreti interessi individuali, trovava ampia corrispondenza nel processo di astrazione e spiritualizzazione cui tendeva la dottrina maggioritaria<sup>120</sup>.

Ciò premesso però, l'autore non può fare a meno di notare come, seppur strettamente legata alla ribellione allo Stato (la *lesione del diritto in quanto diritto*), la concezione di questi esponenti della scuola hegeliana abbia la viva necessità di costruire anche una teoria della graduazione della pena sulla base del fatto; diversamente si rimarrebbe costretti a dover punire ugualmente nella stessa misura qualsiasi condotta renda manifesta una ribellione allo Stato, e ciò perché la radice di condotte diversissime tra loro è sempre la stessa. Berner ed Abegg, nel tentativo di individuare

<sup>119</sup> J. F. H. Abegg, *Die verschiedenen Strafrechtstheorien in ihrem Verhältnisse zu einander und zu dem positiven Rechte und dessen Geschichte*, Neustadt, 1835, pp. 57, 64 e ss, così come citati in S. SEMINARA, *Il delitto tentato*, cit., p. 260.

<sup>120</sup> S. SEMINARA, *Il delitto tentato*, cit., p. 259.

una nuova concezione che contemperi entrambe le esigenze – la condotta criminale vista come volontà ribelle allo Stato e la diversità delle condotte e delle pene ad esse correlate – cadono in una contraddizione evidente<sup>121</sup>. Ai nostri fini rileva come la teoria della volontà ribelle e della pena quale strumento di annullamento di questa volontà che, per sua stessa natura, dovrebbe negare ogni evidenza al principio di offensività, nei fatti venga contraddetta dai suoi stessi esponenti. L'offensività, come vedremo anche più avanti guardando i codici, viene rinnegata in sede di elaborazione teorica generale salvo poi essere recuperata nel momento in cui si entra nel campo del trattamento sanzionatorio della condotta criminale. Ecco il senso dell'espressione «*offensività invisibile*» utilizzata nel titolo di questo paragrafo, un principio inesistente nell'indirizzo soggettivo che però ostinatamente riaffiora.

#### 4. I codici di stampo soggettivo

Dopo aver volto lo sguardo alle principali elaborazioni dottrinarie del XIX secolo, con speciale attenzione a quelle italiane e tedesche, e avere visto come si sia costruita l'odierna teoria dell'offensività tra ufficiali aperture e negazioni non sempre inattaccabili, vediamo che tipo di risposta diedero i principali legislatori dell'epoca a queste sollecitazioni.

Il più antico codice penale tedesco, quello di Baviera, promulgato nel 1813 sulla scorta del celebre progetto di Feuerbach, all'art. 57 definisce il tentativo in funzione dell'*intenzione di commettere un reato*<sup>122</sup>: l'impostazione volontaristica è evidente. È l'intenzione criminale a giustificare la pena. La sua traduzione in una condotta concreta, o meglio le forme che questa traduzione può assumere, rivestono un ruolo secondario. La natura di tale scelta è tanto più chiara se notiamo, come rilevato da Seminara, che l'originario progetto di Feuerbach prevedeva un'impunità per la condotta esterna priva di qualsivoglia connessione causale con il reato voluto, scelta poi cassata nella stesura definitiva del codice. Per quanto rileva ai nostri fini, nessun peso viene dato dal legislatore bavarese alla concreta offesa provocata dalla condotta, ove questa sia inoffensiva in ragione di una errata percezione dell'agente che utilizza, a sua insaputa,

---

<sup>121</sup> Id., pp. 262-263.

<sup>122</sup> Art. 57: «*Si configura un tentativo quando taluno, nell'intenzione di commettere un reato, ha eseguito condotte esterne indirizzate verso il suo compimento o la sua preparazione*». Il testo è citato in S. SEMINARA, *Il delitto tentato*, cit., p. 217.

mezzi assolutamente inadeguati oppure che, ad esempio, perpetrì una condotta idonea che si rileva fallace per inesistenza del soggetto passivo; è dunque la percezione del soggetto agente a giustificare la pena. Chi ha consapevolmente posto in essere una qualsiasi condotta che, secondo la sua percezione, era finalizzata a commettere un reato, va punito; è infatti questa consapevolezza, questa percezione, questa *volontà* che lo Stato vuole perseguire e punire. A fronte di questa generale impostazione di principio, viene però costantemente prevista una mitigazione della pena per le ipotesi di delitto tentato. In ciò emerge la persistenza di quella contraddizione già evidenziata nell'elaborazione dottrinale della scuola hegeliana.

Anche il codice per il Regno di Sassonia riproduce la medesima contraddizione racchiusa tutta nell'art. 27:

Nelle ipotesi in cui non poteva realizzarsi una lesione giuridica sull'oggetto contro il quale era diretta la condotta illecita, all'agente è da infliggere una pena adeguata al grado di criminalità manifestata, fino a quattro anni di casa di lavoro<sup>123</sup>.

Da un lato è evidente l'impostazione volontaristica, è infatti la *criminalità manifestata* a giustificare le pene: la malvagia volontà comporta la punizione di atti che non hanno inflitto alcuna lesione giuridica e quindi nessuna offesa; allo stesso tempo però, viene previsto un *grado*. La norma quindi gradua la pena a seconda dell'intensità della criminalità che va misurata in funzione degli atti commessi. Analizzando il dettaglio dell'articolo è chiaro che una condotta inoffensiva rende manifesta una volontà prava più o meno grave a seconda degli atti compiuti. Ma quale dovrebbe essere il legame tra un atto e il grado di malvagità della condotta? Nel momento in cui il soggetto ha deciso scientemente di commettere il reato e traduce questa intenzione nel primo atto finalizzato al compimento di esso, la volontà malvagia si è già espressa, solo pensare di graduare l'intensità di questa malvagità in relazione al livello di esecuzione, alla tipologia dei mezzi, all'avvicinamento al momento consumativo, cela sotto il manto della graduazione della *criminalità manifestata*, una commisurazione della pena sulla base del grado di avvicinamento alla lesione vera e propria. È chiaramente la condotta, e non la volontà ad essa sottesa, a fungere da metro di valutazione.

Questa incongruenza di fondo si può ravvisare anche nelle successive codificazioni tedesche<sup>124</sup>. Ai nostri fini l'aspetto significativo che possiamo

<sup>123</sup> Testo citato, unitamente ad una significativa bibliografia interpretativa, in S. SEMINARA, *Il delitto tentato*, cit. p. 220.

<sup>124</sup> *Id.*, pp. 220 e ss.

notare in conclusione di questo breve accenno all'*offensività invisibile* nella codificazione tedesca del XIX secolo, è che questa, seppur rinnegata in favore di una teoria del reato fondata sulla volontà, emerge costantemente soprattutto nel campo della graduazione della pena per le ipotesi di delitto tentato e di reato putativo ed impossibile, a volte camuffata come una *intensità* della volontà. Se l'intensità della volontà è misurabile solo in base alla gravità degli atti esterni (in virtù dell'impossibilità di indagare quelli interni), e se tale gravità viene misurata in funzione della maggiore o minore *vicinanza* di quegli atti ad una reale lesione, è abbastanza chiaro che in realtà è la forza offensiva di quegli atti a graduare la pena.

### 5. I codici di stampo oggettivo

Volgendo lo sguardo alle codificazioni italiane, pare che sia meno oscuro il legame tra pena ed offesa.

Guardando ad esempio il caso del *delitto mancato* regolato dall'art. 69 del Codice per lo Regno delle due Sicilie, l'impostazione stessa dell'istituto in esame relega la volontà al solo ruolo di discriminare per l'imputabilità mentre la pena ha una certa autonomia da questa e va parametrata al fatto commesso, o meglio al grado di lesività dell'azione

Chiunque colla volontà di commettere un misfatto giunge ad atti tali di esecuzione, che nulla rimanga per la sua parte onde mandarlo ad effetto, se questo non ha avuto luogo per le circostanze fortuite ed indipendenti dalla di lui volontà, è punito con un grado meno del misfatto consumato: salve le eccezioni in alcuni casi particolari preveduti dalla legge.

Queste specie di tentativo chiamasi misfatto mancato<sup>125</sup>.

In questo caso, in modo assolutamente coerente con le disposizioni degli articoli del precedente capitolo III non a caso intitolato «*della volontà, della età e dello stato dell'imputato*», la funzione della volontà nella costruzione del reato è solo quella di valutare l'imputabilità o meno del soggetto agente.

Per bene intenderci una volontà criminale manifestata attraverso un'azione inoffensiva non è punibile. Infatti l'art. 69 diminuisce di un grado la condotta di chi sia arrivato sull'orlo della consumazione senza commetterla per fatti indipendenti *dalla di lui volontà*. È pacifico che in un caso simile

---

<sup>125</sup> Codice per lo Regno delle due Sicilie, parte seconda, leggi penali, Napoli, 1819.



l'intendimento malvagio è pienamente dimostrato e ad esso non manca nulla, l'unica ragione per lo sgravio di pena è ricollegata ad una diminuzione dell'*offesa*. Il bene giuridico in questo caso non è stato concretamente violato ma certamente messo in pericolo, un pericolo estremamente vicino ma pur sempre un pericolo. L'offesa si è concretizzata ma in misura minore, solo in funzione di ciò la pena viene ridotta di un grado. È solo il caso di notare incidentalmente come il Codice per lo Regno delle due Sicilie si sia affermato sin da subito per la propria modernità e finezza giuridica<sup>126</sup>.

Perché chiunque possa rispondere di un evento criminale causato dalle proprie azioni è necessario che le abbia compiute con la necessaria consapevolezza e volontà: il fanciullo che non ha una consapevolezza sufficiente sulla conseguenza dei suoi gesti non può *volere* in senso giuridicamente rilevante (artt. 64-66); allo stesso modo non è imputabile chi ha agito in stato di *demenza*, di *furore* o perché *costretto da una forza cui non ha potuto resistere* (artt. 761-762). Anche nel *misfatto mancato* è indispensabile che il soggetto agente abbia agito *colla volontà di commettere un reato*. La volontà criminale è il presupposto iniziale perché una determinata azione possa essere presa in considerazione (ovviamente tenendo presente il principio di graduazione dell'imputabilità tra colpa e dolo che non è però oggetto della nostra indagine) e la sua assenza non consente alcuna valutazione sul rilievo penale dell'azione. Ne discende che uno stesso *atto*, *melius*, *azione*, viene diversamente considerato, a seconda del grado di consapevolezza con cui viene compiuto, in base all'*affetto* presente *in colui che ne è l'autore*<sup>127</sup>. Allo stesso tempo però la volontà non gioca alcun ruolo nella valutazione del *fatto* che è invece collegata alla sola lesione; in questo senso sempre Roberti, subito dopo aver parlato di *affetto*, precisa che:

Essendo del pari innegabile che il reato non possa essere come tale considerato nel senso della legge, e richiamare nella società il diritto di punirlo, che quando abbia recato un'offesa alla società o agl'individui che la compongono, non può similmente dubitarsi che come questa offesa può essere maggiore o minore, così lo stesso reato sia suscettibile di una quantità, o di una gravezza estrinseca proporzionata al danno derivatone alla stessa società<sup>128</sup>.

Le parole di Roberti sintetizzano in maniera chiara il ruolo della *vis offensiva* nell'applicazione della pena. L'azione criminale è tale, e pertanto

<sup>126</sup> In questo senso S. SEMINARA, *Il delitto tentato*, cit., pp. 44-45.

<sup>127</sup> Espressione utilizzata in tema di misura dell'imputabilità in S. ROBERTI, *Corso completo del diritto penale*, cit., p. 6.

<sup>128</sup> *Ibidem*.

viene punita, in conseguenza di un'offesa e non in quanto manifestazione di malvagità. Lo stato punisce il danno non il peccato. In questo senso Roberti parla di quantità *intrinseca* ed *estrinseca* considerandole quasi come unità di misura del reato. La quantità intrinseca, ossia la volontà, funge da metro della consapevolezza del soggetto agente e consente di misurare l'azione; la quantità estrinseca, l'offesa, invece ha la funzione di misurare il fatto in sé. Dall'insieme di queste due quantità Roberti afferma si possa misurare la *quantità del reato* nel suo complesso e, di conseguenza, la pena. Ciò anche in ragione di una più generale visione della funzione stessa delle norme giuridiche che hanno il solo scopo di mantenere la pubblica e privata tranquillità; Roberti infatti distingue espressamente il diritto dalla morale:

In materia di imputabilità una gran differenza passi tra quella dovuta secondo i precetti della morale, e quella dovuta secondo le vedute della politica e le regole della legge<sup>129</sup>.

L'autore sviluppa ulteriormente il proprio ragionamento fornendo una definizione del *danno sociale* conseguente al reato. Il reato ingenera turbamento nella società, ma questo turbamento non deriva solo dal danno cagionato dal reato stesso, ma anche dal fatto che questo è «*sorgente di novelli danni, una causa permanente di simili mali*». In base a questo ragionamento il fatto costituisce anche un danno sociale ove sia sorretto dalla volontà e consapevolezza, infatti la pena può esercitare la sua funzione punitiva e preventiva solo in colui che agisca sorretto dalla volontà, chi agisce inconsapevolmente (il *demente*, il *fanciullo* etc. etc.) non sarà mai raggiunto dalla forza preventiva di una pena la cui applicazione non metterebbe al sicuro la società in alcun modo. In questo senso comprendiamo in modo più chiaro quale sia, secondo questa impostazione, la funzione della volontà: una funzione comunque ancillare in quanto la pena punisce un'offesa e previene l'insorgenza di altre offese mantenendo la pubblica tranquillità; l'animo malvagio (purché non giunga a concretizzarsi in maniera estrinseca) non ha rilevanza per il diritto. Ma qual è allora il giusto modo di considerare un atto estrinseco *contra legem*, sorretto da *prava voluntas* che però non sia offensivo? A tal proposito Roberti chiarisce preliminarmente cosa sia il danno sociale che non coincide con la materialità degli effetti prodotti dall'azione. Il danno sociale consiste nell'influenza che una data azione esercita sulla *conservazione dell'ordine sociale*. Perché vi sia reato, e quindi pena, è necessaria un'azione consapevole, che abbia un'influenza sulla conservazione della società; la norma penale può prendere in considerazione

---

<sup>129</sup> Id., p. 8.

solo questo tipo di azioni perché solo in questo caso ci troviamo davanti ad un comportamento offensivo e quindi punibile.

In conclusione può ritornare utile il passo di una nota sentenza della Suprema Corte di Napoli del 17 gennaio 1840, in materia di reato impossibile<sup>130</sup>:

Qualora non esistono oggetti furtivi la dove si vuol commettere un furto, chi si attenta a rubarli agisce unicamente per una falsa credenza, ed è impossibile ch'egli giunga all'esecuzione del reato; (...) fondamento della convinzione di ogni reato consumato è in primo luogo la esistenza del subietto del reato in atto che questo si commette, ed in secondo luogo la sua alterazione ed il suo cangiamento di stato, (...) i reati poi tentati o mancati sono appunto tentativi e non consumazione, perché questa seconda parte della prova generica non è avvenuta contro il voto del colpevole. Ma non può esservi nemmeno tentativo se la prima parte della prova generica non si verifichi, cioè se non si accerti l'esistenza de subietto de' reati quando il colpevole si attentava a commetterli<sup>131</sup>.

Al di là delle acute e condivisibili critiche mosse a questa sentenza dagli autorevoli commentatori citati, ai nostri fini rileva una netta posizione sulla funzione dell'offensività, sia pur potenziale, per la configurazione di una fattispecie di reato, anche tentato o mancato, e l'applicazione di una pena. Un fatto assolutamente innocuo, privo di qualsiasi *vis* offensiva – non è concettualmente possibile ritenere offendibile un bene giuridico inesistente – non può essere considerato reato, anche se rende manifesto il più malvagio dei disegni; la peggiore volontà deve comunque estrinsecarsi in atti esterni che, almeno potenzialmente, si rivelino dannosi. Non può esserci offensività in un'azione che non arreca alcun danno.

#### 6. I sistemi misti dell'800: esempi di «contaminazione»

Abbiamo già accennato, nei paragrafi relativi alle elaborazioni dottrinarie di stampo oggettivo e soggettivo, come - sia pur differenti ed incompatibili

<sup>130</sup> La sentenza è citata in O. GIACCARI, *Commentario sul codice per lo Regno delle due Sicilie e propriamente sulla parte seconda – Leggi penali*, Avellino, 1842, III, p. 38; N. NICOLINI, *Del tentativo e della complicità ne' reati e sue relazioni col tentativo*, Livorno, 1853, p. 71; ID., *Quistioni di diritto*, II, Napoli, 1837, pp. 247 e 257, tutti citati in S. SEMINARA, *Il delitto tentato*, cit., pp. 60-61.

<sup>131</sup> S. SEMINARA, *Il delitto tentato*, cit., pp. 60-61

per impostazione di fondo -tra queste teorie vi fossero punti di vicinanza e come la loro evoluzione le abbia caratterizzate non tanto come granitici assiomi distanti quanto piuttosto come delle visioni che si influenzarono vicendevolmente in qualche modo.

Alcuni autori più di altri però sembrano elaborare teorie non riconducibili a pieno titolo a nessuno dei due grandi orientamenti o, per meglio dire, sembrano provare a conciliare i principi fondanti di entrambi. Uno di essi, che non a caso è oggetto di attenzione anche da parte di Rocco, è Carl Georg Wächter.

La teoria dei *delitti di moralità* (*Sittlichkeitsverbrechen*)<sup>132</sup> di Wächter, ovvero *le azioni che violano o pongono in pericolo la vita morale della società civile* sono la sintesi perfetta di tale mediazione. L'autore infatti, pur partendo da una concezione del reato costruita sull'offesa ad un diritto o ad un bene giuridico tutelato dal diritto, ritiene che tale offesa possa avere ad oggetto la vita morale della società. Questa ultima tipologia di reati è distinta dai cosiddetti reati di diritto. Per meglio comprendere se questa teoria si possa considerare effettivamente come una mediazione tra le due teorie o meno bisogna essenzialmente comprendere in cosa consista la *vita morale della società*, concetto che, all'apparenza, sembrerebbe ricongiungere in una visione unica la *morale*, la *voluntas* e l'*offesa*. Il problema è che proprio su questo concetto nodale la teoria di Wächter ha il suo punto debole e non è possibile individuare una definizione univoca di esso. Lo stesso Rocco, nella sua lettura critica si chiede:

Quale è infatti il limite che separa le azioni contrarie alla pura morale dai cosiddetti delitti di moralità? (...) Evidentemente la dottrina del Wächter non riesce a rintracciare questi limiti né offre all'interprete del diritto positivo alcun criterio valevole a fargli comprendere la natura dei reati in questione<sup>133</sup>.

Volendo a questo punto tentare una prima analisi emerge come, al di là di alcuni esempi particolari come quello di Wächter, la dottrina (prevalentemente quelle tedesca ed italiana oggetto di maggiore attenzione in questa indagine) sia di ispirazione soggettiva che oggettiva di fatto non trascura mai, quando elabora una teoria del reato, la lesività del fatto, la sua *vis* offensiva ma anche la volontà che sorregge l'atto da parte del soggetto agente. Si nota semmai una varietà di analisi della dimensione

---

<sup>132</sup> C.G. WÄCHTER, *Handbuch des k. Sächs. und des Thür.*, Stuttgart, 1857, pp. 297 e ss. Citato anche in A. ROCCO, *L'oggetto del reato*, cit., p. 194.

<sup>133</sup> A. ROCCO, *L'oggetto del reato*, cit., pp. 196-197.

volontaristica che si sbilancia più o meno sulla dimensione morale della volontà. La volontà si dimostra sempre e comunque uno dei presupposti fondanti di ogni teoria del reato. Dove manca la volontà, dove manca la consapevolezza non può esserci imputabilità. Abbiamo osservato come le differenze si ravvisano appunto sull'aspetto morale, possiamo dire che le teorie di stampo più marcatamente volontaristico tendono ad individuare nella volontà non solo un semplice presupposto per l'imputabilità ma anche la condizione sufficiente per l'applicazione della pena che ha lo scopo di punire la malvagità, l'immoralità, la mancanza di etica nell'individuo. Da questo approccio, che possiamo definire *volontaristico-morale*, emergono due essenziali conseguenze: un minore rilievo *sull'offesa* che la condotta comporta (senza però poterne prescindere del tutto come abbiamo già notato) ed un complesso interrogativo su cosa sia *l'etica*, se sia un insieme di principi immanenti ed eterni oppure se sia lo specchio di una volontà politica dello Stato, mutevole nel tempo e nello spazio. Certamente questa seconda definizione dell'etica sembra avere maggiore fortuna negli ordinamenti più moderni, improntati ad una nuova etica *statalista*. L'evoluzione in senso *statalista* dell'indirizzo volontaristico-morale è direttamente proporzionale all'aumento di rilievo che assume il tema dell'offesa: se lo Stato è il detentore della morale ogni comportamento che manifesti immoralità lo danneggia, lo *offende*. Gli orientamenti invece di indirizzo oggettivo, che costituiscono la vera e propria elaborazione dottrina dell'offensività, ben lungi dall'ignorare la volontà, la riconducono a mero presupposto di imputabilità e graduazione della pena. Un reato è tanto più grave quanto più è maggiore la consapevolezza del soggetto che lo compie. Bisogna chiarire che questa impostazione non sminuisce assolutamente il ruolo della volontà e la dimensione soggettiva, la *prava voluntas*, mantiene una funzione centrale nella costruzione del reato; semplicemente è vista sotto un diverso aspetto, la misura della malvagità (ma sarebbe più corretto dire la misura della *consapevolezza* del soggetto agente) rileva in quanto rappresenta la misura del turbamento della pace sociale, della tranquillità collettiva: un soggetto tanto più è *malvagio*, tanto più può rappresentare una minaccia per la collettività, per questo va punito in maniera più severa di un altro che magari compie la stessa condotta ma con un grado di consapevolezza minore. Già in questo primo tentativo di valutazione complessiva delle due teorie vediamo come la loro distinzione sia quanto mai sfumata e come nei fatti il risolto pratico di queste differenti chiavi di lettura si manifesti in maniera più evidente solo in fattispecie particolari come quelle del delitto tentato, del delitto mancato e del reato putativo ed impossibile. Per tale ragione si è deciso, nel prosieguo

di questo lavoro, di dedicare dei paragrafi specifici a queste fattispecie che comunque hanno già fatto insistentemente capolino sino ad ora.

Il tema centrale di questo lavoro, come detto, è l'elaborazione dottrinarica, normativa e giurisprudenziale del principio di offensività in Italia a cavallo tra '800 e '900. Lo sguardo rivolto alle codificazioni europee nei paragrafi precedenti sembra confermare le ipotesi avanzate nello svolgimento di questo lavoro. Le codificazioni preunitarie italiane mostrano una maggiore spinta in senso oggettivo, rispetto a quelle d'oltralpe, anche se, pure in questo campo, tracciare linee di demarcazione nette risulta pressoché impossibile.

Seminara ad esempio individua questa maggiore spinta italiana rispetto a quella tedesca nella specifica materia della tipizzazione del delitto tentato<sup>134</sup>. L'autore infatti mette a confronto l'esperienza italiana e francese con quella tedesca. Mentre il pensiero di Romagnosi in Italia e quello di Rossi in Francia avevano rappresentato una fortissima spinta in senso oggettivo per l'elaborazione dottrinarica e normativa del delitto tentato, ottenendo tra l'altro un enorme seguito, in Germania le cose erano andate diversamente. Ad onor del vero la dottrina tedesca non ignora simili interpretazioni, ed i suoi principali esponenti ne sono certamente affascinati, cionondimeno, volgendo lo sguardo all'esperienza tedesca, Seminara non manca di constatare come, se pur conosciute, stimate e citate, queste interpretazioni non avevano avuto la stessa fortuna; a proposito della dottrina e della codificazione tedesca infatti scrive

(...) risulta estremamente incerto se la rilevanza penale del tentativo sia indissolubilmente vincolata alla sua concreta pericolosità o non piuttosto si leghi semplicemente alla univocità della volizione criminosa<sup>135</sup>.

Anche Gallo conviene sul fatto che la dottrina italiana abbia avuto, in materia di teoria del reato, un orientamento che definisce «saldamente obiettivo», ben prima che il principio realistico ricevesse il crisma normativo, dimostrando una modernità di pensiero superiore in questo campo a quella tedesca che l'autore analizza in chiave comparativa<sup>136</sup>.

Nella sua analisi sull'evoluzione della dottrina e della codificazione tedesca lungo il corso del secolo XIX, Gallo, pur riconoscendo la maggiore fortuna che i soggettivisti tedeschi ebbero rispetto ai loro omologhi in altri paesi, nota come tra i primi e più autorevoli critici della teoria soggettiva

---

<sup>134</sup> S. SEMINARA, *Il delitto tentato*, cit., p. 252.

<sup>135</sup> *Ibidem*.

<sup>136</sup> E. GALLO, *Il delitto di attentato*, cit., p. 155.

a livello europeo vi è certamente Feuerbach. Inoltre, osserva come già alla metà del secolo XIX, Luden rimanga l'unico autore che si continua a citare come rappresentante della teoria soggettiva. In materia di diritto positivo Gallo stesso conviene sul fatto che i codici rimangono ancorati all'indirizzo soggettivo – fatto salvo quello dello Stato più grande, la Prussia – e che, solo con l'unificazione del diritto penale tedesco, l'indirizzo soggettivo tramonta definitivamente<sup>137</sup>.

Forse anche in ragione di queste diverse *marce* tra la scuola italiana e quella tedesca si può notare come, con l'avvento dei regimi totalitari, a fronte di una generale reviviscenza dell'indirizzo soggettivo, che sarà oggetto di una specifica trattazione nel prosieguo di questo lavoro<sup>138</sup>, in Italia il Codice Rocco mantenga una natura mista oggettivo-soggettiva fondata su logiche sia repressive che preventive<sup>139</sup>, mentre nella Germania nazista si assista ad estremizzazioni della teoria soggettiva (l'evoluzione in senso *etico* o *volontaristico puro*<sup>140</sup>) tali da assumere caratteri perfino grotteschi.

Infine una trattazione a parte merita il cd. reato superstizioso, abbiamo già citato l'esempio di Feuerbach (la punibilità dell'uomo che, convinto dell'idoneità del mezzo utilizzato, prega per la morte del suo nemico), costantemente citato in dottrina. L'esempio rappresenta una sintesi perfetta della fallacia del sistema soggettivo (quanto meno se condotto alle sue estreme conseguenze). Illuminanti sul tema le parole di Seminara:

(...) conviene rilevare come l'unica certezza, nella dottrina europea, abbia ad oggetto l'impunità del cd. tentativo irreali o superstizioso: perché non è punibile – come ammettono anche i sostenitori delle concezioni soggettive – colui che, secondo il noto esempio di Feuerbach, prega Dio implorando la morte del suo nemico? È evidente che la non punibilità qui può discendere solo dall'assoluta assenza di pericolosità della condotta o dell'agente: tale assunto determina l'ingresso di un parametro proprio delle teorie oggettive e implica lo spostamento dal piano della colpevolezza a quello della temibilità, così incrinando un caposaldo delle teorie soggettive<sup>141</sup>.

<sup>137</sup> *Ibidem*. Nota 16, ove svolge una accurata analisi di alcuni tra i principali autori dell'epoca.

<sup>138</sup> Vedi *infra*, cap. 2, § 7 p. 96.

<sup>139</sup> In merito vedi nello specifico, M. TRAPANI, *La divergenza tra il voluto ed il realizzato*, Torino, 2006, p. 5 e, per un approfondimento più in generale, H.H. JESECH, *I fondamenti filosofici del progetto tedesco di codice penale in paragone con quelli della riforma penalistica italiana*, in *Studi in onore di Francesco Antolisei*, Vol. II Milano, 1965, p. 135; G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in G. MARINUCCI E. DOLCINI, *Studi di diritto penale*, Milano, 1991, *passim*.

<sup>140</sup> Per approfondimenti ulteriori sul tema si rinvia, oltre che al paragrafo che segue, a S. SEMINARA, *Il delitto tentato*, cit., pp. 822-851.

<sup>141</sup> S. SEMINARA, *Il delitto tentato*, cit., p. 341.

## 7. La Germania nazista e il «nuovo» modello eticistico: rinasce il diritto penale della volontà

La legge 28 giugno 1935, una delle più incisive leggi di riforma del codice penale tedesco, riformula il § 2 del codice che, nella sua nuova formulazione, così recita

È punito chi commette un fatto che la legge dichiara punibile o è meritevole di pena secondo il concetto che sta a fondamento di una legge penale e alla luce del sano sentimento del popolo. Se per un fatto non possa trovare immediata applicazione nessuna determinata disposizione penale, esso sarà punito secondo quella legge il cui concetto fondamentale meglio gli sia applicabile<sup>142</sup>.

Sono noti i commenti a questa norma che evidenziano lo smantellamento della categoria del bene giuridico in essa contenuta<sup>143</sup>. Per quanto di nostro interesse notiamo come il concetto di *sano sentimento del popolo* (*gesundes Volksempfinden*) ha l'immediato effetto non solo di privare di qualunque rilievo il principio di offensività in quanto tale, ma anche di negare *tout court* l'indirizzo oggettivo.

Il disinteresse verso l'offensività è legato all'abbandono del concetto di lesione come ragione giustificante della pena. Non è (non è più) il danno a giustificare la pena ma il pericolo ingenerato dalla volontà:

La tutela dei beni giuridici della comunità del popolo viene garantita al meglio attribuendo un ruolo centrale al principio del pericolo, così sostituendo all'antico diritto penale della lesione, che conferisce un eccessivo significato al più o meno casuale evento, un diritto penale del pericolo (diritto penale della volontà)<sup>144</sup>.

Sembra un ritorno all'antico indirizzo soggettivo ma in verità, come già evidenziato<sup>145</sup>, è piuttosto un'esasperazione di quell'indirizzo che si basa comunque su di un concetto di etica completamente nuovo. Diritto penale della volontà e diritto penale del pericolo, su questa dicotomia si fonda la riflessione dottrinarina tedesca degli inizi del secolo XIX. È evidente

<sup>142</sup> Il passo della norma è citato in S. SEMINARA, *Il delitto tentato*, cit., p. 779.

<sup>143</sup> F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 29; A. FIORELLA, *Reato (dir. Pen.)*, cit., p. 774.

<sup>144</sup> F. SCHAFFSTEIN, *Nationalsozialistisches Strafrecht. Denkschrift des Preussischen Justizministers*, p. 112, e ss. Il brano e la fonte sono citati in S. SEMINARA, *Il delitto tentato*, cit., pp. 779-780.

<sup>145</sup> Vedi *supra*, cap.1, § 1.2, p. 26.



l'incoerenza di fondo di un indirizzo che, da un lato sembra prendere in estrema considerazione il bene giuridico giustificando la punibilità di ogni azione che lo metta in pericolo, dall'altro arriva a punire anche condotte che non violano la legge ma *il concetto che sta a fondamento di una legge penale e alla luce del sano sentimento del popolo* e che pertanto non possono materialmente rappresentare un'offesa, nemmeno sotto forma di pericolo ad alcun bene giuridico<sup>146</sup>.

In realtà la questione può esser posta anche in altri termini.

Provando a riordinare questi spunti di riflessione possiamo dire che assistiamo ad una smisurata anticipazione della soglia di punibilità (oltre che ad un'evidente manipolazione normativa destinata semplicemente a lasciare il maggior arbitrio possibile alle forze dello Stato così da liberarsi dai vincoli della legge nella propria attività, ma questo esula dal presente lavoro); gli effetti di questa anticipazione non si esauriscono solo nella punizione di condotte che non ledono in senso stretto ma mettono in pericolo il bene giuridico, ma si estendono fino a consentire sostanzialmente la punibilità di comportamenti contrari al *sentimento del popolo*, concetto la cui vaghezza è tale da rendere impossibile ogni tentativo definitorio certo. Ma cosa turba il sentimento del popolo? La volontà criminale vista come *immorale* tradimento della etica statale. Ecco chiarito il ritorno ad un volontarismo puro, talmente puro ed estremo da tradursi in arbitrio dello Stato, che è allo stesso tempo detentore dell'essenza di questo *spirito* e giudice di chi lo turba. Così lo Stato diventa Dio, dispensatore di verità e giudice giusto. È di tutta evidenza che in una simile impostazione non può esserci spazio per alcuna riflessione sull'offensività, come fin qui è stata intesa, in quanto la lesione o meno del comportamento non rileva, l'unica cosa che rileva è la fedeltà allo Stato. In questo senso si comprendono meglio le parole di Seminara quando scrive

Il diritto penale della volontà, dunque, si sta trasformando in un diritto penale della fedeltà, come viene confermato dai nationalsozialistischen Leitsätze für ein neues deutsches Strafrecht, a cura dell'ufficio giuridico del partito nazionalsocialista tedesco<sup>147</sup>.

Questa fusione tra volontà e morale dello Stato, che ingloba stravolgendolo il concetto di pericolo e che concretizza il paradosso di tutelare massimamente il bene giuridico ma anche di ignorarlo, è magistralmente riassunta nelle parole di Karl Klee che in suo articolo scrive:

<sup>146</sup> S. SEMINARA, *Il delitto tentato*, cit., pp. 780-781.

<sup>147</sup> *Id.*, p. 791.

Il diritto penale del pericolo e il diritto penale della volontà non costituiscono nulla di diverso, essendo piuttosto una stessa cosa, solo riguardata sotto diversi angoli visuali. Essi perseguono il medesimo scopo, lo scopo di tutelare e assicurare effettivamente il mondo dei beni giuridici nello spazio vitale tedesco e così proficua convivenza dei membri del popolo<sup>148</sup>,

e poi aggiunge:

*(il diritto penale della volontà)* guarda avanti, nel futuro, che pone al centro la volontà, la forza trainante di ogni essere. L'evento è il più grande bugiardo. Queste parole di Nietzsche valgono anche per il diritto penale. L'evento occulta il riconoscimento della volontà che sta dietro di esso. Alla base della concezione dell'evento sta l'errore che la volontà sia essenzialmente diversa se, nella sua manifestazione esterna, si collega a un evento lesivo o se invece questo non si verifica a causa di un gioco del caso<sup>149</sup>.

In queste parole ritroviamo il volontarismo puro. Secondo questo indirizzo pericolo e volontà sono considerati diversi modi di guardare lo stesso fenomeno. Infatti, mettendo al centro del diritto penale la volontà del soggetto agente, e considerando immorale ogni volontà che non sia allineata allo spirito del popolo tedesco, il fatto (*il più grande bugiardo*) diventa quasi irrilevante. Naturalmente l'espressione *beni giuridici nello spazio vitale tedesco* è anch'essa indicativa di una nuova visione del bene giuridico molto lontana da quella liberale ottocentesca, un vero e proprio abbandono della categoria del bene giuridico in senso liberale che segna, per usare le parole di Bricola «una lenta svalutazione della dogmatica del reato a favore di una dogmatica dell'autore<sup>150</sup>». Un'altra conseguenza diretta è l'irrilevanza della mancata consumazione del reato: se il perno su cui ruota il sistema delle pene è la *volontà*, il fatto che *per un gioco del caso* l'evento non si sia verificato non può avere alcuna importanza; in effetti qualcosa si è consumata: si è consumato un tradimento alla fedeltà dovuta allo Stato. Residua, non si può non notarlo, un riferimento al *pericolo*, seppur stravolto nel suo significato. Il concetto stesso di pericolo rimanda alla dimensione del danno dell'*offesa*, parliamo semplicemente di dimensione perché il richiamo è solo concettuale, vago e senza nessuna refluenza pratica. L'utilizzo di alcuni termini e categorie logiche, radicati nella cultura giuridica precedente e utilizzati al solo scopo

---

<sup>148</sup> K. KLEE, *Die gefährliche Handlung als Grundform des Verbrechens*, in *DStr*, 1934, p. 113.

<sup>149</sup> *Id.*, p. 120.

<sup>150</sup> F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 29.

di mantenere un legame immaginario con essa, dà quasi l'impressione di una giustificazione formale. Questo fenomeno, che in Italia fu ben più solido e strutturato<sup>151</sup>, in Germania ebbe minore impatto; infatti, volgendo lo sguardo al dibattito successivo, notiamo un progressivo allontanamento anche dal concetto stesso di pericolo ed un'esplicita affermazione di un *volontarismo della fedeltà* frutto essenzialmente originale della elaborazione dottrinarina degli anni del nazismo che si trova testimoniato principalmente nella cd. scuola di Kiel.

Sono gli anni trenta del '900, la vecchia concezione illuminista, che considerava lo Stato come il *custode* dei diritti dei singoli, si era già evoluta nella seconda metà dell'800 in un nuovo senso. Lo Stato era già diventato *interprete* dei diritti dei singoli<sup>152</sup>. In piena era totalitaria lo Stato diventa autonomo e sovraordinato, un'entità cui si deve obbedienza e fedeltà; siamo in presenza della nuova dimensione *etico-formalistica* di cui parla Ferrajoli<sup>153</sup> che segna il tramonto del bene giuridico così come era stato concepito. Diritto e morale tornano a fondersi ma in nuovo modo, Ferrajoli parla a tal proposito di *svolta spiritualistica e irrazionalistica*: l'interesse politico del governo è diventato etica dello Stato e, di conseguenza, valore morale non solo da rispettare ma a cui aderire convintamente. Il diritto penale in questo nuovo quadro ignora completamente l'offesa causata dal fatto, il diritto penale deve punire il nuovo peccatore, colui che non sente dentro di sé lo spirito del popolo e non si uniforma ad esso. Una sintesi chiara di questo stravolgimento è fornita sempre da Bricola:

È tutto ormai chiaro: partendo dalla concezione classica del reato, attraverso una svalutazione e progressiva erosione dei momenti del fatto, dell'antigiuridicità e della colpevolezza, considerati espressione di una decadente visione liberale, attraverso la svalutazione dell'importanza del bene giuridico cui corrisponde una configurazione del reato in termini unitari come violazione del dovere di fedeltà, attraverso il riferimento dell'antigiuridicità e della colpevolezza a punti di vista materiali e la rilevanza di puri momenti di *Gesinnung*, si perviene a ritenere quale oggetto di imputazione penale un soggetto semplicemente infedele, magari per semplice atteggiamento interiore-*Gesinnung*, alle nuove regole della comunità nazionalsocialista<sup>154</sup>.

<sup>151</sup> La cd. *torsione degli istituti giuridici* operata dal Fascismo italiano per il cui approfondimento si rinvia *ex pluris* a M. SBRICCOLI, *Le mani nella pasta e gli occhi al cielo*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero Giuridico Moderno*, Vol. 28, 1999, pp. 823 e ss. Vedi in merito alla scuola italiana anche F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 30.

<sup>152</sup> Vedi in merito F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 28

<sup>153</sup> L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 471.

<sup>154</sup> F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 29

Musco lo chiama, citando le parole di Gallas, «*processo di eticizzazione*<sup>155</sup>»: è la volontà infedele all'etica dello Stato a rilevare nella costruzione del reato, l'azione è solo l'espressione esterna di un atteggiamento interiore immorale che il diritto deve punire. L'offensività, in una simile impostazione, non può trovare spazio.

Valenti lo afferma chiaramente quando a proposito dell'essenza del reato nella dottrina giuridica tedesca di quegli anni, parla di *tradimento* che prescinde *dalla verifica di una effettiva offesa del bene giuridico*<sup>156</sup>. L'autore richiama un esempio costruito sempre da Gallas allo scopo di dimostrare le conseguenze pratiche che comporta il nuovo orientamento dottrinario

Nel caso del testimone che abbia detto il vero, ma con la convinzione di aver deposto il falso, chi muovesse dalla concezione del reato come offesa ad un bene giuridico doveva concludere che l'agente non era punibile perché una testimonianza vera, non offende il bene giuridico dell'amministrazione della giustizia; ricostruendo invece la ratio incriminatrice sulla base del «contenuto etico» della norma, l'agente doveva essere punito perché, pur deponendo il vero, in violazione dei doveri etici voleva deporre il falso<sup>157</sup>.

Possiamo osservare come questo nuovo *volontarismo della fedeltà* non solo ignora totalmente il principio di offensività, anzi lo nega apertamente, ma consente il disancoramento della pena dalla prescrizione penale stessa. La condotta è immorale e quindi punibile, sia che violi una norma penale sia che semplicemente non sia coerente con il *gesundes Volksempfinden*.

L'indirizzo di Kiel non rappresenta però la totalità del pensiero tedesco. Se è vero che la dottrina nazionalsocialista si caratterizza in generale per una rinnovata impostazione volontarista, non sempre le estremizzazioni dei massimi esponenti della *Kieler Richtung* furono condivise.

La dottrina è tendenzialmente concorde nell'annoverare Dham e Shaffstein tra i principali esponenti di questo indirizzo<sup>158</sup>. La scuola di Kiel, come già detto, teorizza una vera e propria dissoluzione della categoria dommatica dell'evento nella costruzione della teoria del reato

<sup>155</sup> E. MUSCO, *Bene giuridico*, cit., p. 75, l'opera citata è W. GALLAS, *Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutsverletzung*, in *Gegenwartsfragen der Strafrechtswissenschaft (Festschrift für Gleispach)*, Berlin-Leipzig, 1936, pp. 50 e ss.

<sup>156</sup> A. VALENTI, *Principi di materialità e offensività*, cit., p. 264.

<sup>157</sup> *Ibidem*.

<sup>158</sup> Si rinvia, soprattutto a F. SHAFFSTEIN, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, in *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, Berlin, 1935, p. 9 e ss.; ID., *Das Verbrechen eine Rechtsgutsverletzung?*, in *Deutsches Strafrecht*, 1935, p. 97 e ss.; G. DAHM, *Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft*, in *ZStW*, Bd. 57, 1938, p. 225 e ss.

e definisce l'azione come mero elemento sintomatico della volontà. In quest'ottica arriva a negare il concetto stesso di bene giuridico (che, come già ampiamente detto, è il presupposto logico del principio di offensività). Vale appena il caso di notare come la forzatura di una costruzione teorica totalmente ancillare al potere politico è talmente evidente da essere notata anche da alcuni critici italiani coevi. Un esempio ce lo fornisce Bettiol il quale in una sua accesa critica a importanti esponenti della scuola di Kiel come Shaffstein ma anche Rauch scrive:

(...) questa concezione dello Stato come soggetto giuridico e la contrapposizione tra Stato e individuo su di un piano di perfetta uguaglianza con reciproche sfere di interessi e di attività garantite dal diritto non possono essere concepite perché lo Stato è una realtà vivente e operante al di fuori degli schemi di ogni finzione giuridica e l'individuo intanto può operare in quanto lo faccia nell'interesse della comunità statualmente organizzata, agisca come membro e nell'interesse della stessa: nel reato, quindi, non è più la lesione di un bene giuridico che entra in considerazione come fattore decisivo ai fini di determinare l'antigiuridicità del fatto, ma la violazione di un dovere verso lo Stato

e poi commenta:

Quando nel reato non si vuol vedere altro che la contraddizione tra una condotta individuale e un imperativo giuridico indipendente della lesione di un bene della vita, si viene ad accentuare il lato formale del diritto e a cadere inevitabilmente in un vano e vacuo formalismo astrattista che nessun sofisma sarà mai capace di giustificare<sup>159</sup>.

Ma questa è solo una delle più severe tra le letture critiche. In Germania diversi autori, pur condividendo il rinnovato protagonismo della volontà nella teoria del reato, non contestano la dissoluzione del bene giuridico e insistono su una necessaria correlazione tra volontà infedele e lesione e quindi *offesa* del bene giuridico, almeno nei termini della messa in pericolo<sup>160</sup>.

Per completezza dobbiamo rilevare come gli stessi seguaci della scuola di Kiel, dopo un'iniziale demolizione del bene giuridico, di fatto gli riconobbero una seppur limitata dignità in funzione di mera *ratio legis*, sostanzialmente

<sup>159</sup> G. BETTIOL, *Bene giuridico*, cit., pp. 6, 8.

<sup>160</sup> Tra questi ricordiamo, K. KLEE, *Das Verbrechen als Rechtsguts- und Pflichtverletzung*, in *Deutsches Strafrecht*, 1936 pp. 1 e ss.; E. MEZGER, *Leitfaden des Strafrechts*, Berlino, 1936, pp. 49 e ss.; E. SCHWINGE, L. ZIMMERL, *Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht*, Bonn, 1937, pp. 60 e ss.

accostandosi all'impostazione metodologica che, lo abbiamo già notato, funge da anello di congiunzione tra le teorie d'epoca liberale e quelle in auge sotto i grandi totalitarismi<sup>161</sup>.

Per concludere la riflessione su questo tema è utile un breve accenno alla *Sozialadäquanz*. Il principio dell'*azione socialmente adeguata* a proposito della quale Fiore scrive:

(...) non mirava affatto ad introdurre nel discorso tecnico giuridico una entità metagiuridica, ma si limitava a proporre uno slogan, con cui contrassegnare l'effettiva portata di azioni che non costituiscono un'aggressione giuridicamente rilevante del bene<sup>162</sup>.

Il problema riguarda tutte quelle condotte, frequenti nella casistica, in cui apparentemente viene integrata perfettamente la fattispecie penale, e in cui non è negabile una lesione del bene giuridico, ma che, cionondimeno, non possono essere considerate penalmente rilevanti: è il caso classico della percossa del genitore al figlio o del medico che svolga un intervento chirurgico con esito infausto<sup>163</sup>. Il tema lambisce la nostra trattazione, ma ai nostri fini interessa rilevare che autori come Welzel ricostruiscono la non punibilità della condotta non sulla base di una contemperazione di interessi, ma sul presupposto dell'irrelevanza della lesione quando «*la convivenza sociale si compie secondo il suo ordinamento storicamente condizionato*<sup>164</sup>», in altre parole assistiamo al fenomeno inverso rispetto a quello fin qui osservato: se l'indirizzo di Kiel e, in generale, la dottrina tedesca teorizzano un predominio della volontà sull'offesa ne discende certamente che una

<sup>161</sup> Questa parziale apertura al bene giuridico è ravvisabile in F. SHAFFSTEIN, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, cit., p. 9; ID., *Rechtswidrigkeit und Schuld im Aufbau des neuen Strafrechtssystems*, in *ZStW*, 1937, pp. 295 e ss.; ID., *Der Sytreit um das Rechtsgutsverletzungdogma*, in *Deutsches Strafrecht*, 1937, pp. 355 e ss.; G. DAHM, *Der Tätertyp im Strafrecht*, Leipzig, 1940, pp. 31 e ss.

<sup>162</sup> C. FIORE, *Azione socialmente adeguata* (voce), in *Enciclopedia Giuridica*, Vol. 5, Roma, 2007.

<sup>163</sup> Definizione ed esempi sono direttamente tratti da C. FIORE, *Azione socialmente adeguata*, cit., p. 2.

<sup>164</sup> H. WELZEL, *Studien zum System des Strafrechts*, in *ZSt.R.*, 58, 1939, p. 517. Non è un caso che Welzel sia uno dei massimi esponenti della teoria finalistica e sostenga che i *momenti personali soggettivi* hanno la funzione di connotare l'azione in senso etico-sociale a prescindere dalla lesione provocata al bene giuridico (H. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen*, Tomo III, Berlin, 1947, p. 722) e che proprio Bettiol si interessi, sia pur con spirito critico, a questa teoria. In merito vedi, R. FRANCO, *Gli elementi soggettivi dell'antigiuridicità*, in *AA.VV., Studi in onore di Filippo Grispigni*, cit., pp. 110-113. Segnaliamo poi anche la dimensione etica della misura di sicurezza secondo Welzel (Cfr. M. PELLISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, p. 331)

condotta inoffensiva in quanto sintomatica di infedeltà allo Stato sia reato, ma allo stesso tempo che una condotta offensiva se conforme all'etica dello Stato, se socialmente adeguata, non possa considerarsi reato. Siamo di fronte ad una tipica teorizzazione astratta destinata solo a ordinare una prassi ineluttabile dentro una precisa categoria logico-giuridica al solo scopo di non individuare falle in un sistema dommatico, purtuttavia il riflesso dell'impostazione volontaristica ed il ripudio del principio di offensività appare evidente anche in questo caso.

8. *Un tentativo di definizione dell'offensività: concezione formale, concezione realistico-materiale e concezione sostanzialistica*

Alla luce di quanto sin qui detto possiamo affermare come al termine offensività, in realtà non sia possibile dare un significato univoco. La velocissima disamina, svolta per accenni, sull'evoluzione del diritto penale consente una valutazione generale sull'offensività stessa; essa più che un principio è una categoria dommatica e, come tale, è stata diversamente utilizzata per l'elaborazione di teorie del reato anche diversissime tra loro. Per chiarire meglio, lo stesso identico comportamento può essere punito perché espressione di una *mala voluntas* o perché lesivo, ciò è possibile in quanto il concetto di lesione si presta ad infinite interpretazioni. Sulla base delle considerazioni sin qui svolte possiamo riassumere le due principali chiavi di lettura del principio, *melius*, della *categoria* dell'offensività che si sono avvicinate a cavallo tra il XIX e il XX secolo, esse possono essere definite convenzionalmente *teoria formale* e *teoria realistico-materiale*.

Secondo la teoria dell'offensività formale la mera violazione della fattispecie astratta comporta necessariamente ed automaticamente un'offesa. L'affermazione può avere due accezioni: un'accezione che possiamo definire *statalista*, secondo cui il fatto concreto corrispondente alla fattispecie astratta va punito in quanto è stato violato il vincolo imposto dall'autorità costituita, e un'accezione formalista *pura* in ragione della quale il fatto concreto corrispondente alla fattispecie astratta va ad essere punito poiché alla realizzazione concreta degli elementi costitutivi di questa (fattispecie) si presume che debba corrispondere necessariamente ed automaticamente la lesione del bene giuridico che la norma mira a tutelare<sup>165</sup>. Abbiamo già accennato alle varie possibili letture del fondamento della teoria cd.

<sup>165</sup> In merito vedi quanto riportato nel presente lavoro cap. 1, § 2, p. 12.

*formale*<sup>166</sup>, ovviamente la prima conseguenza derivante dall'adesione a questa impostazione consiste, nella pratica, in uno smisurato allargamento della sfera *dell'offensivo* che sostanzialmente viene a coincidere con la mera integrazione della fattispecie astratta, la seconda è la diminuzione del rilievo dell'elemento soggettivo. Apparentemente sembra un'impostazione più vicina all'impostazione legalista e statalista in generale, pur tuttavia non possiamo fare a meno di notare come anche un epigono del diritto comune qual era Risi, già nella seconda metà del XVIII secolo, giustificava la punizione di una condotta che non arreca danni concreti non tanto, e non solo, in un'ottica soggettiva ma anche perché una qualunque condotta *contra legem* è, prima di ogni altra cosa, un'offesa allo Stato, un'insubordinazione all'autorità dello Stato, punita certamente perché indicativa di *mala voluntas* ma anche perché causa di un danno sociale

Supposto che non ci sia né torto né ingiuria nell'individuo, se si è commesso qualcosa che la legge abbia vietato, è un delitto che richiede riparazione, perché il diritto del [l'autorità] superiore è violato e perché è portata ingiuria alla dignità del suo carattere<sup>167</sup>.

La teoria *realistico-materiale* invece non ravvisa un'offesa nella mera integrazione della fattispecie astratta ma richiede che la condotta leda effettivamente (o metta in pericolo) il bene giuridico tutelato dalla norma, dando così per assunto ed accettabile che una condotta possa integrare perfettamente la fattispecie astratta senza per questo ledere necessariamente il bene giuridico tutelato dalla norma. Infine, secondo l'accezione materiale, può configurarsi una condotta lesiva di un interesse extra-normativo<sup>168</sup>.

La concezione sostanzialistica invece può riassumersi nelle parole di Bricola

I quesiti relativi all'individuazione di un contrassegno sostanziale che connoti ogni forma di illecito penale e conseguentemente, relativi alle determinazioni dei motivi che inducono il legislatore a configurare un fatto illecito penale<sup>169</sup>.

Tipica del socialismo penale quest'impostazione non vede *offesa* solo

---

<sup>166</sup> *Ut supra*.

<sup>167</sup> P. RISI, *Observations sur les matières de jurisprudence criminelle*, Lausanne, 1768. Il brano è anche citato in M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, Torno, 1976, p. 51 e in C. E. PALIERO, *Minima non curat Praetor*, Padova, 1985, p. 654.

<sup>168</sup> F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 13.

<sup>169</sup> *Ibidem*.



nella lesione del bene giuridico tutelato dalla norma ma anche nella lesione di un *interesse sociale esterno alla norma*<sup>170</sup>. Da questa concezione discende fatalmente un rinnovato peso dell'elemento soggettivo che assume un carattere dirimente nella valutazione della condotta. Bisogna precisare che, a rigore, questa impostazione fa proprio un elemento anche della teoria formale in senso statalista ma in modo diverso. Infatti la consapevolezza del soggetto di ribellarsi ad un comando dello Stato, ad una norma, è elemento necessario e sufficiente per giustificare la punibilità della sua condotta. Naturalmente in questo caso il campo del punibile si allarga a dismisura poiché, se per la concezione formale in senso statalista solo la condotta che violi un precetto normativo può essere considerata ribellione all'autorità e viene comunque punita in quanto *offensiva* di un bene giuridico collettivo, qui la ribellione allo Stato può estrinsecarsi anche attraverso condotte che non violino nessuna specifica norma ma siano semplicemente non allineate con i principi (le ideologie) ispiratori dell'ordinamento, quelli che Mantovani definisce

i valori sostanziali immanenti nella società e in continua evoluzione e che, come tali hanno in sé, anche nelle società più coerentemente socialiste, un insopprimibile margine di indeterminatezza e di strumentalizzazione statale<sup>171</sup>

e va punita solo in quanto espressione di una *soggettività antisociale* se così si può dire. In questo caso la pena scatta in funzione di un semplice disallineamento soggettivo individuale rispetto ai principi ispiratori dello Stato. Ovviamente una simile concezione, per converso riconosce maggiore rilievo ai motivi dell'azione e all'efficacia impeditiva dell'errore di diritto<sup>172</sup>.

<sup>170</sup> F. MANTOVANI, *Il principio di offensività*, cit., p. 448.

<sup>171</sup> *Ibidem*.

<sup>172</sup> G. BETTIOL, *Bene giuridico e reato*, cit., pp. 3-4. L'importanza della motivazione e dell'elemento soggettivo conduce sì ad una grande indeterminatezza e ad una facile strumentalizzazione da parte dello Stato come ha notato Mantovani, ma bisogna chiarire che tale strumentalizzazione può essere utilizzata, oltre che per punire comportamenti non vietati da alcuna norma, anche per escludere la punibilità di una condotta corrispondente formalmente alla fattispecie prevista dalla norma penale, in questo senso Mantovani rinvia a G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, cit., p. 288, ove l'autore cita l'art. 8 comma 1 della L. 11 dicembre 1957, premessa al codice penale della Repubblica democratica tedesca, secondo cui un fatto esteriormente conforme al tipo legale poteva essere considerato non punibile in ragione della «*manca di conseguenze dannose per la Repubblica democratica tedesca, per la collettività socialista, per l'interesse del popolo lavoratore e del singolo cittadino*». Ancora prima di quella, il codice sovietico del 1926, all'art. 6 prevedeva: *socialmente pericolosa si considera ogni azione od omissione, diretta contro lo Stato sovietico o contro l'ordine pubblico stabilito dall'autorità degli operai e contadini, come tappa verso lo Stato comunista (...) non è*

*ritenuta come delitto un'azione che, sebbene formalmente sottoposta ad un articolo della parte speciale di questo codice, tuttavia per la sua poca importanza o per a mancanza di conseguenze dannose, non sia socialmente pericolosa*, (il testo è tratto da E. MONDI, *Il principio di necessaria offensività e i reati ambientali*, tesi di dottorato in «Sistemi punitivi e garanzie costituzionali», sezione di «diritto penale», XXIV ciclo, Università degli Studi Roma Tre, pp. 10-11), oltre che il celebre commento all'art. 58 del codice penale russo, ove viene analiticamente il concetto di *attività antirivoluzionaria*, presente in A. I. SOLŽENICYN, *Arcipelago Gulag* (trad. it.), Milano, 1974, pp. 75-76. Per un approfondimento sull'argomento vedi anche G. BONINI, *Il diritto penale secondo i principi socialisti*, Milano, 1946. P. NUVOLONE, *Pericolosità sociale dell'azione, pericolosità del delinquente e problema della legalità*, in *Indice penale*, 1967, p. 4; V. SOLNAR, *La nozione di pericolo derivante alla società dal reato nel diritto penale socialista*, in *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, 1962, pp. 1055 e ss. ID., *O trestní ochraně majetku v socialistickém vlastnictví proti roskrádání a poškozování*, in *Rozpravy Československé Akademie Věd. Řada Společenských Věd.*, Praha, 1958, pp. 8 e ss.; A. SINAGRA, *Il principio di legalità socialista negli ordinamenti giuridici degli Stati a democrazia popolare*, Bologna, 1975; L. DURIGATO, *Uno studio di diritto penale socialista*, Padova, 1976, pp. 58 e ss; ID., *Recensione a Boris Vybiral, Concetto e significato dell'oggetto del reato nel diritto penale socialista cecoslovacco*, in *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, 1959, p. 1196.

## Capitolo III

### *L'offensività e il reato: il rapporto, non sempre coerente, tra legislazione, dottrina e giurisprudenza negli anni a cavallo tra Ottocento e Novecento*

SOMMARIO: 1. L'elaborazione dottrinarie dell'offensività nella costruzione della teoria generale del reato. – 2. Offensività e reati di pericolo (astratto e concreto). – 3. Offensività e reato putativo ed impossibile. – 4 Offensività e reati formali e sostanziali. – 5 Offensività e tentativo.

Dopo aver delineato per tratti essenziali le refluenze sul principio di offensività delle teorie oggettive e soggettive nel corso del XIX secolo e nei primi decenni del XX, si è costruita una visione d'insieme sul ruolo che questo principio ha rivestito nella formulazione delle varie teorie generali del reato. Il dibattito, lo abbiamo visto, non sempre si è sviluppato in modo coerente con la legislazione, abbiamo notato come i vari legislatori europei dell'era delle codificazioni non sempre abbiano fatto proprie le elaborazioni della dottrina, e come non sempre si sia ravvisata una coerenza tra le norme generali e quelle speciali dei singoli codici. Per completare il quadro d'indagine si è scelto di concentrare le nostre attenzioni sull'elaborazione dottrinarie italiana con uno specifico riferimento alle innovazioni apportate dalla codificazione penale unitaria del 1889<sup>1</sup> per poi confrontarla con lettura che delle norme diedero i giudici. Ciò anche allo scopo di valutare quale forza viva ebbe il principio di offensività, non solo in dottrina e nella legislazione, ma anche nell'applicazione pratica del diritto nell'Italia post unitaria.

---

<sup>1</sup> In generale sul tema vedi, S. VINCIGUERRA (a cura di), *I Codici preunitari e il codice Zanardelli*, Padova, 1993.

### 1. *L'elaborazione dottrinarina dell'offensività nella costruzione della teoria generale del reato*

Partendo proprio dall'elaborazione dottrinarina sul reato in generale notiamo come nella definizione del reato fatta da Adalgiso Ravizza nella sua Voce «*Reato*» nel *Digesto Italiano* nel 1911, l'autore non pare prendere una posizione sulla necessità che una condotta per definirsi reato ed essere concretamente punibile debba o meno comportare un'offesa ad un bene giuridico, infatti scrive (in sintesi) che

Il fatto lesivo del diritto previsto dalla legge come punibile, e come tale vietato sotto minaccia di punizione, costituisce reato<sup>2</sup>.

A ben guardare questa definizione si presta ad una duplice lettura: secondo una prima ipotesi sembra delineare una identità tra il *fatto lesivo del diritto* e il *fatto previsto dalla legge come punibile*, pertanto ogni fatto che la legge considera punibile deve essere lesivo del diritto e, di conseguenza, offensivo di un bene giuridico; ma si potrebbe anche intendere nel senso opposto ovvero che il legislatore può considerare lesivo del diritto e quindi punibile un fatto anche senza individuare una lesione o una minaccia ad un bene giuridico. In fondo il diritto è leso ogni qual volta viene violato, la domanda a cui Ravizza non sembra rispondere è questa: può il diritto essere violato anche senza ledere o mettere in pericolo nessun bene giuridico né singolo, né collettivo?

Lo stesso Ravizza però cita l'espressione di Romagnosi per cui il reato è *nocivo ed ingiusto* nella quale traspare la necessità di una forza offensiva che il fatto deve avere per potersi considerare reato. Per completezza notiamo però come Ravizza, citando i massimi esponenti della dottrina penalistica italiana, non affronti mai apertamente il tema dell'offensività nella costruzione di una teoria generale del reato. L'aspetto che accomuna le varie teorie elencate dall'autore è l'assenza di un esplicito riferimento alla questione dell'offensività della condotta tra gli elementi costitutivi del reato. Le possibili interpretazioni sono svariate. La più evidente è che la categoria dommatica dell'offensività come concetto autonomo ed a sé stante non sembra essersi ancora del tutto affermata. Andando però a guardare i vari contributi della dottrina abbiamo già rilevato come tutti affrontino in qualche maniera la questione della condotta e del danno da essa derivante. Altra faccenda sono le conclusioni cui i singoli autori giungono.

---

<sup>2</sup> A. RAVIZZA, *Reato* (Voce), *cit.*, p. 298.

Tra gli autori che in modo più evidente hanno ricollegato il divieto normativo penalmente sanzionato ad una ragione superiore, Crivellari, nel suo commento al codice Zanardelli, accenna al fatto che la norma penale deve essere improntata necessariamente ad una superiore norma naturale insita nelle cose:

Quando si parla di reato come di violazione di una legge del potere sociale, non si ammette con ciò che dipenda dalla sola legge stabilire l'essere o no un fatto reato; ma si suppone che tale legge sia dettata conformemente alla suprema legge naturale giuridica ed ai principi della scienza<sup>3</sup>.

Pur non riferendosi apertamente al tema che ci interessa l'impostazione metodologica di Crivellari è costruita sull'idea che il legislatore agisca sulla scorta di una suprema legge naturale e dei principi della scienza. Sulla base di un simile ragionamento la norma può tenere in considerazione solo le modificazioni della realtà esteriore e non le manifestazioni di una volontà inoffensiva.

Anche importantissimi autori, come Filangieri delle cui posizioni ci siamo già occupati<sup>4</sup>, per i quali la pena ha la funzione di intimidire i proclivi a delinquere, non sembrano proprio voler concepire il tema del rapporto tra pena ed offesa<sup>5</sup>.

Certamente più chiaro sotto questo aspetto Florian. Nella parte generale del suo *Trattato*, l'autore elabora la sua celebre teoria generale del reato. In questa trattazione generale, facendo riferimento al *pericolo appreso*, ossia quella condizione per cui una condotta pur integrando la fattispecie penale non realizza una effettiva violazione del bene giuridico, né in termini di danno vero e proprio, né in termini di pericolo inteso come minaccia reale, precisa in modo netto che, non essendosi verificato lo stato di fatto richiesto dalla norma (che possiamo intendere come quella modificazione della realtà esterna in cui si sia concretizzata un'*offesa* al bene giuridico stesso), non può esserci pena ma solo una misura di polizia<sup>6</sup>.

Pare opportuno a questo punto aprire una brevissima digressione sul tema dei reati contravvenzionali e delle loro pene. L'argomento esula completamente dai temi del presente lavoro, è però utile notare come spesso, ne faremo subito alcuni esempi pratici, autori che contestano apertamente la *punibilità* di condotte inoffensive, affermano nel contempo

<sup>3</sup> G. CRIVELLARI, *Il Codice penale per il Regno d'Italia*, Vol. I, Torino, 1891, art. 1, n. 13.

<sup>4</sup> Vedi *supra*, cap. 2, § 1, p. 52.

<sup>5</sup> Su questo vedi W. VALSECCHI, *Del reato putativo*, cit., p. 36.

<sup>6</sup> E. FLORIAN, *Parte generale del diritto penale*, in *Trattato di diritto penale*, Milano, 1900, p. 163.

che queste stesse condotte possano essere considerate contravvenzioni e quindi sottoposte e pena con un diverso criterio, oppure ancora condotte da sottoporsi a misure preventive di polizia, di fatto riconoscendo che una condotta che renda manifesta una malvagia volontà, può comunque essere oggetto di interesse da parte del legislatore se pur in maniera diversa. Anche in questo si ravvisa una commistione tra i due indirizzi presi in esame.

Impallomeni ad esempio aveva scritto:

Mentre i delitti ledono un diritto speciale, particolare o universale che sia, le contravvenzioni non ledono alcun diritto, ma sono reati di mero pericolo opinato, perocché sono la violazione di precetti di mera prevenzione posti dalla legge a guarentigia mediata di alcuni beni giuridici. I delitti costituiscono un'offesa immediata, reale o potenziale del diritto; le contravvenzioni solo mediatamente mettono o possono, per una presunzione del legislatore, mettere in pericolo il diritto; la punizione degli uni ha un carattere meramente repressivo, la punizione delle altre ha un carattere esclusivamente preventivo<sup>7</sup>.

Se una condotta può, a titolo meramente presuntivo, rappresentare un pericolo per il diritto e se questo *pericolo opinato* deve essere qualcosa di intensità inferiore al danno potenziale (poiché altrimenti come Impallomeni stesso ammette dovremmo rientrare e pieno titolo nel campo del delitto) dove risiede la ragione della pena? Non certo in un'*offesa*. La pena in questo caso, analogamente alla misura, in qualche modo però, pur avendo una natura diversa dalle pene previste per i delitti, ovvero quella di essere uno strumento di prevenzione, ha pur sempre un'essenza afflittiva, dunque il legislatore penale ove ravvisi una condotta che concretizzi un *pericolo opinato*, (o un *pericolo appreso* per riprendere le parole di Florian), può infliggere un'afflizione al soggetto a scopo rieducativo, in modo totalmente slegato dalla presenza di una *vis offensiva* che in questi casi semplicemente non può esserci.

Dello stesso tenore Tolomei che definiva i delitti come «*i fatti punibili, che sono vere violazioni di diritto, vere lesioni giuridiche*» e le contravvenzioni come «*le azioni od omissioni, che violano provvedimenti dati per impedire le lesioni di diritto, i disordini ed i danni, lesioni dolose o colpose di provvedimenti precauzionali e di buon governo*»<sup>8</sup>. Anni dopo, in vigenza del Codice Rocco, Antolisei muoverà una netta critica alla concezione dottrinarica diffusa sulle contravvenzioni, che ha l'indubbio merito di mettere a nudo l'artificiosa

---

<sup>7</sup> G.B., IMPALLOMENI, *Il sistema generale delle contravvenzioni* in, *Riv. Penale*, 1888, VOL. XXVIII, p. 205.

<sup>8</sup> G. TOLOMEI, in *Rivista Penale*, Vol. XXIII, 1886, p. 477, la citazione è tratta senza titolo da A. RAVIZZA, *Reato* (Voce), cit., p. 308.

vacuità di alcune elaborazioni dottrinarie dell'epoca, valide in astratto ma non applicabili in concreto:

La verità è che questo preteso interesse amministrativo dello Stato non è qualche cosa di reale, ma un prodotto della fantasia giuridica senza alcuna consistenza. La sua estrema genericità e indeterminatezza lo dimostra in modo indubbio. Esso è stato creato dal nulla per uno scopo ben determinato, e precisamente per poter sostenere che le contravvenzioni sono sostanzialmente diverse dai delitti: per affermare che una differenza qualitativa esiste tra le une e gli altri, mentre in realtà le contravvenzioni non sono che «delitti nani», come vigorosamente ha sostenuto una larga corrente dottrinale. Si tratta, perciò, di un vero e proprio fantoccio di comodo, che la scienza criminalistica, una volta liberata dalle scorie del formalismo non potrà esimersi dal relegare...in soffitta<sup>9</sup>.

Possiamo quindi dedurre che il tema del controllo della volontà a scopo rieducativo finisce per rappresentare proprio quella dimensione soggettiva del diritto penale che permane anche in un sistema dichiaratamente di indirizzo oggettivo quale quello dell'ordinamento penale italiano dell'era Zanardelli<sup>10</sup>.

Alla vigilia della nuova codificazione di Rocco, Antolisei ribadisce il principio secondo cui, anche prendendo in considerazione i beni immateriali e l'oggettiva difficoltà a comprendere quando una condotta li *offenda* perpetrando una lesione o piuttosto una semplice messa in pericolo, in ogni caso la mera violazione della norma non può automaticamente valutarsi offensiva

Ciò che qui preme di notare si è che le incertezze che nei reati contro i beni immateriali si possono presentare per distinguere la lesione dalla messa in pericolo, non giustificano l'affermazione che nei reati stessi basti la violazione della norma a ritenerli in istato di lesione; tanto meno, possono far dubitare della fondatezza della lesione medesima. Se noi dovessimo respingere una nozione dottrinale per il solo fatto che in alcuni casi presenta difficoltà per essere applicata,

<sup>9</sup> F. ANTOLISEI, *Problemi penali*, cit., p. 77.

<sup>10</sup> Per un approfondimento sul rapporto tra pericolosità e pena alla vigilia della promulgazione del codice Rocco vedi, G. DELITALA, *Le dottrine generali del reato nel progetto Rocco, (i titoli III e IV del progetto)*, Milano, 1927 adesso in G. DELITALA, *Diritto penale. Raccolta di scritti*, Milano, 1976, p. 285 e ss. Tale impostazione non è da tutti condivisa *contra* vedi Enrico Ferri che considerava «moralmente e socialmente assurda» l'impunità prevista dal codice Zanardelli per il tentativo impossibile (E. FERRI, *Principi di diritto criminale: delinquente e delitto*, Torino, 1928, p. 546) Vedi anche: R. GAROFALO, *Criminologia*, Torino, 1891, p. 238.

potremmo anche rinunciare ad ogni indagine teorica. Non vi è invero, per lo meno nel campo del diritto, un concetto generale che in qualche ipotesi non dia luogo a dubbi o incertezze<sup>11</sup>.

Questa riflessione con cui Antolisei chiude la trattazione del rapporto tra principio di offensività e lo sfuggente tema dei beni giuridici immateriali (sfuggevolezza che può estendersi anche a quello dei beni collettivi), spiega perfettamente quella contaminazione di cui si occupa questo lavoro. L'indirizzo oggettivo che costruisce il reato sull'offesa non può non tenere conto di alcuni casi in cui questa applicazione è più incerta e complessa. Tra questi casi, gli esempi giurisprudenziali che seguono ne mostrano diversi, rientrano quelli in cui piuttosto che un'offesa ad un bene giuridico la norma punisce una condotta anche in ragione della sua riprovevolezza intrinseca. Tema, questo della contaminazione, che ritorna costantemente in dottrina, anche in tempi più recenti. Il problema del *disvalore* della condotta e del *disvalore* dell'evento visti non come entità contrapposte ma piuttosto come elementi *con-costitutivi* del reato è oggetto di approfondimento anche negli studi de De Santis dei primi anni duemila<sup>12</sup>.

## 2. *Offensività e reati di pericolo (astratto e concreto)*

Noi possiamo dunque definire il danno prodotto da una azione come la perdita o la diminuzione di un bene, il sacrificio o la restrizione di un interesse che è il risultato di una determinazione e manifestazione obiettiva di una volontà umana; e poiché il reato è un'azione umana (azione positiva o omissione), possiamo definire il danno derivante da reato come una modificazione del mondo esteriore (risultato) volontariamente cagionata o non impedita (azione o omissione), la quale produce la privazione o la limitazione di un bene, il sacrificio o la restrizione di un interesse umano<sup>13</sup>.

Con queste parole Rocco, dopo un complesso ragionamento di carattere generale, arriva a definire il danno che *può* essere parte del reato; l'autore, lo abbiamo già notato, si distacca parzialmente dal ragionamento di Carrara

<sup>11</sup> F. ANTOLISEI, *L'offesa e il danno*, cit., p. 77.

<sup>12</sup> Ad esempio sul rapporto tra disvalore e reato permanente vedi G. DE SANTIS, *Gli effetti del temo nel reato. Uno studio tra casistica e dogmatica*, Milano, 2006, p. 384.

<sup>13</sup> A. ROCCO, *L'oggetto del reato*, cit., pp. 280-281.



sul *danno potenziale*<sup>14</sup>, individuando due possibili scenari: quello del *danno*, che comporta la privazione o la diminuzione del bene che si riflette nel sacrificio o nella restrizione dell'interesse umano, e quello del *pericolo*.

Rocco in tema di pericolo scrive:

Pericolo è, dunque, la modificazione del mondo esteriore (risultato volontariamente cagionata o non impedita (azione o omissione) in quanto ha potenza (attitudine, idoneità, capacità) di produrre (causare) la perdita o la diminuzione di un bene, il sacrificio o la restrizione di un interesse (danno), per poi aggiungere, L'espressione offesa, in senso stretto, equivale a lesione: in senso largo, essa può però abbracciare tanto la lesione che la minaccia<sup>15</sup>.

Questo il quadro generale, la riflessione sul tema del pericolo in Rocco (ma anche, seppur con diverse accezioni e terminologie in Carrara) è ben più ricca ed articolata ma potrebbe condurre troppo lontano dall'oggetto di questo lavoro. In questa sede basti evidenziare come la dottrina veda un reato, inteso come *offesa*, anche quando non si integri un effettivo sacrificio o diminuzione del bene giuridico (o interesse tutelato) ma questo sia semplicemente minacciato, messo in pericolo nel senso sopra descritto<sup>16</sup>.

Nel suo lavoro sui reati formali e materiali Delitala, senza avventurarsi nelle profondità dell'analisi di Rocco, più pragmaticamente scrive:

(...) se esaminiamo le singole ipotesi delittuose previste nella nostra legge, troveremo che alcune volte perché si abbia un reato, non si richiede la effettiva esistenza di alcuna offesa contro il bene protetto, o almeno non si richiede la prova di tale esistenza: basta che l'agente abbia esplicato una determinata attività che, inserendosi nella realtà esteriore, sia solita creare uno stato di danno o di pericolo contro

<sup>14</sup> Precisiamo che Carrara aveva distinto in maniera precisa il concetto di danno da quello di moralità, nel § 13 del *Programma*, scrive: «Perché un atto possa essere politicamente imputabile non basta che lo sia moralmente, né che sia in sé malvagio per il precetto morale. Bisogna di più che l'atto moralmente imputabile ad alcuno come pravo, sia politicamente dannoso. Ciò consegue dal principio che il diritto di proibire certe azioni e dichiararle delitto si attribuisce all'Autorità sociale come mezzo di mera difesa dell'ordine esterno: non per il fine del perfezionamento interno» per poi continuare al § 14: «Di più il danno che reca l'azione prava dell'uomo deve essere danno sociale».

<sup>15</sup> A. ROCCO, *L'oggetto del reato* cit., pp. 307-308, 310. Sul tema dell'offensività della minaccia in Rocco vedi anche, W. VALSECCHI, *Il reato putativo*, cit., p. 97.

<sup>16</sup> Rinviando alla ricca bibliografia di autori, prevalentemente della dottrina tedesca, citati nell'opera di Rocco a supporto di questa «teoria del pericolo», in questa sede ci limitiamo a ricordare tra gli altri, K. BINDING, *Die normen*, cit., p. 372 e tra gli studi più autorevoli, V. PATALANO, *Significato e limiti della dottrina dei reati di pericolo*, Napoli, 1975., p. 34 e ss.; S. ALEO, *Il danno e il pericolo nel reato*, Catania, 1983, *passim*.

il bene protetto: ciò è sufficiente a dar vita al reato, anche se per avventura questo stato di fatto non si sia prodotto. Ci troviamo, cioè, di fronte ai così detti reati di pericolo presunto. (...) in ogni modo – e questo è ciò che importa – il verificarsi dell'evento non ha per la legge alcuna importanza: vi sia o non vi sia, il reato sussiste ugualmente: l'evento non figura fra gli elementi costitutivi del torto<sup>17</sup>.

Come si è già detto la distinzione tra danno e pericolo, e tra pericolo concreto e pericolo presunto, è molto articolata e le varie definizioni prodotte dalla dottrina non sempre sono coerenti tra di loro; Delitala fa però una valutazione diversa sostenendo che la messa in pericolo del bene giuridico non costituisce offesa, in questo senso parla di *reati senza offesa*. L'*offesa* di Delitala sembra coincidere con l'*offesa in senso stretto* di Rocco, non si tratta di una mera differenza terminologica di poco conto ma di una scelta che cela ben altro. La lettura fornita da Rocco nell'opera appena citata rifiuta la costruzione di una teoria del reato che prescindendo dal principio di offensività e, a questo scopo, ne estende il significato; l'impostazione di Delitala invece apre alla possibilità di comminare una pena in assenza di offensività anche se, a leggere attentamente, l'interpretazione dell'autore presenta qualche debolezza. È infatti contraddittorio sostenere la punibilità di una condotta in assenza di offesa al bene giuridico sul presupposto che quella condotta sia *solita creare uno stato di danno o di pericolo*. L'attività che per la sua natura è solita arrecare un danno al bene giuridico, ove messa in atto non è pur sempre una minaccia a questo? Ed una minaccia non è forse un'offesa? Non essendo questa una riflessione sulla dottrina contemporanea in evoluzione ma un'indagine storica, sarebbe fuorviante provare a fornire una risposta che sarebbe inevitabilmente viziata dall'evoluzione successiva del dibattito che, come noto, ha avuto una nuova vita dopo l'avvento della Costituzione repubblicana<sup>18</sup>. Certo è che l'autore non fornisce un discrimine chiaro tra il concetto di minaccia e quello di offesa dal suo punto di vista. In ultima analisi le considera due cose diverse ma non dice perché. La questione diventa ben più complessa e sfumata quando dalla teoria generale del reato si passa alle disposizioni del codice penale ed alle interpretazioni fornite dalla magistratura.

Nel 1875 la Cassazione di Palermo, dovendo giudicare su di un caso di *contraddizione tra la deposizione scritta e la deposizione orale*, afferma nettamente che:

A costituire il reato di falsa testimonianza o di occultazione della

---

<sup>17</sup> G. DELITALA, *La distinzione dei reati*, cit., p. 9.

<sup>18</sup> *Ex multis*, F. MANTOVANI, *Il principio di offensività del reato nella Costituzione*, cit., p. 463.

verità non basta la materiale alterazione di questa o la reticenza della medesima, colla scienza dei fatti e delle circostanze che il teste tace, ma invece è necessario anche il concorso del danno effettivo o possibile. (...) perché il mendacio su una circostanza accessoria o estranea, sebbene offenda la morale non è punibile<sup>19</sup>.

È di tutta evidenza come il giudice di legittimità riconduca, così parrebbe, la fattispecie in esame alla categoria dei reati di danno, quelli in cui l'offesa è certamente e compiutamente perpetrata. Prima di entrare nel merito della decisione è opportuno chiarire che l'allora vigente codice penale sardo del 1859 regolamentava in modo dettagliato i vari reati di falso nel Libro II, titolo IV; gli articoli richiamati in sentenza sono appunto il 364, il 365, il 369 e il 372 ed in nessun di essi si menziona apertamente il danno. Anzi l'art. 364 sembra andare nella direzione diametralmente opposta:

Il testimonio che, deponendo in giudizio, scientemente allega fatti falsi, o false circostanze, si rende colpevole di falsa testimonianza.  
Il testimonio che, deponendo in giudizio, tace in tutto in parte ciò che sa intorno ai fatti od alle circostanze di cui viene interrogato, si rende colpevole di occultazione di verità<sup>20</sup>.

Nella lettera della norma non appare nessuna valutazione sul concorso del danno né tantomeno alcuna distinzione per il fatto che il mendacio o la reticenza riguardi circostanze essenziali o circostanze *accessorie* ed *estranee* all'oggetto della causa, la norma parla chiaramente di ogni fatto o circostanza sulla quale il testimonio venga interrogato, sull'apparente assunto che il reato si consumi nel momento in cui un soggetto scientemente non dica la verità. La norma può essere letta in due diversi modi: una prima lettura è quella secondo cui viene punita la condotta in quanto tale a prescindere dall'evento che può cagionare o meno; una simile visione (che sembra accostarsi alla concezione formale del reato) sembra presentare alcune incoerenze con l'indirizzo oggettivo. Una lettura più articolata dovrebbe ravvisare nella norma un'*offesa* ad un bene giuridico collettivo quale la *verità* e *giustizia nei processi*. Da un lato questa seconda impostazione sembra più coerente con

<sup>19</sup> Corte di Cassazione di Palermo, Ud. 22 novembre 1875, in *Foro Italiano, raccolta generale di giurisprudenza civile, commerciale penale, amministrativa*, (di seguito *Foro it.*) Vol. I, – parte seconda – *giurisprudenza penale* (di seguito parte II), Anno 1876, p. 288, conformi: Corte di Cassazione di Roma, Ud. 8 febbraio 1896, in *Foro it.*, volume XXI, parte II, anno 1896 p. 154, Corte di Cassazione del Regno, Ud. 1° giugno 1928, in *Foro it.*, volume LIII, parte II, anno 1928, p. 361.

<sup>20</sup> Art. 364, *Codice penale per gli Stati di S.M. il Re di Sardegna*, (di seguito Cod. Pen. Sardo-Italiano) Torino, 1859.

l'indirizzo oggettivo, ma dall'altro il concetto di bene giuridico collettivo si presta ad una maggiore commistione tra diritto e morale con la conseguente punibilità di una condotta che non arreca danno se non la frustrazione di un principio (quello della verità e giustizia nei processi) che ha una forte connotazione etica. Il tema è controverso e la fattispecie in esame è stata scelta proprio per evidenziare quella reciproca influenza tra i due grandi indirizzi (soggettivo ed oggettivo) nella quale l'offensività non riesce sempre a fungere da discriminazione reale, risultando, in qualche occasione, facile mezzo per dare veste oggettiva ad un indirizzo politico-criminale di retaggio ancora soggettivo. La sentenza supera il problema.

Il giudice infatti, ribadendo una irrinunciabile distinzione tra diritto e morale (le influenze soggettive sono del tutto assenti a quanto pare), pretende l'accertamento di una *vis offensiva* (almeno in termini potenziali di pericolo) poiché la condotta immorale non è punibile in quanto tale.

Anche nel caso della falsa testimonianza, in cui abbiamo visto come la norma sia ancora più netta nell'ignorare completamente la *vis offensiva* (fatta salva la possibile offesa di un bene giuridico collettivo i cui limiti abbiamo appena evidenziato) della condotta, la giurisprudenza si orienta comunque in modo diverso; in questo caso il magistrato non accetta una forzatura interpretativa per punire come offensivo un comportamento che, di fatto, manifesta un'immoralità.

Non si tratta di casi isolati o geograficamente circoscritti, la Corte d'Appello di Trani nel marzo del 1876 aveva svolto la stessa valutazione in materia di falso in atto pubblico, regolamentato dagli artt. 341 e ss. Cod. Pen. Sardo-Italiano<sup>21</sup>, sostenendo che il falso in atto pubblico non può essere punito ove manchi «*il danno almeno potenziale*<sup>22</sup>»; è anche il caso di notare che quest'ultima sentenza viene riportata come conferma di un principio già costantemente affermato dalla *sapienza* romana, della *Lex Cornelia de falsis* che recita:

<sup>21</sup> Art. 341, Cod. Pen. Sardo-Italiano, cit.: «Ogni funzionario, notaio od altro ufficiale pubblico, che nell'esercizio delle sue funzioni ha commessa in atti pubblici una falsità o con false sottoscrizioni o falsa data, o con alterazioni di atti, di scritture o di sottoscrizioni, o con supposizione di persone o con scritture fatte o inserite in registri od altri atti pubblici dopo la loro formazione o chiusura, sarà punito colla pena dei lavori forzati a tempo. Se fu solamente alterata la data, e l'alterazione non ha per oggetto il favore o il danno dei terzi, la pena sarà della reclusione, estensibile ad anni sette e potrà anche essere ridotta al carcere secondo le circostanze.»

<sup>22</sup> Corte d'Appello di Trani, marzo 1876 (senza data), in *Foro it.*, cit., p. 310, conforme Corte di Cassazione di Roma, Ud. 07 novembre 1908, in *Foro It.*, Volume XXXIV, parte II, 1909, p. 15-16, Id, Corte di Cassazione di Roma, Ud. 10 novembre 1908, pp. 175-179.

Nominis mutatio sine fraude non est illicita; nullum falsum nisi nocivum<sup>23</sup>.

L'orientamento della magistratura non è però stabile. In un provvedimento del gennaio 1877, della Cassazione di Palermo, in tema di falso sostanziale in atto pubblico nullo per vizio di forma, si afferma la punibilità della condotta. Questa decisione sembrerebbe andare in direzione soggettiva, giacché non sembra ravvisarsi alcun danno a terzi in un falso all'interno di un atto nullo e quindi improduttivo di effetti. La ragione della scelta della Corte è sempre l'ispirazione alla tradizione giuridica romana portata avanti dalla dottrina italiana, *tenetur poena legis Corneliae, etiam si legatum inutile sit*,<sup>24</sup>; apparentemente sembrerebbe che quest'ultimo brocardo contraddica quello precedente: che senso può avere sostenere la punibilità *etiam si legatum inutile sit*, a fronte del fatto che *nullum falsum nisi nocivum*? La risposta viene fornita proprio dal concetto di *nocivum*, ovvero dal danno. Il fatto che la falsificazione ricada su di un atto che non spiega effetti perché nullo, non comporta automaticamente che non sia stato offeso alcun bene giuridico, almeno questa è la spiegazione sulla quale i giudici di Palermo fondano la propria decisione, utilizzando di fatto una motivazione che ritorna subito sul predominio del danno rispetto alla volontà:

(...) posciachè, se la giurisprudenza delle corti ha ritenuto punibile questo falso pure nei casi di nullità per forma estrinseca, mentre un danno sempre ne consegue, se non altro quello di essere lesa la fede pubblica, di dover subire un giudizio ed altre conseguenze che rendono la possibilità sufficiente ad essere punibile il falso, per più grave ragione è criminoso e punibile quello che riguarda la sostanza delle convenzioni<sup>25</sup>.

Con una argomentazione che pare quasi forzata si riconduce la disposizione di legge sempre e comunque ad una teoria generale del reato per cui la condotta inoffensiva non può essere punita, i beni giuridici offesi sarebbero la *fede pubblica* ed il diritto di non dovere *subire giudizi*. Ad opinione del collegio, questo *diritto a non dovere subire giudizi*, sarebbe leso, ogni qual volta un'azione comporti il rischio che un soggetto venga ingiustamente in un futuro prossimo sottoposto ad un giudizio. La definizione di un simile bene giuridico presenta tali e tanti elementi di incertezza e di futuribilità da risultare quanto meno forzata. Anche per tale

<sup>23</sup> Il riferimento è tratto da *Foro it.*, cit., p. 311 dove viene richiamata anche la dottrina.

<sup>24</sup> *Foro it.*, Volume II – parte II, 1877, p. 90.

<sup>25</sup> Corte di Cassazione di Palermo, Ud. 11 gennaio 1877, in *Foro it.*, cit., p. 89.

ragione il commento alla sentenza è parzialmente critico. L'autore infatti in un primo momento definisce in termini generali il reato di falso in atto pubblico come un «*reato sociale, dal quale emerge l'offesa ad un diritto universale, alla pubblica fede*» precisando che «*alla sua punibilità è necessario sempre il danno, se non effettivo almeno potenziale*», dando così una lettura che sembrerebbe avallare l'orientamento dei giudici, nel caso specifico poi però aggiunge:

E per conseguenza in questo caso manca quella lesione del diritto, quella offesa alla pubblica fede, quella potenza di nuocere che danno essenza al titolo di reato in parola.

Né questi sono principi i quali nelle loro pratiche conseguenze possano mai far dubitare<sup>26</sup>.

In sostanza l'autore del commento, pur riconoscendo validità all'offesa alla pubblica fede, pur ammettendo che anche un'azione che non offende il singolo può essere punita sempre e comunque in ragione di una *offensività sociale o collettiva*, manifesta una critica sostenendo che l'atto nullo per vizio di forma non può integrare nemmeno questo tipo di offesa. Pertanto non ritiene possa turbare la collettività. Ciò che però manca di spiegare è la ragione che lo conduce a simili conclusioni. Non viene infatti precisato perché nel caso di specie la collettività non possa sentirsi *offesa*. Naturalmente non è di particolare interesse la risoluzione di un singolo caso processuale se non in funzione del fatto che fornisce esempi di orientamenti e meccanismi interpretativi e teorici di carattere generale. In questo caso possiamo notare una visione comune, tanto nei giudici quanto nell'autore del commento della sentenza: l'offensività è certamente alla base della pena, anche se non sempre appare chiaro cosa renda una condotta offensiva, quale sia il discrimine certo e generale per distinguere una condotta offensiva da una inoffensiva. Una condotta *deve* offendere per poter essere punita. Il corsivo è d'obbligo poiché in verità possiamo notare come, in casi come questo, i magistrati, attraverso qualche distorsione interpretativa, definiscono offensiva una condotta che emerge prepotentemente solo come immorale. Da questo nasce la divergenza interpretativa con l'autore del commento il quale condivide l'impostazione teorica ma rifiuta di riconoscere che un falso in un atto, che è già nullo per vizio di forma, possa ledere la pubblica fede. Significativamente Meccacci non menziona nemmeno il teorico danno del rischio di un futuro processo ingiusto. Se ne può dedurre che questo è uno di quei casi in cui il giudice sente di dover punire una condotta che

---

<sup>26</sup> F. MECCACCI, in *Foro it.*, cit., p. 89-90.

rileva per la mancanza di etica che la caratterizza ma si sforza di individuare una qualche *vis offensiva*. Un giudice diviso tra una razionalità oggettiva ed un'emozionalità soggettiva.

Ancora sul tema del falso inoffensivo la Corte di Cassazione di Roma ebbe a giudicare l'8 maggio 1889 sul caso del notaio Lombardini che aveva redatto un *istromento di vendita* di un fondo in cui il marchese Rappini acquistava il dominio utile di un fondo dai fratelli Crescenzo, Maria Francesca e Caterina Rossi oltre che dalla di loro madre Geltrude tutti e quattro inseriti in atti nonostante in realtà al momento del rogito la madre fosse già defunta. Il tribunale assolveva il notaio sul presupposto che il falso non aveva ingenerato alcun *danno reale*. Il pubblico ministero ricorre in Cassazione. Tralasciando le motivazioni che sostengono l'esistenza di un danno privato per i potenziali eredi, che non hanno rilievo ai nostri fini, è invece estremamente indicativa la seconda doglianza

Che vi ha danno pubblico per la offesa alle guarentigie dell'autenticità dell'atto notarile<sup>27</sup>.

In questo punto è chiara l'intenzione della pubblica accusa: un falso in atto notarile va comunque punito perché comunque arreca un'offesa ad un bene giuridico collettivo che si estrinseca in un *danno pubblico* consistente nell'*offesa alle guarentigie* dell'atto notarile. La suprema Corte rigetta il ricorso con questa motivazione:

Crede da ultimo il pubblico ministero che nell'atto pubblico è punibile ogni alterazione per l'offesa che si porta alle guarentigie dell'autenticità dell'atto. Ma questa pretesa differenza fra l'atto pubblico e il privato circa gli elementi costitutivi del falso non esiste. Vi è danno pubblico per la offesa alla guarentigia dell'autenticità quando l'alterazione può recare lesione all'interesse pubblico e non già quando l'alterazione è puramente innocua<sup>28</sup>.

La Corte di Cassazione, sulla base di un'applicazione rigorosa del principio di offensività, non ritiene offeso alcun bene giuridico, nemmeno collettivo.

Con l'avvento del Codice Zanardelli il reato di falso in atto pubblico viene regolamentato dagli artt. 275 e ss., l'art. 278 riguarda la fattispecie del falso in atto pubblico commesso da soggetto diverso dal pubblico ufficiale:

<sup>27</sup> Corte di Cassazione di Roma, Ud. 8 maggio 1889, in *Foro It.*, Volume XIV, parte II, 1889, p. 235.

<sup>28</sup> *Id.*, p. 237.

Chiunque non essendo pubblico ufficiale, commette una falsità in atto pubblico con i modi indicati dall'art 275, è punito con la reclusione da tre a dieci anni; e, se l'atto faccia fede per legge sino a querela di falso, la reclusione non può essere inferiore ai cinque anni. Se la falsità si commetta nella copia di un atto pubblico, sia supponendone l'originale, sia formandola diversa dal vero, sia alterando una copia vera, la pena è della reclusione da uno a cinque anni; se l'atto faccia fede per legge sino a querela di falso, la reclusione non può essere inferiore a tre anni<sup>29</sup>.

A differenza del falso in scrittura privata, a proposito del quale l'art. 280 richiedeva che, per la consumazione del reato, la scrittura falsa venisse utilizzata, in questo caso è sufficiente la falsificazione dell'atto pubblico. La Corte di Cassazione di Roma all'udienza del 21 maggio 1894<sup>30</sup> infatti, esaminando un caso di falsificazione di cambiale (equiparata ad atto pubblico per la grande importanza ad essa riconosciuta in diritto commerciale), avrà a dire:

Ben è vero che, per l'esistenza del reato, non è necessario l'uso effettivo dell'atto falsificato trattandosi di atto pubblico o di scrittura equiparata all'atto pubblico, nel quale il momento consumativo del reato consiste nella materiale falsificazione dell'atto stesso o della scrittura per grave danno sociale che può derivarne (...) <sup>31</sup>.

Ancora una volta la lettura interpretativa della norma riconduce la pena ad una *offesa* che, in questo caso, non è concreta e legata alla violazione di un bene giuridico individuale, quanto piuttosto collettiva (*grave danno sociale*) e solo potenziale. L'orientamento della giurisprudenza in materia non è sempre coerente, infatti, meno di un anno dopo, il 20 marzo 1895<sup>32</sup>,

<sup>29</sup> *Codice Penale per il Regno d'Italia*, Roma, 1889.

<sup>30</sup> Corte di Cassazione di Roma, Ud. 21 maggio 1894, in *Foro It.*, Volume XIX, parte II, 1894, p. 409.

<sup>31</sup> *Id.*, p. 410, conformi: Corte di Cassazione di Roma, Ud. 19 febbraio 1898, in *Foro It.*, Volume XXIII, parte II, 1898, p. 263-264, *Id.*, Corte di Cassazione di Roma, Ud. 10 gennaio 1898, p. 303; Corte di Cassazione di Roma, Ud. 04 maggio 1921, in *Foro It.*, Volume XLVI, parte II, 1921, p. 243; Corte di Cassazione di Roma, Ud. 31 luglio 1916, in *Foro It.*, Volume XLII, parte II, 1917, p. 104; Corte di Cassazione di Roma, Ud. 12 aprile 1923, in *Foro It.*, Volume XLVIII, parte II, 1923, p. 226; Corte di Cassazione di Roma, Ud. 22 giugno 1927, in *Foro It.*, Volume LII, parte II, 1927, p. 309-310; *Id.*, Corte d'Appello di Roma, Ud. 22 luglio 1927, pp. 331-332; Corte di Cassazione del Regno, Ud. 22 giugno 1928, in *Foro It.*, Volume LIV, parte II, 1929, pp. 20-22, *Id.*, Tribunale di San Remo, Ud. 20 aprile 1929, pp. 172-176.

<sup>32</sup> Corte di Cassazione di Roma, Ud. 20 marzo 1895, in *Foro It.*, Volume XX, parte II, 1895, p. 394; conforme: *Id.*, Corte di Cassazione di Roma Ud. 18 luglio 1894, p. 410.



sempre la Corte di Cassazione di Roma, a proposito di falsificazione della data di una cambiale, annulla senza rinvio una sentenza di condanna della Corte d'Appello di Genova sul presupposto che:

I giudici del merito, preoccupati più della moralità che dell'obiettività giuridica del fatto, colpirono con la pena irrogata soltanto l'intendimento criminoso; poiché, esplicitosi esso in un atto irrilevante, ed inefficace, non poté conseguire consistenza giuridica. Or all'esistenza del reato di falso non può bastare l'intenzione di colui che ha formato od alterato l'atto impugnato di falso di arrecar danno; ma occorre che l'atto sia capace di produrlo<sup>33</sup>.

Che fine ha fatto il *grave danno sociale* derivante dalla mera falsificazione e che prescinde da qualunque danno concreto essa abbia prodotto o possa produrre? Come è evidente, a fronte di una teoria oggettiva o dell'offesa unanimemente accettata e condivisa, la declinazione concreta nelle aule giudiziarie è mutevole tanto più per la vaghezza di questi beni giuridici collettivi la cui definizione è tutt'altro che univoca.

Altra fattispecie di reato che si presta ad una riflessione in materia di offensività è l'apologia. L'art 247 del codice Zanardelli dispone:

Chiunque, pubblicamente, fa l'apologia di un fatto che la legge prevede come delitto, o incita alla disobbedienza alla legge, ovvero incita all'odio fra le varie classi sociali in modo pericoloso per la pubblica tranquillità, è punito con la reclusione da tre mesi ad un anno e con la multa da lire cinquanta a mille<sup>34</sup>.

Il testo della norma rende assolutamente evidente che non è necessario che l'incitamento abbia un effetto o che ad esso segua una qualche reale disobbedienza alla legge, è sufficiente che la condotta sia idonea a mettere in pericolo la pubblica tranquillità. È questo il bene giuridico che viene *offeso latu sensu* giacché in effetti non viene lesa ma semplicemente messo in pericolo. Perfettamente coerente con questa lettura la decisione della Corte di Cassazione di Roma che il 6 giugno 1894<sup>35</sup> confermerà la condanna di Isidoro Spigno, Domenico Carengo, Edoardo Ardisson e Giovanni Bernasconi che il 7 gennaio di quell'anno avevano intonato il *canto sedizioso* «Inno dei lavoratori» di Turati. La corte nelle sue motivazioni scrive

<sup>33</sup> ID., p. 395, conforme Corte di Cassazione di Roma Ud. 5 novembre 1897, in *Foro It.*, Volume XXIII, parte II, 1898, p. 56.

<sup>34</sup> *Codice Penale per il Regno d'Italia*, cit.

<sup>35</sup> Corte di Cassazione di Roma, Ud. 06 giugno 1894, in *Foro It.*, cit., p. 466.

Attesochè, a costituire il reato di eccitamento all'odio fra le varie classi sociali di cui all'art. 247 cod. pen., non si richiede già che l'eccitamento abbia conseguenze di fatto, cioè sia efficace e ottenga effetti reali e positivi; basta che l'azione sia tale per se stessa da eccitare, e che contenga la possibilità di turbare la pubblica tranquillità. La lettera e lo spirito della legge ciò appalesano<sup>36</sup>.

Ebbene sia la norma che la sentenza ci dicono che si sta punendo una condotta perché offensiva di un bene giuridico collettivo consistente nella *pubblica tranquillità* e che questa offesa può concretizzarsi semplicemente mettendo in pericolo il bene giuridico anche senza una sua lesione effettiva. In base a questo assunto potremmo dire di essere di fronte ad un esempio lapalissiano del principio di offensività che consiste appunto nella messa in pericolo di un bene giuridico collettivo. Eppure, a ben vedere, nel caso concreto questa elaborazione teorica sembra celare altro. Una lettura più disincantata di questo caso (ma furono moltissimi, e la sorte di questa figura di reato in epoca fascista è indicativa a questo proposito<sup>37</sup>) ci porta a vedere una fattispecie normativa che, almeno quando parla di odio tra le classi sociali, di fatto punisce un pensiero, un'ideologia. Ne discende che ad essere punita è una *voluntas* che si manifesta, ma non potendo accettare, sotto il profilo teorico-donnatico, la punibilità di un atto che rileva solo per la sua immoralità (intesa in senso laico di opposizione allo Stato), la risposta del legislatore, e dei giudici, è quella di utilizzare una categoria assolutamente vaga come il bene giuridico collettivo così da potervi forzatamente condurre all'interno condotte formalmente offensive e sostanzialmente immorali<sup>38</sup>.

### 3. *Offensività e reato putativo ed impossibile*

Nel codice penale Sardo-Italiano così come in quello del 1889<sup>39</sup> non esiste un articolo che tipizzi il reato impossibile, che viene regolamentato

---

<sup>36</sup> *Ibidem*.

<sup>37</sup> In merito agli stravolgimenti ed al grande utilizzo del reato apologetico in epoca fascista a scopo politico vedi J. C. S. TORRISI, *Il Tribunale Speciale per la Difesa dello Stato*, cit., pp. 105, e ss.

<sup>38</sup> Sulla teoria dell'offensività formale, vedi *infra*, cap. 2, § 8, pp. 103 e ss.

<sup>39</sup> Vedi C. FIORE, *Il reato impossibile*, cit., p. 16, nota 1. Per un approfondimento sul tema vedi G. PELUSO CASSESE, *Reato putativo e reato impossibile*, Napoli, 1924.

per la prima volta con una disposizione ad hoc solo nel codice Rocco<sup>40</sup>. Nonostante tale mancanza il problema dell'impossibilità giuridica è comunque oggetto di analisi in dottrina e le sue refluenze in materia di offensività sono evidenti. Pur in assenza di un articolo omologabile all'attuale articolo 49 cod. pen. la migliore dottrina italiana analizzò comunque l'istituto congiuntamente a quello del delitto tentato e, di fatto, anticipò le disposizioni codicistiche introdotte successivamente da Rocco<sup>41</sup>. Per comodità espositiva si è scelto di trattare il tema del reato impossibile separatamente da quello del tentativo.

Nel già citato lavoro del 1912 sul reato impossibile, Valsecchi fornisce una definizione generale del rapporto tra diritto e morale che in qualche modo media tra i due indirizzi principali. Serve precisare che non sempre questa impostazione generale verrà dall'autore declinata in maniera coerente nel corso della trattazione:

La società politicamente organizzata non abbisogna di tutta la morale: un popolo di eroi e di virtuosi potrà essere desiderabile per uno Stato, ma lo Stato non potrà pretenderlo. Egli dovrà limitare la sua pretesa all'osservanza da parte dei consociati del minimo etico necessario alla convivenza sociale e accompagnare di sanzione penale solo la inosservanza di questo minimo, per modo che tutto ciò che è diritto (ed in particolare diritto penale) è anche, nel contempo, e dev'essere intimamente e profondamente morale; per converso, tutto ciò che è morale non è, né può essere sempre, solo perché tale, diritto<sup>42</sup>.

In queste parole introduttive la dimensione etico morale nel diritto viene fortemente ridimensionata ma non espunta totalmente. Quale diretta conseguenza comporta una simile impostazione logica in tema di offensività? Da questo interrogativo più generale ne discendono altri più specifici: un soggetto che creda erroneamente di violare la legge tenendo in realtà una condotta perfettamente lecita va punito? Un soggetto che tenta di compiere un reato impossibile (valga l'esempio di scuola dell'accoltellamento del cadavere) va punito? Ove si opti per la punibilità, in questi casi la pena è

<sup>40</sup> V. SERIANNI, *Reato impossibile e reato putativo*, (voce), in AA. VV., *Enciclopedia Giuridica*, Roma, 2007.

<sup>41</sup> La cosiddetta concezione realistica del reato per il cui approfondimento si rinvia a O. VANNINI, *Il valore del pericolo nel tentativo*, cit., pp. 174 e ss; F. ALIMENA, *La questione dei mezzi inidonei nel tentativo – contributo alla teoria del conato criminoso*, Roma, 1930; F. BENEVOLO, *Il tentativo nella dottrina, nella legge e nella giurisprudenza*, Torino, 1887. Tra i contemporanei che trattano il tema anche sotto un profilo storico vedi, G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, cit., pp. 1 e 9.

<sup>42</sup> W. VALSECCHI, *Del reato putativo*, cit., p. 7.

conseguenza di un'azione inoffensiva e solo manifestamente malvagia oppure dobbiamo considerare offeso un qualche bene giuridico? E se sì, quale?

Valsecchi gradua l'immoralità da un livello minimo ad uno massimo che chiama *antisocialità*, ma ritiene che nemmeno di fronte a condotte antisociali sia giustificabile lo strumento della pena:

Così esemplificando, niuno vorrà negare il carattere antisociale dell'attività dispiegata da colui, che, sorpreso il nemico sul letto, lo pugnala, credendo che ei dorma, mentre giace cadavere per paralisi. Non è, né può dirsi attività criminosa, in quanto non conduce ad alcun crimine, e non giustifica, sia detto anche questo in anticipo, l'impiego di mezzi repressivi, che è quanto dire della pena. D'altro lato, non sempre l'attività dispiegata dall'autore di un reato putativo è antisociale, potendo essere, per la sua graduabilità, immorale od anche semplicemente amorale, e non giustificare neanche l'impiego di mezzi preventivi, bastando la semplice disapprovazione morale<sup>43</sup>.

Già in questi primi passi emerge una qualche incoerenza. Nella parte generale l'autore teorizza la sanzionabilità di quei comportamenti che violino il *minimo etico necessario alla convivenza sociale* il che parrebbe integrare una concezione di stampo soggettivo che punisce una condotta immorale in quanto una *moralità minima è necessaria* all'esistenza della società; l'offensività non sembra trovare spazio in un'impostazione simile. La società richiede una moralità minima e punisce la mancanza di essa. Quando poi però si addentra nella riflessione sul reato putativo ribalta il ragionamento considerando non punibile una condotta che supera quel minimo etico integrando addirittura il più alto grado di immoralità, l'*antisocialità*. Ebbene, Valsecchi afferma che non siamo davanti ad un'attività criminosa semplicemente perché non può esserci crimine dove non c'è un *reato effettivo, previsto e punito, come tale e perché tale*; quest'ultima definizione è tautologica ma a rendere effettivo un reato non può essere altro che la lesione del bene giuridico ovvero l'offesa.

L'autore svolge una più generale riflessione in cui evidenzia le lacune degli *oggettivisti* i quali, nel definire la pena come un mezzo di difesa contro il *male del delitto*,<sup>44</sup> sembrano non risolvere (o meglio ignorare) la questione del reato putativo e del delitto impossibile. Infatti una simile lettura di fatto finisce per basare l'assenza di pena alla *fortuna* del soggetto agente. Valsecchi parla proprio di fortuna quando descrive il caso di scuola

---

<sup>43</sup> Id., p. 51.

<sup>44</sup> Id., p. 167, però la definizione è una citazione da G.D., ROMAGNOSI, *Genesi*, cit., § 747.

dell'accoltellamento del cadavere. In questo esempio l'unica ragione per cui l'agente eviterebbe la pena consiste nella fortuna di aver accoltellato, senza essersene accorto, un altro soggetto già morto. Non mancano critiche anche ai *soggettivisti*, rei di voler sottoporre a pena comportamenti che, secondo l'autore, giustificano solo una misura di prevenzione. Ma è interessante anche notare come Valsecchi definisca soggettiva la teoria secondo cui:

(...) ciò che turba la sicurezza sociale non è solo ciò che è realmente causale, capace cioè, di produrre certi effetti delittuosi, ma anche ciò che semplicemente sembra causale all'autore, senza che in realtà lo sia. Basta difatti riflettere alla inquietudine, alla preoccupazione che desta in noi il sapersi nella stessa convivenza e nelle stesse condizioni di libertà con individui che macchinano il male, che attentano ai nostri beni più preziosi, che ne hanno dimostrato l'attitudine<sup>45</sup>.

In verità, a parere di chi scrive, la definizione appena citata che Valsecchi indica come *soggettiva* è invece un esempio plastico di quella contaminazione degli indirizzi di cui si è già avuto modo di parlare<sup>46</sup>. Basti guardare a questa definizione che pur parlando di *male*, con un evidente richiamo alla dimensione etica piuttosto che a quella del danno, riconduce comunque la pena al *turbamento della sicurezza sociale* concetto quanto mai vicino a quello di bene giuridico collettivo che, qui possiamo confermare, si dimostra strumento concettuale utilissimo per introdurre la morale dentro l'indirizzo oggettivo. Con un'espressione forse troppo sintetica potremmo dire che il *turbamento*<sup>47</sup> della sicurezza sociale, di fatto è un bene giuridico collettivo la cui lesione è immorale, quindi la pena punisce un comportamento che in quanto immorale è anche offensivo.

Non volendo assolutamente racchiudere in queste poche parole il senso della riflessione sviluppata fino a questo punto, non si può però non rilevare come, nell'elaborazione dottrinarina ottocentesca, specie in quella italiana, è facile trovare definizioni che in qualche modo aprono contemporaneamente ad entrambi gli indirizzi. Quella appena citata è una di esse. È appena il caso di notare come Valsecchi stesso riconosca l'indirizzo oggettivo come

<sup>45</sup> *Ibidem*.

<sup>46</sup> Tra gli esponenti della dottrina tedesca che si cimentarono in questo lavoro di mediazione tra gli indirizzi citiamo, R. FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz*, Tübingen, 1924, p. 90; H. MEZGER, *Diritto penale (Strafrecht)*, Padova, 1935, p. 414.

<sup>47</sup> Sul concetto di turbamento in relazione all'offesa vedi anche F. ANTOLISEI, *L'offesa e il danno, cit.*, p. 78.

assolutamente prevalente in Italia.

Del resto, anche nelle parole di Carmignani era emersa questa contaminazione:

La forza fisica dei delitti consiste nel danno sociale<sup>48</sup>

Seminara cita questo passo di Carmignani proprio parlando di reato putativo. Nella sua ricostruzione del reato putativo Carmignani dimostra come ogni valutazione risulti *affatto inutile* quando manchi «*il danno alla società, il subietto cioè, dietro il quale si possa istituire un giudizio intorno alla pravità dell'intenzione*<sup>49</sup>».

Un caso concreto in cui il tema si manifesta in modo particolarmente evidente è la corruzione di minore.

Previsto all'interno dei reati contro il buon costume, il reato di corruzione di minore era regolamentato dall'art. 421 cod. pen. Sardo-Italiano<sup>50</sup>. Tralasciando la questione della prostituzione, il nucleo centrale della norma, ovvero la *corruzione*, sembrerebbe rinviare direttamente ad una dimensione morale ove viene penalmente perseguito un comportamento che appare più come un peccato che non come la lesione di un bene giuridico. In realtà la rubrica stessa del titolo «*Dei reati contro il buon costume*» individua invece un bene giuridico collettivo o sociale consistente nella morigeratezza dei costumi. Abbiamo già accennato come un simile bene giuridico, per la sua stessa conformazione, sia sfuggente e ogni tentativo di una sua definizione compiuta tenda a sfociare in una dimensione morale. Infatti possiamo notare che anche in un caso simile, l'impostazione del codice opta apertamente per una costruzione in chiave offensiva, almeno dal punto di vista formale. La corruzione di minore è penalmente rilevante non perché immorale ma perché offensiva di un bene giuridico preciso: *il buon costume*. È appena il caso di notare però che, seguendo un'impostazione simile si potrebbero, per assurdo, ricondurre al novero dell'offesa ai beni giuridici anche le mere manifestazioni di *mala voluntas* ove ad esempio si prendesse in considerazione la pubblica moralità come bene giuridico. Come già chiarito

<sup>48</sup> G. CARMIGNANI, *Elementi*, cit., p. 88, il passo è citato in S. SEMINARA, *Il delitto tentato*, cit., p. 18.

<sup>49</sup> *Ibidem*.

<sup>50</sup> Art. 421 Cod. Pen. Sardo-Italiano, cit.: «*Chiunque avrà eccitato, favorito o facilitato la corruzione di persone dell'uno o dell'altro sesso, minori degli anni ventuno, e chiunque le avrà indotte alla prostituzione, sarà punito col carcere non minore di tre mesi, estensibile a tre anni. Se la prostituzione o la corruzione avrà avuto luogo in una persona che non abbia ancora compiuto gli anni quindici, il colpevole sarà punito col carcere non minore di due anni, e col maximum di detta pena quando il reato avesse il carattere di abituale ed infame traffico.*»

in precedenza, si tratta semplicemente di un'impostazione dommatica le cui conseguenze non sono sempre coerenti. Possiamo dire che, nell'esperienza codicistica presa in esame, seppur in presenza di un'impostazione oggettiva, la *dimensione morale* trova comunque degli spazi. Tema ben più controverso è la natura di questa dimensione morale. È estremamente difficile dare una definizione generale di questa dimensione. Infatti, le singole fattispecie in alcune occasioni sembrano rendere più evidente la componente volontaristico-morale del reato, in altre meno. Anche la giurisprudenza, lo abbiamo già notato appare contraddittoria in merito.

La Corte di Cassazione di Torino nel febbraio del 1886 conferma la condanna ad un soggetto il quale, accusato di corruzione di minore, aveva impostato la propria linea difensiva sul presupposto che il reato non si poteva considerare consumato in ragione del fatto che la minore in questione era già corrotta. Nel commento alla sentenza (non firmato) si legge:

La suprema Corte osservò che ai sensi della sua giurisprudenza questa circostanza non fa venir meno «l'offesa della pubblica onestà, il danno che ne risente il consorzio sociale e la violazione della legge stessa che favorendosi e facilitandosi la continuazione del libertinaggio con atti tendenti a rendere più disagiata il ritorno alla via del pentimento; che niuna distinzione su tale materia trovasi nella legge per cui debba farsi differenza nelle giovani minorenni tra le oneste e le pervertite, non proponendosi il legislatore altro scopo che proteggere il buon costume e di difendere quelle che versano in età minorile dalle seduzioni di coloro che le eccitano alla dissolutezza o che influiscano a che addivengano con infami arti vieppiù depravate e che non facciano ritorno ad abitudini oneste<sup>51</sup>.

Prescindendo per un attimo dalla connotazione morale che questa offesa riveste (con tutte le contraddizioni sopra evidenziate) è evidente come il giudice di Cassazione adotta il principio di offensività come presupposto indefettibile della pena. La decisione è tanto più interessante in quanto evidenzia un'impostazione metodologica imperniata sull'offensività utilizzata, nel caso di specie, per la punizione di una condotta la cui illiceità ha un'origine evidentemente morale. Guardando infatti alla norma in esame notiamo che la corruzione di minorenni non è legata solo allo sfruttamento della prostituzione né si integra solo in caso di violenza, l'oggetto del reato è la violazione della virtù, dell'*onestà*. Ebbene che una simile fattispecie criminale abbia l'evidente scopo di perseguire un comportamento

<sup>51</sup> Corte di Cassazione di Torino, Ud. 24 febbraio 1886, in *Foro It.*, Volume XI, parte II, 1886, p. 192.

immorale pur prescindendo da un'effettiva lesione sembra insito nella lettera stessa della legge. L'intera costruzione della sentenza in esame però raggiunge il risultato paradossale di punire prescindendo dal danno (la corruzione della minorenni già corrotta dovrebbe essere considerata alla stregua di reato impossibile per mancanza dell'oggetto) ma affermando contemporaneamente un'impostazione oggettiva fondata sull'offensività mediante la teorizzazione, non priva di una qualche forzatura, della lesione di un bene giuridico collettivo: *l'offesa della pubblica onestà, il danno che ne risente il consorzio sociale*.

Con l'avvento del codice Zanardelli il reato di corruzione di minore viene delineato dalle disposizioni dell'art. 335 che sancisce:

Chiunque, mediante atti di libidine, corrompe una persona minore dei 16 anni è punito con la reclusione sino a trenta mesi e con la multa da Lire cinquanta a millecinquecento.

Se il delitto sia commesso con inganno, ovvero se il colpevole sia un ascendente della persona minore o se a lui fu affidata la cura, l'educazione, l'istruzione, la vigilanza o la custodia, anche temporanea, di essa, la pena è della reclusione da uno a sei anni e della multa da Lire cento a tremila.

La nuova norma riprende essenzialmente il dettato della precedente con la sola specificazione degli *atti di libidine* e con l'utilizzo del mero termine «*corrompe*» in luogo di «*avrà eccitato, favorito o facilitato la corruzione*<sup>52</sup>» tanto che lo stesso Zanardelli, nella sua relazione al codice, fa espresso riferimento solo all'abbassamento dell'età minima a sedici anni<sup>53</sup>.

Andando ad un altro caso pratico, la Corte di Cassazione di Roma, il 24 maggio 1890 si trova a giudicare il caso di Giulio Folletti e Luigi Gatti, condannati dal Tribunale di Piacenza il 7 febbraio 1889 per aver «corrotto» la minorenni Filomena Poggi. I due ricorrono sul presupposto che la Poggi era già stata corrotta dal padre in precedenza e, pertanto:

(...) gli atti lascivi commessi poi da Folletti e dal Gatti non avevano potuto ulteriormente peggiorare le sue già guaste condizioni morali<sup>54</sup>.

La Corte rigetterà il ricorso per motivi procedurali in quanto fondato su

<sup>52</sup> *Codice Penale per il Regno d'Italia*, cit.

<sup>53</sup> G. ZANARDELLI, *Relazione a S.M. il Re del Ministro Guardasigilli (Zanardelli) nell'udienza del 30 giugno 1889, per l'approvazione del testo definitivo del Codice Penale*, in *Progetti del Codice Penale*, Roma 1889, pp. 132-133.

<sup>54</sup> Corte di Cassazione di Roma, Ud. 24 maggio 1890, in *Foro It.*, Volume XV, parte II, 1890, p. 406.



fatti che non erano stati enunciati nel grado di merito, ma ciò che interessa ai nostri fini è la valutazione sul tema della corruzione fatta dai giudici del Supremo Collegio che, ancora una volta, non riesce del tutto ad evitare contaminazioni di tipo morale nella propria valutazione sulla fattispecie di reato:

Che, senza dubbio, la corruzione può aversi intera per atti di libidine, allorché questi, per la loro natura precocemente schiudono tutti gli orizzonti dell'immoralità all'animo di una persona minore di 16 anni; ma può in principio non essere completa; può avere il suo graduale crescendo fino al totale naufragio del senso morale, perché gli atti corrompitori possono servire in tempi diversi per l'opera esiziale di più persone e con progressività progrediente. Allora chi completa la rovina dell'innocenza e della virtù non è meno colpevole di colui che l'ha iniziata. Però, se la persona minore fosse già pervenuta alla totale corruzione, qualunque altro contatto libidinoso con lei non renderebbe il suo autore responsabile di ulteriore corruzione, perché egli non demoralizzerebbe chi già aveva fatto strazio della morale, ma porgerebbe il labbro consapevolmente e senza ritegno ad una coppa avvelenata<sup>55</sup>.

Essenzialmente coerente con il precedente già citato (ma anche con diversi altri precedenti<sup>56</sup>) questa sentenza ribadisce il concetto che ove la minore sia già del tutto corrotta non può esserci corruzione e quindi pena. Provando a dare una lettura critica della sentenza in esame possiamo dire che i giudici non ritengono offeso il bene giuridico dell'onestà ove questo sia già stato distrutto in precedenza. Una simile lettura restituisce il quadro di un collegio giudicante che sposa totalmente l'indirizzo oggettivo: il soggetto che commette consapevolmente la condotta vietata dalla legge in spregio delle norme non può essere punito ove il bene giuridico non sia più esistente<sup>57</sup>. Siamo però sempre su di una adesione assolutamente formale all'indirizzo oggettivo, infatti il bene giuridico preso in esame ha una connotazione strettamente etica, il *danno* consumato è la perdita dell'onestà del soggetto passivo. Questo caso consente una ulteriore valutazione sul tema delle contaminazioni tra gli indirizzi. Infatti possiamo notare come anche un metodo puramente oggettivo che punisce solo in ragione di un'offesa reale ad un bene giuridico può, nei fatti, condurre

<sup>55</sup> *Ibidem*.

<sup>56</sup> Vedi Corte di Cassazione di Torino, 7 dicembre 1887, in *Foro it.*, cit., parte II, Volume XIII, 1888, p. 33; Corte di Cassazione di Torino, 24 febbraio 1886, *Foro it.*, cit., Volume XI, parte II, 1886, p. 192; Corte di Cassazione di Torino, 2 giugno 1886, Id., Repertorio, 1886, voce *buon costume*, nota 15.

<sup>57</sup> Di questo orientamento Corte di Cassazione di Roma, Ud. 23 gennaio 1899, in *Foro it.*, Volume XXIV, 1899, p. 172.

a pena condotte che si estrinsecano in una mera immoralità, e tutto ciò grazie alla vaghezza intrinseca al concetto di bene giuridico. È sufficiente infatti ipotizzare un bene giuridico puramente morale, come quello in esame, e sarà, di conseguenza, possibile punire una condotta immorale *trasformandola* in una condotta offensiva. *Melius*, la stessa condotta può essere punita in un sistema di indirizzo soggettivo perché indicativa di una *volontà prava*, ed in un sistema di indirizzo oggettivo perché lesiva di un bene giuridico puramente morale.

Sul reato putativo e sul tentativo impossibile si esprime anche De Mauro:

La volontà obiettivamente manifestata di commettere un fatto che si crede costituisca reato, ma che effettivamente tale non è, in quanto non esiste la norma che lo caratterizzi antiggiuridico, costituisce l'ipotesi del cosiddetto reato putativo. Con questa qualche volta si fa coincidere l'altra ipotesi del cosiddetto tentativo impossibile, di un reato, cioè, che non è tale perché manca l'obiettività giuridica del fatto, e infine con la ipotesi del delitto frustrato per la inidoneità del mezzo<sup>58</sup>.

In merito alla prima ipotesi, il reato putativo, la spiegazione della sua non punibilità è di un oggettivismo puro: non c'è lesione di alcun bene giuridico perché il bene giuridico che si ritiene leso in realtà non esiste, né è mai esistito e quindi non c'è reato. Anche nella seconda ipotesi la ricostruzione è simile con l'unica differenza che, nel caso di tentativo impossibile, il bene aggredito è un bene giuridico che è esistito ed ha tutela normativa, semplicemente non esiste più nel momento in cui la condotta si concretizza. La visione dell'autore è talmente netta nella sua indifferenza ad ogni manifestazione di volontà che non si traduca in offesa, da contestare, per il reato putativo, anche il semplice utilizzo del termine reato.

(...) io penso che sia erronea anche l'espressione reato putativo: essa vorrebbe esprimere il concetto di un fatto che è reato solo nella volontà dell'agente, ma che manca della sua obiettività giuridica e della norma che lo preveda e lo punisca. Ora, a parte la contraddizione in termini di un reato senza la concezione di un reato intenzionale, che poi non è neanche reato, perché non esiste la norma<sup>59</sup>.

---

<sup>58</sup> G.B. DE MAURO, *Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali*, in *Rivista penale*, Vol. CII, anno 1925, p. 306.

<sup>59</sup> *Ibidem*.

A fronte di affermazioni così nette non è possibile non notare una certa discrasia tra la teoria e la pratica. Se infatti affermazioni come quella di De Mauro sembrano indicare in maniera netta la prevalenza di un indirizzo quale quello oggettivo, la declinazione pratica di questo indirizzo che si ricava dalle sentenze, come si è già avuto modo di accennare, non è così univoca.

Anche Delitala, che considera il danno un elemento essenziale del reato, a proposito del reato putativo fa una prima distinzione tra il reato putativo per erronea supposizione dei fatti (l'esempio di scuola dell'accoltellamento del cadavere) e il reato putativo per l'erronea supposizione della norma penale (inteso come chi ritenga che un determinata condotta sia vietata dalla legge quando invece è lecita). In relazione al secondo caso ribadisce la propria concezione oggettiva:

In questi – i casi di reati putativi per errata supposizione della norma penale (N.d.R.) – se l'illiceità presuppone la norma, è chiaro che l'azione non potrà neppure chiamarsi illecita. Potrà essere moralmente riprovevole, e, se vogliamo, anche sintomaticamente rilevante perché può essere indizio della pericolosità sociale del soggetto, ma non già illecita dal momento che l'agente non era vincolato da nessun obbligo giuridico<sup>60</sup>.

In questa definizione, non solo l'immoralità ma addirittura la pericolosità sociale non sono considerate ragioni giustificative di una pena. L'argomento lambisce il vastissimo tema delle misure di prevenzione che, volutamente, si è scelto di non trattare. E che, come è noto sono argomento dibattutissimo proprio per la loro attitudine a colpire condotte inoffensive. A riprova però della contaminazione presente nelle elaborazioni dottrinarie vediamo come sempre Delitala, nel caso del reato putativo per erronea supposizione dei fatti, invece propende per la punibilità. Infatti l'autore muove dal presupposto che nella rappresentazione del soggetto agente, il precetto normativo viene violato e pertanto la sua condotta è illecita, seppur non anche antiggiuridica (in quanto non concretizza alcun danno) con la conseguenza che la pena è irrogabile. Ma punire una condotta inoffensiva in ragione della mera ribellione del soggetto agente al precetto normativo nei fatti riporta in primo piano la dimensione volontaristica quale discriminante per l'applicazione della pena. Delitala distingue due tipi di condotta:

- a) La condotta di chi ritiene sussistente un precetto giuridico che in realtà non esiste e quindi crede di violare un divieto che non c'è (*reato putativo per erronea supposizione della norma penale*).
- b) La condotta di chi crede di violare un precetto giuridico esistente

<sup>60</sup> G. DELITALA, *Contributo*, cit., p. 294.

ma, per errore sul fatto, in realtà non viola (*reato putativo per erronea supposizione dei fatti*).

Ebbene, la ribellione alle regole è uguale in entrambi i casi, la pericolosità sociale del soggetto che non ritiene di doversi sottoporre al dettato normativo è la stessa. Sono entrambi soggetti che compiono atti inoffensivi, Delitala però considera punibile solo il secondo perché ritiene punibile solo la ribellione inoffensiva ad un precetto giuridico reale. Ecco la contaminazione che, di fatto, punisce una predisposizione della volontà (indice di una visione soggettiva) ma che non considera punibile una *mala voluntas* che non violi un obbligo giuridico. In questo senso, per Delitala, *credere* di ribellarsi allo Stato senza violarne in realtà alcun precetto *non può* giustificare una pena. Questa sorta di graduazione della *mala voluntas* risente di una evidente connotazione oggettiva: la volontà prava va punita purché però abbia dei requisiti oggettivi minimi. Contaminazioni simili di fatto evitano i risultati aberranti a cui ognuno dei due indirizzi condurrebbe se portati alle estreme conseguenze. Più avanti però l'autore afferma, senza chiarire oltre il suo pensiero, che:

L'offesa al bene protetto, condizione di applicabilità della sanzione, deve concettualmente considerarsi (...) quale condizione del torto in generale<sup>61</sup>.

Ciò che non è chiaro è quale dovrebbe esser il bene protetto offeso nel reato putativo per erronea supposizione sui fatti. Delitala cita anche la teoria di Liszt della illiceità *formale e materiale*: la prima si concretizza con la violazione del precetto e la seconda con l'aggressione agli «*interessi vitali dell'individuo o della collettività protetti dalla norma giuridica*<sup>62</sup>», ovvero con l'offesa. Secondo Liszt, infatti, le due illiceità sarebbero collegate tra loro, per cui ledere un interesse materiale giuridicamente è consentito e lecito se non contraddice i fini dell'ordine giuridico o se addirittura risponde a questi fini (pensiamo al caso della lesione personale che il chirurgo inferisce al paziente durante un'operazione o alle percosse date da un esponente della forza pubblica allo scopo di sedare una rivolta o una protesta violenta). Liszt in sostanza identifica la illiceità materiale con l'offesa e la considera elemento costitutivo del torto<sup>63</sup>, in maniera analoga a come Rocco considera il danno e il pericolo di danno (immediato) un

---

<sup>61</sup> Id., p. 319.

<sup>62</sup> Id., p. 296.

<sup>63</sup> *Ibidem*. Sugli stessi temi affrontati da Liszt e Delitala vedi anche, F. ANTOLISEI, *L'offesa e il danno nel reato*, Bergamo, 1930, p. 126.

elemento costitutivo del reato<sup>64</sup>.

Non sempre la giurisprudenza segue impostazioni simili, come nel caso della Corte di Cassazione di Roma che il 21 dicembre 1905 cassa la Sentenza della Corte d'Appello di Messina che aveva condannato tale Antonino Russo per tentativo di subornazione dei fratelli Gaetano e Giuseppe Barone che il Russo credeva (erroneamente) avrebbero dovuto testimoniare contro di lui ad un processo e che invece non furono mai ascoltati e nemmeno indicati come testimoni<sup>65</sup>.

#### 4. *Offensività e reati formali e sostanziali*

Una nota distinzione tra reati formali (intesi come quei reati che si consumano con una mera azione od omissione) e reati materiali (ovvero quelli che si consumano solo se all'azione od omissione faccia seguito l'evento) è quella di Antolisei che appunto considera l'*azione* come un movimento del corpo o l'omissione di un dato atto e l'*evento* come quella modificazione della realtà che deriva dall'azione<sup>66</sup>. La critica al pensiero di Antolisei svolta da Delitala riporta il tema dell'offesa al bene giuridico in primo piano sostanzialmente riconducendo ad un evento e ad un'offesa anche i reati formali. Delitala avvia il proprio ragionamento dalla fattispecie del delitto di attentato al Re, che si consuma nel momento in cui un soggetto compia atti diretti contro il Sovrano<sup>67</sup>. Antolisei riconduceva questa fattispecie ad una azione senza evento da punirsi sul mero presupposto di una sua idoneità oggettiva alla produzione di una futura lesione, quindi un perfetto esempio di reato formale dove l'evento non concorre a giustificare la pena. Delitala invece proprio muovendo dal concetto di atti diretti in senso

<sup>64</sup> A. ROCCO, *L'oggetto del reato*, cit. p. 475.

<sup>65</sup> Corte di Cassazione di Roma, Ud., 21 dicembre 1905, in *Foro it.*, cit., parte II, Volume XXXI, 1906, p. 151.

<sup>66</sup> F. ANTOLISEI, *Reati formali e materiali, reati di pericolo e di danno*, in, *Rivista Penale*, Vol. XXVI, 1922, pp. 5 e 23. Per un approfondimento sulla teoria e sulle elaborazioni più significative di questa come quelle di Carrara, Impallomeni e Manzi, vedi A. SERMONTI, *La figura giuridica del reato formale*, in *Rivista di Diritto e Procedura Penale*, Vol., Anno 1919, pp. 8-41; G. BATTAGLINI, *La distinzione dei reati materiali e formali à ragion d'essere?* in *Rivista Penale*, II, 1925, pp. 312 e ss.

<sup>67</sup> Cod. Pen. Zanardelli, art. 117: «*Chiunque commette un fatto diretto contro la vita, la integrità o la libertà della sacra persona del Re è punito con l'ergastolo.*

*Si applica la stessa pena, se il fatto sia diretto contro la vita, la integrità o la libertà personale della Regina del Principe ereditario o del Reggente durante la reggenza.»*

oggettivo afferma che un evento si è concretizzato, la modificazione della realtà esteriore causata dall'azione consiste nella *messa in pericolo* del bene giuridico tutelato, in altre parole l'azione ha trasformato una realtà esteriore in cui il bene giuridico non correva pericolo in una nuova realtà esteriore in cui il medesimo bene giuridico è minacciato e quindi *offeso*<sup>68</sup>; a riprova di ciò l'autore fa l'esempio di due azioni totalmente identiche, quali quella di puntare un fucile ad uno spaventapasseri e puntare il fucile verso il Re, per dimostrare che l'unica differenza che rende giuridicamente irrilevante la prima e penalmente punibile la seconda consiste proprio nella messa in pericolo di un bene giuridico, è quindi la realtà esteriore che muta e non l'azione.

Impallomeni parlava invece di *azione ed effetto*:

Formali sono quei reati dalla legge preveduti perciò solo che si compia un'azione od omissione contraria ad un precetto penale, cioè indipendentemente dal verificarsi del fine, cui l'agente miri. Reati materiali sono quelli nei quali l'effetto voluto dall'agente è dalla legge considerato quale elemento costitutivo del reato<sup>69</sup>.

Sermonti, nel suo già citato lavoro sui reati formali<sup>70</sup>, sembra riassumere quella debolezza di fondo che caratterizza la teoria generale del reato in rapporto con il tema dei reati formali. L'autore infatti fornisce questa definizione della legge penale

(...) con le sue incriminazioni tende a evitare che dati beni o categorie di beni siano offesi<sup>71</sup>.

E, di fatto, sostiene che la ragione della pena nei reati formali risiederebbe nel fatto che determinate azioni, pur non facendo sorgere alcun pericolo concreto (perché preesistono o coesistono cause impedienti o neutralizzanti), nella mente del reo, e secondo *l'id quod plerumque accidit*, sono efficaci. In sostanza non è la condotta in sé ad essere punita, ma la condotta così come percepita dal reo che ignora l'esistenza di cause impeditive. In sostanza Sermonti ribadisce un principio notissimo: se il reo concepisce una condotta idonea ad offendere e l'offesa non si consumi per via di una imprevista causa impeditiva, allora quella condotta va punita

<sup>68</sup> G. DELITALA, *La distinzione*, cit., pp. 13-14.

<sup>69</sup> G. IMPALLOMENI, *Diritto penale*, Torino, 1908, p. 69.

<sup>70</sup> A. SERMONTI, *La figura giuridica del reato formale*, cit., *passim*.

<sup>71</sup> ID., p. 21.

perché è comunque idonea ad offendere e questo rappresenta comunque una minaccia per il bene giuridico. Ebbene l'unica domanda cui non risponde è: quale minaccia? In cosa consisterebbe in un caso simile la minaccia? Nel pericolo che il reo reiteri la medesima condotta eliminando le cause impeditive? Ed in base a quale principio il legislatore distingue allora i reati formali da quelli sostanziali? Qual è il discrimine tra una condotta degna di essere perseguibile di per sé e una che invece può essere perseguita solo se offenda concretamente il bene giuridico? Pare in realtà che una simile impostazione logica finisca nuovamente per giustificare in chiave oggettiva la punizione di comportamenti che indignano la collettività semplicemente per due ordini di ragioni: l'essere portatrici di un significativo disvalore sociale e il rendere manifesta una volontà prava. Siamo di fronte ad un nuovo esempio di contaminazione tra i due indirizzi.

L'autore considera il danno sinonimo di illiceità materiale, mentre considera l'illiceità formale (intesa come l'azione contraria al precetto normativo) l'essenza stessa del reato. Da precisarsi che Ranieri considera l'illiceità materiale come una parte, essenziale ed ineliminabile, del più ampio concetto di illiceità formale. Secondo tale impostazione una violazione della norma penale deve *necessariamente* causare un danno ovvero *offendere* un bene giuridico

In breve, è un bene tutto ciò che abbia consistenza materiale o immateriale e sia atto a soddisfare un bisogno umano; secondo la natura dei bisogni si distinguono i beni che possono soddisfarli. Da ciò consegue che, se ogni lesione di un bene sia danno, è danno non soltanto quella modificazione del mondo esterno all'agente che costituisce offesa di un bene materiale o fisico, ma anche quella che è lesione di un bene immateriale o morale, individuale o sociale, in quanto anche questi sono beni utili a soddisfare i bisogni dell'uomo, della società o dello Stato, e la loro lesione è, in ogni caso sempre, privazione di utilità per l'uomo, per la società, o per lo Stato, cioè pregiudizio per l'uomo, per la società, o per lo Stato, nel quale appunto il danno consiste. Qualsiasi limitazione, perciò, che si voglia apportare al concetto di danno deve ritenersi arbitraria<sup>72</sup>.

In ragione di questa impostazione imperniata sull'offesa del bene giuridico Ranieri sviluppa la sua critica alla tradizionale distinzione tra reati formali e materiali. Il limite della teoria, come di molte altre già viste consiste nella sua traduzione nella pratica. Abbiamo già visto svariati esempi di giudici che rispettando *formalmente* l'indirizzo oggettivo di fatto

<sup>72</sup> S. RANIERI, *Gli aspetti del reato*, cit., p. 15.

torcono il concetto di bene giuridico così da ricondurre a pena condotte che *offendono* solo la morale.

Un esempio di questa adesione formale al principio di offensività ci viene fornito dalla Corte di Cassazione di Torino che si trovò a giudicare sulla vicenda di due falsi testimoni. Era accaduto che un tale Chiola era stato accusato di avere, il 19 agosto 1885, truffato Giuseppe Bocca e Giovanni Piano.

Ebbene nel processo che ne era scaturito erano intervenuti due testimoni i quali avevano scientemente reso delle false testimonianze allo scopo di favorire l'imputato Chiola. Per tale ragione, ampiamente dimostrata la falsità della testimonianza, i due erano stati condannati. Entrambi ricorrono sostenendo che il reato di falsa testimonianza richieda, per il suo perfezionamento, che la deposizione cada su circostanze influenti *tali da produrre nocumento o profitto all'imputato*. La Corte, senza nemmeno entrare troppo nel merito della effettiva influenza delle dichiarazioni rese, rigetterà il ricorso sulla base di questa motivazione:

E certamente è questo un reato formale, che si compie col solo fatto della falsa testimonianza già resa, indipendentemente dall'evento dannoso dal danno prodotto o no: dappoiché l'offesa al principio di verità e di giustizia è egualmente perpetrata, una qualche influenza ed effetto è sempre possibile nell'animo del giudicante; e nel falso in genere basta anche il danno potenziale. Laonde se l'art. 364 sia per la lettera che per lo spirito non attende all'influenza ed effetto prodotto dalla falsa testimonianza, ma nell'operato di colui, che, deponendo in giudizio, allega pro o contra il giudicabile fatti falsi o false circostanze, vi ravvisa un'offesa ed un pericolo alla giustizia sociale, ed un danno sempre possibile, e quindi sussistente il reato di falsa testimonianza<sup>73</sup>.

Rileviamo come il giudice abbia, ancora una volta, ricollegato la punibilità del reato formale non ad un mero comportamento che va punito in quanto tale perché sintomatico di un'indole prava, ma pur sempre sul presupposto di una lesione, l'*offesa al principio di verità e giustizia*. Evidentemente questa categoria del bene giuridico collettivo (espressione utilizzata arbitrariamente a fronte delle numerose e diverse definizioni utilizzate dalla dottrina, specie italiana, alle quali si è dedicato ampio spazio nel primo capitolo di questo lavoro) consente una ricostruzione in chiave offensiva del reato, anche quando, come in questo caso, concretamente sembra che venga punito un comportamento che non provoca alcuna lesione. Possiamo semmai rilevare, nel caso di specie, una visione ancora diversa ed originale, ma

---

<sup>73</sup> Corte di Cassazione di Torino, Ud., 19 maggio 1886, in *Foro It.*, Volume XI, parte II, 1886, p. 305.



sarebbe meglio dire contraddittoria, nelle parole del giudice. Infatti si afferma contemporaneamente che non si è verificato alcun *evento dannoso* ma si è comunque perpetrata un'*offesa*. Quello che la sentenza non spiega è il perché un evento, la falsa testimonianza, che modifica la realtà esteriore, possa allo stesso tempo offendere ed essere qualificato come non dannoso.

Altra fattispecie normativamente ambigua è quella della minaccia. L'art. 431 del codice penale Sardo-Italiano disponeva:

Fuori dai casi preveduti negli articoli 601 e 602, chiunque per mezzo di scritto anonimo, o sottoscritto con proprio o finto nome, avrà fatto minacce di morte, di incendio, o di altro grave danno, con ordine di dare o deporre in luogo indicato una qualche somma, o di adempiere ad altra condizione, sarà punito colla pena del carcere non minore di tre anni, oltre ad una multa estensibile a lire mille.

Dalla lettera della norma sembrerebbe che basti minacciare di morte un terzo per integrare la fattispecie di reato, ma, come meglio vedremo grazie alle sentenze che seguono la condotta minatoria è tale solo allorquando ingeneri timore nel soggetto minacciato, non basta l'intenzione, occorre anche l'evento ovvero lo stato di intimidazione del soggetto passivo. Fatta questa opportuna premessa possiamo dire che la norma, così come interpretata dai giudici, sembra delineare un reato di evento che si concretizza nel momento in cui venga lesa un bene giuridico che possiamo definire *tranquillità* o, in modo più preciso, l'assenza di uno *stato di timore*. È di immediata evidenza come la definizione oggettiva di un bene giuridico che si caratterizza per un atteggiamento soggettivo della vittima è difficile. In altre parole: se la minaccia è tale solo ove ingeneri timore nel soggetto passivo, come si può individuare un criterio oggettivo per individuare il momento consumativo del reato? Vediamo un'applicazione pratica.

In una Sentenza del 13 gennaio 1888 la Corte di Cassazione di Palermo si trova a decidere su un'accusa di minaccia.

Nel caso di specie era accaduto che un soggetto, tale Schillaci, era stato condannato per aver minacciato di morte un altro mediante uno scritto anonimo. L'accusato si era sempre difeso sostenendo di non aver mai avuto la reale intenzione di minacciare ma solo di utilizzare parola di «*vana jattanza e spavalderia*». La Corte di merito aveva ignorato tale linea difensiva sostenendo che non era l'*animus* del presunto minacciante a qualificare la minaccia come tale, bensì la percezione del minacciato; pertanto ove il soggetto passivo avesse percepito come minaccia lo scritto, questo doveva considerarsi come minaccioso ed il reato di cui all'art. 431 consumato. La

Cassazione non condivide l'orientamento e annulla la sentenza sulla base di questa motivazione:

Le minacce di morte infatti, previste dall'art. 431 c.p. allora sono tali quando si manifestano come l'effetto di una riflessiva e deliberata risoluzione, e siano accompagnate da tali circostanze, che le rendano atte ad ingenerare sulla persona, cui son dirette, quel sentimento di grave terrore che nasce dal pensiero di poter da un istante all'altro divenire vittima del male minacciato, poiché allora le minacce costituiscono un vero allarme sociale<sup>74</sup>.

Lo stato di terrore deve essere ingenerato in modo obiettivo e non può influire una percezione soggettiva della vittima, questa in estrema sintesi la ragione dell'annullamento. Ebbene in un caso simile notiamo non solo il solido ancoraggio al principio della necessaria offensività della condotta ma anche ad un ulteriore aspetto: la dimensione certa ed oggettiva del bene giuridico i cui contorni non possono essere rimessi alla percezione individuale. Una teoria diversa che si rimettesse alla percezione del soggetto passivo renderebbe impossibile il giudizio prognostico fondato sull'*id quod plerumque accidit*<sup>75</sup>.

Una fattispecie di reato che potrebbe apparentemente essere associata alla categoria del reato formale è quella della frode in commercio, di cui all'art. 295 Cod. Pen. Zanardelli:

Chiunque, nell'esercizio del proprio commercio, inganna il compratore, consegnando una cosa per un'altra, ovvero una cosa per origine, qualità o quantità, diversa da quella dichiarata o pattuita, è punito con la reclusione fino a sei mesi o con la multa da Lire cinquanta a tremila. Se l'inganno concerna oggetti preziosi, la pena è della reclusione da tre a diciotto mesi o della multa oltre le lire cinquecento.

La norma non specifica che l'inganno debba essere finalizzato a consegnare una cosa di origine e qualità peggiori o in minore quantità rispetto a quanto crede il compratore. Per assurdo, infatti potrebbe integrarsi ogni qual volta emerga una diversità anche ove questa non intacchi o diminuisca minimamente la qualità o il valore della merce, ciò accade proprio in ragione del bene giuridico che la norma va a tutelare. In verità, anche in questo caso, viene identificata, sia nei lavori preparatori al codice

---

<sup>74</sup> Corte di Cassazione di Palermo, Ud. 13 gennaio 1888, in *Foro It.*, Volume XIII, parte II, 1888, p. 287.

<sup>75</sup> Vedi in merito F. ANTOLISEI, *L'offesa e il danno*, cit., p. 78.

che anche dalla giurisprudenza, un'offesa al bene giuridico della *sicurezza del commercio*. Questa lettura interpretativa si ravvisa ad esempio in una Sentenza della Corte di Cassazione su di un ricorso di un esercente basato proprio sull'argomento che l'inganno non aveva ingenerato alcun danno alla persona offesa. La corte di Cassazione all'udienza del 14 dicembre 1893<sup>76</sup>, conferma le decisioni di primo e secondo grado, in ragione di un'offesa che sarebbe perpetrata ogni qual volta si consumi un inganno nel commercio

(...) è rimasto fermo il concetto che l'inganno basti a costituire il delitto, il quale offende la lealtà, la sincerità, la verità degli scambi che vogliono essere tutelati, qualunque ne sia l'oggetto, nell'interesse dei consumatori, dell'industria e del commercio, siccome saviamente è detto nella relazione ministeriale<sup>77</sup>.

L'avvento del nuovo codice penale è in assoluta continuità<sup>78</sup>, l'art. 515 cod. pen. Rocco infatti dispone:

Chiunque, nell'esercizio di una attività commerciale, ovvero in uno spaccio aperto al pubblico, consegna all'acquirente una cosa mobile per un'altra, ovvero una cosa mobile, per origine, provenienza, qualità o quantità, diversa da quella dichiarata o pattuita, è punito, qualora il fatto non costituisca un più grave delitto con la reclusione fino a due anni o con la multa fino a lire ventimila.

A fronte di questa continuità normativa, la giurisprudenza, specie quella di merito, non ha sempre seguito una linea interpretativa coerente, individuando spesso altre circostanze come necessarie per il perfezionamento del reato; tra esse, l'artificio e raggirio oltre che il danno alla persona offesa. È talmente diffuso questo orientamento giurisprudenziale che quasi quarant'anni dopo la sentenza appena citata della Cassazione di Palermo, in una nota a sentenza firmata da Agostino Lanzillo possiamo leggere:

L'entrata in vigore del nuovo codice con le modifiche apportate dall'art

<sup>76</sup> Corte di Cassazione di Roma, Ud. 14 dicembre 1893, in *Foro It.*, Volume XIX, parte II, 1894, p. 97.

<sup>77</sup> *Id.*, p.98.

<sup>78</sup> Pur avendo concentrato le riflessioni sulle fattispecie previste dal Codice Rocco nel prosieguo di questo lavoro per cui si rinvia *infra* al cap. 4, § 1, pp. 102 e ss., si è scelto di riportare adesso la tipizzazione della frode in commercio all'interno del Codice Rocco allo scopo di evidenziare la continuità della politica legislativa in materia, nonostante la lettura giurisprudenziale si discosti spesso dalla lettera della norma dando, talvolta, la sensazione di uno scollamento, per non dire quasi un atteggiamento critico, rispetto agli orientamenti del legislatore.

515 al tenore dell'art. 295 del codice abrogato, aveva creato qualche esitazione nelle magistrature di merito circa i limiti di applicazione della norma penale e la consistenza obiettiva del reato. Sfuggiva d'altra parte al Giudice che esaminava il singolo caso, apparentemente irrilevante, la pericolosità sociale del reato. Da qui frequenti assoluzioni, talvolta anche con formule piene, e in ogni caso dalle pene assai lievi<sup>79</sup>.

La sentenza commentata da Lanzillo riguardava la vicenda di alcuni commercianti triestini Giuseppe Brega, Giovanni Baschiera, Ernesto Aiza, Aurelio De Biasio, Nereo Toscani, Mario Pertot e Giovanni Aiza che erano stati assolti dalla Corte d'Appello di Trieste dall'imputazione di frode in commercio. Era accaduto che gli imputati avevano venduto del comune insetticida sfuso spacciandolo per l'insetticida «*Flit*». La Corte d'Appello aveva assolto sul presupposto che mancava un elemento essenziale del reato, ossia l'inganno. In effetti il nome *Flit* era stato apposto in contenitori non originali da dove veniva prelevato a peso l'insetticida liquido e gli imputati si erano difesi sostenendo che l'espressione Flit nell'uso comune non indicava una specifica marca ma un qualunque insetticida. Partendo da questo assunto e dal fatto che una simile condotta non fosse idonea ad ingannare, la Corte d'Appello di Trieste aveva considerato non perfezionata la fattispecie di reato. Investita della vicenda, la Corte di Cassazione condanna sul presupposto che l'atto in sé vada punito a prescindere dal danno arrecato al singolo dilungandosi poi su una lettura più ampia della *ratio legis* dell'art. 515, fondamentalmente simile a quella svolta quarant'anni prima dalla Cassazione di Palermo:

Finalità della legge, con la norma dell'art. 515, è di garantire nell'interesse generale, la pubblica fede commerciale, indipendentemente dalla tutela riflessa degli interessi individuali, onde l'evento deve andare considerato non in rapporto ad un singolo acquirente bensì ad un qualunque compratore in genere<sup>80</sup>.

Anche la materia dell'abuso d'autorità nella pubblica amministrazione offre utili spunti in tema di offensività. L'art. 176 del codice penale Zanardelli, che disciplina il reato di interessi privati in atti pubblici, sancisce:

Il pubblico ufficiale, che, direttamente o per interposta persona, o con atti simulati, prende un interesse privato, in qualsiasi atto della

---

<sup>79</sup> A. LANZILLO, *La frode in commercio mediante consegna di prodotto simile a quello richiesto*, in *Foro It.*, Volume LX, parte II, 1934, pp. 25-27.

<sup>80</sup> *Id.*, p. 27.

pubblica amministrazione, presso la quale esercita il proprio ufficio, è punito con la reclusione da un mese a cinque anni e con la multa da Lire cento a cinquemila<sup>81</sup>.

La norma non prende in esame alcun danno e disegna quindi una fattispecie che si consuma per il solo fatto che un soggetto abbia un interesse privato in un atto cui partecipa come pubblico ufficiale. Dello stesso tenore alcune sentenze significative. Ad esempio la Corte di Cassazione di Roma all'udienza del 29 luglio 1904<sup>82</sup> giudicando sul caso di un sindaco *reo* di avere avuto un interesse privato in una asta pubblica senza che però ne avesse effettivamente minato la regolarità né ottenuto alcun vantaggio rispetto ad altri potenziali concorrenti, confermerà la condanna su questo assunto fondamentale:

Per la sussistenza giuridica del delitto in esame non occorre invero che il pubblico ufficiale, interessandosi per conto privato negli atti del proprio ufficio, lo faccia con la volontà ed in modo da produrre un'effettiva perdita, scapito o pregiudizio al patrimonio, o alla cassa o al bilancio attivo e passivo dell'amministrazione<sup>83</sup>.

Qual è dunque il bene giuridico offeso? La *ratio legis* di questa norma penale quale offesa vuole punire? Ove un pubblico ufficiale sia beneficiario da un atto che concorre a compiere ma non eserciti alcuna distorsione del sistema in proprio vantaggio e non danneggi in alcun modo il patrimonio della Pubblica amministrazione in ragione di cosa viene punito? La facile risposta è che la norma tende a prevenire una prevedibile influenza che mini l'imparzialità della Pubblica Amministrazione, ma, in un ordinamento penale costruito sulla base di un indirizzo oggettivo, dove la pena è giustificata esclusivamente da un danno, almeno potenziale, quale danno emerge in questa condotta? Non può essere il pericolo per l'imparzialità della pubblica

<sup>81</sup> *Codice penale per il Regno d'Italia*, Roma, 1889.

<sup>82</sup> Corte di Cassazione di Roma, Ud. 29 luglio 1904, in *Foro It.*, Volume XXIX, parte II, 1904, p. 527, conformi, Corte di Cassazione del Regno, Ud. 24 novembre 1904, in *Foro It.*, Volume XXX, parte II, 1905, p. 171, Corte di Cassazione del Regno, Ud. 24 marzo 1908, in *Foro It.*, Volume XXXIII, parte II, 1908, p. 244 dove si nota un tentativo di ricostruzione in chiave offensiva nella motivazione della sentenza nella parte in cui recita: « (...) la legge in questo delitto punisce la semplice ingerenza privata da parte del pubblico funzionario negli affari dell'amministrazione cui appartiene, avuto riguardo che l'ingerenza del pubblico ufficiale è sempre pernicioso alle pubbliche amministrazioni e indecoroso per l'ufficiale pubblico » una condotta indecorosa ma non dannosa sembra giustificare la pena più sotto un profilo soggettivo che oggettivo.

<sup>83</sup> *Ibidem*.

amministrazione perché sarebbe necessaria una condotta non imparziale per concretizzarlo. In realtà il quesito è di facile risoluzione: la norma rientra nel campo di quelle misure preventive atte ad evitare a monte il pericolo di conflitto di interesse, ciò che risulta controverso e il rapporto tra una simile funzione della norma penale in esame, che infatti punisce a prescindere dal danno arrecato alla Pubblica Amministrazione, e l'indirizzo oggettivo.

### 5. *Offensività e tentativo*

Il tema del rapporto tra principio di offensività e tentativo di reato è particolarmente sfuggente. Il due argomenti si intrecciano, come è già emerso, ma rimangono distinti tra essi. Del resto la definizione di delitto tentato è stata variamente costruita su una comune duplice base: l'atto esterno, da valutarsi in senso oggettivo, e l'elemento interno e psicologico, ovvero il *fine* dell'azione non realizzata. In questo senso Cavanna<sup>84</sup> parla di *operazione squisitamente psicologica* (e quindi soggettiva n.d.r.) quale *chiave della nozione di tentativo* sulla quale si sono sviluppate le più disparate e diverse teorie. Scopo di questo paragrafo è delineare quegli aspetti della teorica del tentativo che incidono in maniera diretta sull'elaborazione del principio di offensività evitando di addentrarsi troppo sul tentativo di reato in quanto tale, tema che richiederebbe ben altri approfondimenti e spazi di riflessione ma che esulerebbe dal percorso di ricerca di questo lavoro<sup>85</sup>.

In epoca romana mancò un'elaborazione teorico-generale del tentativo proprio in ragione della natura prettamente empirica del diritto penale che mai avrebbe ammesso la punibilità di una condotta che non offensiva di alcun bene giuridico<sup>86</sup>. Allo stesso modo in epoca altomedievale il danno era considerato elemento indefettibile per l'esistenza di un reato<sup>87</sup>.

La dottrina tedesca dei primi dell'800 ravvisava la natura stessa del tentativo nell'intenzione, quindi nella volontà; mezzi, scopi, errori *etc. etc.* non avrebbero dovuto avere rilievo. Così ad esempio, nel 1806 Tittmann

L'essenza del tentativo viene determinata attraverso l'intenzione (...),

---

<sup>84</sup> A. CAVANNA, *Il problema delle origini del tentativo*, cit., p. 121.

<sup>85</sup> Per un approfondimento sul tema del tentativo in generale si veda, tra tutti, l'opera di S. SEMINARA, *Il delitto tentato*, cit., che ha rappresentato un punto di riferimento, quasi una guida, nella stesura di questo paragrafo e non solo.

<sup>86</sup> Così, A. CAVANNA, *Il problema delle origini del tentativo*, cit., p. 122.

<sup>87</sup> ID., p. 125.

giacché il tentativo non esige nulla di più che la direzione di un determinato mezzo ad un determinato scopo (ad esempio, impugnare una pistola e mirare verso un oggetto), mentre l'inadeguatezza di questo mezzo (se la pistola ad esempio è scarica) in nulla esclude il concetto di tentativo allo stesso modo di una sua difettosa utilizzazione (ad esempio la direzione errata della pistola). Onde devono essere considerate condotte di tentativo anche quelle dalle quali non può derivare la consumazione del reato<sup>88</sup>.

Per quanto di nostro interesse è evidente la totale indifferenza dell'autore alla *vis offensiva* della condotta e la sua impostazione orientata chiaramente in senso soggettivo. A fronte di una impostazione tanto netta come quella di Tittmann, Köstlin, pur mantenendo una impostazione fondata sulla volontà e non sulla condotta, apre la propria riflessione anche al tema dell'offesa. L'autore infatti pur riaffermando il dogma fondamentale dell'indirizzo soggettivo — «*è sempre solo la volontà criminosa manifestata nel fatto che può definirsi come tentativo*<sup>89</sup>» —, esclude dal novero del penalmente rilevante il tentativo commesso con mezzi assolutamente inidonei:

Certo anche un tale agente è convinto dell'idoneità del suo mezzo; ma la sua erronea credenza lo equipara al delinquente putativo poiché vi è coincidenza tra il fatto di chi realizza una condotta lecita nella erronea opinione della sua illiceità e il fatto di chi si rappresenta in piena coscienza di realizzare l'illecito attraverso mezzi leciti e contrari allo scopo<sup>90</sup>.

Come detto, non intendiamo occuparci della sterminata tematica del tentativo e dei suoi rapporti con il reato putativo. In questa sede rileva una domanda: qual è, per Köstlin, il discrimine in ragione del quale il tentativo non va punito solo quando i mezzi sono assolutamente inidonei? E ben vero che l'autore risponde a questo interrogativo equiparando questa figura di reato con quella del reato putativo. Ebbene la domanda può riproporsi: qual è il discrimine in ragione del quale il tentativo con mezzi inidonei e il reato putativo vanno esenti da pena mentre il tentativo con mezzi relativamente inidonei va invece punito? Ancora: Köstlin, è noto, è un teorico dell'indirizzo soggettivo quindi possiamo rendere più specifico il nostro interrogativo iniziale: se è la volontà criminosa ad integrare il reato e giustificare la

<sup>88</sup> C. A. TITTMANN, *Handbuch der Strafrechtswissenschaft und der deutschen Strafgesetzkunde*, Halle, 1806, I, p. 266, il passo è citato anche in S. SEMINARA, *Il delitto tentato*, cit., p. 229.

<sup>89</sup> C. R. KÖSTLIN, *System des deutschen*, cit., p. 228, il passo è citato anche in S. SEMINARA, *Il delitto tentato*, cit., p. 342.

<sup>90</sup> *Ibidem*.

pena, e se questa volontà manifesta è punita indipendentemente dalle sue conseguenze materiali, perché in alcuni casi può essere esente da pena? È forse meno malvagia la volontà di chi crede di violare la legge rispetto a chi la viola davvero? Il tema era già emerso a proposito del reato putativo e qui non fa che riapparire nelle medesime vesti: non è la volontà a mutare bensì l'offesa nella condotta che viene meno sia nei casi di delitto tentato con mezzi assolutamente inidonei che in quelli di reato putativo. Sia pur ben nascosto, il principio di offensività, grande emblema della teoria oggettiva, ritorna anche tra i soggettivisti ad ulteriore riprova del fenomeno della contaminazione.

Il problema si pone anche tra gli autori italiani da Beccaria in poi. Tra di essi Seminara cita De Simoni come un chiaro esempio di coloro i quali affermano l'idea secondo cui il tentativo può essere punito solo nei casi in cui rechi offesa ad un bene giuridico<sup>91</sup>, per quanto in De Simoni tale concezione sia ancora embrionale e, a volte, contraddittoria.

Seminara stesso non mancherà di notare come De Simoni concluda comunque per la punibilità del delitto mancato allo stesso modo di quello consumato.

Neppi Modona, proprio in proposito di delitto tentato afferma che, a differenza che in Germania, la dottrina italiana ha scelto di sposare in maniera più convinta l'indirizzo oggettivo, anche perché influenzata dalle posizioni di Carrara in merito. Per questa ragione, sostiene l'autore, ha sempre escluso la punibilità di quelle ipotesi di reato oggi racchiuse all'interno dell'art. 49 comma II, cod. pen.<sup>92</sup>. Aggiungiamo noi che tale impostazione oggettiva ha avuto varie declinazioni in giurisprudenza che, come sta emergendo, alle volte attuano solo formalmente questa linea nascondendo, sotto la coltre di sapienti letture *interpretative*, una effettiva contaminazione dei due indirizzi.

I tre canali lungo i quali si afferma e si sviluppa un principio o un istituto giuridico sono sempre gli stessi: dottrina, normativa e giurisprudenza. Spesso, per non dire sempre, gli orientamenti della dottrina non vanno di pari passo con la legge e le decisioni assunte dai giudici. Nel caso del tentativo, a fronte di un indirizzo di stampo evidentemente oggettivo, che Seminara definisce «*teoria della concreta idoneità*» di cui Romagnosi è senz'altro uno dei primi e più autorevoli esponenti, la normativa del codice Sardo-Italiano sembra andare in direzione opposta<sup>93</sup>.

Anche Nani, a proposito di tentativo e punibilità, fa un accenno in cui senza venire nominata espressamente si ravvisa la questione offensività,:

<sup>91</sup> S. SEMINARA, *Il delitto tentato*, cit., p. 8

<sup>92</sup> G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, cit., p. 13.

<sup>93</sup> ID., p. 71, il caso emblematico dell'art. 536 è stato già oggetto di analisi, vedi, *supra* cap. 2, §, 2, p. 78.



Quindi se il progresso dell'attentato alla consumazione del delitto si arresti invincibilmente da alcune cagioni fisiche e costanti, o pure da opposti principii invariabili del diritto, cessa quell'unica ragione per cui può essere punito (...), - *fra queste cagioni fisiche e costanti l'autore elenca* - (...) pozioni innocue, erroneamente credute venefiche per avvelenare<sup>94</sup>.

Le cagioni fisiche costanti sono quelle che rendono assolutamente inidoneo un mezzo e, di conseguenza, assolutamente inoffensiva una condotta. Del resto era stato lo stesso Carmignani a chiarire che perché si possa parlare di offesa è necessaria quella idoneità *vale a dire forza proporzionata all'offesa*<sup>95</sup>. Contrario a questa ricostruzione Fiani, che vuole punire il malvagio intendimento anche se non fu completato per errore<sup>96</sup>.

Delitala quasi cento anni dopo avrà modo di affermare in maniera incontrovertibile che, anche nel tentativo, l'offesa è elemento imprescindibile per la punibilità:

La dottrina del tentativo prescinde da ogni considerazione dell'elemento morale del delitto e deve costruirsi unicamente in rapporto ad altri due elementi: l'azione delittuosa e l'offesa (danno e pericolo) a bene od interesse protetto dalla norma penale. Acché si abbia un tentativo delittuoso, occorre sicuramente che non si sia verificato l'evento: l'evento che ci interessa non è però il risultato al quale era diretta la volontà dell'agente, ma quello che, in concreto, consuma il reato realizzandone compiutamente gli estremi obiettivi<sup>97</sup>.

Andiamo ora ad alcuni casi concreti per verificare, anche in questo caso, quali furono i materiali orientamenti dei giudici rispetto alle diverse conclusioni raggiunte dalla dottrina e della legge.

L'art. 215, comma 1, del codice penale Sardo-Italiano statuiva:

Chiunque pubblico ufficiale, qualunque esattore di diritti, di tasse, di contribuzioni, di danaro, di rendite pubbliche o comunali, il quale dolosamente riceva, o esiga, od ordini di esigere quanto non è dovuto, od eccede il dovuto, per diritti, tasse, contribuzioni, rendite, mercede, o stipendio, si rende colpevole del reato di concussione, ed intercorre nella pena del carcere non minore di mesi tre, ed in una multa non minore di lire cento.

<sup>94</sup> T. NANI, *Principi di giurisprudenza criminale*, Napoli, 1812. pp. 89 e ss.

<sup>95</sup> G. CARMIGNANI, *Teoria delle leggi*, cit., p. 306.

<sup>96</sup> B. FIANI, *Breve corso di istituzioni di diritto criminale*, Firenze, 1854, pp. 8, 17, 19.

<sup>97</sup> G. DELITALA, *La distinzione dei reati informali e materiali*, cit., p. 19.

La lettera della norma è chiara, non solo chi riceve è punibile ma anche chi semplicemente *esiga, od ordini di esigere*. Non sembrerebbe possibile alcuna diversa interpretazione. Ciononostante, in una sentenza del 3 luglio 1877, la Corte d'Appello di Roma si trova a rigettare un ricorso presentato contro tale Gasparri, usciere, il quale, per un atto del suo ufficio, aveva richiesto con una nota un pagamento più alto di quello dovutogli, tra l'altro senza ottenerlo. La Corte assolve in secondo grado Gasparri in ragione della *regola del danno*:

La corte, ecc. – Attesoché, sebbene dalle risultanze processuali e dalle annuenze dell'appellato usciere G., i fatti fossero accertati, e l'elemento della tentata percezione indebita venisse indubbiamente constatato, pure mancano altri estremi principali per poter ritenere ai sensi di legge (art. 215 del Codice penale) l'usciera G., colpevole di concussione; (...) Perché il reato di cui è parola abbia la sua esistenza giuridica è necessario che la percezione indebita sia stata non solo voluta, ma consumata. La regola del danno è scolpita nella coscienza umana, il danno minacciato nella fattispecie, può addimostrare un atto immorale, la cupidigia dell'agente, ma resta un atto indelicato, ingiusto, un desiderio poco onesto. La legge non punisce i desideri indelicati e poco onesti, manca qualunque lesione del diritto altrui. (...) è strano volersi punire l'atto volitivo soltanto<sup>98</sup>.

Aldilà del caso specifico che, rientrando nella spinosissima area del reato tentato, richiederebbe ulteriori approfondimenti, rileva ai nostri fini una vera e propria dichiarazione di adesione da parte dei giudici all'indirizzo oggettivo in senso liberale e secolarizzato: la legge non punisce gli atti immorali, la legge non punisce in assenza di lesione, è *strano* pensare di punire la volontà. Indicativo il commento di Meccacci alla sentenza in esame:

Questa azione (...) perché il delitto possa dirsi completo dovrà essere completa nelle sue speciali condizioni; ma quando essa sarà in sé completa il malefizio sarà consumato, perché del medesimo non si trova l'oggettività giuridica nel diritto particolare, ma nel diritto universale o sociale; e l'aggressione di questo è perfetta tostoché fu esaurita subiettivamente l'azione. Si deve è vero rammentare, che se alla consumazione dei delitti sociali non è necessario il danno effettivo particolare, si richiede però sempre il danno potenziale, cioè, che l'azione abbia in sé tutte quelle condizioni, che rendano possibile la consecuzione del pravo fine. Mancando queste potenzialità rimarrebbe una malvagia intenzione, un perverso disegno, dispogliato di ogni danno e di ogni pericolo, e per conseguenza non suscettibile

<sup>98</sup> Corte d'Appello di Roma, Ud. 3 luglio 1877, in *Foro it.*, cit., pp. 378-380.

di politica imputabilità<sup>99</sup>.

In questo caso i giudici applicano in maniera netta, addirittura contravvenendo alla lettera della legge, il principio di offensività. Meccacci, nel suo commento alla sentenza, è critico rispetto alla decisione assunta dai giudici, infatti fa suo un ragionamento che, abbiamo già visto, era stato già utilizzato in altri casi giurisprudenziali: se l'azione di per sé non lede alcuno, non arreca un *danno effettivo particolare* può comunque essere punita ove produca un *danno potenziale* o un danno alla collettività. Abbiamo già visto come le categorie del danno potenziale e del danno alla collettività permettono, grazie alla loro maggiore indeterminatezza, di ricostruire in chiave offensiva reati che, in realtà, si concretizzano in azioni meramente immorali. Possiamo a questo punto definire questa teoria come «*offensività formale o morale*» in quanto riconduce, solo formalmente, nel campo dell'indirizzo oggettivo, la punizione di condotte che nella realtà non ledono alcun bene giuridico, contrapposta alla «*offensività reale o oggettiva*». Per completezza è giusto precisare che l'offensività formale fatta propria da Meccacci nel suo commento, è stata utilizzata diverse volte dalla giurisprudenza italiana dell'800<sup>100</sup>.

Un altro caso di particolare interesse anche perché entra nell'ambito, estremamente controverso, dei mezzi inidonei: il 31 luglio 1885, Enrichetta Valucci *tenta* di uccidere l'amante Emilio Mancini versando dell'acido solforico nella sua bottiglia di vino. Il tentativo è alquanto grossolano perché la forza urticante dell'acido è tale che Mancini, appena poggiato il bicchiere alle labbra, comprende subito che il vino era adulterato e non lo beve. Proprio sul presupposto di questa grossolanità e conseguente *inidoneità del mezzo* la sezione d'Accusa presso la Corte d'Appello di Napoli considerò impossibile il tentativo assolvendo l'imputata. La Corte di Cassazione di Napoli ribalta il giudizio condannando la Vallucci sul presupposto che:

Per assolvere un individuo che manifesta il desiderio deciso di commettere un reato e comincia ad eseguirlo, l'impossibilità della riuscita deve essere intrinseca al mezzo prescelto col quale si intendeva di raggiungere lo scopo criminoso<sup>101</sup>.

<sup>99</sup> F. MECCACCI, in *Foro it.*, cit., pp. 382.

<sup>100</sup> In proposito vedi, Corte d'Appello di Palermo, Ud. 20 luglio 1886, in *Il Foro it.*, Volume XI, parte II, 1886, p. 454, ove si legge: «(...) ogni cosa è lecita purché ad altri non nocca o non possa nuocere. L'opinione dell'essere un fatto lecito non può scompagnarsi dal concetto che a un tempo non possa recar pregiudizio al bene comune degli altri cittadini»

<sup>101</sup> Corte di Cassazione di Napoli, Ud. 12 maggio 1886, in *Il Foro It.*, cit., p. 465, conforme Corte di Cassazione di Roma, Ud. 21 marzo 1901, in *Foro it.*, Volume XXVI,

Il tema è particolarmente controverso in quanto sull'inidoneità del mezzo si sono versati fiumi di inchiostro. Il caso in esame è ancora più complicato perché valutare se l'acido nel vino sia configurabile come mezzo inidoneo in senso assoluto o relativo è estremamente difficile e forse impossibile in maniera obiettiva e certa. Ma lasciando la responsabilità della decisione nel caso concreto ai giudici napoletani, qui interessa la massima generale di fondo: anche nel reato tentato l'azione che renda manifesto il *desiderio deciso di commettere un reato* non può essere punita se non sia idonea a rendere almeno possibile la sua consumazione. In altre parole se non ingenera almeno il *pericolo* di una lesione. Vediamo riemergere anche in questa sentenza l'impostazione base dell'indirizzo oggettivo su cui si fonda il principio di offensività: un'azione assolutamente inoffensiva, seppur renda manifesta una malvagia volontà, non può essere punita. Ma a questo punto è chiaro quanto questa teoria, perfetta a livello astratto, si presti nella sua applicazione pratica a torsioni in senso formale o materiale.

Con l'avvento del codice Zanardelli la fattispecie del reato mancato è regolamentata dall'art. 62:

Colui che, al fine di commettere un delitto, compie tutto ciò che è necessario alla consumazione di esso, se questa non avvenga per circostanze indipendenti dalla sua volontà, è punito con la reclusione non inferiore ai venti anni, ove la pena stabilita per il delitto sia l'ergastolo, e negli altri casi con la pena stabilita per il delitto diminuita da un sesto ad un terzo<sup>102</sup>.

L'articolo è citato per l'interessante lettura che ne fa la Cassazione nel 1893 quando, a proposito di una mancata estorsione che non si era consumata in quanto l'estorto non aveva consegnato il denaro richiestogli, ma solo documenti inutili, precisa che

Il Trichero – il soggetto agente – avrà voluto psicologicamente commettere la estorsione, ma non già che egli l'abbia commessa effettivamente; egli fece quanto era in lui possibile per raggiungere tale intento, ma non vi riuscì per circostanza estranea ed indipendente dalla sua volontà, cioè evidentemente costituisce il reato mancato<sup>103</sup>.

La motivazione è interessante perché, nel caso di specie, non prende

---

parte II, 1901, p. 210.

<sup>102</sup> *Codice Penale per il Regno d'Italia*, cit.

<sup>103</sup> Corte di Cassazione di Roma, Ud. 10 novembre 1893, in *Foro It.*, Volume XIX, parte II, 1894, p. 15.

in considerazione la *vis offensiva* potenziale della condotta, né tantomeno la lesione di un qualche bene giuridico collettivo, come potrebbe essere la pubblica tranquillità, parla solo dell'elemento psicologico, sembra ricondurre la pena solo alla volontà di commettere il reato e non ad un'offesa né concreta, né potenziale.

In conclusione di questo paragrafo un brevissimo riferimento in materia di attentato. In vigenza del Codice Rocco, sono oramai superate alcune delle incertezze interpretative cui dava adito la tipizzazione del Codice Zanardelli. Incertezze esplose nell'ultimo decennio dell'Ottocento anche in ragione del diffuso allarme sociale derivato dagli attentati di matrice anarchica. Si arriva a considerare reato la mera associazione anche ove a questa non siano seguiti fatti concretamente lesivi ed anche ove i propositi dell'associazione non siano stati divulgati pubblicamente<sup>104</sup>. Siamo alla punibilità anticipata in assenza di alcuna condotta offensiva. Il timore sociale contro anarchici e socialisti in quegli anni è più forte del principio oggettivo, ma è giusto precisare che questa eccezione è da ritenersi una costante anche negli anni del fascismo come di seguito evidenziato nella giurisprudenza citata.

In una nota a sentenza apparsa su Foro Italiano nel 1935, Vannini precisa come, anche nei reati «*a momento consumativo anticipato*» come l'attentato, che per loro natura non consentono il tentativo appunto perché si perfezionano prima, non è sufficiente che un atto renda manifesta la *prava volontà* di commettere il reato ma è indispensabile una forma di idoneità *esecutiva* dell'atto in quanto, diversamente, ad essere punita non sarebbe una condotta offensiva del bene giuridico tutelato ma una mera volontà, sia pur estrinsecata, del soggetto agente:

Vi sono reati che consistono non già nella colpevole produzione di un evento, ma più semplicemente nel compimento di un'azione diretta alla produzione di un evento (es.: «attentato alla vita del Re» - art. 276, «commettere un fatto diretto a suscitare la guerra civile» - art. 286). Sono i così detti reati a momento consumativo anticipato, reati che non consentono, evidentemente, la figura del tentativo. Ma di fronte ad essi sorge il problema se a violare la norma basti un qualunque atto idoneo e indipendente dal formato proposito criminoso, oppur sia necessaria una particolare attività che, oltre ad essere non equivoca e idonea, rivesta particolari peculiari qualità formali, presenti uno speciale significato causale: un'attività, cioè che non sia puramente preparatoria, sibbene esecutiva del delitto voluto. (...) «Attentare» è una cosa: altra cosa è «mettersi in

<sup>104</sup> V. MARCHETTI, *Intorno alla incriminabilità delle associazioni socialiste*, in *Rivista penale – supplemento* – vol. II, 1895, pp. 290-292.

condizione di eseguire l'attentato (...) <sup>105</sup>.

La rigidità della costruzione dottrinarica è di particolare rilievo ai nostri fini proprio per la peculiarità della fattispecie in esame. La figura dell'attentatore, più di altre, turba la coscienza morale. L'attentatore si qualifica come un nemico dello Stato, un uomo che vuole sovvertire l'ordine statale con la violenza. Infatti, la gravità del reato conduce ad un'anticipazione della soglia di punibilità. L'autore però, pur in presenza di una fattispecie tanto pregnante, mette in guardia l'interprete da possibili contaminazioni volontaristiche. Non è la malvagità del nemico che la legge penale punisce, bensì la condotta che questo compie, ma *solo se* arreca un'offesa. È appena il caso di sottolineare come questa posizione di Vannini renda solo più evidente l'andamento altalenante della dottrina (ma anche della giurisprudenza) in materia di *offensività*.

---

<sup>105</sup> O. VANNINI, Esecuzione e preparazione del reato, in *Foro It.*, Volume LX, parte II, 1935, p. 291.

## Capitolo IV

### *La «svolta» sistematica del codice Rocco e le fattispecie più rilevanti nella giurisprudenza degli anni trenta*

SOMMARIO: 1. La «svolta» di Rocco. – 2. Offensività e dolo: un rapporto controverso. – 2.1. Offensività e premeditazione. – 2.2. L'offensività e le circostanze del reato. – 2.2.1 a) I motivi. – 2.2.2. b) Lo «*stato d'ira*». – 2.3. Un caso peculiare: la «*ragion d'onore*». – 3. Voci dalle sentenze: singoli reati tra letture interpretative ed incoerenze sistematiche. – 3.1. L'offensività nel reato di offesa al Re ed al Sommo Pontefice. – 3.2. L'offensività in alcuni reati di falso. – 3.3. (*segue*) L'offensività nel reato di bancarotte fraudolenta. – 3.4. L'offensività nei reati contro il «*buon costume*». – 3.5. L'offensività nei nuovi reati di guerra.

La codificazione penale fascista del 1930 rappresentò certamente un punto di svolta. Il principio di offensività, che era stato elaborato esclusivamente in sede dottrinarie e giurisprudenziale e non aveva trovato una sua enunciazione esplicita ed autonoma, trova una collocazione nel nuovo art. 49 comma II.

#### 1. *La «svolta» di Rocco*

L'art. 49, II comma del codice Rocco ha una portata innovativa, in effetti non esisteva un omologo all'interno del codice Zanardelli<sup>1</sup>, per la prima volta un articolo del codice tipizza in maniera espressa l'offensività che, fino a quel momento, aveva trovato spazio solo in dottrina. L'articolo in esame potrebbe essere considerato come una mera codificazione di una elaborazione dottrinarie e giurisprudenziale. Una simile definizione sarebbe però riduttiva a parere di chi scrive. L'art. 49 del nuovo codice penale ha una pretesa ben più ampia, *rifondare* in termini nuovi un

---

<sup>1</sup> Su questo vedi C. FIORE, *Il reato impossibile*, cit., p. 16. Per un approfondimento più generale sulla svolta di Rocco anche in termini comparativi con la codificazione tedesca vedi, H.H. JESECH, *I fondamenti filosofici del progetto tedesco di codice penale*, cit., p. 135.

principio antico e controverso. Abbiamo infatti avuto modo di sottolineare nelle pagine precedenti come sia sostanzialmente impossibile fornire una definizione univoca dell'offensività sulla base delle produzioni dottrinarie e degli *orientamenti* dei giudici. Abbiamo evidenziato un'evoluzione spesso non lineare, a volte evidentemente contraddittoria di questo principio. Ebbene la nuova codificazione intende mettere almeno due punti fermi: la consacrazione ufficiale del principio di offensività attraverso il crisma della legge e i contorni esatti che questo principio avrebbe dovuto avere in futuro, superando le naturali *oscillazioni* interpretative che si erano susseguite in assenza di una definizione chiara. Insomma pare che l'ambizione del legislatore del 1930 sia quella di chiudere la stagione dell'*ambivalenza* dell'offensività per inaugurare quella della *certezza*; ambizione che, tra l'altro, si estende anche ad altri, ben più controversi, istituti giuridici come il *concorso di persone nel reato* o il *tentativo* e che si armonizza bene all'interno della nuova visione dello Stato che il fascismo portò avanti in termini generali: uno Stato forte, autoritario, rinnovato, anche attraverso nuovi *monumenti* legislativi, ovvero le codificazioni del 1930 e del 1942. Ebbene, se di certo è universalmente riconosciuto che il principio di offensività rinasce e viene formalizzato grazie al codice Rocco, lo stesso non può dirsi per quanto riguarda il secondo punto fermo che la norma voleva imporre. Infatti, lo vedremo nelle pagine che seguono, la promulgazione dell'art. 49 non chiude la stagione delle *incertezze* in campo interpretativo ma, semmai, ne apre una nuova destinata a durare ben oltre la caduta del Regime. Andando adesso ad esaminare nel dettaglio la norma, il testo dell'art. 49 stabilisce:

Non è punibile chi commette un fatto non costituente reato, nella supposizione erronea che esso costituisca reato.

La punibilità è altresì esclusa quando, per la inidoneità dell'azione o per la inesistenza dell'oggetto di essa è impossibile l'evento dannoso o pericoloso.

Nei casi preveduti dalle disposizioni precedenti, se concorrono nel fatto gli elementi costitutivi di un reato diverso, si applica la pena stabilita per il reato effettivamente commesso.

Nel caso indicato nel primo capoverso, il giudice può ordinare che l'imputato prosciolto sia sottoposto a misura di sicurezza.

Come è noto il primo comma regola il reato putativo, mentre il secondo regola il reato impossibile<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Sull'articolo vedi tra gli altri, R. PANNAIN, *Manuale di diritto penale parte generale*, Roma, 1942, pp. 422 e ss.



Come si noterà meglio nel prosieguo del presente lavoro<sup>3</sup> l'art. 49, comma II, cod. pen. Rocco è unanimemente riconosciuto come la norma che regola in termini generali il principio di offensività. Scopo evidente della norma in esame è quello di evitare che una condotta perfettamente corrispondente alla fattispecie, ma che nel concreto sia carente di qualunque contenuto lesivo, possa essere punita. Il problema, in effetti, si pone in quanto connaturato alla dimensione necessariamente generale ed astratta della fattispecie penale<sup>4</sup>.

La questione è magistralmente riassunta nella definizione di Delogu del reato putativo:

Ora può darsi benissimo che Tizio ponga in essere un determinato comportamento, e mentre, in realtà, non esiste in quel momento nessuna norma giuridica penale che vieti il fatto stesso, ovvero il fatto non ha tutti i requisiti previsti dalla fattispecie legale di una norma, nondimeno egli sia convinto pienamente di commettere un reato. Il reato non esiste nella realtà, ma esiste unicamente nella mente dell'agente. (...) Sicché tanto la espressione «reato erroneamente supposto» quanto quella «reato impossibile» valgono a designare quella situazione psicologica che consiste nel fatto, che un individuo crede di commettere un'azione anti-giuridica mentre in realtà tale non è<sup>5</sup>.

Il discrimine tra l'indirizzo soggettivo e quello oggettivo ed il rilievo dell'offensività si ritrova tutto in questa definizione. La domanda da cui è nato questo lavoro parte proprio da qui. Una condotta che renda manifesta una precisa volontà di non sottostare ad una norma dello Stato (vera o presunta che sia) va punita anche quando materialmente non offende alcun bene giuridico? Il legislatore del 1930 da un lato, attraverso l'art. 49, comma II, ha escluso la punibilità di una condotta simile, dall'altro però consente che un tentativo di reato commesso con mezzi relativamente inidonei venga punito. Delogu focalizza il problema ma senza risolverlo

<sup>3</sup> Vedi *infra*, cap. 4, § 4, pp. 185 e ss., in merito vedi comunque F. BRICOLA, *Teoria generale*, cit., p. 72, G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, cit., pp. 189 -193; 199 e ss. C.F. GROSSO, *Su alcuni problemi generali di diritto penale*, in *Studi in onore di Marcello Gallo*, cit., pp. 24-26. Per una lettura coeva dell'art. 49 cod. pen. vedi, N. LEVI, *Il reato supposto erroneamente e reato impossibile*, in *Il codice penale illustrato articolo per articolo sotto la direzione di U. Conti*, I, Milano, 1934, p. 213; C. SALTELLI, E. ROMANO DI FALCO, *Commento teorico-pratico del nuovo codice penale*, Roma, 1930, vol. I p. 291.

<sup>4</sup> In merito vedi, G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, cit., p. 262; M. GALLO, *Appunti*, cit., p. 90.

<sup>5</sup> T. DELOGU, *Errore proprio ed errore improprio nella teoria dell'errore in diritto penale*, in *Rivista Italiana di diritto penale*, Annata VII, 1935, anno XIII E.F., pp. 731-732.

Il reato non sorge perché manca oggettivamente di qualche elemento necessario alla sua esistenza giuridica, e l'erronea credenza del soggetto attivo non è certo sufficiente ad integrare questa mancanza<sup>6</sup>.

La mancanza riguarda proprio l'offensività, manca l'offesa al bene giuridico tutelato dalla norma nei casi di cui all'art. 49, quello che però Delogu non spiega è come una simile affermazione si possa armonizzare col fatto che invece nel tentativo non consumato per l'uso di mezzi relativamente inidonei invece la condotta, come abbiamo appena detto, venga punita. Sostenere che il tentativo con mezzi relativamente inidonei vada punito perché offende il bene giuridico tutelato dalla norma in quanto lo sottopone ad un pericolo potenziale, sembra, a parere di chi scrive, una forzatura interpretativa fatta allo scopo di celare una verità ben più semplice: il legislatore penale (specie quello fascista) si sente formalmente vincolato all'indirizzo oggettivo ed al principio di offensività, ma non vuole rinunciare a punire quelle condotte che, seppur inoffensive, considera antisociali in quanto rendono manifesta una *voluntas* antisociale in chi le commette. È la stessa *voluntas* che era stata definita *prava* nel passato e che verrà definita *dissidente* pochi anni dopo. Lo Stato vuole punire la volontà e intorno a questa esigenza costruisce delle offese *ad hoc*.

La questione, così come appena riassunta, non esaurisce il tema del rapporto tra offensività e diritto penale in generale. Si è già parlato in proposito delle contravvenzioni<sup>7</sup>. Parte della dottrina d'epoca fascista, nel riprendere la questione della pericolosità sociale e delle misure di sicurezza, porta avanti quella concezione statalistico-etica del diritto penale con la conseguenza di attenuare la portata del principio di offensività. De Marsico, nella sua prolusione al corso di Diritto e Procedura Penale del 1934, significativamente intitolata *L'unità del diritto penale*<sup>8</sup>, si occupa della questione facendo una preliminare valutazione sulla funzione della morale nel diritto penale

Per i classici, per i tecnico-giuridici che presumono esserne gli eredi, il diritto penale finisce dove finisce l'imputabilità morale; nella quale vedono l'espressione massima, anzi unica della soggettività morale o psichica. Ma mentre essi si ostinano a ripetere questo postulato, nelle applicazioni non v'è scrittore classico che non accetti larghi compromessi con la realtà<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> Id., p. 733,

<sup>7</sup> Vedi *supra*, cap. 3, § 1, pp. 109 e ss.

<sup>8</sup> A. DE MARSICO, *L'unità del diritto penale. Prolusione al corso di Diritto e Procedura Penale nella Regia Università di Napoli 26 novembre 1934*, in *Foro Italiano*, Vol. LX, parte IV, 1935, pp. 24 e ss.

<sup>9</sup> Id., p. 29.

È questa una contraddizione già più volte ribadita, tanto la dottrina (quanto anche la giurisprudenza aggiungiamo noi), se afferma in linea di principio questa funzione meramente ancillare della volontà e della morale, poi occupandosi di singole fattispecie è costretta ad una serie di forzature interpretative atte a giustificare la punibilità di condotte immorali come veri e propri reati.

De Marsico rileva chiaramente come le misure di sicurezza siano lo strumento dello Stato per intervenire contro soggetti antisociali, e quindi immorali, nella moderna concezione statalista. L'autore affronta però il complesso tema di come possano coesistere, all'interno di un sistema unitario quale è il diritto penale, strumenti tanto diversi. A ben vedere infatti, pene e misure di sicurezza fondano la loro funzione su due posizioni di partenza inconciliabili: la pena punisce solo il fatto lesivo di un bene giuridico sul presupposto dommatico che la volontà immorale non ha rilevanza penale, la misura di sicurezza interviene proprio ed unicamente a reprimere la volontà antisociale in assenza di una condotta offensiva. In proposito di questa contraddizione De Marsico scrive:

Avrebbero ragione coloro che, quasi il Codice del '30 non avesse mutato la sostanza di quello abrogato, prescindono dalla pericolosità e dalle misure di sicurezza, relegano queste entità giuridiche fra quegli ingredienti che possono togliersi o lasciarsi senza che l'insieme ne soffra e continuano a lavorare sistematicamente soltanto sulla imputabilità e sulle pene, illudendosi di costruire il sistema. (...) Il giudizio di pericolosità dunque interviene anche nella determinazione della pena e della misura di sicurezza, ma, detto ciò, non è ancora spiegata la natura di questo elemento che sorge dalle due norme e filtra per tutte le vene del codice. È elemento subiettivo o obiettivo? (...) Io direi che è l'elemento obiettivo insito nella personalità del colpevole, ed è l'elemento chiamato a determinare la misura della responsabilità ai fini della prevenzione speciale<sup>10</sup>.

Naturalmente, posta la necessaria funzione anche preventiva del diritto penale e la natura unitaria dello stesso, ne discende che una condotta inoffensiva ma antisociale *deve* avere un rilievo penale. De Marsico chiarisce come in nome di questa unità non sia accettabile considerare le misure di sicurezza e il problema della pericolosità sociale come un universo slegato da quello dei reati e delle pene. Il tema delle condotte antisociali, immorali in altre parole, riguarda l'intera teoria generale del reato. La declinazione pratica di queste affermazioni teoriche e generali (che De Marsico stesso considera precisazioni piuttosto che rivelazioni) consiste nella collocazione

<sup>10</sup> ID., p. 32.

della pericolosità sociale (di questa nuova immoralità anti statale) all'interno della tripartizione del reato (fatto, anti giuridicità, colpevolezza) in una nuova posizione. Se precedentemente veniva considerata come una componente della colpevolezza, De Marsico la colloca convintamente nell'anti giuridicità. Pertanto, un *fatto* socialmente pericoloso, anche se inoffensivo, è penalmente rilevante. Secondo questa impostazione l'offensività non può essere un principio cardine assoluto del diritto penale. De Marsico lo chiarisce poco dopo quando dice che la pericolosità non è *scevro di carattere volontaristico*<sup>11</sup>. L'autore arriva alla conclusione di mitigare la portata stessa dell'art. 49 del nuovo codice penale:

Ed è l'autonomia di questo modello legale della pericolosità e la chiara delimitazione del suo contenuto che rende oggi spiegabile e suscettibile di maggiori sviluppi la così detta pericolosità extra-delittuosa, quale è quella che può residuare dal reato impossibile o dalla istigazione non accolta. Fin quanto il Codice non regolò che la materia del reato, non si poté senza un reato adottare alcuno dei provvedimenti che sui margini del sistema punitivo erano previsti per la pericolosità. Oggi, che la pericolosità ha la sua fisionomia legale e la sua disciplina, cominciano a prevedersi sanzioni per i casi in cui se, per mancanza dell'estremo del danno, non si può reprimere il reato, la pericolosità assurge tuttavia a tal grado da non consentire che la società resti inerme<sup>12</sup>.

Questa dicotomia, il famigerato *doppio binario*, è ancora oggi un tema di interesse per la scienza penalistica anche se, come nota Pellissero, parte della dottrina lo considera un argomento in via d'esaurimento<sup>13</sup>. Per quanto di nostro interesse Pellissero inquadra in termini chiari il ruolo della misura di sicurezza all'interno della teoria della pena nata dalla scuola classica

Storicamente infatti la genesi delle misure di sicurezza si colloca come un «capitolo particolare della questione della teoria della pena ed in questa trova un suo naturale punto d'ancoraggio»: è proprio dai limiti dello statuto di un rigido retribuzionismo, in cui la pena era stata vincolata dalla scuola classica, che era stata portata avanti la riflessione sulla necessità di pensare a strumenti idonei a sopperire alle deficienze della pena nell'assolvimento dei compiti di difesa sociale (...) Se la genesi dell'apparato preventivo post delictum è strettamente connessa al fondamento ed alle funzioni che il sistema attribuisce alla pena,

---

<sup>11</sup> *Ibidem.*

<sup>12</sup> *Id.*, p. 36.

<sup>13</sup> M.PELLISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario.*, cit., pp. 3, 209.

una riflessione sui confini delle misure di sicurezza dovrà condurre a chiedersi in quali limiti la pena possa farsi carico delle esigenze di difesa sociale che i positivisti ritenevano di poter soddisfare altrimenti<sup>14</sup>.

A dieci anni dalla promulgazione del nuovo codice l'orientamento della dottrina non ha superato le incertezze cui abbiamo fatto cenno. Antolisei sembrerebbe considerare un'ovvietà indiscussa che l'ordinamento giuridico abbia la funzione di «*tutela e garanzia dei beni della vita individuale e sociale al fine di assicurare la conservazione della società*», e che il reato sia «*un'offesa di un bene protetto dal diritto*<sup>15</sup>». L'autore aveva fornito, già nel 1932 una illuminante definizione dell'offesa:

(...) l'offesa di per sé non è un effetto vero e proprio dell'azione, ma lo stesso fatto (risultato esteriore dell'azione o semplice azione) considerato da un punto di vista speciale, e precisamente dal punto di vista della tutela apprestata dall'ordinamento giuridico a determinati interessi<sup>16</sup>», e poi aggiunge «L'offesa non è un requisito del reato. Essa è piuttosto la natura intrinseca del reato e, perciò, il motivo da cui la norma trae origine, la ragione del divieto della legge, ma non un elemento che possa essere isolato dagli altri requisiti del reato e che, di conseguenza, debba essere accertato caso per caso<sup>17</sup>.

Non ci soffermeremo nuovamente sul tema della riduzione del bene giuridico e della sua offesa a mera *ratio legis*, per il quale rinviamo ai paragrafi precedenti<sup>18</sup>. In questa sede è opportuno evidenziare come Antolisei consideri affermati in dottrina anche dei cosiddetti *beni giuridici* che per la loro intrinseca indeterminatezza e genericità non sono altro che *espressioni di comodo*, tra essi Antolisei cita ed analizza *l'incolumità pubblica*, la *fede pubblica* e la *moralità pubblica*. Il terzo è di particolare interesse ai nostri fini:

Quanto alla moralità pubblica, come è possibile contestare che in sé costituisca un'astrazione, anche se sono delle realtà psicologiche, e

<sup>14</sup> *Ibidem*.

<sup>15</sup> F. ANTOLISEI, *Problemi penali*, cit., pp. 63 e ss.; ID., *L'evento e il nuovo codice penale*, cit., p. 24. Sul tema vedi anche, R. A. FROSALI, *Reato danno e sanzioni*, Padova, 1932; E. MASSARI, *Il momento esecutivo del reato. Contributo alla teoria dell'atto punibile*, Napoli, 1934; E. FLORIAN, *Parte generale del diritto penale*, in *Trattato di diritto penale*, Milano, 1934, I, pp. 655 e ss; E. CAPALAZZA, *Evento, pericolo e colpa*, in *Il nuovo diritto- La pretura*, 1932, X E.F.

<sup>16</sup> ID., pp. 25.

<sup>17</sup> ID., p. 26.

<sup>18</sup> Vedi *supra*, cap. 1, § 1.2, p. 19.

quindi sociali, i sentimenti che vengono offesi da un gruppo di reati<sup>19</sup>?

È evidente che simili beni giuridici non sono determinabili in maniera certa e che, di conseguenza, sono solo astrazioni. Allo stesso tempo è anche vero che, proprio per la loro vaghezza consentono quella contaminazione soggettiva che, a parere di chi scrive, è una presenza costante anche nell'elaborazione della teoria dell'offensività. La moralità pubblica, oltre che un artificio teorico, come scrive Antolisei, mostra anche quella dimensione etica, più volte analizzata, che consente di trasformare in *offensive* condotte semplicemente immorali. Il senso di questa contaminazione è nettamente compreso da Antolisei, è lui stesso a renderlo palese quando scrive:

Alle disposizioni (penali n.d.r.) che hanno un contenuto evolutivo o propulsivo, in quanto mirano a promuovere lo sviluppo della comunità sociale ed anche ad imprimere a questa un certo indirizzo, per necessità di cose non fa riscontro un bene che sia protetto dal diritto: in questo terreno, al posto del bene giuridico non c'è altro che una meta, uno scopo che lo Stato intenda conseguire.

La conseguenza è chiara e netta: il concetto del bene giuridico non si estende a tutto l'ambito del diritto penale, ma solo alla zona, sia pur larghissima, nella quale il diritto stesso ha una funzione conservativa: non trova applicazione là dove le norme hanno quella diversa finalità<sup>20</sup>.

Ebbene è evidente che, se ci sono norme penali che possono fare a meno dei beni giuridici perché non mirano alla loro tutela quanto piuttosto al raggiungimento di un modello di Stato, tutti quei comportamenti difforni da questo modello vanno puniti semplicemente perché diversi, ovvero *immorali* in senso statalista. Questa impostazione, propria della svolta autoritaria degli anni trenta non ha solo il pregio di avere una portata generale ma squarcia quel velo che copre le forzature interpretative spesso presenti in giurisprudenza. Rocco stesso, come nota anche Antolisei, riconosce l'esistenza di reati che non comportano danni o pericoli, anche se però Rocco ribadisce sempre la generale offesa *all'interesse che lo Stato soddisfa mediante la sua attività amministrativa*<sup>21</sup>. Antolisei comunque

---

<sup>19</sup> F. ANTOLISEI, *Problemi penali*, cit., p. 73.

<sup>20</sup> ID., p. 82. L'autore preciserà anche che tale sua nuova concezione sui reati senza offesa modificava i suoi orientamenti espressi in *L'offesa e il danno nel reato*, cit., p. 121 e ss. in ossequio a quella che definisce una *dottrina imperante*.

<sup>21</sup> F. ANTOLISEI, *Problemi penali*, cit., p. 87. A conclusioni simili giunge anche F. GRISPIGNI, *L'evento come elemento costitutivo del reato*, in *Annali di diritto e procedure penale*, 1934, p. 864.

conferma che quando un giudice punisce un comportamento che lede un bene giuridico come la *moralità pubblica* in realtà sta punendo una condotta inoffensiva ma immorale perché contraria al disegno politico dello Stato<sup>22</sup>. Questa impostazione, che possiamo definire *contaminata o mista*, ricollega al diritto penale anche la funzione di indagare la *voluntas*. Pare proprio questo il senso delle parole di Antolisei quando afferma:

(...) il risultato «giuridico» non è una entità distinta dal comportamento del reo: è lo stesso comportamento considerato come lesione di un interesse della pubblica amministrazione. La sostanza è unica: diverso è soltanto il modo in cui viene guardata<sup>23</sup>.

L'animo pravo, antisociale, va punito in quanto tale, sia che si manifesti in condotte offensive sia che si manifesti in condotte inoffensive. In proposito notiamo come anche la manualistica sia chiara sul tema. Ranieri ad esempio, nel suo manuale, sostiene:

La condotta criminosa, inoltre, è suscettiva di assumere un ulteriore rilievo avendo valore, oltre che causale, sintomatico, come espressione della personalità dell'agente al momento del fatto. E ciò perché non esprime soltanto la sua attitudine a produrre un dato evento dannoso o pericoloso, ma anche l'attitudine del soggetto a cagionarlo, in quanto manifestazione delle sue condizioni psichiche. (...) E può dirsi anche, poiché il reato è un fatto antisociale, che la condotta criminosa è espressione di una duplice antisocialità, sia per la sua manifestazione in contrasto con norme ritenute come fondamentali della vita associata, sia per essere rivelazione delle condizioni subiettive antisociali, permanenti o temporanee, dell'agente<sup>24</sup>.

Eccola qui riassunta la duplice natura della condotta e di conseguenza la duplice funzione della pena: punire le offese ai beni giuridici ma anche le mere condotte che rendano manifesta un'indole antisociale. Per completezza precisiamo che Ranieri considera i reati formali come fattispecie in cui si concretizza comunque un dolo di offesa<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> Riflessione fatta propria anche dall'indirizzo tecnico-giuridico come sottolineato anche in F. BRICOLA, *Teoria generale*, cit., pp. 11-13, 32-33. Vedi anche G. DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, Padova, 1930.

<sup>23</sup> F. ANTOLISEI, *L'evento e il nuovo codice penale*, cit., p. 25.

<sup>24</sup> S. RANIERI, *Diritto penale -parte generale*, Milano, 1945, pp. 179-180.

<sup>25</sup> *Id.*, 188.

## 2. *Offensività e dolo: un rapporto controverso*

Rileviamo come, negli anni che precedono la nuova codificazione penale del 1930, la dottrina è unanime (o quasi) nell'affermare l'indirizzo oggettivo e il ruolo centrale dell'offensività nella costruzione della teoria generale del reato. Che poi tale affermazione avesse una valenza più formale che sostanziale è tema che abbiamo cercato di approfondire e che sarà ulteriormente analizzato nei successivi paragrafi dedicati a singole fattispecie di reato particolarmente rilevanti in materia.

Ma non solo le singole fattispecie, anche alcuni istituti di carattere generale quali la premeditazione, le circostanze aggravanti e quelle attenuanti prestano il fianco ad una serie di dubbi interpretativi sulla concreta portata del principio di offensività in vigenza del nuovo codice.

### 2.1. *Offensività e premeditazione*

In materia di dolo e premeditazione Rocco aveva precisato nella sua relazione al nuovo codice penale

Ma nel dolo vi è una scala, che sale per gradi, dal così detto dolo d'impeto, alla riflessione normale, ed infine alla premeditazione.

Questa aggiunge quel *quid pluris* a quel grado di riflessione, che è comune alla maggior parte delle azioni delittuose. Nella premeditazione la riflessione, inerente al proposito di delinquere, si protrae più o meno lungamente nel tempo, senza soluzioni di continuità, alimentando continuamente il proposito stesso, nella ricerca o in attesa dell'occasione di attuarlo.

Non si può negare che tale persistenza, la quale sopraffà tutti i motivi inibitori che via via vanno presentandosi alla coscienza e che avrebbero vinto un comune proposito delittuoso, sia indice di una maggior perversità e pericolosità del delinquente. D'altra parte, il più delle volte, è propria della premeditazione, così concepita, la paziente, tenace e sagace preordinazione dei mezzi di esecuzione del reato, il che ne facilita la consumazione e quindi rende più difficile la preventiva difesa della persona contro la quale l'azione è diretta.

Rocco, pur facendo ricorso al concetto di pericolosità sociale, non tace di un elemento squisitamente volontaristico: la *perversità* del delinquente. Il perverso è socialmente pericoloso perché portatore di una morale alternativa a quella dello Stato, ed è proprio questa sua *perversione* a giustificare



l'aumento della pena per il caso di premeditazione nei delitti di omicidio e lesioni personali. La perversione *qualifica* la condotta e la rende più grave.

In fondo la premeditazione si caratterizza per essere un'aggravante del reato che nulla ha a che vedere con il danno concreto arrecato dalla condotta ma che si caratterizza solo in funzione della volontà.

Una lunga nota a sentenza, comparsa sul Foro Italiano del 1933, a firma di Costantino Di Maria Gomes dice in proposito

(...) se premeditare – come osservò il Ferri – «è l'averci pensato prima», ogni nostra azione non è che una premeditazione. (...) Il criminale in piena sanità di mente preparerà (premeditazione) il delitto con quelle forme determinate, con la piena consapevolezza di commettere cosa contraria al diritto, quindi con piena coscienza e conoscenza del proprio operato (...)<sup>26</sup>

Anche in questo caso premeditazione e consapevolezza vengono accostate. Ciò che però l'autore manca di chiarire è perché il reo che agisca in stato d'ira o con dolo d'impeto dovrebbe avere minore consapevolezza di *commettere cosa contraria al diritto*. La debolezza di un simile ragionamento è più evidente se applicata all'esempio classico del marito che, colta la moglie in flagranza di adulterio, *accecato* dall'ira, estrae la pistola e la uccide. Ebbene sulla base della teoria della consapevolezza appena citata, si dovrebbe sostenere che l'omicida avrebbe agito con una minore consapevolezza di commettere cosa contraria al diritto. In verità è piuttosto evidente che in un caso come questo, il soggetto agente è perfettamente consapevole di commettere un'azione contraria al diritto, semplicemente lo stato d'ira lo spinge a far prevalere il proprio sentimento d'odio verso la vittima rispetto all'obbedienza che deve al diritto. Pertanto l'unica differenza tra un'omicida d'impeto ed un omicida che abbia agito con premeditazione consiste in una maggiore *perversione*, per utilizzare le parole di Rocco, che ha la forza di resistere nel tempo.

Se è vero che si potrebbe ricollegare la premeditazione alla consapevolezza delle proprie azioni, (in fondo Rocco scrive questo nella relazione), sostenere, facendo ricorso ad un principio antico<sup>27</sup>, che il reo che agisca con

<sup>26</sup> C. DI MARIA GOMES, *Prevenzione e vizio di mente*, in *Foro it.*, Volume LVIII, parte II, 1933, pp. 300, 304.

<sup>27</sup> Di dolo d'impeto si legge già nel diritto romano. «*Delinquitur autem aut proposito, aut impetus, aut casu*» Cfr. Marcianus, fr. 11, § 2, D. 48.19. Una definizione più approfondita è quella di Cicerone, «*Impulsio est, quae sine cogitatione per quandam adfectionem animi facere aliquid hortatur, ut amor, iracundia, aegritudo, vinolentia et omnino omnia, in quibus animus ita videtur adfectus fuisse, ut rem perspicere cum consilio et cura non potuerit id quod*

dolo d'impeto abbia una consapevolezza minore delle sue azioni rispetto a chi agisce con premeditazione, pare una forzatura all'interno di un ordinamento di indirizzo oggettivo, tanto più che Rocco non identifica la consapevolezza con la capacità di intendere e di volere. Che al dolo d'impeto corrispondesse in qualche modo una diminuzione delle capacità mentali del soggetto agente era un principio assolutamente condiviso in dottrina. Carrara nel suo *Programma* scriveva

Tutta la forza scusante di queste passioni consiste nella veemenza e nella rapidità della loro azione sulla volontà. L'uomo è responsabile delle sue determinazioni, perché la sua volontà è armata dalla ragione. Ma la azione della ragione umana è fredda e tarda. Tutto ciò che spinge ad agire toglie la calma e il tempo per maturamente riflettere: e così rende la volontà disarmata momentaneamente del suo presidio (...). Da ciò nasce che l'ira deve essere distinta dall'odio che può tenerle dietro, ma è una cosa diversa<sup>28</sup>.

In effetti, un ragionamento simile sarebbe perfettamente coerente ed armonico in un sistema di indirizzo oggettivo. Se la volontà del soggetto agente va indagata al solo scopo di graduare la sua imputabilità ne discende che un soggetto che agisce con minore consapevolezza deve andare incontro ad una pena minore. Un simile assunto non cozza con il principio di offensività ma lo completa perché chi offende un bene giuridico va punito a condizione che sia consapevole di quanto sta facendo. Ebbene vista sotto quest'ottica la premeditazione, rappresenta un grado di consapevolezza maggiore in quanto frutto di una riflessione prolungata nel tempo. Rocco stesso però, abbiamo già notato, non si limita al concetto di consapevolezza ma parla di *perversità* di fatto entrando nel campo di quella morale personale propria dell'indirizzo soggettivo-volontaristico.

## 2.2. *L'offensività e le circostanze del reato*

### 2.2.1. a) *I motivi*

Andando al tema delle circostanze aggravanti ed attenuanti del reato si aprono alcuni scenari di particolare interesse ai nostri fini.

Se guardiamo al combinato disposto degl'artt. 61, n. 1 e 576, comma IV, del codice Rocco, notiamo come, per un caso di omicidio, l'aggravante

---

*fecit. impeto quodam animi, potius quam cogitatione fecerit*» Cfr., Cicerone, *De Inventione*, Libro II, 5.

<sup>28</sup> F. CARRARA, *Programma*, cit., vol. I, §§ 322 e ss.

dei motivi abietti o futili poteva condurre alla pena capitale. Allo stesso modo l'art. 62, n. 1 considera un'attenuante al reato l'aver agito per ragioni di particolare ragione morale o sociale.

A proposito di queste previsioni normative notiamo come un soggetto che con piena consapevolezza violi il precetto penale arrecando un'offesa al bene giuridico può ricevere una pena aggravata o diminuita in ragione di un requisito puramente morale: il *motivo*. Ora, come si armonizza tutto ciò in un sistema penale di indirizzo oggettivo? A parità di offesa rileva, nei casi appena indicati, null'altro che la dimensione morale. Di fronte a questa *apparente* incongruenza la facile obiezione è questa: non tenere in considerazione l'odiosa circostanza del motivo abietto o futile e punire allo stesso modo l'omicida che ha agito per alte ragioni ideali e quello che invece era spinto solo da biechi sentimenti di vendetta condurrebbe ad una iniquità dell'ordinamento penale e l'iniquità *offende* il comune senso di giustizia. Ebbene questa è una delle ragioni fondamentali che non consentono uno sviluppo pienamente oggettivo dell'ordinamento penale in senso stretto. La società, pur punendo *generalmente* in ragione di un danno, non può restare indifferente a circostanze che, pur non mutando la *vis* offensiva della condotta la rendono comunque più odiosa. Naturalmente è sempre possibile fornire, anche in questo caso, una ricostruzione in senso oggettivo del problema; è sufficiente dire che la futilità dei motivi che spingono il reo è indicativa di una ribellione ancor più forte al diritto e quindi *offende* maggiormente la sicurezza sociale. Ma, a parere di chi scrive, sono proprio queste possibili rielaborazioni in *forma* oggettiva di norme di chiara matrice volontaristica a dimostrare la concreta impossibilità di tenere del tutto distinti i due indirizzi e di come gli indirizzi stessi siano più che altro costruzioni logico-domatiche che non sistemi concretamente diversi. Con questo, ovviamente, non si vuole arrivare all'assurda conclusione di sovrapporre l'indirizzo oggettivo a quello soggettivo, i due sistemi mantengono profonde differenze, allo stesso tempo però, sul piano dei sistemi giuridici reali, il legislatore italiano non è riuscito a rimanere immune dalla tensione tra i due indirizzi.

#### 2.2.2. b) *Lo* «stato d'ira»

Ai sensi dell'art. 62, n. 2, costituisce attenuante l'aver commesso il reato in *stato d'ira* purché tale stato sia la conseguenza di una *provocazione* costituita esclusivamente da un *fatto ingiusto altrui*. Possiamo dire quindi che, tanto nel caso dei motivi futili o di alto valore sociale, quanto nell'ipotesi dell'*ira* da provocazione, è la motivazione che spinge il reo a delinquere a rilevare

nell'applicazione della pena.

Orbene, simili aggravanti e attenuanti in ragione di quale (più grave o più tenue) offesa vengono previste? La futilità del motivo che spinge il reo alla violazione della norma penale forse aggrava la lesione del bene giuridico? Forse ne lede uno diverso?

Abbiamo già avuto modo di notare come la dimensione interiore e psichica, (*volontaristica* per utilizzare un termine più consono a questo lavoro) rivesta un ruolo anche in un sistema penale d'indirizzo oggettivo e costruito sull'offesa. La volontà, abbiamo detto, rileva, ma solo ai fini dell'imputabilità, un soggetto va punito ove le sue azioni siano offensive ma sul presupposto che abbia commesso quelle azioni in modo consapevole con coscienza e volontà o per colpa, poiché diversamente si arriverebbe all'assurda conseguenza che chiunque cagioni un danno anche inconsapevolmente, o in maniera incolpevole, andrebbe incontro ad una pena. Ebbene in ragione di tale assunto un'attenuante, come quella dello *stato d'ira*, potrebbe essere del tutto coerente con l'indirizzo oggettivo: l'ira diminuisce le capacità di discernimento del soggetto agente, diminuisce il controllo delle proprie azioni e la conseguente consapevolezza e pertanto può, se opportunamente dimostrata, giustificare un'attenuante. Questa attenuante non dovrebbe entrare nel merito della morale del reo, ma solo della sua effettiva percezione psichica. Volgendo lo sguardo alla giurisprudenza di Cassazione su queste circostanze, appureremo come la ricostruzione non sia così lineare in merito.

Ed in effetti, se il Codice Penale del 1889 considerava l'ira come una diminuzione dell'imputabilità, il Codice Rocco invece la considera un'attenuante. Rocco, infatti così aveva scritto nella sua relazione al progetto definitivo:

È appena il caso di rilevare che le norme, le quali considerano come attenuanti alcuni stati emotivi, non sono in contraddizione con l'art. 93, poiché la diminuzione della pena è cosa ben diversa dalla diminuzione (o esclusione) della imputabilità, cioè della capacità di intendere e di volere<sup>29</sup>

Ancora, altri autori che si occupano del tema rendono più esplicita questa contaminazione non riuscendo a superare alcune incoerenze di ragionamento. Indicativo in questo senso Manzini che senza eccessive remore sostiene chiaramente che la natura dell'attenuante è legata ad un maggiore tollerabilità etico-morale e non certo ad una minore consapevolezza della

---

<sup>29</sup> A. Rocco, *Relazione*, in AA.VV., *Lavori preparatori del Codice Penale e del Codice di Procedura Penale*, Vol. V, *Progetto definitivo di un nuovo codice penale con la relazione del Guardasigilli On. Alfredo Rocco*, Parte I, *Relazione sul libro I del Progetto*, Roma, 1929, p. 416.

lesione perpetrata al bene giuridico:

Il diritto non può supporre l'uomo medio migliore di quello che, nel presente momento sociale, esso sia in realtà. Perciò la legge, riconoscendo che l'opinione pubblica suole indulgere ai reati d'impeto, come a fatti che meno gravemente contrastano con la moralità media della popolazione, ha ammesso nella provocazione una circostanza attenuante<sup>30</sup>

Certamente più estremo rispetto a quello di Rocco, il discorso di Manzini non risolve il problema della compatibilità di questo ragionamento con il principio di offensività. Del resto, già in sede di lavori preparatori, *l'abbattimento* dell'offensività quale argine invalicabile del legislatore penale era avvenuto. Massari ad esempio aveva precisato in seno alla Commissione ministeriale:

Il sistema seguito dal progetto è stato quello di escludere che lo stato emotivo possa essere considerato come una causa di diminuzione dell'imputabilità. Se lo stato emotivo o passionale dovesse menomare od escludere la capacità d'intendere o di volere, sarebbe logico arrivare alla conseguenza che tutti gli stati emotivi dovrebbero essere tenuti in considerazione, anche se mossi da motivi perversi: ciò nessuno può seriamente sostenere. In sostanza questo sistema non è diverso da quello seguito dal codice del 1889: il quale, per altro, non è stato coerente, quando ha collocato la provocazione fra le cause che diminuiscono l'imputabilità; (...) lo stato emotivo o passionale non influisce sulla imputabilità ma può soltanto influire sulla quantità politica del reato<sup>31</sup>

Questo brano è stato citato in un articolo di Domenico Rende apparso sul Foro Italiano nel 1934, in cui l'autore commenta parole di Massari scrivendo:

Si viene così a riconoscere l'esattezza di quanto chiaramente, o no, esplicitamente, o meno, scrittori di vari tempi e di varie tendenze, e specialmente i positivisti, hanno sostenuto, e cioè che predominante in questo campo è il motivo a delinquere e che le esigenze pratiche devono prevalere sulle sistemazioni teoriche<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> V. MANZINI, *Trattato di diritto penale Italiano secondo il codice del 1930*, Torino, 1933, p. 187-188.

<sup>31</sup> Il testo è preso da una citazione contenuta in D. Rende, *Fondamento del valore attenuante della provocazione. Provocazione e premeditazione*, in *Foro it.*, Volume LIX, parte II, 1934, pp. 4-5.

<sup>32</sup> *Id.*, p. 5.

Quest'ultimo passaggio citato conclude una sorta di disvelamento progressivo che si è reso sempre più evidente in queste ultime pagine: il ritorno della *volontà sull'offesa*. Provando a riassumere quanto fin qui detto: Il codice Zanardelli prevedeva una diminuzione di pena per il caso del dolo d'impeto in ragione di un antico principio che suppone diminuita la capacità di discernere il bene dal male da parte del soggetto agente. Ma se questo è vero, la minore capacità di discernimento, si identifica con una diminuita capacità di intendere e di volere e comporta una conseguenziale diminuzione dell'imputabilità. L'avvento del Codice Rocco muta la lettura del dolo d'impeto spostando la collocazione sistematica dello stato d'ira all'interno delle attenuanti del reato, e quindi qualificando la provocazione e lo stato d'ira, non tanto quanto una ragione di diminuita capacità di intendere e di volere, quanto piuttosto in una vera e propria diminuzione del disvalore della condotta su base volontaristica. Il codice stesso chiarisce all'art. 90 che *gli stati emotivi o passionali non escludono né diminuiscono l'imputabilità*. Il soggetto agente *vuole* violare la legge ma la sua volontà è sorretta dalla spinta della provocazione. Rocco definisce questa *spinta* come un indice di minore perversione, il che già entra nel campo di una pena costruita (anche) sull'*animus* del reo e non (solo) sull'offesa che la condotta ha arrecato ad un bene giuridico. È sempre Rocco a chiarire che la provocazione non può costituire una diminuzione della capacità di intendere e di volere, del resto è abbastanza evidente che il provocato non dimentica di violare una norma penale. Tra l'altro, ove si ritenesse lo stato d'ira come una diminuzione della capacità di intendere e di volere dovrebbe essere indifferente cosa lo abbia ingenerato. In altre parole, utilizzando il criterio dell'ira che diminuisce la capacità di intendere e di volere e di conseguenza l'imputabilità del soggetto agente, bisognerebbe accertare solo che si sia concretizzato lo stato d'ira stesso, invece la norma dell'art. 62, comma II, del codice penale del 1930 considera lo stato d'ira un'attenuante solo nei casi in cui sia determinato da un fatto *ingiusto* altrui. Ebbene questa precisazione reca una valutazione morale evidente, infatti lo scatto d'ira frutto di animo perverso (pensiamo al caso del marito violento abbandonato dalla moglie che, in preda alla furia per aver scoperto la donna in compagnia di un altro uomo, la uccide) non può avere alcuna funzione attenuante. Ma l'ira dell'uomo perverso non ha forse la stessa forza accecante dell'ira ingenerata da una *ingiusta* provocazione? Chi agisce perché provocato da un fatto ingiusto non è vittima delle stesse *passioni* che dominano l'animo di chi percepisce come provocatori comportamenti che invece sono giusti? In cosa consiste la differenza nella percezione del soggetto agente? L'unico

discrimine è d'ordine morale. L'ira dell'uomo savio è semplicemente più tollerabile sotto il profilo etico, la *mala voluntas*, l'*animo pravo* del soggetto agente, non consentono l'applicazione dell'attenuante. Come si nota, il problema della condotta materialmente tenuta non riveste alcun rilievo.

Saranno però altri autori come Manzini a rendere più chiaro come la ragione della minore pena è da ricollegarsi ad una dimensione morale completamente scollata dalla condotta e dal danno da essa provocata, fino ad arrivare alle posizioni più nette di Massari e Rende che, senza troppi giri di parole richiama un'esigenza pratica di natura etico-volontaristica: il *motivo a delinquere*, ovvero l'animo che spinge il reo all'azione non può essere ignorato dal legislatore penale. In queste parole di Rende si ritrova in modo chiaro la vera funzione che la dimensione volontaristica assume all'interno di un ordinamento, quale quello italiano del 1930, *formalmente* d'indirizzo oggettivo: *agente contaminante*. La volontà *contamina* l'ordinamento penale creando falle nell'indirizzo oggettivo. Del resto questa contaminazione che diventa più evidente rispetto agli anni precedenti è certamente coerente con la nuova concezione dello Stato in era fascista.

Sotto questo aspetto è particolarmente interessante il caso giudicato dalla Corte di Cassazione del Regno il 1° dicembre 1933. Era accaduto che tale Lisuzzo nella veste di componente di una banda criminale, possedesse dei capi di bestiame frutto delle attività criminose commesse. Una banda rivale rapina i capi di bestiame a Lisuzzo, il quale durante il fatto assale i rapinatori dando luogo ad un conflitto. Condannato dalla Corte d'Assise di Termini Imerese, Lisuzzo ricorre in cassazione chiedendo l'applicazione dell'attenuante della provocazione. Ebbene, la Corte di Cassazione, confermando l'orientamento già espresso dalla Corte d'Assise, non riconosce l'attenuante della provocazione su questi presupposti:

Ora, se da una parte, la banda Dino non aveva il diritto di togliere al Lisuzzo i detti animali per devolverli a proprio profitto, (...) l'ordinamento giuridico non può proteggere il Lisuzzo nemmeno col dichiararlo vittima di un'offesa ingiusta, ossia ingiustamente provocato, giacché così facendo, varrebbe ad accordare un carattere di legittimità al possesso delle pecore, che, come si è detto, avevano una originaria provenienza illecita. E, in generale deve dirsi che, quando due persone, o due gruppi di persone, si mettono fuori legge e si offendono reciprocamente, non si può né dall'una parte, né dall'altra invocare a proprio beneficio l'attenuante della provocazione, giacché l'ingiustizia esiste da tutte e due le parti ed ognuno deve sopportare intere le conseguenze dei propri atti, altrimenti le azioni dei disonesti verrebbero equiparate a quelle degli onesti<sup>33</sup>.

<sup>33</sup> Corte di Cassazione del Regno, Ud. 1° dicembre 1933, in *Foro it.*, Volume LVII, parte

Questa sentenza si allontana totalmente dalla concezione oggettiva del reato, utilizzando una serie di espressioni estremamente significative che richiedono un approfondimento. La prima riflessione da farsi è relativa alla condotta tenuta dai cd. *provocatori*. La Corte infatti ammette che la rapina degli animali concretizza una condotta antiggiuridica. In ragione di ciò, il danno subito dal soggetto passivo della rapina, a rigor di logica, non può che essere un danno ingiusto. Del resto, a poco vale che il possesso del bene fosse illecito. Diversamente dovrebbe dedursene la possibilità di rapinare legalmente un soggetto a condizione che i beni sottratti siano di origine illecita. Ciò non di meno la Corte ritiene che il danno subito da Lisuzzo non possa qualificarsi come ingiusto. Ma la motivazione va oltre. La Corte infatti disconosce l'effetto attenuante della provocazione subita sul presupposto che il soggetto passivo è un fuorilegge. Ma quale sarebbe il nesso logico secondo cui in fuorilegge non può essere provocato? Il Supremo Collegio dopo una ricostruzione in motivazione alquanto criptica, lascia emergere un orientamento assolutamente soggettivista quando, nelle conclusioni, afferma che le azioni dei disonesti e degli onesti non possono essere equiparate. È proprio questo il punto nodale che rende chiaro il reale criterio su cui si fonda la condanna. Queste decisioni manifestano in modo, più o meno evidente, come l'attenuante della provocazione, valida solo quando questa origini da un atto ingiusto, sia in sostanza uno strumento che il legislatore mette in mano al giudice per consentirgli valutazioni di natura soggettiva, in senso volontaristico, sul reato. La *tensione* tra i due indirizzi emerge nel tentativo che il giudice fa di fornire sempre una spiegazione di natura oggettiva, ma la debolezza di questa spiegazione e le valutazioni di carattere generale riscontrate in questa sentenza, così come nelle precedenti, ci restituiscono una evidente tendenza a non ignorare la dimensione soggettiva e a valutare la *pravità* del reo anche a prescindere dalla condotta.

Questo orientamento *compromissorio* tra offesa e volontà, questa natura ambigua dell'attenuante dell'ira, emergono anche in qualche altra significativa sentenza. Il 20 ottobre 1933, la Corte di Cassazione del Regno rigetta il ricorso di tale Vocca avverso la sentenza della Corte d'Assise di Sassari che lo aveva condannato per uxoricidio. Ad opinione del ricorrente la Sentenza di II grado non aveva tenuto in adeguato conto la provocazione. Vocca infatti aveva sostenuto di aver ucciso la moglie in preda ad uno stato d'ira determinato dai comportamenti della moglie stessa che lo aveva fortemente provocato. In effetti era accaduto che la moglie aveva inveito violentemente contro il marito, in presenza di tale signora De Ambrogio,

---

II, 1932, pp. 259-260.



ma le invettive erano conseguenza del fatto che la moglie aveva scoperto che Vocca e la De Ambrogio erano amanti. La Cassazione ha ritenuto che in questo caso lo stato d'ira, seppur acclarato, non poteva fungere da circostanza attenuante in quanto non era stato innescato da un fatto ingiusto ma, semmai, da una comprensibile scenata di gelosia. Nelle motivazioni il giudice di legittimità svolge alcune illuminanti considerazioni di carattere generale sull'istituto:

La legge (art. 62, n. 2, cod. pen.) quando parla di stato di ira determinato da un fatto ingiusto altrui, usa il verbo determinare appunto per indicare che il fatto altrui deve essere la causa efficiente dello stato d'ira, in modo che l'effetto sia proporzionato alla sua causa, altrimenti il reato non è dovuto veramente al fatto altrui, ma all'indole del delinquente e si sa che i delinquenti più pericolosi sono quelli che, per satanico orgoglio o per ingiustificata gelosia o per altra simile ragione, si ritengono o fingono di ritenersi offesi da ogni nonnulla... (...) Lo stato d'ira è uno stato emotivo, che certo limita alquanto i poteri inibitori e quindi menoma la volontà, come menoma, e in misura maggiore, lo stato passionale, giusta gl'insegnamenti della psicologia; ma l'art. 90 cod. pen. è volto a proteggere la società dagli individui più pericolosi che facilmente si abbandonano a passioni insane o, per motivi ingiustificati, si abbandonano all'ira o ad altre emozioni violente produttrici di delitti, e perciò nega agli stati emotivi e passionali alcuna influenza discriminante o attenuante, se non quando producano una malattia mentale o siano determinati da motivi a cui la legge abbia voluto accordare speciale valore. Tale è appunto il caso della provocazione, la quale non funziona da attenuante, se non quando il delitto sia prodotto dal giustificato motivo di reagire ad un fatto ingiusto altrui, il che, come si è sopra dimostrato, nel caso presente non esiste...<sup>34</sup>

Nella sua lettura interpretativa della norma il giudice disconosce il rilievo giuridico dello stato d'ira di per sé; non è la diminuzione della percezione del soggetto agente a rilevare (perché in questo caso ogni elemento passionale idoneo a menomare la volontà dovrebbe rilevare, effetto espressamente sconfessato dall'art. 90 cod. pen. È *il giustificato motivo di reagire ad un fatto ingiusto altrui* a consentire l'attenuante. È probabilmente questo il centro della questione: in base a quale parametro possiamo considerare giustificabile una reazione penalmente rilevante ad una provocazione? Posto che non si tratta di una diminuita capacità di intendere e volere, come ampiamente chiarito,

<sup>34</sup> Corte di Cassazione del Regno, Ud. 20 ottobre 1933, in *Foro It.*, Volume LIX, parte II, 1934, pp. 6 e ss.

quanto piuttosto di motivi a cui *la legge abbia voluto accordare speciale valore*, cosa rende alcuni motivi più meritevoli di altri? L'etica. Una legislazione *morale* non può graduare la pena solo sulla base dell'offesa arrecata o della consapevolezza dall'agente, deve anche necessariamente valutare, a parità di condizioni la *perversione* (l'immoralità) del soggetto agente. In questo senso possiamo leggere le parole di Sabatini il quale, sempre dalle colonne del *Foro Italiano* a proposito della provocazione scrive:

(...) altre circostanze soggettive, siano esse inerenti l'imputabilità, come il vizio parziale di mente, siano attinenti all'elemento morale del reato, come la provocazione, i motivi di particolare valore morale e sociale e le altre circostanze soggettive attenuanti o aggravanti generali a norma degli art. 61 e 62 cod. pen. (...) Invero alcuni autori fanno consistere l'intensità del dolo nella pravità del movente e attribuiscono questo carattere alla premeditazione, ne deducono la incompatibilità rispetto ai reati in cui il motivo apparisca apprezzabile, come per esempio la ingiustizia del fatto altrui nella provocazione e i motivi di particolare valore morale e sociale. Il dolo, nella sua nozione fondamentale, è costituito dalla coscienza e volontà dell'azione o omissione preveduta dalla legge come reato e dalla previsione e volontà dell'evento dannoso pericoloso come conseguenza dell'azione o omissione stessa. Conseguentemente la maggiore o minore intensità del dolo consiste nel grado della consapevolezza del valore della propria condotta e della efficienza della volontà sull'evento che ne consegue. (...) La provocazione è fondata sul concorso di due elementi, uno psicologico, che è lo stato d'ira, l'altro etico-giuridico, che consiste nella causa determinante cioè il fatto ingiusto altrui. Lo stato emozionale e passionale da solo non è preso in considerazione alcuna dalla legge, e per questo non può mai riguardarsi come una causa di minorazione della capacità di intendere e di volere (...). Lo stato d'ira è rilevante soltanto se apparisca determinato da un fatto ingiusto altrui, il che risolve nella valutazione del motivo a delinquere. (...) lo stato d'ira (...) quando sia associato al movente apprezzabile di reagire contro una ingiusta offesa, acquistando rilevanza giuridica, opera sull'elemento soggettivo del reato, cioè sulla coscienza e volontà del fatto e quindi sul dolo, dando luogo all'attenuante preveduta dall'art. 62, n. 2. Lo stato emotivo o passionale, turbando i poteri intellettivi e volitivi della mente, non può risolversi in una causa di attenuazione del dolo<sup>35</sup>.

In questo articolo l'autore dice in modo estremamente chiaro che la provocazione costituisce una circostanza soggettiva attenuante che non

---

<sup>35</sup> G. SABATINI, *Se la premeditazione sia conciliabile con la provocazione e con i motivi di particolare valore morale e sociale*, in *Foro It.*, Volume LIX, parte II, 1934, pp. 338-340.

incide sull'imputabilità ma sull'*elemento morale* del reato, ossia il dolo. Ma se il dolo, quale circostanza oggettiva, è direttamente proporzionato alla coscienza e volontà da parte del soggetto agente nella commissione del reato, e se l'art. 90 esclude che uno stato di turbamento psicologico possa influire sulla coscienza e volontà, come è possibile che lo stato d'ira scatenato da una provocazione frutto di un fatto ingiusto altrui possa influire sul dolo stesso? L'autore risponde a questa domanda parlando di elemento *etico-giuridico*. Ancora una volta riemerge il connotato morale e volontaristico, ma sempre in modo ambiguo, poco lineare. La conclusione di Sabatini rende più evidente questa tensione tra due diverse posizioni; infatti dopo aver spiegato il dettato dell'art. 90 cod. pen. chiosa dicendo che quando lo stato d'ira è determinato da una provocazione allora opera *sulla coscienza e volontà del fatto e quindi sul dolo*. Sarebbe come dire che un soggetto che agisce in stato d'ira non causato da provocazione ha perfetta coscienza e volontà di quello che fa e pertanto non può vedersi applicata alcuna attenuante, ove invece agisca in stato d'ira a causa di una provocazione allora questa perfetta coscienza e volontà viene meno. La forzatura interpretativa è abbastanza evidente e cela una altrettanto evidente contraddizione tra le disposizioni di cui all'art. 62, n. 2, cod. pen. e quelle di cui all'art. 90 superabili solo riconoscendo che l'attenuante della provocazione non è altro che una di quelle eccezioni etico-giuridiche ad un ordinamento generale di stampo oggettivo.

Esistono, infatti, casi emblematici in cui il giudice si è spinto ad interpretazioni più restrittive dell'art. 90 cod. pen. tali da consentire l'applicazione dell'attenuante dello stato d'ira anche se non determinato da *fatti ingiusti altrui*. Un esempio è la sentenza della Corte d'Assise di Taranto che il 6 novembre 1933<sup>36</sup> manda assolto l'imputato Merico dall'accusa di percosse e lesioni in danno della fidanzata. Era accaduto che, dopo anni di fidanzamento, durante un colloquio con la fidanzata, Merico aveva scoperto che il matrimonio sarebbe definitivamente saltato per via dell'opposizione dei genitori di lei. A questa notizia, Merico aggredì la donna provocandole delle lesioni. La Corte ha ritenuto di assolverlo sul presupposto che fosse in preda all'ira, ma non ai sensi dell'art. 62 (che avrebbero richiesto un fatto ingiusto altrui) bensì come diminuita capacità di intendere e di volere. Questa decisione sembrerebbe scontrarsi contro le disposizioni di cui all'art. 90 cod. pen., ma il collegio *supera* questo scontro con una interpretazione creativa:

È bensì vero, che gli stati passionali ed emotivi non possono senz'altro assimilarsi a stati patologici, a forme ben definite di infermità mentale,

<sup>36</sup> Corte d'Assise di Taranto, Ud. 06 novembre 1933, in *Foro It.*, Volume LIX, parte II, 1934, pp. 117 e ss.

e che, in coerenza a ciò, l'art. 90 cod. pen. dichiara che: «*gli stati emotivi o passionali non escludono né diminuiscono la imputabilità*», ma ciò non implica, che non possa riscontrarsi uno stato di minorata o addirittura eliminata responsabilità, sempre quando l'inesorabile prepotenza di una passione o un trauma morale abbiano completamente sconvolto l'animo del soggetto, sol perché questo non risulti, come nella specie, affetto da alcuna forma patologica di infermità mentale<sup>37</sup>.

Questa decisione dimostra tutta la debolezza della categoria giuridica della *passione* che è idonea ad attenuare il dolo (ma non l'imputabilità) ma solo se determinata da un fatto ingiusto. Inoltre rilegge l'art. 90 stravolgendolo e, sostanzialmente, negandone il tenore letterale. Un ulteriore aspetto bizzarro di questa sentenza è che conduce ad una conclusione paradossale: ove lo sconvolgimento passionale di Merico fosse stato determinato da un fatto ingiusto altrui allora si sarebbe attenuato il dolo pur senza intaccare l'imputabilità, ma siccome l'evento scatenante non può essere considerato ingiusto avviene l'esatto opposto, non è il dolo ad essere messo in discussione ma l'imputabilità che viene esclusa, il tutto in evidente violazione delle disposizioni di cui all'art. 90; il risultato pratico però è il medesimo. Ci troviamo di fronte ad un caso in cui la medesima condotta conduce ad una pena più o meno lieve in ragione di fumose motivazioni interiori del soggetto agente, il cui legame con la concreta capacità di intendere e di volere non pare determinato in maniera univoca. L'evidente contraddizione in cui cade la norma penale e la conseguenza creatività dell'interpretazione giurisprudenziale sul tema sono, a parere di chi scrive, collegate con la costante presenza della contaminazione volontaristica.

La decisione viene ripresa e sconfessata l'11 maggio 1934, quando la prima sezione penale della Corte di Cassazione del Regno si trova a giudicare sul ricorso di tale Ledda, condannato il 18 novembre 1933 dalla Corte d'Assise di Cagliari per l'omicidio di un uomo ed una donna<sup>38</sup>. Ledda in effetti aveva ucciso l'uomo, tale Pintus, perché esasperato dalle continue provocazioni che questi, nella veste di esecutore di una sentenza di pignoramento, gli aveva rivolto. Proprio in ragione di questa esasperazione aveva chiesto l'applicazione della scriminante di cui all'art. 88, cod. pen. (vizio totale di mente) o in subordine delle diminuzioni di pena previste dall'art. 89 cod. pen. per il vizio parziale di mente. Il presupposto del ricorso si fondava sul fatto che lo stato d'ira ingenerato

---

<sup>37</sup> *Ibidem*.

<sup>38</sup> Corte di Cassazione del Regno, Ud. 11 maggio 1934, in *Foro It.*, Volume LX, parte II, 1935, pp. 48 e ss.

dalla provocazione fosse stato di tale entità da avere condotto Ledda in uno stato di parossismo con conseguente sensibile diminuzione della capacità di intendere e di volere. Anche in questo caso ritorna immediatamente lo scoglio dell'art. 90 cod. pen. che esclude aprioristicamente che le passioni possano condurre ad un vizio di mente. Infatti già nella massima si legge:

Non si può confondere lo stato emotivo causato da una provocazione con il parossismo, che rappresenta il colmo di una malattia vera e propria, per lo più febbrile<sup>39</sup>.

In nota viene richiamata proprio la sentenza della Corte d'Assise di Taranto come orientamento non condivisibile<sup>40</sup> e in sede di motivazioni il Supremo Collegio precisa:

Osserva la Corte che dalle circostanze di fatto ritenute in sentenza e da quelle stesse asserite nel ricorso non risulta affatto che la mente dell'imputato si trovasse nei vari momenti in cui compì i vari delitti, in condizioni patologiche, ma che di più, egli aveva un sistema nervoso facilmente eccitabile. Di questo fu tenuto conto dalla Corte d'Assise nel concedere a lui l'attenuante della provocazione, né si può confondere lo stato emotivo da tale provocazione causato con il parossismo di cui parla il ricorso e che, secondo la comune accezione della parola, rappresenta il colmo di una malattia vera e propria per lo più febbrile.

Il contegno del Ledda non fu altro che quello di un uomo in preda all'ira, e non quello di un ammalato di mente. (...) secondo il sistema del codice, lo stato d'ira è uno stato emotivo, che, in base all'art. 90, non dovrebbe avere valore attenuante, ma l'art. 62, n. 2, gli accorda tale valore quando esso è determinato dall'intenzione di reagire ad un fatto ingiusto altrui in vista dell'apprezzabilità del motivo, e non in vista semplicemente dell'esistenza per sé stessa dell'emozione. (...). E che questo sia il pensiero del legislatore risulta anche dal fatto che dal n. 2 dell'art. 62 sono state tolte le parole che seguivano all'art. 64, n. 2 del progetto preliminare, e cioè «l'aver commesso il reato in stato di intensa emozione determinata da grave sventura», con che si è dimostrato maggiormente quanto dice la relazione ministeriale (parte 1°, pag. 116) e cioè che non si è voluto attribuire efficacia di attenuante, ma si è voluto che il giudice lo prendesse in considerazione soltanto nei limiti dei motivi, i quali motivi, nel caso della provocazione, non possono essere che quelli di reagire contro l'offensore<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> Id., p. 48

<sup>40</sup> *Ibidem*. Nota, 1.

<sup>41</sup> Id., pp. 50-51.

La Cassazione ribadisce la natura dello stato d'ira ed esplicita che non è lo *stato* a giustificare l'attenuante ma i motivi che lo hanno ingenerato. Per tanto possiamo concludere che, a parità di condizioni (e di offesa) esiste un'*ira* moralmente accettabile, quella derivante da un'azione provocatoria ingiusta. Proprio la giustizia dell'azione scatenante reca una dimensione etica incontrovertibile. Infatti è di natura strettamente morale la valutazione che si deve fare per definirla. Infine, come già ampiamente chiarito, tutto questo sistema normativo su fonda sulle motivazioni a delinquere che nessuna attinenza hanno con l'offesa al bene giuridico.

Ecco perché risulta paradigmatica l'espressione *circostanze soggettive* usata in senso diverso rispetto al dolo e alla colpa utilizzata in una ulteriore nota a sentenza di Sabatini del 1936:

E poiché la provocazione consta inscindibilmente del concorso di un elemento soggettivo, lo stato d'ira, e di un elemento oggettivo, il fatto ingiusto altrui, prende posto nella categoria delle circostanze miste, la cui disciplina si riconduce, secondo i criteri altra volta esposti, a quella delle circostanze soggettive o oggettive espressamente considerate dal codice<sup>42</sup>.

Provando a definire questa categoria mista che si compone di un elemento soggettivo ed in uno oggettivo la prima fondamentale domanda da porsi è: qual è la natura di una circostanza soggettiva diversa dal dolo e dalla colpa? Quale altro significato penalmente rilevante può avere la volontà oltre quello del dolo e dell'imputabilità? In questo caso e sulla base di questa ricostruzione questa diversa natura, questo nuovo significato hanno una connotazione evidentemente *etica*. L'elemento costitutivo dell'ira in funzione attenuante è l'*ingiustizia* della provocazione subita, l'elemento costitutivo dell'attenuante di cui all'art. 62, n.1 consiste nei motivi di *particolare valore morale e sociale*, infine l'elemento costitutivo dell'aggravante di cui all'art. 61, n. 1 sono i *motivi abietti o futili*; ma l'unico metro per valutare *ingiusta* una provocazione, *di alto valore morale e sociale* o al contrario *abietti o futili* i motivi, è pur sempre un metro di natura etica e morale non collegato né all'offesa perpetrata, né al bene giuridico leso. Provare a dare una definizione di questi concetti senza accettare la loro natura etico-morale porta a ricostruzioni necessariamente vaghe quando non tautologiche come quella utilizzata dalla Corte di Cassazione il 17 gennaio 1936:

Il fatto ingiusto altrui può essere qualsiasi fatto, che abbia in sé il

---

<sup>42</sup> G. SABATINI, *Provocazione e legittima difesa: Requisiti comuni e differenziali*, in *Foro it.*, vol. LXI, parte II, 1936, p. 52.

carattere dell'ingiustizia, e può quindi essere costituito anche da una ingiuria o da una diffamazione, o da qualsiasi altro fatto, illecito in sé stesso, ovvero compiuto in modo antiggiuridico, che determini uno stato d'ira<sup>43</sup>

### 2.3. *Un caso peculiare: la «ragion d'onore»*

Utile a questo punto un accenno conclusivo ad una peculiarissima forma di provocazione che, per le sue caratteristiche, ha una tipizzazione a sé stante: la ragion d'onore regolata ai sensi dell'art 587:

Chiunque cagiona la morte del coniuge, della figlia o della sorella, nell'atto in cui ne scopre la illegittima relazione carnale e nello stato d'ira determinato dall'offesa recata all'onore suo o della famiglia, è punito con la reclusione da tre a sette anni. Alla stessa pena soggiace chi, nelle dette circostanze, cagiona la morte della persona che sia in illegittima relazione carnale col coniuge, con la figlia o con la sorella.

Preliminarmente dobbiamo osservare come il tema del delitto d'onore sia stato oggetto di una enorme mole di studi e di approfondimenti sui quali poco ci sarebbe da aggiungere<sup>44</sup>. Questa fattispecie di reato rileva ai nostri fini esclusivamente in relazione al principio di offensività. Proprio sotto questo profilo è interessante quanto scrive sulle colonne del *Foro Italiano* il magistrato Nicola Bicci in proposito dell'art. 587

Anche qui, nell'art. 587, deve concorrere il requisito subiettivo dell'ira, dello stato d'animo particolarmente turbato; occorre altresì che l'ira sia determinata dalla offesa all'onore proprio o familiare, e quest'offesa deve concretarsi non in un fatto qualsiasi, ma in una illecita relazione sessuale di una delle persone indicate testualmente dalla legge. Senonché, constatato che la causa di onore preveduta nel citato art. 587 è una forma particolare di provocazione, sorge il problema se ad essa siano applicabili i requisiti stabiliti dalla legge per la provocazione in genere, il che importerebbe non essere necessaria la immediatezza temporale fra l'atto ingiusto provocatore e la reazione<sup>45</sup>.

<sup>43</sup> Corte di Cassazione del Regno, Ud. 17 gennaio 1936, in *Foro It.*, Volume LXI, parte II, 1936, p. 178.

<sup>44</sup> Vedi, *ex pluris*, A. VISCONTI, *Reputazione, dignità, onore. Confini penalistici e prospettive politico-criminali*, Torino, 2018.

<sup>45</sup> N. BICCI, *L'omicidio e le lesioni per causa d'onore*, in *Foro it.*, Volume LXI, parte II, 1936, p. 163.

Ciò che in questo caso rende ingiusta la speciale provocazione e consente l'applicazione dell'attenuante è l'offesa all'onore. Ancora una volta una ricostruzione formalmente basata sull'offesa di un bene giuridico (l'onore), consente di applicare una attenuante su di un presupposto etico e conduce di fatto ad una diminuzione di pena sulla base delle motivazioni che spingono il reo, in modo indipendente sia dal dolo, sia dalla condotta concreta, sia dall'offesa arrecata.

### *3. Voci dalle sentenze: singoli reati tra letture interpretative ed incoerenze sistematiche*

Nei primi anni di vigenza del nuovo codice sono svariate le fattispecie penali che, al di là delle scelte tipizzatorie del legislatore, vengono interpretate dei magistrati in maniera tale da non superare queste *incursioni* volontaristiche portando anche ad interpretazioni completamente opposte nei vari gradi di giudizio. Alcuni casi concreti possono aiutare ad evidenziare meglio il problema.

#### *3.1. L'offensività nel reato di offese al Re ed al Sommo Pontefice*

Il 20 novembre 1932 Andrea Benevolo, un giovane premilitare della squadra di Pavone Canavese della MVSN, durante un alterco con i suoi istruttori venne allontanato di forza. Allo scopo di disturbare l'istruzione premilitare dell'intera squadra, Benevolo si posizionò a poca distanza mettendosi a cantare a squarciagola canzoni oscene; caso volle che una di esse contenesse impropri all'indirizzo del pontefice. Ebbene l'art. 8 dei Patti Lateranensi equiparava le offese rivolte alla persona del Sommo Pontefice alle offese al Re e l'art. 278 c.p. puniva le offese al Re con una pena da due a sette anni. La Corte d'Appello di Torino il 7 giugno 1933 aveva assolto Benevolo sul presupposto di

(...) non essere stata raggiunta la prova sicura, che il Benevolo nel cantare la sconcia canzone abbia avuto il proposito di offendere il Supremo Gerarca della Chiesa cattolica, sia per la concitazione del momento, sia perché egli aveva piuttosto la intenzione di prendere in dilleggio i militi preposti all'istruzione premilitare, e non era risultato che l'imputato fosse contrario ai principi ed alle istituzioni della religione cattolica. (...) per aversi l'elemento subiettivo del reato preveduto dal citato art. 278 occorre il proposito di offendere le auguste persone ivi contemplate. Mentre l'elemento morale di questo



reato, e cioè il dolo, consiste nella volontà di compiere l'azione con la consapevolezza di arrecare a offesa che in detta azione si concreta, come nei reati ordinari contro l'onore, e della qualità speciale rivestita dalla persona ingiuriata<sup>46</sup>.

Ad opinione dei giudici di Torino, una condotta oggettivamente lesiva del decoro del Santo Padre non andrebbe punita ove manchi il proposito di offendere. Secondo questa lettura non è l'offesa del bene giuridico a perfezionare la fattispecie criminosa (infatti il decoro in questo caso è stato materialmente leso) e non è nemmeno il dolo, è necessario l'ulteriore elemento subiettivo del *proposito* di offendere. Questa ricostruzione del reato di chiara matrice soggettivo-volontaristica è totalmente sovvertita dalla Corte di Cassazione:

(...) l'elemento morale di questo reato, e cioè il dolo, consiste nella volontà di compiere l'azione colla consapevolezza di arrecare la offesa che in detta azione si concreta, come nei reati ordinari contro l'onore, e della qualità speciale rivestita dalla persona ingiuriata. Per cui nella specie (...) non possono avere rilevanza giuridica per escludere o rendere dubbia l'esistenza del dolo, i motivi dei quali l'imputato sia stato tratto a tale azione e le circostanze i cui la offesa è stata arrecata. (...) si consideri lo scopo che il legislatore, in vista della fondamentale importanza del bene giuridico leso dal reato di cui trattasi, si è prefisso colla disposizione in esame, quale è quello di assicurare la speciale tutela e protezione penale dovuta al Re, al Reggente, ed alle altre persone indicate nella disposizione medesima<sup>47</sup>.

In questo caso notiamo un richiamo diretto alla concezione oggettiva del reato visto come mera lesione consapevole di un bene giuridico. Ancora una volta l'atteggiamento dei giudici si dimostra altalenante e conferma questa continua *tensione* tra dimensione oggettiva e soggettiva del reato che, a prescindere dalle linee generali dell'ordinamento, permane.

### 3.2. *L'offensività in alcuni reati di falso*

Una fattispecie estremamente complessa sotto il profilo dell'offensività è certamente quella del falso innocuo. La Corte di Cassazione del Regno,

<sup>46</sup> La motivazione di questa sentenza è stata citata in Corte di Cassazione del Regno, Ud. 22 gennaio 1934, in *Foro it.*, Volume LIX, parte II, 1934, pp. 377-378.

<sup>47</sup> *Ibidem*.

il 27 giugno 1932<sup>48</sup>, si trovò a giudicare sui ricorsi di Salvatore Corso, Michele Passantino, Francesco Corso e Salvatore Bellomia. Questi, tutti impiegati presso gli uffici del Comune di Ciminna, erano stati condannati il 18 novembre 1931 dalla Corte d'Appello di Palermo per un caso di truffa portata avanti attraverso dei falsi verbali di sopralluogo ai fini di pignoramenti mobiliari. I ricorrenti, tra i vari motivi di ricorso, sostennero l'assoluta inutilità di quei verbali che, seppur falsi, erano del tutto inutili e quindi non potevano creare alcun danno. Nella sentenza del Supremo Collegio il motivo viene preso in considerazione sotto il profilo dell'offensività del reato:

In ordine al falso, le argomentazioni difensive, a chi ben guardi, si riducono a due, fondamentali: (...) superfluità dei verbali medesimi, perché se il messo esattoriale si fosse recato effettivamente sui fondi, nulla avrebbe potuto pignorare, perché i mobili appartenevano agli attuali possessori, non ai debitori iscritti.

In via di massima, può anzitutto obiettarsi che, come è noto, non deve confondersi la inesistenza con la annullabilità dell'atto; e che non può ammettersi che il pubblico ufficiale formi atti pubblici falsi, senza incorrere nelle sanzioni penali, anche se, eventualmente, si dimostri che, nel caso concreto, l'atto era superfluo, non richiesto dalla legge. L'atto pubblico, invero, ha una sua vita autonoma, indipendente dallo scopo che si propone colui che lo redige o colui che vi interviene. L'atto pubblico è penalmente tutelato e come documento e per la sua particolare efficacia che gli deriva dalla qualità di chi lo ha formato; e, come documento, ha sempre una propria efficacia probatoria. Al falso in atto pubblico è, dunque, sempre inerente il nocimento pubblico effettivo, consistente in una violazione delle guarentigie probatorie che la legge accorda agli atti redatti dal pubblico ufficiale nella sfera della propria competenza<sup>49</sup>.

Tralasciando la vicenda concreta<sup>50</sup>, la Corte di Cassazione prende in esame un tema generale più volte oggetto di attenzione da parte dei giudici anche durante la vigenza del codice Zanardelli: il falso in atto pubblico che non arrechi alcun danno è punibile o no? Ancora una volta notiamo come, pur in presenza delle garanzie del nuovo articolo 49 del codice penale, i magistrati non sembrano superare l'ambiguità di fondo

---

<sup>48</sup> Corte di Cassazione del Regno, Ud. 27 giugno 1932, in *Foro It.*, Volume LVII, parte II, 1932, pp. 393 e ss.

<sup>49</sup> *Id.*, p. 399. Conforme, Corte di Cassazione del Regno, Ud. 16 ottobre 1931, *Id.*, pp. 17 e ss.

<sup>50</sup> Nel caso di specie era palese che il falso verbale di sopralluogo, non solo non era configurabile come un atto inutile, ma anzi era un atto necessario al buon esito della truffa orchestrata.

del loro ragionamento; sostengono infatti che un atto pubblico falso semplicemente *non può* essere inoffensivo in quanto, per la sua stessa natura, ingenera un *nocumento pubblico effettivo*. L'orientamento non è isolato e nel commento alla sentenza viene ricondotto alle indicazioni fornite anche da Rocco sia nei lavori preparatori che nella relazione al nuovo codice penale. In effetti Rocco sostenne di non avere volutamente inserito il requisito del pubblico o privato nocumento nella fattispecie del falso in atto pubblico perché

Non solo potenzialità di nocumento, ma danno effettivo v'è sempre nella falsità dell'atto pubblico, quando si tratta di un fatto serio e doloso, perché in ogni caso viene menomata la pubblica fede, inerente alla forza probante dell'atto. (...) d'altra parte non si può dubitare che, anche senza il ripetuto requisito, ove fosse concepibile un caso di falsità in atto pubblico assolutamente non suscettibile di cagionare qualsiasi nocumento, nessun giudice riterrebbe sussistente il delitto, perché in tale ipotesi, o mancherebbe la stessa materialità del reato, cioè non sussisterebbe la falsità in senso obiettivo, ovvero mancherebbe il dolo<sup>51</sup>.

A ben vedere da queste parole di Rocco possiamo desumere due principi di carattere generale: il falso in atto pubblico offende un bene giuridico collettivo ovvero la pubblica fede. Un atto pubblico falso, incapace di arrecare nocumento, non costituisce reato in quanto non si concretizzerebbe alcuna falsità in senso obiettivo.

A questo proposito possiamo notare come Rocco ricorra al concetto di bene giuridico collettivo allo scopo di giustificare un'*offensività* automatica nel reato di falso in atto pubblico che non richiede l'accertamento di una sua concreta lesività. Per rafforzare il proprio ragionamento Rocco stesso precisa che il falso in atto pubblico non è un reato di pericolo, in quanto non cagiona un danno potenziale ma un vero e proprio danno effettivo. Rocco però, sia pur in via residuale, accenna all'ipotesi di un atto pubblico falso insuscettibile di arrecare nocumento, chiarendo che questo non può essere punito proprio per mancanza dell'elemento materiale. Non è chiarito nella relazione come questa seconda affermazione possa armonizzarsi con la prima dove si sostiene che il falso in atto pubblico sia *sempre* lesivo.

Ancora una volta, il legislatore e il Supremo Collegio aderiscono formalmente al principio di offensività utilizzando la categoria flessibile del

<sup>51</sup> A. Rocco, *Relazione a S.M. il RE del Ministro Guardasigilli (Rocco) Presentata nell'udienza del 19 ottobre 1930-VIII per l'approvazione del testo definitivo del CODICE PENALE*, in *Gazzetta Ufficiale del Regno d'Italia*, anno 71°, n. 251 (Straordinario), parte prima, Roma, 26 ottobre 1930-VIII, p. 4490, § 161.

bene giuridico collettivo. L'avvento del nuovo codice non sembra, almeno in questa prima fase, aver modificato sostanzialmente l'orientamento della giurisprudenza. Una condotta che non lede nessuno può essere punita perché *offensiva* verso la collettività.

Ancora una volta, beni giuridici vaghi per definizione, come la fede pubblica, la pubblica morale, la pubblica tranquillità, appaiono più che altro come *escamotage* dottrinari per giustificare la punibilità di condotte che rilevano più per la loro riprovevolezza etica che non per un danno concreto ed effettivo.

Sulla genericità del bene giuridico della *pubblica fede* possiamo dire che la sua definizione, almeno quella fornita dai giudici, rimane sempre particolarmente vaga. La Cassazione del Regno, il 23 maggio 1934, proprio in merito ad un caso di falso inoffensivo, così motiva:

Per la sussistenza del delitto di falso in atto pubblico è sufficiente che il falsificatore abbia avuto la consapevolezza di ledere la fede pubblica, e non è necessario che abbia anche avuto la consapevolezza che dal falso potesse derivare un documento pubblico o privato, diverso dalla lesione della fede pubblica<sup>52</sup>.

In questo caso manca totalmente una definizione della pubblica fede che viene indicata solo in maniera indiretta ovvero come il bene giuridico leso da ogni falso in atto pubblico.

Ma un caso ancora più estremo è quello giudicato dalla Corte di Cassazione del Regno il 14 ottobre 1931<sup>53</sup>. La Corte si trovò a giudicare Filippo Garaffa e Maria Salanitro, condannati in primo e secondo grado per falso in cambiale per aver firmato delle cambiali con il nome d'arte di Filippo e Maria Sampieri. Ebbene, nel caso di specie che il reato si fosse perfezionato è indubbio in quanto il falso in cambiale si consuma con la mera falsificazione dei dati prescindendo da un effettivo danno al creditore. A ciò si aggiunga che, pur consapevoli di non aver inserito il proprio nome anagrafico, i due non si sottrassero alle loro responsabilità e non si opposero al protesto delle cambiali, nonostante il creditore avesse avviato il protesto stesso con i loro nomi d'arte. Infatti, appena avviata l'azione civile, Garaffa pagò. La sentenza di condanna viene annullata sulla base di una motivazione quanto meno contraddittoria:

Commette falso materiale chi rilascia una cambiale firmandola col

---

<sup>52</sup> Corte di Cassazione del Regno, Ud. 23 maggio 1934, in *Foro It.*, Volume LX, parte II, 1935, p. 136, ove vengono citati anche svariati precedenti conformi.

<sup>53</sup> Corte di Cassazione del Regno, Ud. 13 giugno 1932, in *Foro It.*, Volume LVII, parte II, 1932, pp. 295 e ss. Notiamo che pur trovandoci in vigenza del codice Rocco, i fatti oggetto della controversia erano avvenuti in epoca antecedente alla sua entrata in vigore.

suo nome d'arte. (...) Appunto perché rilasciati non per carpire danaro, ma come titoli di credito, non si può dire voluto dagli imputati compiere una truffa (...). Cade così (...) l'elemento del fine di procurarsi un vantaggio e di recare danno, necessario per la punibilità del falso in scrittura privata<sup>54</sup>.

In questo caso il Supremo Collegio, partendo da un'affermazione di carattere generale che ricollega la punibilità alla mera violazione del divieto, conclude per l'assoluzione contraddicendo l'assunto iniziale e introducendo l'ulteriore requisito del *fine di procurarsi un vantaggio e di recare danno*. In effetti nel caso di specie questa debolezza interpretativa sembra finalizzata a non applicare la pena a dei soggetti che non avevano arrecato nessun danno concreto con la loro condotta, di fatto disapplicando il principio generale che il falso in cambiale non è configurabile come un reato di danno.

### 3.3. (segue) *L'offensività nel reato di bancarotta fraudolenta*

Gli esempi fatti in merito ai reati di falso vanno visti come delle eccezioni. L'impostazione generale del nuovo codice penale è realmente di indirizzo oggettivo. Anche di fronte a condotte palesemente antisociali che rendevano manifesto un concreto disprezzo da parte del soggetto agente verso le norme, l'assenza di un danno impediva la punibilità della condotta e non solo in casi estremi e di scuola ma anche in ipotesi più controverse, come nel caso Goebel. Carlo Goebel, commerciante di Bursto Arsizio, il 28 ottobre 1929 aveva costituito una società anonima conferendo al suo interno ogni sua attività. Lo scopo di tale operazione era quello di sottrarre beni alla massa dei suoi creditori di fatto integrando il reato di bancarotta fraudolenta. In verità lo strumento utilizzato non era idoneo in quanto il conferimento in società trasferiva nella suddetta società anche i debiti con la conseguenza che i debitori stessi non subirono alcun danno. Dalle risultanze processuali appare in modo evidente che Goebel non aveva questa consapevolezza e quindi agì con lo scopo palese di frodare i suoi creditori. Ebbene il 24 gennaio 1933<sup>55</sup> la Corte di Cassazione lo assolve da questo capo di imputazione sul presupposto che

(...) il trasferimento del Goebel alla Società non fu che illusorio, come fu una semplice illusione di lui e degli avvocati che, a dir di lui, lo

<sup>54</sup> Id., p. 295.

<sup>55</sup> Corte di Cassazione del Regno, Ud. 24 gennaio 1933, in *Foro It.*, Volume LVIII, parte II, 1933, pp. 284 e ss.

consigliarono, quella di poter, con la costituzione della Società, sottrarre la sua massa attiva alla azione dei possessori di quelle cambiali ch'egli aveva firmate in favore dello zio. La conclusione che da ciò si deve trarre a fini penali è che, se anche il Goebel, costituendo detta Società, abbia avuto lo scopo di sottrarre ai detti creditori cambiari il suo patrimonio, egli compì un'azione assolutamente inidonea a raggiungere lo scopo stesso, e cioè compì un tentativo di reato impossibile, del quale il primo capovero dell'art. 49 cod. pen. esclude la punibilità<sup>56</sup>.

In questo caso è assolutamente evidente come il Giudice non si limiti a non prendere in considerazione la volontà ma vada oltre. Infatti nella sentenza citata la *prava voluntas* viene descritta dettagliatamente. La Corte considera indubbio che Goebel abbia agito con lo scopo preciso di violare la legge e allo stesso tempo dice chiaramente che ciò non ha alcun rilievo penale in assenza di una concreta *vis* offensiva della condotta. Semplicemente Goebel ha tradotto in atti inidonei la propria intenzione e quindi non va punito.

#### 3.4. *L'offensività nei reati contro il «buon costume»*

Abbiamo però già analizzato fattispecie che, più di altre, si prestano a contaminazioni tra i due indirizzi. Parliamo di quelle fattispecie che vanno a tutelare beni giuridici più ambigui di altri. Uno di essi è certamente il *buon costume* o *decenza pubblica*. La Corte di Cassazione del Regno il 29 gennaio 1932 si trovò a giudicare su di un ricorso presentato da tale Foianesi<sup>57</sup>. Il ricorrente il 13 febbraio 1930 era stato condannato dalla Corte d'Appello di Firenze per atti contrari alla pubblica decenza per aver estorto con la forza un bacio sulle labbra a tale signora Mazzanti. Ebbene, i temi del ricorso non sono di interesse ai nostri fini e pertanto non li approfondiremo, ma tra le motivazioni della Cassazione emergono alcune valutazioni di carattere generale degne di nota:

(...), non v'ha dubbio che il bacio, dato in luogo pubblico, nelle condizioni e con le modalità suddette, a persona che non voglia essere baciata, e quasi a forza, costituisca offesa al pudore e al buon costume, quali risultano dal complesso delle norme consuetudinarie che, presso il nostro popolo, regolano la civile convivenza in rapporto alla sessualità. Il sentimento medio del nostro popolo non tollera, invero, che atti, i quali, come nella specie, rasentano sfogo erotico e rasentano quasi il soddisfacimento della libidine, siano compiuti in pubblico. Sarebbe, in verità, assai azzardato affermare che il sentimento della moralità della media dei cittadini non sia offeso dallo spettacolo di

<sup>56</sup> Id., pp. 288-289.

<sup>57</sup> Corte di Cassazione del Regno, Ud. 29 gennaio 1932, in *Foro It.*, cit., pp. 192 e ss.

uomini che, ad esempio, nella pubblica via obbligassero le donne a farsi baciare contro la loro volontà<sup>58</sup>.

Ad una prima lettura la motivazione della Corte è certamente di stampo oggettivo. La punibilità si fonda sul presupposto di un'offesa perpetrata ai danni del bene giuridico e quindi non rileva la dimensione morale dell'agente. Se però guardiamo alla natura di questo bene giuridico si impongono altre valutazioni. La Corte sostiene che sia stato offeso il *pudore*, il *buon costume*. Ma in cosa consiste questo bene giuridico? Ebbene consiste nella morale pubblica nel *sentimento medio del popolo* (significativo l'uso del termine *sentimento* che, con le dovute differenze, richiama il concetto di *sentimento del popolo* che in Germania è alla base della scuola volontaristica di cui abbiamo ampiamente parlato<sup>59</sup>). Ma se un simile bene giuridico ha una connotazione strettamente morale, se ad essere *offesa* è la *moralità* pubblica, la dimensione offensiva della condotta punibile si estrinseca necessariamente nella sua immoralità. In altre parole solo una condotta immorale può offendere la pubblica morale, solo una condotta contraria al sentimento medio del popolo lo può offendere. Ergo la fattispecie penale, in questo caso punisce la condotta in ragione della sua (a)moralità. Prova ne è che la medesima condotta, ove non si manifesti in luogo pubblico, non integra la fattispecie penale. In un caso simile non è quindi la violenza sulla vittima a rilevare ma il mancato controllo del basso istinto libidinoso che il legislatore vuole punire. Insomma la *prava* volontà! L'esempio fornito da questo caso dimostra come il fenomeno della oggettivizzazione delle condotte immorali, la contaminazione dei due indirizzi non solo rimane costante nel passaggio dalla vecchia alla nuova codificazione ma, addirittura assume caratteri più evidenti. Possiamo dire che l'indirizzo oggettivo è solo una nuova formula concettuale attraverso la quale il legislatore esercita una funzione etica. Certamente *l'etica dello Stato* è diversa dalla *morale* dei sistemi soggettivi settecenteschi, ma è pur sempre etica e viene perseguita anche attraverso il concetto di offesa. È chiaramente il bene giuridico che consente, a seconda di come viene definito, una maggiore o minore contaminazione tra i due indirizzi.

### 3.5. L'offensività nei nuovi reati di guerra

Lo scoppio della guerra, è cosa nota, introdusse una lunga serie di nuovi

<sup>58</sup> Id., pp. 192-193.

<sup>59</sup> Vedi *supra*, cap. 2, § 7, pp. 96 e ss.

reati determinati dalle condizioni di eccezionalità. Alcune fattispecie, più di altre, sembrano concentrarsi più sulla manifestazione di volontà che non su un effettivo danno, anche se, come sempre, è la lettura interpretativa dei giudici a fornire gli spunti di riflessione più interessanti.

Un tipico esempio di reato di guerra è quello di alienazione ed esportazione di merci preziose. L'art. 1 del R.D.L. 3 settembre 1941, n. 882 disponeva:

Sono vietati la compravendita ed in generale qualsiasi atto di alienazione del platino, dell'oro, dell'argento, delle perle e delle pietre preziose, nonché degli oggetti lavorati contenenti anche in parte dette materie. È vietata altresì la esportazione delle cose predette, senza autorizzazione del Ministro per gli scambi e per le valute<sup>60</sup>.

La norma, come moltissime in quel periodo, aveva lo scopo evidente di controllare la fuoriuscita di preziosi dal territorio dello Stato. Orbene, il Tribunale Supremo Militare di Guerra, il 16 dicembre 1942, si trovò a giudicare un gruppo di persone condannate proprio per aver perpetrato atti di alienazione di monete d'oro<sup>61</sup>. L'alienazione però non si sarebbe mai poi potuta concretare in quanto il presunto compratore era in realtà un *fictus emptor* che aveva avvicinato i condannati in funzione di agente provocatore facendo loro credere di avere un interesse salvo poi aver messo al corrente subito le autorità di Pubblica Sicurezza. Proprio su questo aspetto si fonda uno degli argomenti del ricorso. I difensori dei vari condannati rappresentarono al Tribunale Supremo Militare di Guerra la non punibilità di simili condotte in quanto reati impossibili per inesistenza dell'oggetto. In effetti difetterebbe in questo caso l'elemento materiale del reato, ovvero una effettiva compravendita, e gli atti commessi renderebbero solo manifesta una *mala voluntas* dei condannati stessi. Il Tribunale rigetta su questi motivi:

Dottrina e giurisprudenza sono ormai concordi nel ritenere che l'inidoneità dell'azione deve rapportarsi agli elementi estrinseci dell'azione stessa; occorre, cioè, che l'azione considerata nella sua obiettiva effettuazione, non abbia di per sé la capacità di produrre l'evento (danno o pericolo); (...). Ma si obietta: il fatto stesso, deve considerarsi giuridicamente inesistente per difetto sostanziale di consenso da parte di uno dei contraenti, che, essendo un *fictus*

---

<sup>60</sup> Regio Decreto Legge 3 settembre 1941-XIX, n. 882, «*Divieto dell'alienazione e dell'esportazione del platino, oro, argento, perle e pietre preziose*», in *Gazzetta Ufficiale del Regno*, 3 settembre 1941-XIX, n. 208.

<sup>61</sup> Tribunale Supremo Militare di Guerra, Ud. 16 dicembre 1942, in *Foro It.*, Volume LXVIII, parte II, 1943, pp. 97 e ss.



emptor, non poteva porre in essere un valido contratto di compravendita. L'eccezione di puro valore civilistico, non ha rilevanza in materia penale perché le violazioni della legge penale devono essere valutate secondo i principi fondamentali del diritto punitivo. Il legislatore, istituendo il divieto di commercio dei metalli nobili, ha creato come illecito penale il semplice fatto volontario, comunque attuato, di alienare oggetti composti in tutto o in parte di tali metalli. (...). L'atto di alienazione dell'oro, valutato nella sua reale estrinsecazione, violatrice del precetto legislativo di divieto, costituisce senz'altro l'obiettività del reato<sup>62</sup>.

La ricostruzione svolta dal Tribunale, riconduce la materialità del reato alla violazione della norma. In questo modo svuotando di significato la portata dell'art. 49 c.p.

Infatti, nel caso di specie, l'unica cosa acclarata in maniera incontrovertibile era la volontà da parte dei condannati di violare la legge e nient'altro. Attraverso questa interpretazione il Tribunale Supremo costruisce una parvenza di offensività sul presupposto che essa si ponga automaticamente in essere nel momento in cui la norma viene violata e non indica quale bene giuridico sarebbe leso o messo in pericolo. Ancora una volta notiamo una scelta formalmente aderente al principio di offensività che, nella sostanza, punisce una mera volontà criminale disattendendo le disposizioni dell'art. 49 sul reato impossibile. Ciò a riprova che, anche a fronte di una nuova scelta codicistica che tipizza l'offensività, l'atteggiamento dei giudici e della dottrina rimane sempre volto ad una mediazione tra l'indirizzo soggettivo e quello oggettivo. Se alcuni autori più autorevoli, come De Marsico, affrontano apertamente la questione, l'atteggiamento della magistratura è più cauto. I giudici aggirano il problema *ricostruendo* in via interpretativa una capacità offensiva in condotte che ne sono evidentemente prive.

#### *4. Un finale aperto: la teoria costituzionalmente orientata del principio di offensività. Spunti di riflessioni da alcune elaborazioni dottrinarie d'epoca repubblicana*

Come abbiamo notato nel capitolo precedente, l'evoluzione dottrina e giurisprudenziale che il principio di offensività ha conosciuto durante il fascismo ha una natura complessa. Più che la conclusione di un processo

<sup>62</sup> Id., pp. 102-103.

evolutive appare come l'inizio brusco di una nuova fase vera e propria. Quasi l'inizio di un'altra storia che continuerà, forse con maggiori continuità, in epoca repubblicana. Il fatto che il codice penale della piena età liberale sia stato abrogato nel 1930, mentre la codificazione penale fascista sopravvive ancora oggi, sia pur profondamente innovata, può essere letto anche in questo senso. Quest'ultimo paragrafo vuole essere un semplice accenno ad una storia diversa, molto più vicina al presente. Per questo si è scelto di lasciarlo aperto e senza conclusioni perché la storia dell'offensività è ancora lontana dalla sua fine.

Preliminarmente occorre precisare come questo capitolo non abbia alcuna pretesa di esaustività ed approfondimento sull'evoluzione dottrinarie e giurisprudenziale in materia di offensività nell'era repubblicana. Questi brevi accenni hanno il solo scopo di fornire al lettore una generalissima panoramica sui principali autori che si sono occupati dell'argomento dopo la caduta del Regime e può costituire al massimo un punto di partenza per un eventuale futuro studio su un argomento che esula dal presente lavoro.

Il tema dell'offensività in epoca repubblicana richiede una premessa di carattere generale che investe il rapporto, a volte contraddittorio, tra la legislazione penale e la Carta costituzionale. Bricola pone in termini molto chiari la questione quando parla di *frattura grave* tra le linee generali della Costituzione e un sistema penale ancorato (certamente in maniera più salda all'epoca in cui l'autore se ne occupò rispetto ad oggi) a principi fascisti<sup>63</sup>. In merito a questa frattura l'autore parla di «*stratificazione successiva – tra Codice Penale fascista e Costituzione democratica e repubblicana*<sup>64</sup>». La questione si declina, per i temi di nostro interesse, in una difficoltà a costruire una definizione del principio di offensività che possa contemporaneamente armonizzarsi sia con gli art. 1 e 49, 2° comma del codice penale, sia ad esempio, con l'art. 25, 2° comma Cost.<sup>65</sup>. Bricola pone in termini dubitativi la possibilità che, al momento della sua nascita, l'art. 49, 2° comma cod. pen. rappresentasse l'espressione di una concezione realistica del reato e che ponesse attenzione ad una concreta lesività della condotta. Questa lettura infatti sarebbe stata in contraddizione con l'impianto generale del Codice Rocco la cui *trama nera* era indirizzata piuttosto ad una anticipazione della

<sup>63</sup> F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIX, 1973, pp. 15-16.

<sup>64</sup> Id., p. 73

<sup>65</sup> Per una analisi più approfondita sull'art. 25, 2° comma Cost. e sul problema dei rapporti con gli artt. 1 e 2 del cod. pen. vedi: F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, vol. I, *Nozione e aspetti costituzionali*, Milano, 1965, successivamente raccolto in S. CANESTRARI, A. MELCHIONDA (a cura di), *Franco Bricola, Scritti di diritto penale*, Milano, 2000, pp. 229 e ss.

soglia di punibilità al puro atteggiamento interiore ed alle semplici opinioni. La concezione dell'art. 49, 2° comma cod. pen. in chiave realistica (o di necessaria offensività del reato) è piuttosto una elaborazione dottrinale frutto della reinterpretazione costituzionalmente orientata dell'articolo in questione. In proposito notiamo come, nei suoi primi anni di vita, l'art. 49, 2° comma, cod. pen. fosse stato messo in correlazione con l'art. 56 per via del riferimento, presente in questa norma, alla *idoneità* degli atti in materia di tentativo<sup>66</sup>, tanto da considerare le due disposizioni quasi coincidenti. A parere di chi scrive, questa lettura riduttiva in base alla quale l'art. 49, 2° comma, di fatto sarebbe una inutile duplicazione delle disposizioni di cui all'art. 56, ha resistito alla caduta del Regime se, ancora nel 1958, Pedrazzi parla di «*nostro avviso*» quando delinea una differenza tra l'inidoneità così come prevista nei due articoli in esame. L'autore precisa infatti come nel caso dell'art. 56 la valutazione dell'inidoneità emerge da un puro giudizio a priori, mentre per il caso dell'art. 49 si renda necessario un ragionamento di portata più ampia proprio in ragione della sua funzione autonoma rispetto all'art. 56<sup>67</sup>. In merito si deve precisare poi che, in considerazione del richiamo insormontabile dell'art. 25, 2° comma Cost. al principio di legalità, l'indagine sulla concreta offensività della condotta va svolta secondo un preciso criterio; infatti, per verificare se una condotta conforme al tipo legale offenda o meno un interesse tutelato, bisogna guardare alla fattispecie in sé e per sé ovvero prescindendo totalmente da circostanze esterne al tipo descrittivo. La ragione di questo criterio d'indagine risiede proprio nel disposto dell'art. 25, 2° comma Cost. infatti, diversamente operando, si consentirebbe, in sede di indagine, di fare riferimento anche a considerazioni esterne di carattere metagiuridico, morale o economico aprendo la strada ad una indeterminatezza della norma penale assolutamente inconciliabile con il dettato costituzionale. In estrema sintesi, se la Costituzione consente una lettura dell'art. 49 2° comma cod. pen. in chiave realistica, legittimando così pienamente il principio di offensività all'interno del nostro ordinamento, allo stesso tempo pone il principio di legalità quale limite insuperabile<sup>68</sup>.

<sup>66</sup> Art. 56, cod. pen.: «*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'atto non si verifica.*»

<sup>67</sup> C. PEDRAZZI, *Problemi del delitto di agguato*, Milano, 1958, pp. 48-49. Sulle stesse posizioni vedi anche C. FIORE, *Il reato impossibile*, cit., pp. 7-9; 41-42. Per un approfondimento in materia, negli immediatamente successivi Vedi tra gli altri: S. PIACENZA, *Reato Putativo* (Voce), in A. AZARA, E. EULA (A cura di), *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIV, 1957; M. GALLO, *Dolo* (Voce), in AA.VV., *Enciclopedia del Diritto*, vol. XIII, 1964, pp. 786-787; E. GALLO, *Il delitto di attentato*, cit., pp. 147 e ss.; G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, cit., pp. 106 e ss.

<sup>68</sup> F. BRICOLA, *Teoria generale*, cit., p. 82, ove l'autore giustifica il principio di offensività

Ricollegandosi alle teorie di Bricola, ma in chiave critica, Mantovani riconduce la costituzionalizzazione del principio di offensività agli articoli 25 e 27 della carta costituzionale<sup>69</sup>. L'autore mette in correlazione il principio di legalità con quello di personalità della responsabilità penale ma soprattutto con la distinzione tra pena e misura di sicurezza. Se la pena – sostiene Mantovani – è giustificata solo per i casi che integrino tutti gli elementi essenziali di un reato inteso come illecito tipico, allora essa non può punire le mere *disubbidienze* che non arrecano offesa alcuna in quanto *sconfinerebbe* nel campo delle misure di sicurezza. In altre parole Mantovani considera, tra i requisiti formali ed essenziali di un reato, *l'offesa* del bene tutelato; in assenza di tale requisito ci troveremmo davanti ad un difetto di tipicità. Se sono integrati i requisiti formali essenziali di un reato (condotta, evento materiale, rapporto di causalità) ma non si lede alcun bene tutelato siamo al di fuori del reato tipico e non può esserci pena ma, al massimo, misura di sicurezza<sup>70</sup>. Sulla natura delle misure di sicurezza (che per ragioni di brevità sono state volutamente espunte da questa trattazione pur essendo un tema naturalmente contiguo a quello della pena) e sui presupposti per la loro applicazione si rinvia, tra gli altri, agli studi di Ivo Caraccioli ed alla corposa bibliografia in essi citata<sup>71</sup>.

Mantovani però recupera la ragione fondante della sua costruzione logica

anche in relazione all'art. 27, 3° comma Cost. ed alla doppia funzione (rieducativa e retributiva) della pena: «Per contro, proprio prendendo le mosse dalla duplice funzione attribuita alla pena dall'art. 27, 3° comma, è possibile dedurre la costituzionalizzazione del contenuto necessariamente lesivo dell'illecito penale. Questi i termini dell'assunto: per evitare che la pena assuma una funzione di mera retribuzione (con repressione della pura disobbedienza) o di mera rieducazione (con repressione di semplici stati soggettivi o atteggiamenti sintomatici di pericolosità e, con conseguente invasione della sfera di operatività propria delle misure di sicurezza), l'equilibrio tra le due funzioni deve avvenire radicando l'incriminazione su di un fatto lesivo (espressione comprensiva sia della lesione che della messa in pericolo) dell'interesse tutelato. Ossia: la attribuzione di una funzione rieducativa alla pena frena indubbiamente quelle tendenze alla repressione della «volontà» o dell'atteggiamento interiore che sono connesse alla «retribuzione»; per contro, il mantenimento della funzione retributiva, depurata tramite l'accostamento con il fine di prevenzione speciale, da queste perversioni eticizzanti, garantisce che il fine della rieducazione non disancori il reato dal suo necessario contenuto lesivo (espressione quest'ultima dell'ideologia retributiva di marca liberale). In sostanza la polivalenza dei «fini» della pena rappresenta una saldatura fra il momento garantista o liberale della retribuzione (reato come fatto necessariamente lesivo) e le aperture «sociali o solidariste» della rieducazione.»

<sup>69</sup> F. MANTOVANI, *Il principio di offensività*, cit., pp. 449-450.

<sup>70</sup> *Id.*, p. 449. A p. 452 dello stesso lavoro, l'autore però precisa: «O l'offesa rientra nella tipicità, come appunto nei «reati di offesa», e allora il fatto inoffensivo è, di certo, non punibile ma perché atipico. Oppure non vi entra, come appunto in certi «reati senza offesa» o di scopo, e allora il fatto pur se inoffensivo è tipico e, perciò punibile».

<sup>71</sup> I. CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza*, Milano, 1970, *passim*. Ma anche F. BRICOLA, *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Bologna, 1997, pp. 27-101.

nell'art. 13 Cost. Se infatti la pena lede un diritto supremo ed inviolabile quale quello della libertà personale, e tale lesione è giustificabile solo in ragione di una legge che espressamente lo consenta, ne discende che non è dato ammettere che una legge penale applichi una pena (che per definizione è una limitazione di un diritto supremo) se non per difendere un interesse concreto<sup>72</sup>. Questo schema logico è analogo a quello di Bricola che, sempre partendo dall'art. 13 Cost., precisa che la sanzione penale comprime un diritto inviolabile sancito dalla costituzione e, pertanto, un sacrificio simile richiede necessariamente che venga leso un bene di pari livello, «*l'illecito penale può concretarsi esclusivamente in una significativa lesione di un valore costituzionalmente vincolante*<sup>73</sup>» Sul punto l'autore precisa, a dipanamento di dubbi, che il rinvio alla legge svolto dal medesimo art. 13 Cost. va letto nel senso di un rinvio a norme che tutelino sempre e comunque valori costituzionali giacché

Per principio generale in materia di interpretazione delle norme costituzionali, la legge che può introdurre un limite ad un principio o ad una libertà costituzionalmente garantita deve sempre essere a sua volta posta a tutela di un valore costituzionale<sup>74</sup>.

Fin qui siamo nel campo della generale definizione del principio di offensività costituzionalmente orientata. Mantovani però, come sopra anticipato, si discosta dalle teorie di Bricola nel momento in cui passa a definire in cosa consista un interesse tutelato. Esistono due orientamenti in merito, uno di matrice più estensiva secondo cui l'interesse tutelato (che può giustificare l'applicazione di una pena per la sua violazione) coincida con qualsiasi interesse che non sia incompatibile con la Costituzione stessa; un altro, di matrice nettamente più restrittiva, che restringe la categoria degli interessi tutelati solo a quegli interessi che abbiano rango costituzionale, con la conseguenza che interessi non di rilievo costituzionale, ma semplicemente compatibili con la Carta fondamentale, possano essere tutelati solo attraverso sanzioni amministrative. Bricola propende certamente per questo secondo orientamento con la precisazione però che gli interessi *costituzionalmente rilevanti* non sono semplicemente quelli che trovano esplicita o implicita garanzia nel testo della Carta, ma anche tutti quelli sanciti da convenzioni internazionali che vengono richiamati dalla formula «*diritti inviolabili*» di cui all'art. 2 della Costituzione. L'autore però va ancora oltre, estendendo

<sup>72</sup> F. MANTOVANI, *Il principio di offensività*, cit., p. 450.

<sup>73</sup> F. BRICOLA, cit., pp. 15-16.

<sup>74</sup> *Ibidem*.

ulteriormente la sfera del *penalmente rilevante*, ed inserendo nel novero tutte quelle condotte che ledano valori anche privi di rilievo costituzionale ma legati ai valori costituzionali da un rapporto di *presupposizione necessaria*; citando come esempio i reati contro la sicurezza automobilistica nella misura in cui questa pur non essendo un valore di rilievo costituzionale costituisce il presupposto logico di beni come la vita o l'incolumità<sup>75</sup>. Mantovani invece aderisce alla lettura estensiva sul presupposto che, data la sanzione amministrativa pecuniaria come una lesione al principio della proprietà garantita costituzionalmente, aderendo alla tesi fatta propria da Bricola, gli interessi non ricompresi tra quelli *costituzionalmente rilevanti* non potrebbero essere tutelati nemmeno in via amministrativa. Su questo assunto l'autore non solo giustifica il proprio orientamento ma arriva ad intaccare la struttura logica dell'altra ricostruzione che svelerebbe un vero e proprio errore ontologico: gli interessi non *costituzionalmente rilevanti* possono essere oggetto di sanzione amministrativa ma, allo stesso tempo, la sanzione amministrativa lede irrimediabilmente un interesse costituzionalmente rilevante.

Sempre Mantovani, nel suo lavoro di definizione dell'interesse giuridico tutelato e offeso dal reato, svolge un'ulteriore riflessione parlando di «*oggetto giuridico del reato*»<sup>76</sup>. L'oggetto giuridico è quel bene o interesse tutelato dalla norma e offeso dal reato. L'autore precisa subito di riferirsi ad entrambi i concetti perché, sebbene distinti, essi sono strettamente interconnessi. In definitiva Mantovani definisce l'oggetto giuridico del reato come «*la relazione tra il soggetto ed una cosa nella sua attitudine a soddisfare una esigenza umana che può essere materiale ma anche immateriale*» – aggiungiamo noi – che può essere individuale o collettiva<sup>77</sup>.

Volendo infine solo accennare all'operato del giudice delle leggi si rileva come la Corte abbia affrontato il tema con molto ritardo rispetto alla dottrina. Nel suo studio sul contributo della giurisprudenza costituzionale all'evoluzione del principio di offensività Fiore rileva come solo nel 1986 si parli espressamente del principio di offensività come strumento da utilizzarsi per la valutazione del caso concreto e solo nel 1995 viene effettuata una definizione compiuta ed esplicita del principio stesso. L'autore non manca però di notare come riferimenti, più o meno espliciti, fossero emersi anche in decisioni precedenti<sup>78</sup>.

<sup>75</sup> Id., pp. 16, 75 e ss.

<sup>76</sup> F. MANTOVANI, *Il principio di offensività*, cit., p. 454.

<sup>77</sup> *Ibidem*.

<sup>78</sup> C. FIORE, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale all'evoluzione del principio di offensività*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, pp. 91-92.

## Bibliografia

- AA.VV., *Delitto* (Voce) in, F. Calasso (a cura di), *Enciclopedia del diritto*, Vol.: XII, Milano, 1964;
- AA. VV., *Studi in onore di Filippo Grispigni*, in *La scuola positiva. Rivista di criminologia e di diritto criminale*, Anno LXIII, N.S. X, Milano, 1956;
- Abegg, J. F. H., *Die verschiedenen Strafrechtstheorieen in ihrem Verhältnisse zu einander und zu dem positiven Rechte und dessen Geschichte*, Neustadt, 1835;
- Alessi, G., *Il processo penale: profilo storico*, Roma, 2011;
- Aleo, S., *Il danno e il pericolo nel reato*, Catania, 1983;
- Alimena, F., *La questione dei mezzi inidonei nel tentativo – contributo alla teoria del conato criminoso*, Roma, 1930;
- Amelung, K., *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, 1972
- Angioni, F., *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983;
- Antolisei, F., *Reati formali e materiali, reati di pericolo e di danno*, in, *Rivista Penale*, Vol. XXVI, 1922;
- Id., *L'azione e l'evento nel reato*, Milano, 1928;
- Id., *L'offesa e il danno nel reato*, Bergamo, 1930
- Id., *L'Evento e il nuovo codice penale*, in *Rivista Italiana di Diritto Penale*, Annata IV, 1932-X;
- Id., *Il problema del bene giuridico*, in *Rivista Italiana di Diritto Penale*, 1940;
- Id., *Problemi penali odierni*, Milano, 1940 – XVIII;
- Id., *Manuale di diritto penale (parte generale)*, Milano, 1947;
- Id., *Scritti di diritto penale*, Milano, 1955;
- Bar von, K.L., *Zur Lehre von Versuch und Theilnahme am Verbrechen*, Hannover, 1859;

- Battaglini, G., *La distinzione dei reati materiali e formali à ragion d'essere?* in *Rivista Penale*, II, 1925;
- Beccaria, C., *Dei delitti e delle pene*, (terza edizione) Pavia, 1765;
- Benevolo, F., *Il tentativo nella dottrina, nella legge e nella giurisprudenza*, Torino, 1883;
- Bertoldi F., *L'origine romanistica del principio nullum crimen nulla poena sine lege*, in *Forum Historiae Juris*, 2016;
- Bettioli, G., *Bene giuridico e reato*, in *Rivista Italiana di diritto penale*, 1938.
- Berner, A. F., *Grundlinien der Criminalistischen Imputationslehre*, Berlin, 1843;
- Bicci, N., *L'omicidio e le lesioni per causa d'onore*, in *Foro it.*, Volume LXI, parte II, 1936;
- Binding, K., *Die Normen und ihre Übertretung*, Leipzig, 1872;
- Id., *Handbuch des Stradrechts*, Bd. I, Leipzig, 1885;
- Birnbaum, J.M.F., *Ueber das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung*, in *Archiv des Criminalrechts*, 1834;
- Birocchi, I., *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Torino, 2002;
- Bodei, R., *Sistema ed epoca in Hegel*, Bologna, 1975;
- Bonini G., *Il diritto penale secondo i principi socialisti*, Milano, 1946;
- Bricola, F., *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Bologna, 1997;
- Id., *Scritti di diritto penale*, (3 Voll.), Milano, 1997;
- Id., *Teoria Generale del Reato*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIX, 1973;
- Id., *La discrezionalità nel diritto penale*, vol. I, *Nozione e aspetti costituzionali*, Milano, 1965, successivamente raccolto in Canestrari, S., Melchionda A., (a cura di), *Franco Bricola, Scritti di diritto penale*, Milano, 2000;
- Cadoppi, A., *Il reato commissivo proprio*, Padova, 1988;
- Id., (a cura di), *Verso un codice penale modello per l'Europa. Offensività e colpevolezza*, Padova, 2002;
- Calisse, C., *Svolgimento storico del diritto penale in Italia dalle invasioni barbariche alle riforme del secolo XVIII*, in *Enciclopedia del diritto penale*, vol. II, Milano, 1906;



- Campesi, G., *L' "individuo pericoloso". Saperi criminologici e sistema penale nell'opera di Michel Foucault*, in *Materiali per una Storia della cultura giuridica*, 2001;
- Capalozza, E., *Evento, pericolo e colpa*, in *Il nuovo diritto- La pretura*, 1932-X;
- Caraccioli, I., *I problemi generali delle misure di sicurezza*, Milano, 1970;
- Carmignani, G., *Teoria delle leggi e della sicurezza sociale*, Pisa, 1831;
- Id., *Elementi di diritto criminale*, Napoli, 1854;
- Carnelutti, F., *Il danno e il reato*, Padova, 1926;
- Carrara, F., *Programma del corso di diritto criminale*, (8 Voll.), Lucca, 1871-1872;
- Id., *Lezioni sul grado nella forza fisica del delitto (conato, complicità)*, Lucca, 1863
- Id., *Reminiscenze di cattedra e foro*, Lucca, 1883;
- Id., *L'avvenire della scienza criminale*, in *Opuscoli di diritto criminale*, vol. VII, Prato, 1887;
- Catenacci, M., *Offensività del reato*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto Pubblico*, Milano, 2006;
- Caterini, M., *Reato impossibile e offensività: un'indagine critica*, Napoli, 2004;
- Cattaneo, M. A., *Francesco Carrara e la filosofia del diritto penale*, Torino, 1988;
- Cavanna, A., *La codificazione penale in Italia. Le origini lombarde*, Milano, 1975;
- Id., *Il problema delle origini del tentativo nella storia del diritto italiano*, in A. Cavanna, *Scritti (1968-2002)*, Vsol. I, Napoli, 2007;
- Cavanna, A., Vanzelli, G., *Primo Progetto di codice penale per la Lombardia napoleonica (1801-1802)*, Padova, 2000;
- Cerretelli, P., *L'ultimo decennio dal 1829 della giurisprudenza criminale toscana*, Firenze, 1840;
- Colao, F., *Il "dolente regno delle pene". Storie della "varietà della idea fondamentale del giure punitivo" tra Ottocento e Novecento*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Bologna, 2010;

- Costa, P., *La modernità penale fra secolarizzazione e permanenza del «sacro»*, in S. Canestrai, L. Stortoni, (a cura di), *Valori e secolarizzazione del diritto penale*, Bologna, 2009;
- Id. *Rocco Alfredo* (voce), in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII-XX secolo)*, Vol. II, Bologna, 2013;
- Cremani, L., *De jure criminali*, Ticini, 1791;
- Crivellari, G., *Il Codice penale per il Regno d'Italia*, commento, vol. I, 1893, Torino;
- Dahm, G., *Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft*, in *ZStW*, Bd. 57, 1938;
- Id., *Der Tätertyp im Strafrecht*, Leipzig, 1940;
- Deciani, T., *Tractatus criminalis utriusque censurae*, II, Venetiis, 1614;
- De Felice, R., *Mussolini il fascista. L'organizzazione dello Stato fascista, 1925-1929*, Torino, 1968;
- De Francesco, G., *Note – Illuminismo e codificazione del diritto penale: le vicende francesi e l'esperienza italiana*, in *Materiali per una Storia della cultura giuridica*, 2002;
- Id., *Funzioni della pena e limiti della coercizione: caratteri del classicismo penale*, in *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, Vol. XXXVI 2007;
- De Giorgi, A., (a cura di), *Opere di G.D. Romagnosi, ordinate ed illustrate da Alessandro De Giorgi, dottore in leggi*, Vol. IV, *Scritti sul Diritto Penale*, Milano, 1841;
- De Mauro, G.B., *Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali*, in *Rivista penale*, Vol. CII, ano 1925;
- DE SANTIS, G., *Gli effetti del temo nel reato. Uno studio tra casistica e dogmatica*, Milano, 2006;
- De Simoni, A., *Dei delitti di mero affetto*, Como, 1783;
- Del Corso, S., *Il "grado dell'offesa nell'attentato" nel pensiero di Giovanni Carmignani*, in G. Montorzi (a cura di), *Giovanni Carmignani (1768-1847). Maestro di scienze criminali e pratico del foro, sulle soglie del Diritto Penale contemporaneo*, Pisa, 2003;
- Delitala, G., *La distinzione dei reati informali e materiali ed altre distinzioni in materia di tentativi*, in *Studi sassaresi*, serie II, vol. 5, 1926;

- Id., *Contributo alla nozione del reato*, in *Rivista Italiana Scienze Giuridiche*, Anno I, 1926;
- Id., *Le dottrine generali del reato nel progetto Rocco, (i titoli III e IV del progetto)*, Milano, 1927, adesso in G. Delitala, *Diritto penale. Raccolta di scritti*, Milano. 1976;
- Id., *Il fatto nella teoria generale del reato*, Padova, 1930;
- Delogu, T., *Errore proprio ed errore improprio nella teoria dell'errore in diritto penale*, In *Rivista Italiana di Diritto Penale*, Annata VII, 1935-VIII;
- Dezza, E., *Note su accusa e inquisizione nella dottrina settecentesca*, in L. Berlinguer, F. Colao (a cura di), *Illuminismo e dottrine penali*, Milano, 1990;
- Id., *Tra scuola classica e scuola positiva: Antonio Buccellati e le "Istituzioni di diritto e procedura penale" (1884)*, Pavia, 1995;
- Di Maria Gomes, C., *Prevenzione e vizio di mente*, in *Foro it.*, Volume LVIII, parte II, 1933.
- Donini, M., *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, 2004;
- Id., *Il principio di offensività*, in *Diritto penale contemporaneo*, 4/2013;
- L. Durigato, *Recensione a Boris Vybìral, Concetto e significato dell'oggetto del reato nel diritto penale socialista cecoslovacco*, in *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, 1959;
- Id. *Uno studio di diritto penale socialista*, Padova, 1976;
- English, K., *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, Heidelberg, 1968;
- Ferrajoli L., *Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 2002;
- Ferri E., *Difese penali e Studi di Giurisprudenza*, Torino 1898;
- Id., *Sociologia Criminale*, Torino, 1900;
- Id., *Principii di diritto criminale: delinquente e delitto*, Torino, 1928;
- Feuerbach, L., *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, vol. I, Erfurt, 1799;
- Id., *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts*, Giessen, 1801;
- Id., *Des Gemeinen in Deutschland Gültigen Peinlichen Rechts*, Giessen, 1812;
- Fiandaca, G., *Il Reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979;

- Id., *Note sul principio di offensività e sul ruolo della teoria del bene giuridico tra elaborazione dottrinale e prassi giudiziaria*, in Alfonso Maria Stile (a cura di) *Discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, Napoli, 1991;
- Id., *L'offensività è un principio codificabile?*, in *Foro Italiano*, parte quinta, 2001;
- Fiandaca, G., Di Chiara, G., *Una introduzione al sistema penale*, Napoli, 2003;
- Fiandaca, G., Musco, E., *Diritto penale – Parte generale*, Bologna, 2010;
- Fiani, B., *Breve corso di istituzioni di diritto criminale*, Firenze, 1854;
- Filangieri, G., *La scienza della legislazione*, Napoli, 1789;
- Finger, A., *Der Versuch und der Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, in Festschrift für Karl Binding*, Vol. I, Leipzig, 1911;
- Fiore, C., *Il reato impossibile*, Napoli, 1959;
- Id. *Il contributo della giurisprudenza costituzionale all'evoluzione del principio di offensività*, in Vassalli, G., (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006;
- Id., *Azione socialmente adeguata* (voce), in *Enciclopedia Giuridica*, Vol. 5, Roma, 2007;
- Fiorella, A., *Reato (dir. Pen.)* (voce), in *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XXXVIII, Milano, 1987;
- Fiorillo, V., *Autolimitazione razionale e desiderio il dovere nei progetti di riorganizzazione politica dell'illuminismo tedesco*, Torino, 2000;
- Florian, E., *Parte generale del diritto penale*, in *Trattato di diritto penale*, Milano, 1900;
- Foucault, M., *Sorvegliare e punire*, Torino, 1976;
- Frank, R., *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz*, Tübingen, 1924;
- Frosali, R.A., *Reato danno e sanzioni*, Padova, 1932;
- Gallas, W., *Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutsverletzung, in Gegenwartsfragen der Strafrechtswissenschaft (Festschrift für Gleispach)*, Berlin-Leipzig, 1936;
- Gallo, E., *Il delitto di attentato nella teoria generale del reato*, Milano, 1966;
- Gallo, M., *Il dolo. Oggetto e accertamento*, in *Studi Urbinati di scienze giuridiche ed economiche*, Anno 20, n. 4, 1952;

- Id., *Dolo* (Voce), in AA.VV., *Enciclopedia del Diritto*, vol. XIII, 1964;
- Id., *Appunti di diritto penale*, (2 Voll.), Torino, 2007;
- Garofalo, R., *Criminologia*, Torino, 1891;
- Giacconi, O., *Commentario sul codice per lo Regno delle due Sicilie e propriamente sulla parte seconda – Leggi penali*, Avellino, 1842;
- Giacconi I., *Il concetto di idoneità nella struttura del delitto tentato*, Torino, 2000;
- Grispigni, F., *Le Teorie generali del reato e della pena secondo Arturo Rocco*, in *Scuola positiva nella dottrina, giurisprudenza, legislazione penale*, Anno 23 (luglio 1913), 1913;
- Id., *L'evento come elemento costitutivo del reato*, in *Annali diritto e procedure penale*, 1934;
- Grossi, P., *Il volto attuale dell'illecito penale (a proposito di un recente libro di Massimo Donini)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XXXV, 2006;
- Grosso, C.F. - Neppi Modona, G., - Violante L., *Giustizia Penale e poteri dello Stato*, Milano, 2002;
- Grünhut, M., *Methodische Grundlagen der heutigen Strfrechtswissenschaft*, in *Festgabe Für Reinhard Frank*, vol. I, Tübingen, 1930;
- Hassemer, W., *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, Frankfurt am Main, 1973;
- Haus, J.J., *Principes généraux du droit pénal belge*, Gand-Paris, 1869;
- Heffter, A. W., *Lehrbuch des gemeinen deutschen criminalrechts*, Halle, 1833;
- Hegel, G.W.F., *Lineamenti di filosofia del diritto* (1821), (ed. it.) Cicero, V., (a cura di), Milano 1996; ID., *Lineamenti di filosofia del diritto*, cit., (ed. it) Messineo, F., (a cura di), Bari, 1979;
- Henke, W.E., *Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft*, Zurich, 1815;
- Honig, R., *Die Einwilligung des Verletzten*, I, Mannheim, 1919;
- Impallomeni, G. B., *Il sistema generale delle contravvenzioni nel diritto penale e nel progetto di codice penale* in *Rivista Penale*, vol. XXVIII, 1888;
- Ippolito, D., *Illuminismo riformatore e giustizia penale nel Regno di Napoli*, in *Clio*, 2006;
- Isotton, R., *Crimen in itinere. Profili della disciplina del tentativo dal diritto comune alle codificazioni penali*, Napoli, 2006;

- Jäger, H., *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei den Sittlichkeitsdelikten*, Stuttgart, 1957;
- Jannitti Piromallo, A., *Illustrazione pratica dei codici penale e di procedura penale*, Vol. 1 *lavori preparatori del codice penale riassunti e sistemati – legge di delegazione e parte generale*, Roma, 1931;
- Jannitti Piromallo E., *Elementi di diritto criminale*, Roma, 1930;
- Jesechek, H.H., *I fondamenti filosofici del progetto tedesco di codice penale in paragone con quelli della riforma penalistica italiana*, in *Studi in onore di Francesco Antolisei*, Vol. II, Milano, 1965;
- Id., *Lehrbuch des Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2 Aufl., Berlin, 1972;
- Klee K., *Die gefährliche Handlung als Grundform des Verbrechens*, in *DStr*, 1934;
- Id., *Das Verbrechen als Rechtsguts- und Pflichtverletzung*, in *Deutsches Strafrecht*, 1936;
- Klein, E.F., *Grundsätze des gemeinen deutschen und preussischen peinlichen Rechts*. Halle 1796;
- Kleinschrod, G.A.K., *Systematische Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts nach der Natur der Sache und der positiven Gesetzgebung*, vol. I, Erlangen, 1794;
- Kohler, J., *Der Strafbare Versuch, insbesondere der sog. untaugliche Versuch*, in *Studien aus dem Strafrecht*, Mannheim, 1890;
- Köstlin, C.R., *Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts*, Tübingen, 1845;
- Id., *System des deutschen Strafrechts*, A.T., Tübingen, 1855;
- Lacché, L., *La giustizia per il galantuomini. Ordine e libertà nell'Italia liberale: il dibattito sul carcere preventivo (1865-1913)*, Milano, 1990;
- Id., *Non giudicate: antropologia della giustizia e figure dell'opinione pubblica tra Otto e Novecento*, Napoli, 2009;
- Id., *Sulla forma giudiziaria. Dimensione costituzionale della giustizia e paradigmi del processo politico tra Otto e Novecento*, in F. Colao, Lacchè, L., Storti, C., (a cura di), *Giustizia penale e politica in Italia tra Otto e Novecento: modelli ed esperienze tra integrazione e conflitto*, Milano, 2015;
- Lacchè, L., Stronati, M., *Questione criminale e identità nazionale in Italia tra Otto e Novecento*, Macerata, 2014;

- Lardizabal Y Uribe, M., *Discurso sobre las penas contrahido á las leyes criminales de España, para facilitar su reforma*, Madrid, 1782;
- Latini, C., *Una società armata. La giustizia penale militare e le libertà nei secoli XIX-XX*, in *Quaderni Fiorentini per la Storia del pensiero Giuridico Moderno*, Vol.108, 2015;
- Lefebvre, G., *L'ottantanove*, Torino, 1949;
- Leibniz, G. W., *Elementa juris naturalis*, 1669-1670, in O. Reichl, *Sämtliche Schriften und Briefe*, Serie VI, vol. 1, Darmstad, 1923-1937.
- Levi, N., *Il reato supposto erroneamente e reato impossibile*, in U. Conti, *Il codice penale illustrato articolo per articolo sotto la direzione di Ugo Conti*, I, Milano, 1934;
- Liepmann, M., *Einleitung in das Strafrecht, Eine Kritik der kriminalistischen Grundbegriffe*, Berlin, 1900;
- Listz von, F., *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 21. /22. Aufls., Berlin-Leipzig, 1919;
- Maiello, V., *Pessina e la scuola classica*, in *Studi Senesi*, 2013;
- Manes, V., *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005;
- Manzini, V., *Trattato di diritto penale Italiano secondo il codice del 1930*, Torino, 1933.
- Marezoll, T., *Des gemeine deutsche Criminalrecht als Grundlage der neuren deutschen Strafgesetzgebung*, Leipzig, 1841.
- Mezger, E., *Leitfaden des Strafrechts*, Berlino,1936;
- Mezger, H., *Diritto penale (Strafrecht)*, Padova,1935;
- Mittermaier, C.J.A., *Beiträge zur Lehre vom Versuche der Verbrechen*, in *Neues Archiv der Crim. R.*, Bd. 6. S. 163, 1816;
- Manna, A., *La giustizia penale tra Otto e Novecento: la disputa tra soggettivismo e oggettivismo*, in M. N. Miletta, (a cura di), *Riti, tecniche, interessi. Il processo penale tra Otto e Novecento*, Milano, 2006;
- Mantovani, F., *Il principio di offensività del reato nella costituzione*, in *AAVV, Scritti in onore di Costantino Mortati, Aspetti e tendenze del diritto costituzionale*, Vol. IV, Milano, 1977;

- Id., *Diritto penale*, Padova, 2009;
- Manzini, V., *Trattato di diritto penale*, (11 Voll.), Milano, 1908-1919;
- Id., *Istituzioni di diritto penale italiano*, (2° ed.), Torino, 1923;
- Marinucci, G., - Dolcini, E., *Corso di diritto penale*, Milano, 2001;
- Id., *Manuale di diritto penale, parte generale*, Milano, 2003;
- Marinucci, G., *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in G. Marinucci E. Dolcini, *Studi di diritto penale*, Milano, 1991;
- Marongiu, A., *Delitto –premissa* (Voce) in Calasso, F., (a cura di), *Enciclopedia del diritto*, Vol. XII, Milano, 1964;
- Massari, E., *Le dottrine generali del diritto penale*, Napoli, 1930;
- Id., *Il momento esecutivo del reato. Contributo alla teoria dell'atto punibile*, Napoli, 1934;
- Mayer, M. E., *Rechtsnormen und Kulturnormen*, Breslau, 1903;
- Mazzanti Pepe, F., *Stato laico e Stato confessionale. Un confronto di fine Settecento*, in *Materiali per una Storia della cultura giuridica*. 2010;
- Miletti, M.N., *Riti, Tecniche, interessi. Il processo penale tra Otto e Novecento*, Milano, 2006;
- Mittash, H., *Die Auswirkungen des wertbeziehenden Denkens in der Strafrechtssystematik*, Berlin, 1939;
- Mondi, E., *Il principio di necessaria offensività e i reati ambientali*, tesi di dottorato in “*Sistemi punitivi e garanzie costituzionali*”, sezione di “*diritto penale*”, XXIV ciclo, Università degli Studi Roma Tre, 2014;
- Moro, A., *Unità e pluralità di reati*, Padova, 1951;
- Muffato N., *Materiali per un'analisi dei concetti di rilevanza probatoria e causale*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2012;
- Muriach, R., *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*, München, 1958;
- Musco, E., *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974;
- Nani, T., *Principi di giurisprudenza criminale*, Napoli, 1812;
- Neppi Modona, G., *Il reato impossibile*, Milano, 1973;
- Id., *L'utile sociale nella concezione penalistica di Cesare Beccaria*, in *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, 1989;



- Id., *Il lungo cammino del principio di offensività*, in AAVV *Studi in onore di M. Gallo. Scritti degli allievi*, Torino, 2004;
- Neppi Modona, G., Pellissero, M., *La politica criminale durante il fascismo*, in L. Violante (a cura di), *Storia d'Italia. Annali*, 12, *la criminalità*, Torino, 1997;
- Nicolini, N., *Quistioni di diritto*, II, Napoli, 1837; Id., *Del tentativo e della complicità ne' reati e sue relazioni col tentativo*, Livorno, 1853;
- Nuvolone, P., *Pericolosità sociale dell'azione pericolosità del delinquente e problema della legalità*, in *Indice penale*, 1967;
- Id., *Il sistema del diritto penale*, II ed., 1982;
- Oersted, A. S., *Ueber die Grundregeln der Strafgesetzgebung*, in *Abhandlungen aus dem Gebiete der Moral und Gesetzgebungs-Philosophie*, Kopenhagen, 1818;
- Paliero, C.E., *Minima non curat Praetor, ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, *Pubblicazioni della Università di Pavia studi nelle scienze giuridiche e sociali*, Nuova Serie, Vol.43, Padova, 1985;
- Id., *Principio di effettività del diritto penale*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1990;
- Pannain, R., *Manuale di diritto penale parte generale*, Roma, 1942;
- Patalano, V., *Significato e limiti della dommatica dei reati di pericolo*, Napoli, 1975;
- Pedrazzi, C., *Problemi del delitto di aggrottaggio*, Milano, 1958;
- Pellissero, M., *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008;
- Peluso Cassese, G., *Reato putativo e reato impossibile*, Napoli, 1924;
- Pessina, E., *Elementi di diritto penale*, Voll. I e II, Napoli, 1882- 1883;
- Petrocelli, B., *L'antigiuridicità*, Padova, 1955;
- Piacenza, S., *Reato Putativo* (Voce), in Azara, A., Eula, E., (A cura di), *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIV, 1957;
- Pifferi, M., *Generalia delictorum. Il Tractatus criminalis di Tiberio Deciani e la "parte generale" di diritto penale*, Milano, 2006;

- Puccioni, G., *Il codice penale toscano, illustrato sulla scorta delle fonti del diritto e della giurisprudenza*, Pistoia, 1855;
- Pulitanò, D., *Diritto penale*, Torino, 2013;
- Ranieri, S., *Gli aspetti del reato: il reato come azione dannosa*, in *Rivista Penale di dottrina, legislazione e giurisprudenza*, Vol CVII, 1928;
- Id., *Diritto penale parte generale*, Milano, 1945;
- Ravizza, A., *Reato* (Voce), in L. Lucchini (a cura di), *Digesto Italiano, Enciclopedia metodica e alfabetica di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, Vol. XX, Torino, 1911;
- Rende, D., *Fondamento del valore attenuante della provocazione. Provocazione e premeditazione*, in *Foro it.*, Volume LIX, parte II, 1934;
- Renazzi, F.M., *Elementa Juris criminalis*, (4 Voll.), Siena 1794;
- Resta, G., *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005;
- Risi, P., *Observations sur les matières de jurisprudence criminelle*, Lausanne, 1768;
- Roberti, S., *Corso completo del diritto penale del Regno delle due Sicilie secondo l'ordine delle leggi penali*, 1833;
- Roßhirt, C. F., *Lehrbuch des Crininalrechts*, Heidelberg, 1821.
- Rocco, A., *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale; contributo alle teorie generali del reato e della pena*, Torino, 1913;
- Romagnosi, G.D., *Genesi del diritto penale*, Pavia, 1791;
- Romano, M., *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. I, Milano, 2004;
- Romano, S., *Sulla natura dei regolamenti delle Camere parlamentari*, in *Archivio giuridico "Filippo Serafini"*, Vol. IV, sub III, n. 11, Pisa, 1905;
- Rossi, P., *Traité de droit pénal*, Vol. II, Paris, 1829;
- Sabatini, G., *Se la premeditazione sia conciliabile con la provocazione e con i motivi di particolare valore morale e sociale*, in *Foro It.*, Volume LIX, parte II, 1934;
- Id., *Provocazione e legittima difesa: Requisiti comuni e differenziali*, in *Foro it.*, vol. LXI, parte II, 1936

- Saltelli, C., Romano Di Falco, E., *Commento teorico-pratico del nuovo codice penale*, Roma, 1930;
- Sammarco, S., *Giustizia e morale. Relativismi kelseniani* in *Materiali per una Storia della cultura giuridica*, 2018;
- Santoni De Sio, F., *Una visione aristotelica della responsabilità. John Gardner, la filosofia di Oxford e il diritto penale*, in *Materiali per una Storia della cultura giuridica*, 2012;
- Sbriccoli, M., *Le mani nella pasta e gli occhi al cielo*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero Giuridico Moderno*, Vol. 28, 1999;
- Id., *Lex delictum facit. Tiberio Deciani e la criminalistica italiana nella fase cinquecentesca del penale egemonico*, in M. Cavina (a cura di), *Tiberio Deciani (1509-1582). Alle origini del pensiero giuridico moderno*, Udine, 2004;
- Id., *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in Schiavone, A., (a cura di), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Roma-Bari, 1990, adesso in *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, VOL 88, Mario Sbriccoli. *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Milano, 2009;
- Id., *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in Violante, L., (a cura di), *Storia d'Italia. Annali, 14: Legge Diritto Giustizia*, Torino, 1998, p. 445-551, adesso in *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, VOL 88, Mario Sbriccoli, *cit.*;
- Sciumè, A., *Causalità e casualità: Il problema del nesso di causalità materiale nel diritto penale italiano tra il 1889 e il 1929*, in *Rivista di Storia del Diritto Italino*, 2007;
- Schwinge, E., *Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht*, Bonn, 1930;
- Id., *Der Methodenstreit in der heutigen Rechtswissenschaft*, Bonn, 1930;
- Schwinge, E., Zimmerl, L., *Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht*, Bonn, 1937;
- Seelman, K., *Gaetano Filangieri e la proporzionalità fra reato e pena. Imputazione e prevenzione nella filosofia penale dell'illuminismo*, in *Materiali per una Storia della cultura giuridica* 2001;

- Shaffstein, F., *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, in *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, Berlin, 1935;
- Id., *Das Verbrechen eine Rechtsgutsverletzung?* in *Deutsches Strafrecht*, 1935;
- Id., *Rechtswidrigkeit und Schuld im Aufbau des neuen Strafrechtssystems*, in *ZStW*, 1937;
- Id., *Der Sytreit um das Rechtsgutsverletzungdogma*, in *Deutsches Strafrecht*, 1937;
- Seminara S., *Il delitto tentato*, Milano, 2012;
- Serianni, V., *Reato impossibile e reato putativo*, (voce), in AA. VV., *Enciclopedia Giuridica*, Roma, 2007;
- Sermonti, A., *La figura giuridica del reato formale*, in *Rivista di Diritto e procedura penale*, Vol. X, 1919;
- Sgubbi F., *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova, 1975;
- Simone, G., *Le lezioni di filosofia del diritto di Alfredo Rocco. Appunti ritrovati in Clio*, 2009;
- Sinagra, A., *Il principio di legalità socialista negli ordinamenti giuridici degli Stati a democrazia popolare*, Bologna, 1975;
- Solnar, V., *O trestní ochraně majetku v socialistickém vlastnictví proti roskrádání a poškozování*, in *Rozpravy Československé Akademie Věd. Řada Společenských Věd.*, Praha, 1958;
- Id., *La nozione di pericolo derivante alla società dal reato nel diritto penale socialista*, in *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, 1962;
- Solženicyn, A. I., *Arcipelago Gulag* (trad. it.), Milano, 1974;
- Spinoza, B., *Tractatus politicus; in quo demonstratur, quomodo societas, ubi imperium monarchicum locum habet, sicut et ea, ubi optimi imperant, debet institui, ne in tyrannidem labatur, et ut pax libertasque civium inviolata manet*, in Van Vloten, J., et Land, J.P.N., (a cura di), *Benedicti De Spinoza – opera – quotquot reperta sunt*, Amsterdam, 1882;
- Stella, F., *La Teoria del bene giuridico e i cd. fatti non conformi al tipo*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Nuova Serie, Anno XVI, 1973;
- Stenglein, M., *Lexicon des deutschen Strafrechts*, Berlin, 1900;

- Stratenwerth, G., *Il concetto di colpevolezza nella scienza penalistica tedesca*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1998;
- Tarello, G., *Storia della cultura giuridica moderna*, vol. I: *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976;
- Tarquini, A., *Rocco Alfredo* (voce), in *Dizionario Biografico degli Italiani* – Vol. 88, Roma, 2017;
- Tavilla, E., *Il diritto penale nel ducato di Modena. Il codice criminale del 1855: premesse, modelli, problemi*, in *Materiali per una Storia della cultura giuridica*, 2007;
- Thomasius, C., *Fundamenta Juris Naturae et Gentium ex sensu communi deducta, in quibus ubique secernuntur principia honesti, justi ac decori cum adjuncta emendatione ad ista fundamenta institutionum jurisprudentiae divinae*, Caput V, § XXIV, Halle, 1705;
- Tittmann, C. A., *Handbuch der Strafrechtswissenschaft und der deutschen Strafgesetzkunde*, Halle, 1806;
- Torrisi, J.C.S., *Il Tribunale Speciale per la Difesa dello Stato – Il giudice politico nell'ordinamento dell'Italia fascista (1926-1943)*, Bologna, 2016;
- Id., *L'eccidio degli emigrati italiani a New Orleans del 14 marzo 1891: fu vero linciaggio?* in S. Mazzone (a cura di), *Narrare le migrazioni. Tra diritto, politica, economia*, Acireale, 2019;
- Trapani, M., *La divergenza tra il voluto ed il realizzato*, Torino, 2006;
- Valenti, A., *Principi di materialità e offensività*, in Insolera-Mazzacava-Pavarini-Zanotti (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, vol. I, Torino, 1997;
- Valitutti, D., *Retribuire, prevenire o riparare? Un particolare sviluppo del concetto moderno di pena*, in *Materiali per una Storia della cultura giuridica*, 2017;
- Valsecchi W., *Del reato putativo e del tentativo impossibile*, Torino, 1912;
- Vannini, O., *Il valore del pericolo nel tentativo (tentativo impossibile)*, in *Rivista Penale, supplemento*, XXVIII, 1919;
- Id., *Esecuzione e preparazione del reato*, in *Foro It.*, Volume LX, parte II, 1935;
- Vassalli, G., *Il contributo di Filippo Grispigni alla teoria dell'elemento oggettivo del reato*, in *Studi in memoria di Filippo Grispigni*, in *La scuola positiva*, 1956;

- Id., *Considerazioni sul principio di offensività*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Ugo Pioletti*, Milano, 1982;
- Id., *Passione politica di un uomo di regime*, in A. Rocco, *Discorsi parlamentari. Con un saggio di Giuliano Vassalli*, Bologna, 2005;
- Vinciguerra, S., (a cura di), *I codici preunitari ed il Codice Zanardelli*, Padova, 1993;
- Visconti, A., *Reputazione, dignità, onore. Confini penalistici e prospettive politico-criminali*, Torino, 2018.
- Wächter, C.G., *Handbuch des k. Sächs. und des Thür. Strafrechts*, Stuttgart, 1857;
- Welzel, H., *Studien zum System des Strafrechts*, in ZStW, 1939;
- Id., *Das Deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen*, Tomo III, Berlin, 1947;

## Indice dei nomi

- Abegg J. F. H., 84, 85, 86.  
Aiza E., 140.  
Aiza G., 140.  
Aleo S., 113.  
Alessi G., 191.  
Alimena F., 123,  
Amelung K., 17,  
Angioni F., 24,  
Antolisei F., 26, 28, 29, 30, 33, 37, 42,  
44, 47, 61, 69, 95, 110, 111, 112, 125,  
132, 133, 138, 157, 158, 159.  
Ardissone E., 121,  
Aristotele, 64,  
Azara A., 187,  
Bar von K. L., 35,  
Barone Gaetano, 133.  
Barone Giuseppe, 133.  
Baschiera G., 140.  
Battaglini G., 133.  
Beccaria C., 31, 32, 34, 65, 66, 67,  
69, 70, 77, 144.  
Bellomia S., 177.  
Benevolo A., 176,  
Benevolo F., 57, 123,  
Bentham J., 69, 70.  
Berlinguer L., 195.  
Bernasconi G., 122.  
Berner A. F., 84, 85, 86.  
Bertoldi G., 192.  
Bettiol G., 28, 29, 101, 102, 105.  
Bicci N., 175.  
Binding K., 15, 17, 24, 25, 26, 43,  
44, 57, 113,  
Birnbaum J. M. F., 14, 31.  
Birocchi I., 64.  
Bocca G., 136.  
Bodei R., 84.  
Böhmer H., 74, 75.  
Bonini G., 106.  
Brega G., 140.  
Buccellati A., 195.  
Burgio A., 31, 65.  
Cadoppi A., 69.  
Calasso F., 191, 200.  
Calisse C., 65.  
Campesi G., 193.  
Canestrai S., 52.  
Capalozza E., 157.  
Caraccioli I., 188.

- Carengo D., 121.
- Carmignani G., 15, 32, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 76, 77, 78, 126, 145.
- Carnelutti F., 46, 47.
- Carrara F., 15, 32, 39, 40, 43, 48, 62, 77, 78, 79, 80, 112, 113, 133, 144, 162.
- Cassese S., 64, 123, 162.
- Catenacci M., 64, 162.
- Caterini M., 193.
- Cattaneo M.A., 32, 40.
- Cavanna A., 54, 64, 65, 66, 67, 142.
- Cavina M., 64.
- Cerretelli P., 193.
- Chiola, 136.
- Cicero V., 84,
- Cicerone, 161,
- Colao F., 51, 54.
- Conti U., 153.
- Corso F., 177.
- Corso S., 177.
- Costa P., 3, 27, 29, 52.
- Cremani L., 54, 65.
- Crivellari G., 109.
- De Ambrogio, 168, 169.
- De Biasio A., 140.
- De Francesco G., 15, 31, 32, 39, 40.
- De Giorgi A., 72.
- De Marsico A., 154, 155, 156, 185.
- De Mauro G. B., 130, 131.
- De Simoni R., 65, 144.
- Deciani T., 64.
- Del Corso S., 38, 39, 77.
- Delitala G., 19, 41, 42, 43, 44, 81, 82, 111, 113, 114, 131, 132, 133, 134, 145, 159.
- Delogu T., 153, 154.
- Dezza E., 195.
- Dham G., 100.
- Di Chiara G., 196.
- Di Maria Gomes C., 161.
- Dingli C., 38.
- Diogene, 44.
- Dolcini E., 95.
- Donini M., 52, 69.
- Durigato L., 106.
- English K., 9.
- Eula E., 187.
- Facchinei F., 65.
- Ferdinando III, 71.
- Ferneck von H., 16.
- Ferrajoli L., 33, 64, 69, 70, 71, 99,
- Ferri E., 59, 81, 111, 161.
- Feuerbach L., 32, 33, 34, 67, 68, 69, 70, 74, 75, 81, 86, 95.
- Fiandaca, G., 8, 10, 11, 64, 69.
- Fiani B., 145.



- Filangieri G., 32, 52, 53, 55, 65, 109.  
Finger A., 57, 58, 83,  
Fiore C., 11, 15, 102, 122, 151, 187, 190.  
Fiorella A., 21, 96.  
Florian E., 51, 109, 110, 157.  
Foianesi, 182.  
Folletti G., 128.  
Foucault M., 104.  
Franco R., 102.  
Frank R., 24, 125.  
Frosali R. A., 157.  
Gallas W., 100.  
Gallo E., 57, 94, 95, 187.  
Gallo M., 1, 7, 10, 24, 153, 187.  
Garaffa F., 180.  
Gardner J., 203.  
Garofalo R., 80, 81, 111.  
Gasparri, 146.  
Gatti L., 128.  
Giaccari O., 91.  
Giacona I., 197.  
Giudici A., 65.  
Goebel C., 181, 182.  
Grispigni F., 8, 45, 81, 102, 158.  
Grossi P., 52.  
Grosso C. F., 64, 69, 147, 153.  
Grozio U., 52, 69.  
Grünhut M., 24.  
Hassemer W., 17.  
Haus J. J., 54, 55.  
Heffter A. W., 76.  
Hegel G. W. F., 51, 84.  
Henke W. E., 56, 74.  
Hobbes T., 69.  
Honig R., 24.  
Humboldt F. W. C. C. F. F., 70.  
Impallomeni G. B., 110, 133, 134.  
Insolera G., 65, 66.  
Ippolito D., 197.  
Isotton R., 67.  
Jäger H., 22, 23.  
Jannitti Piromallo A., 198.  
Jesecheck H. H., 22.  
Jhering R., 15.  
Klee K., 97, 98, 101.  
Klein E. F., 55, 56.  
Kleinschrod G. A. K., 55.  
Kohler J., 35, 36, 37.  
Köstlin C. R., 2, 56, 57, 84, 143.  
Lacchè L., 198.  
Land J. P. N., 70.  
Lanzillo A., 139, 140.  
Lardizabal Y Uribe M., 54, 65.  
Latini C., 199.

- Ledda, 172, 173.  
 Lefebvre G., 70.  
 Levi N., 153.  
 Liepmann M., 43, 60, 61, 63.  
 Listz von F., 22, 83, 132.  
 Lisuzzo, 167, 168.  
 Luden E., 95.  
 Maiello V., 199.  
 Mancini E., 147.  
 Manes V., 14, 22, 23, 24, 69.  
 Manna A., 52.  
 Mantovani, F., 6, 16, 17, 105, 114,  
 188, 189, 190  
 Manzi T., 133.  
 Manzini V., 28, 84, 164, 165, 167.  
 Marcianus, 161.  
 Marezoll T., 76.  
 Marinucci G., 95.  
 Marongiu A., 64.  
 Massari E., 62, 157, 165, 16.  
 Mayer M.E., 22.  
 Mazzacuva N., 65, 66.  
 Mazzanti, 182.  
 Mazzanti Pepe F., 200.  
 Mazzone S., 43.  
 Meccacci F., 118, 146, 147.  
 Melchionda A., 186, 192.  
 Menochio J., 67.  
 Merico, 171, 172.  
 Messineo F., 84.  
 Mezger E., 101.  
 Mezger H., 125.  
 Miletta M. N., 52.  
 Mittash H., 24.  
 Mittermaier C. J. A., 75, 81, 82.  
 Mondini E., 106.  
 Montorzi M., 38, 39, 41.  
 Moro A., 9.  
 Mortati C., 6.  
 Muffato N., 200.  
 Muriach R., 57.  
 Musco E., 68, 69, 100.  
 Nani T., 144, 145.  
 Neppi Modona G., 1, 8, 28, 57, 64,  
 65, 69, 70, 71, 105, 123, 144, 153,  
 187.  
 Nicolini N., 91.  
 Nietzsche F. W., 98.  
 Nuvolone P., 106.  
 Oersted A. S., 33, 34.  
 Padovani T., 41, 78.  
 Paliero C. E., 9, 55, 104.  
 Pannain R., 152.  
 Passantino M., 177.  
 Patalano V., 113.  
 Pavarini M., 65, 66.

- Pedrazzi C., 187.  
 Peluso Cassese G., 123.  
 Pertile A., 65.  
 Pertot M., 140.  
 Pessina E., 37, 48, 58, 60,  
 Piacenza S., 128, 187.  
 Piano G., 136.  
 Pietro Leopoldo, 71.  
 Pifferi M., 64.  
 Pintus, 172.  
 Pioletti U., 7.  
 Poggi F., 128.  
 Puccioni G., 6, 41.  
 Pufendorf S., 51, 69, 70.  
 Pulitanò D., 202.  
 Ranieri S., 42, 43, 82, 135, 159.  
 Rappini, 119.  
 Rauch H., 101.  
 Ravizza A., 71, 80, 108, 110.  
 Renazzi F. M., 65.  
 Rende D., 165, 167.  
 Resta G., 35.  
 Risi P., 55, 65, 104.  
 Roberti S., 34, 44, 66, 89, 90.  
 Rocco, 1, 3, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20,  
 21, 25, 26, 27, 28, 29, 37, 43, 44, 45,  
 46, 60, 61, 62, 63, 66, 82, 83, 84, 92,  
 95, 110, 111, 112, 113, 114, 123, 132,  
 133, 139, 149, 151, 152, 153, 155, 157,  
 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165,  
 169, 171, 173, 175, 177, 179, 180, 181,  
 183, 185, 186, 187, 189.  
 Romagnosi G. D., 31, 71, 72, 73, 74,  
 77, 81, 94, 108, 124, 144.  
 Romano Di Falco E., 153.  
 Romano M., 16.  
 Romano S., 45.  
 Rossi Caterina, 119.  
 Rossi Crescenzo, 119.  
 Rossi G., 119.  
 Rossi M., 119.  
 Rossi P., 78, 94  
 Roßhirt C. F., 76.  
 Russo A., 133.  
 Sabatini G., 170, 171, 174.  
 Salanitro M., 180.  
 Saltelli C., 153.  
 Sammarco S., 203.  
 Sampieri F., 180.  
 Sampieri M., 180.  
 Sandano S., 69.  
 Santoni De Sio F., 203.  
 Sbriccoli M., 27, 28, 47, 48, 49, 64,  
 71, 99.  
 Schaffstein F., 96.  
 Schiavone A., 47.

- Schwinge E., 101, 24.  
 Sciumè A., 203.  
 Seelman K., 52.  
 Seminara S., 31, 33, 35, 36, 54, 55, 56, 57, 65, 67, 73, 74, 75, 76, 79, 80, 85, 86, 87, 89, 91, 94, 95, 96, 97, 126, 142, 143, 144.  
 Serafini F., 45.  
 Serianni V., 123.  
 Sermonti A., 133, 134.  
 Sgubbi F., 204.  
 Simone G., 204.  
 Sina P., 22.  
 Sinagra A., 106.  
 Solnar V., 106.  
 Solženicyñ A. I., 106.  
 Spigno I., 121.  
 Spinoza B., 70.  
 Stella F., 14, 24.  
 Stenglein M., 57.  
 Stile A. M., 8.  
 Storti C., 198.  
 Stortoni L., 52.  
 Stratenwerth G., 205.  
 Stronati M., 198.  
 Tarello G., 65.  
 Tavilla E., 205.  
 Thomasius C., 51, 51, 69, 70.  
 Tittmann C. A., 142, 143.  
 Tolomei G., 110.  
 Torrìsi J. C. S., 28, 43, 122.  
 Toscani N., 140.  
 Trapani M., 95.  
 Ulpiano, 66.  
 Valenti A., 100.  
 Valitutti D., 205.  
 Valsecchi W., 109, 113, 123, 124, 125, 126.  
 Valucci E., 147.  
 Vannini O., 123, 149, 150.  
 Vanzelli G., 54.  
 Vassalli G., 7, 8, 28, 190.  
 Vinciguerra S., 107.  
 Violante L., 28, 48, 64, 69.  
 Visconti A., 175.  
 Vloten van J., 70.  
 Vocca, 168, 169.  
 Vybìral B., 106.  
 Wächter C. G., 92.  
 Welzel H., 9, 102.  
 Zanardelli G., 28, 83, 107, 109, 111, 119, 121, 128, 133, 138, 140, 148, 149, 151, 166, 178.  
 Zanotti M., 65, 66.  
 Zenone, 44.  
 Zimmerl L.,

## Volumi pubblicati

### MONOGRAFIE

1. Alessandro Agri, *La giustizia criminale a Mantova in età asburgica: il Supremo Consiglio di giustizia (1750-1786)*, 2019, 2 tomi, pp. XX-687 [ISBN 978-88-944154-0-7]
2. Claudia Passarella, *Una disarmonica fusione di competenze: magistrati togati e giudici popolari in corte d'assise negli anni del fascismo*, 2020, pp. X-120 [ISBN 978-88-944154-1-4]
3. Federico Roggero, «*Uno strumento molto delicato di difesa nazionale*». *Legislazione bellica e diritti dei privati nella prima guerra mondiale*, 2020, pp. 303 [ISBN 978-88-944154-3-8]
4. Alessia Maria Di Stefano, «*Non potete impedirle, dovete regolarla*». *Giustizia ed emigrazione in Italia: l'esperienza delle commissioni arbitrali provinciali per l'emigrazione (1901-1913)*, 2020, pp. 235 [ISBN 978-88-944154-4-5]
5. Gustavo Adolfo Nobile Mattei, «*Ad meliorem frugem redire*». *Le meretrici tra emenda e recupero (secc. XVI-XVII)*, 2020, pp. 220 [ISBN 978-88-944154-5-2]
6. Jacopo Torrì, *Offensività. Itinerari dottrinari e giurisprudenziali ottoneovecenteschi*, 2020, pp. 206 [ISBN 978-88-944154-6-9]

### COLLETTANEE

1. *Dialogues autour du nihilisme juridique*, sous la direction de Paolo Alvazzi del Frate, Giordano Ferri, Fatiha Cherfouh-Baïch et Nader Hakim, 2020, pp. 186 [ISBN 978-88-944154-2-1]