

L'OPINIONE

GAETANO PECORELLA

Semantica versus ideologie. L'errore sulle c.d. cause di esclusione della pena.

La dottrina ha dedotto la rilevanza, o meno, dell'errore sulle cause di esclusione della (sola) punibilità dalle diverse teorie sulla struttura del reato. La critica a tale impostazione è che da una o da altra impostazione dogmatica discende, in concreto, la punizione di un soggetto, peraltro in antitesi con il principio di legalità. La questione va risolta, e può essere risolta, ricorrendo ad una semplice operazione semantica.

Semantics versus ideologies. The error on the c.d. causes of exclusion of the sentence.

The Scholars have deduced from the different doctrines in the criminal offences' structure the importance or irrelevance of error in relation to the grounds for exemption from just punishability. The critique to this approach is that by one or the other dogmatic approach specifically depends the punishability of a person, furthermore in contradiction with principle of legality. This issue needs to be resolved, and it can be solved, by means of a simply semantic operation.

SOMMARIO: 1. Terminologia. Una questione di metodo. - 2. La c.d. opinione del legislatore in base all'interpretazione combinata degli art. 202 e 203 c.p. Elementi di dubbio. Sostanziale irrilevanza di qualsiasi conclusione sul problema. - 3. I limiti della categoria. Cause personali e cause oggettive. L'imputabilità. Le immunità. Non punibilità in dipendenza di comportamenti successivi alla commissione del reato. Casi particolari. - 4. Il fondamento giuridico della categoria. Valutazione di "giustizia" e valutazione di "opportunità". - 5. Esclusione degli elementi del reato ed esclusione della punibilità. - 6. Punibilità del fatto e punibilità dell'autore. Momento valutativo e momento imperativo nella norma penale. - 7. Altre concezioni. Sulla mancanza di tipicità del fatto come causa di esenzione della responsabilità. - 8. Atipicità e concorso nel reato. Cenni sulla fattispecie plurisoggettiva. - 9. La natura delle c.d. cause di esclusione della sola punibilità. Rilevanza dell'errore. - 10. La tripartizione come a priori nella interpretazione dell'art. 59, co. 4, c.p. Critica. - 11. La punibilità come elemento del reato. Equiparazione tra condizioni obiettive di punibilità ed esimenti. Critica. - 12. Elementi negativi del fatto. Limiti della categoria ai fini dell'art. 59, co. 4, c.p. - 13. Semantica e errore sulle cause di esclusione della pena.

1. *Terminologia. Una questione di metodo.* Argomento della discussione sono i limiti di applicabilità dell'art. 59, co. 4, c.p. con particolare riguardo alle fattispecie c.d. di mera esenzione della pena. Non si può che prendere le mosse, ovviamente, dall'esame di tale categoria, quali casi vi rientrano, e ancor prima se possa configurarsi un reato a cui non consegua l'applicazione di una pena. Ciò non esaurirà comunque il tema, posto che anche coloro che ravvisano un legame inscindibile tra reato e sanzione, escludono la rilevanza dell'errore in relazione ad elementi che incidono sulla sola punibilità¹.

Entriamo in argomento. Accanto alle scriminanti (o scusanti) e alle giustificanti la maggioranza della dottrina suole porre le esimenti quali cause che, lasciando inalterati i presupposti e gli elementi costitutivi del reato, fanno venir

¹ GROSSO, *L'errore sulle scriminanti*, Milano, 1961, 110 ss.

meno la sola punibilità (in senso stretto), come pura conseguenza estrinseca dell'illecito penale².

La terminologia in proposito non è costante³. Si parla anche di cause speciali di non punibilità⁴, si distingue tra cause di esenzione da pena e cause personali di esclusione della pena⁵; si propone di riservare l'espressione "cause di non punibilità" proprio alle "cause di esclusione della pena", anche quando tale esclusione è determinata legislativamente *ex ante*⁶; si dà per scontata, infine, tale terminologia⁷.

È dalla individuazione di questa categoria che, nonostante l'espressione usata dal legislatore nell'art. 59, co. 4, c.p., si fa derivare l'irrilevanza dell'errore su talune cause che, se esistenti, esimerebbero l'autore del fatto dall'applicazione della sanzione. Una prospettazione dogmatica ha così l'effetto pratico di rendere punibile ciò che il legislatore ritiene esente da pena, senza distinguere tra cause di giustificazione ed esimenti. Queste pagine sono contro questo metodo, perché dalla struttura della figura criminosa non è lecito trarre regole che non si trovano nel codice penale; sono contro, cioè, all'affermazione per cui "la definizione dogmatica della scriminante putativa è strettamente legata alla posizione che caratterizza le giustificanti nella serie degli elementi che inter-

² PISAPIA, *Fondamento e limiti delle cause di esclusione della pena*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1952, 15, ora in *Studi di diritto penale*, Padova, 1956, 233 ss.; ID. *I rapporti di famiglia come causa di non punibilità*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1951, 53 ss., ora in *Studi, cit.*, 145 ss.; DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, Padova, 1930, ora in *Diritto penale*, Vol. I, Milano, 1976, 184; ID., *Analogia in bonam partem*, *Riv. it. dir. pen.*, 1936, 607; MAGGIORE, *Diritto penale*, Vol. I, Bologna, 1949, 208; SABATINI, *Istituzioni di diritto penale*, Catania, 1946, 355; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2003, 8, 199; GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, Milano, 1947, 161-301; CANDIAN, *Riflessioni sui rapporti di famiglia in diritto penale*, Milano, 1943, 138; MORO, *Osservazioni sulla natura giuridica dell'exceptio veritatis*, in *Riv. it. dir. pen.*, Milano, 1954, 28; BETTIOL, *Diritto penale*, Padova, 1986, 135; IMPALLOMENI, *Istituzioni di diritto penale*, Torino, 1921, 266; VANNINI, *Manuale di diritto penale italiano, p. s.*, Milano, 1947, 68; MANZINI, *Trattato di diritto penale*, Vol. IX, Torino, 1963, 278; Giurisprudenza: Cass. 13/2/1933, in *Giust. pen.*, 1933, II, col. 526.

³ La dottrina più recente è tornata ad occuparsi di questa specifica categoria con ampie trattazioni, anche monografiche. Cfr. DI MARTINO, *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Milano, 1998; DE FRANCESCO, *Punibilità*, Torino, 2016; CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti. Principio di legalità e cause di giustificazione: necessità e limiti*, Torino, 2018; DE FELICE, *Lezioni di diritto penale. Profili attuali di esclusione delle cause di esclusione dell'illiceità penale*, Milano, 2008; BELLAGAMBA, *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, Milano, 2007; DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991; SANTAMARIA, *Lineamenti di una teoria delle esimenti*, Napoli, 1961; CAVALIERE, *L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale. Contributo a una sistematica teleologica*, Napoli, 2000; COCCO, *La punibilità*, Padova, 2017.

⁴ CHIAROTTI, *Le cause speciali di non punibilità*, Roma, 1946, 17.

⁵ GRISPIGNI, *Diritto penale*, cit., Vol. II, 16.

⁶ PISAPIA, *Fondamenti e limiti*, cit., 3.

⁷ VASSALLI, *Cause di non punibilità*, in *Enc. del dir.*, Milano, 1960, 612. Sulla terminologia: DOLCE, *Lineamenti di una teoria generale delle scusanti nel diritto penale*, Milano, 1957, 176.

vengono nella composizione del reato. La costruzione della figura criminosa si pone, quindi, come punto di partenza obbligato o, se si vuole, si presenta come parametro costante della specifica ricerca⁸. Si è correttamente osservato che, se si deduce dalla appartenenza di una causa di non punibilità ad una categoria dogmatica la rilevanza dell'errore, si inverte l'ordine della ricerca ermeneutica e la si condiziona ad un assunto dogmatico preconstituito: è "per lo meno azzardato partire da un assunto dogmatico per delimitare o estendere l'ambito di questa categoria"⁹.

Il proposito, quindi, è di guardare oltre le definizioni dogmatiche per ancorare l'interpretazione dell'art. 59, co. 4, c.p. solo ed unicamente al dato semantico, che vuol dire poi attenersi al principio di legalità¹⁰.

2. La c.d. opinione del legislatore. L'interpretazione combinata degli artt. 202 e 203 c.p. Elementi di dubbio. Sostanziale irrilevanza della questione. Si è asserito, da una parte della dottrina, che il legislatore "per lo meno in linea programmatica" ammette l'esistenza di cause esentive della pena, a guisa di condizioni negative della punibilità. Si fa appello - per dimostrarlo - agli artt. 202 e 203 c.p. Stabilisce l'art. 202 c.p. che le misure di sicurezza possono essere applicate soltanto alle persone socialmente pericolose, che abbiano commesso un fatto preveduto dalla legge come reato, ovvero, nei casi espres-

⁸ GROSSO, *L'errore sulle scriminanti*, cit., 2. La questione è delineata con chiarezza dall'autore (p. 94-95): "Occorre determinare, da un lato se siano configurabili, ed entro quali limiti, accanto alle circostanze che incidono sulla stessa rilevanza penale di un certo comportamento altre che, semplicemente, operano in funzione paralizzatrice della conseguenza sanzionatoria di un reato integro di tutti i suoi requisiti costitutivi; dall'altro, se tutte le situazioni che condizionano la rilevanza penale indicata si atteggiino ad elementi negativi del fatto, ovvero ad elementi negativi della capacità, vale a dire, ad elementi che escludono la stessa titolarità del dovere penalmente rilevante". "La ammissibilità, o meno, di configurare una categoria di circostanze esentive dalla sola pena è pertanto subordinata, secondo questa impostazione, alla soluzione preventiva di un problema di teoria generale, più che di diritto positivo: soltanto ove si respinga la tesi secondo la quale può riscontrarsi un fatto illecito esclusivamente in quanto sussista un fatto effettivamente sanzionato sarà cioè legittimo un tentativo di sceverare, nell'ambito delle situazioni di non punibilità previste dall'ordinamento, le cause che incidono all'interno e quelle che incidono all'esterno del reato". E, quella sostenuta nel testo, la linea della giurisprudenza che si è dichiarata decisa a sottrarsi "alle suggestioni di astratte esercitazioni speculative di incerto contenuto". La Corte, infatti, ha manifestato la propria diffidenza nei confronti delle "elaborazioni concettuali di quella parte della dottrina che, ispirandosi a non recenti teorie di studiosi tedeschi, ha ricondotto le c.d. cause di giustificazione al concetto di anti giuridicità od illiceità penale" (*Cass.*, sez. un., 26.2.1972, in *Foro it.*, 1972, II, 367).

⁹ SANTAMARIA, *Lineamenti di una dottrina delle esimenti*, cit., 133.

¹⁰ Cfr. SCARPELLI, *Semantica del linguaggio normativo*, in *Filosofia del diritto*, a cura di CONTE, DI LUCIA, FERRAJOLI, JORI, Milano, 2013, 303 ss.; KAUFMANN, *Filosofia del diritto ed ermeneutica*, Milano, 2003, 6, così definisce l'ermeneutica: "Essa è una filosofia trascendentale, nel senso che dice *le condizioni della possibilità in assoluto della comprensione di significati*".

samente previsti dalla legge, a persone socialmente pericolose che abbiano commesso un fatto non preveduto dalla legge come reato (artt. 49, 115 c.p.). Precisa poi l'art. 203, co. 1, che "agli effetti della legge penale, è socialmente pericolosa la persona, anche se non imputabile o *non punibile*, la quale ha commesso uno dei fatti indicati nell'articolo precedente, quando è probabile che commetta nuovi fatti preveduti dalla legge come reato". Poiché dall'art. 202, co. 2, si ricaverebbe che non è possibile applicare le misure di sicurezza a soggetti che non abbiano commesso un reato, e dall'art. 203 c.p. che tuttavia, possono applicarsi anche a soggetti "non punibili", dal combinato disposto delle due norme si desumerebbe la predisposizione di situazioni di non punibilità, distinte da quelle di non imputabilità, concorrenti da un lato con la commissione di un fatto di reato, dall'altro con la applicabilità delle misure di sicurezza. Parrebbe, quindi, che il legislatore ammetta l'esistenza di cause esentive della pena in senso stretto, inidonee ad escludere la conseguenza sanzionatoria rilevante nel diritto penale nella sua interezza: sempre che, naturalmente, le misure di sicurezza siano da considerare non come istituti assegnati al diritto amministrativo, bensì come autentiche sanzioni penali. La conclusione è che negare la configurabilità di cause esentive della conseguenza sanzionatoria non è incompatibile con il riconoscimento di circostanze che, estrinseche al reato, operano esclusivamente sugli effetti giuridici, purché si limiti la efficacia impeditiva loro propria ad una parte soltanto di questi, precisamente alla pena in senso stretto, e non la si estenda, invece, alle misure di sicurezza¹¹.

L'interpretazione sistematica data alle norme non può non lasciare perplessi. Nell'art. 202 c.p. si distingue fra soggetti pericolosi che abbiano compiuto fatti illeciti e soggetti pericolosi che, pur avendo compiuto fatti non preveduti dalla legge come reato, in casi determinati, vengono sottoposti egualmente a misure di sicurezza. L'art. 203 c.p. rinvia a uno dei fatti indicati nell'articolo precedente, vale a dire un reato o un quasi reato, ragion per cui i fatti non punibili altro non sono che le ipotesi di cui agli artt. 49 e 115 c.p. Ciò risponde, del resto, alla formula usata per il reato impossibile e per l'accordo a cui non segue la commissione di un reato: entrambe le disposizioni utilizzano il termine "non punibile". Siamo in un'area del tutto estranea al "reato non punibile", né sembra possibile che il legislatore abbia inteso introdurre questa categoria, così rilevante per altri effetti, *incidenter tantum*. La legge, se vuole definire un istituto può, e deve farlo solo in relazione agli effetti che ne conseguono, al-

¹¹ GROSSO, *L'errore sulle scriminanti*, cit., 98; GALLO, *Capacità penale*, in *Noviss. Dig. it.*, Vol. II, Torino, 1964, 884 ss.

trimenti le affermazioni di principio hanno ben poca rilevanza¹². Il senso dell'art. 203 c.p. sembra, perciò, questo: socialmente pericolosa è la persona che, sebbene non imputabile o non punibile, perché il suo fatto non costituisce reato, abbia commesso un reato o uno di quei fatti esplicitamente indicati dalla legge, quando è probabile che commetta nuovi reati.

3. *I limiti della categoria. Cause personali e cause oggettive. L'imputabilità. Le immunità. Non punibilità in dipendenza di comportamenti successivi alla commissione del reato. Casi particolari.* Molto controversi sono i limiti della categoria. Alcuni autori sembrano non concepirne la ammissibilità se non con riferimento a *circostanze del tutto personali*, in quanto, cioè, cause soggettive di esclusione della pena, le quali in tanto permettono di sostenere l'esistenza di un reato, in quanto "la punibilità dell'autore è fuori del reato e può venir meno senza che per ciò il fatto illecito perda la sua inconfondibile fisionomia giuridico-penale"¹³.

Da altri, invece, non si vedono insuperabili obiezioni di principio all'ammissione della categoria di *cause oggettive di esclusione della sola punibilità*. Così come esistono condizioni positive della punibilità, le quali operano spesso in senso oggettivo, nei confronti di quanti abbiano concorso nel fatto (es. dichiarazione di fallimento), parimenti possono esistere condizioni negative della punibilità stessa, operative per determinati reati e concernenti tutti i possibili autori del fatto. Lo stesso art. 119 c.p., nonostante il suo valore indicativo piuttosto secondario in questo campo (esso concerne, infatti, come l'art. 59 ult. cpv., anche le vere e proprie cause di esclusione del reato), distingue le "circostanze di esclusione della pena" in soggettive ed oggettive¹⁴.

Mentre poi vi è chi considera l'imputabilità, intesa come capacità alla pena, una qualità personale che, ove manchi, rende impunito il soggetto, alla stregua di ogni altra causa personale di esenzione da pena¹⁵, altri oppone che in una concezione dell'imputabilità quale capacità alla pena, il motivo per il quale il non imputabile non viene sottoposto a pena è tale da non poter essere neppure assimilato a quello per il quale non viene punito il figlio che ruba al

¹² Sul punto: GALLO, *La colpa penale* (diritto vigente), *Enc. del dir.*, Vol. VII, Milano, 1960, 625; ID, *Il dolo, oggetto e accertamento*, in *Studi Urbinati*, Milano, 1951-1952, 152.

¹³ PISAPIA, *Fondamento e limiti*, cit., 30.

¹⁴ VASSALLI, *Cause di non punibilità*, cit., 621, 622, 636; SANTORO, *Manuale di diritto penale*, I, Torino, 1958, 232 ss.; PEDRAZZI, *L'exceptio veritatis*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1954, 444.

¹⁵ PISAPIA, *Fondamento e limiti*, cit., 33; ANTOLISEI, *Manuale, PG*, cit., 445; GRISPIGNI, *La sistematica della parte generale del diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1935, 299.

genitore¹⁶. Qui trattasi, per così dire, di una qualità dell'autore che in esso si esaurisce, lì, invece, di una qualità o di una attività dell'autore che si riverbera sul fatto e che è rilevante proprio per questo¹⁷.

Le immunità personali sono annoverate tradizionalmente come il gruppo più importante delle cause di mera esenzione personale da pena¹⁸. Secondo alcuni, però, si tratterebbe di cause di vera e propria incapacità soggettiva penale¹⁹, o di casi di esclusione di determinati soggetti dal novero dei destinatari del precetto penale²⁰, o, in tutt'altra prospettiva, di ipotesi di mera esenzione dalla giurisdizione²¹.

Controversi sono anche i casi in cui la non punibilità dell'agente dipende da un episodio sopravvenuto alla commissione del reato, e, segnatamente, da un comportamento dello stesso colpevole (desistenza volontaria, ravvedimento operoso, condotte riparatorie): secondo alcuni si tratta di cause di non punibilità in senso stretto²², secondo altri di cause estintive del reato²³.

Per tacere poi delle contrastanti opinioni che riguardano la configurazione dogmatica dei casi di non punibilità c.d. speciale, per i quali basta tener presente il travaglio della dottrina a proposito dell'*exceptio veritatis* (art. 596 c.p.)²⁴, della legittima reazione ad atti arbitrari del pubblico ufficiale²⁵, o della c.d. immunità giudiziaria (art. 598 c.p.)²⁶.

4. - *Il fondamento giuridico della categoria. Valutazione di "giustizia" e valutazione di "opportunità"*. Individuata, così, per grandi linee la categoria, è necessario affrontare il problema essenziale del suo fondamento giuridico²⁷. Dalla ipotesi, largamente accolta, che ogni norma risulti costituita da due elementi,

¹⁶ VASSALLI, *Cause di non punibilità*, cit., 629.

¹⁷ DOLCE, *Lineamenti di una teoria generale delle scusanti nel diritto penale*, Milano, 1957, 177; VASSALLI, *Le cause*, cit., 625.

¹⁸ GRISPIGNI, *Diritto penale*, cit., Vol. I, 369.

¹⁹ DELITALA, *Il fatto*, cit., 211; MORO, *La capacità giuridico-penale*, Padova, 1939, 79.

²⁰ MAGGIORE, *Diritto penale*, cit., 140.

²¹ LEONE, *L'imputabilità nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1937, 386.

²² VASSALLI, *Le cause di non punibilità*, cit., 629.

²³ PANNAIN, *Manuale di diritto penale*, Roma, 1942, 507.

²⁴ Per tutti: MORO, *Osservazioni*, cit., 5; PEDRAZZI, *Exceptio veritatis, Dogmatica ed esegesi*, cit., 428.

²⁵ CRESPI, *L'atto arbitrario del pubblico ufficiale*, *Riv. it. dir. pen.*, 1948, 301 ss.

²⁶ VASSALLI, *Le cause di non punibilità*, cit., 632: "Intuitivamente si sarebbe portati a vedervi in caso di applicazione dell'esercizio di un diritto e pertanto una causa di giustificazione. Semmonché la possibilità di un risarcimento del danno anche non patrimoniale e soprattutto la potestà del giudice di ordinare cancellazioni ed in genere l'impedibilità del fatto inducono a concludere in senso diverso".

²⁷ PISAPIA, *Fondamento e limiti*, cit., 33.

uno precettivo e l'altro sanzionatorio²⁸, si deduce che quest'ultimo, in alcuni casi "*aliqua utilitate perspecta*"²⁹, cioè per ragioni di opportunità, può fare "eccezionalmente difetto"³⁰, onde il colpevole non va punito³¹.

Così il furto commesso dal figlio a danno dei genitori andrebbe esente da pena, per quanto il colpevole abbia indubbiamente violato il precetto non rubare, sancito *erga omnes* dall'art. 402 c.p. (del codice Zanardelli)³², poiché l'interesse alla punizione cede il passo a quello della salvaguardia della famiglia, che consiglia nella specie una disciplina antitetica³³.

Alcune circostanze, dunque, non inciderebbero sulla sostanza antiggiuridica, ma solo sulla punibilità del "fatto", non toccandone così l'ingiustizia, ma solo la sua attitudine, secondo una valutazione di *opportunità politica*, a dar luogo a una sanzione punitiva. "L'ammissibilità dei due diversi modi di valutazione (...), l'uno secondo giustizia, l'altro secondo opportunità ci sembra, in linea di principio, incontestabile ed ogni tentativo di ricondurre al reato, come fatto ingiusto, la ragione determinante della pena, destinato a fallire. Il fattore dell'ingiustizia esiste sempre a fondamento della pena, ma esso non è necessariamente esclusivo. Accanto alla valutazione di giustizia vi è pure quella di opportunità politica, di convenienza. Un fatto può ben essere ingiusto, ma una ragione di convenienza deve talvolta intervenire ad integrare l'efficacia produttiva della sanzione, la quale pertanto in tali casi si ricollega a due distinti presupposti. E così pure quel meritare la pena, che è implicito nell'ingiustizia del reato, può essere talvolta neutralizzato da una positiva ragione di convenienza che sconsiglia, dal punto di vista politico, pur in presenza di un torto che si dovrebbe colpire, l'irrogazione della pena"³⁴. Cioè: l'ingiustizia intrinseca del reato può talvolta essere neutralizzata da ragioni di opportunità politica che sconsigliano l'applicazione concreta della pena al torto realizzato.

Tale posizione, però, presta il fianco ad almeno due osservazioni critiche.

La prima. Nel momento normativo non sembra possibile distinguere tra motivi di giustizia e di opportunità (se non forse da un punto di vista extra giuri-

²⁸ DELITALA, *Il fatto*, cit., 184; ANTOLISEI, *Manuale*, PG, cit., 30, 31.

²⁹ DELITALA, *Analogia in bonam partem*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1936, 608; Conformi: BETTIOL, *Diritto penale*, cit., 391; PISAPIA, *I rapporti di famiglia*, cit., 15; DOLCE, *Lineamenti*, cit., 177; Sostanzialmente anche MOLARI, *Reato contro il patrimonio non punibile e delitto di calunnia*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1957, 187, per il quale la natura dell'esimente è data dal "*perché*" della norma.

³⁰ DELITALA, *Il fatto*, cit., 184.

³¹ Nella teoria tradizionalmente ci si rifà soprattutto all'art. 649 c.p. e all'art. 561 c.p. (es. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, Vol. VII, Torino, n. 2771).

³² DELITALA, *Il fatto*, cit., 184.

³³ DELITALA, *Analogia*, cit., 600. Così: Cass., Sez. II, 1934, *Ann. dir. e procedura penale*, 1935, 1354 ss.

³⁴ MORO, *Osservazioni sulla natura giuridica*, cit., 28.

dico), poiché ogni motivo, assunto nella valutazione del legislatore diviene, per ciò solo, indice di giustizia o di ingiustizia, capace di rendere intrinsecamente giusto o ingiusto un certo comportamento. Del resto, anche il motivo d'opportunità è passibile di una valutazione alla luce dei principi scelti dal legislatore come giusti, cosicché si arriverebbe all'assurdo che, se quei particolari motivi non fossero riconducibili ai principi di giustizia, dovrebbero esserlo a quelli d'ingiustizia.

La seconda. Nel momento prenormativo il fondamento delle esimenti non può essere il particolare motivo che determinerebbe la non punibilità, perché "una ragione politica sta, in ultima analisi, alla base dell'intero edificio del diritto penale e non solo delle cause di non punibilità (in senso stretto): alla base delle incriminazioni come alla base delle cause di esclusione del reato"³⁵. Vale a dire: nel momento prenormativo, la categoria non può essere individuata dalla *ratio* di opportunità politica, che starebbe a fondamento delle ipotesi in essa comprese, perché tale *ratio* è comune a tutto il diritto penale; nel momento normativo, non è giustificabile una distinzione tra motivi di giustizia (liceità) e motivi di opportunità (non punibilità), poiché nella valutazione legale ogni motivo appare come motivo di giustizia (o anche, se si vuole, di opportunità).

5. *Esclusione degli elementi del reato ed esclusione della punibilità.* Bisogna domandarsi - scrive Vassalli, proponendo un diverso metodo - quale sia l'elemento del reato che viene meno in presenza di ogni singola situazione designata come causa di esclusione della sola punibilità. Se nel quadro degli elementi del reato sia dato trovare una risposta soddisfacente, la categoria non avrà giustificazione. Se invece, in presenza delle cennate situazioni nessun elemento del reato viene meno, e tuttavia la pena non viene applicata, la necessità di riconoscere l'autonomia della categoria, riconducendola al solo momento sanzionatorio, potrà risultare confermata. Il disvalore criminale di una determinata azione - si afferma - non può venir meno se non in presenza di uno di questi tre elementi del reato: la conformità al tipo, l'antigiuridicità, la colpevolezza. Tutte le volte in cui si è tratti a constatare che la punibilità viene meno senza che venga meno uno di codesti tre elementi, si deve ritenere di essere in presenza di circostanze che, nonostante il carattere delittuoso del fatto, impediscono il sorgere del potere punitivo dello Stato nei confronti dell'autore o del correo³⁶. Questi casi, dunque, non sarebbero riconducibili

³⁵ VASSALLI, *Le cause di non punibilità*, cit., 618.

³⁶ VASSALLI, *Le cause di non punibilità*, 613, che ricorda come nella categoria delle esimenti si facciano

alle cause di giustificazione, caratterizzate dalla non impedibilità dell'azione, dalla mancanza di danno risarcibile, ecc., né alle cause di esclusione della colpevolezza poiché in essi è presente pienamente l'elemento psicologico della colpevolezza, né ad ipotesi di fatti atipici per la possibilità di un concorso punibile nel fatto commesso dal soggetto esentato da pena.

Questo metodo, in sé del tutto logico, si presta, però, a una riflessione critica: è necessario, infatti, prima dimostrare che è dogmaticamente fondata l'esistenza di una categoria di cause che escludono la punibilità senza escludere il reato (e cioè, che esista un reato non punibile, o non punito), e, solo una volta che ne sia giustificata l'esistenza, solo se si può dissociare il reato dalla pena, si può usare il metodo della esclusione per individuare esattamente quali casi di non punibilità si devono ricondurre alla accertata categoria. Fondata una categoria sarà possibile poi inquadrarla in un sistema. È al contrario dubbio che un dato sistema - per esempio, quello della tripartizione - sia posto a giustificazione di una categoria in base alla constatazione che questo non riesce a spiegare altrimenti certe situazioni giuridiche.

È una questione di a priori. Se si ritiene che il reato sia perfetto in presenza di determinati presupposti, si avrà un reato-non punibile. Ma se il reato è composto da tutti gli elementi che concorrono a definirlo, diventa improponibile l'idea di un reato a cui non consegua la pena. Una tale distinzione, del resto, può essere solo nella mente del legislatore. L'interprete può solo constatare che in taluni casi la fattispecie non è composta dai soli elementi che sono propri di tutte le fattispecie, ma a questi se ne aggiungono altri, ora di natura positiva, ora di valenza negativa. Si pensi alla qualità personale che in non pochi casi condiziona la punibilità per la sua presenza o per la sua assenza.

6. Punibilità del fatto e punibilità dell'autore. Momento valutativo e momento imperativo nella norma penale. Pisapia, constatato come alcuni autori ammettono l'esistenza di cause di esclusione della sola pena, senza aver piena consapevolezza critica della categoria, ha compiuto lo sforzo costruttivo più notevole

rientrare le immunità, la non punibilità dei prossimi congiunti per assistenza ai partecipi di cospirazione o di banda armata (art. 307 c.p.), o di assistenza agli associati per delinquere (art. 418 c.p.), la non punibilità per falsa testimonianza nei casi in cui non avrebbe dovuto essere assunto come testimone o avrebbe dovuto essere avvertito del diritto di astenersi (art. 398 c.p.), la non punibilità della partecipazione al duello (art. 398 c.p.), l'esimente della reazione agli atti arbitrari del pubblico ufficiale (art. 4 D.L. 14 settembre 1944, n. 288), la non punibilità delle offese in scritti o discorsi dinanzi all'autorità giudiziaria (art. 598 c.p.), la non punibilità della diffamazione se sia provata la verità del fatto, i casi di esenzione facoltativa della pena, i casi di non punibilità in relazione a comportamenti del reo successivi alla commissione del fatto. V. anche PISAPIA, *I rapporti di famiglia*, cit., 39, sul criterio per individuare i casi di esenzione da pena.

le per risolvere la questione. La sua dimostrazione si è sviluppata su una duplice prospettiva. Innanzi tutto, ha affermato che per antigiridicità penale, si deve intendere non la punibilità in concreto, e cioè l'assoggettività del fatto alla sanzione penale, nel qual caso la non punibilità s'identificherebbe con la non illiceità penale del fatto, ma "il puro giudizio di disvalore che l'ordinamento giuridico penale compie nei confronti di determinati *fatti*, giudicandoli contrari agli scopi da esso perseguiti". È così possibile ritenere che, nonostante *la non punibilità in concreto dell'autore* (suggerita da mere considerazioni di opportunità o di politica criminale), il fatto resta sotto il profilo oggettivo penalmente illecito o antigiridico. "*L'illiceità penale o (se così si vuol dire) la punibilità del fatto è nel reato; la punibilità dell'autore è fuori del reato e può venire meno senza che perciò il fatto illecito perda la sua inconfondibile fisionomia giuridico penale*"³⁷.

È agevole notare, però, come appaia privo di ogni rilevanza concreta un puro giudizio di biasimo, compiuto dal legislatore, su di un fatto, inidoneo di per sé a produrre per il suo autore una qualunque conseguenza giuridica di natura penale.

La distinzione tra punibilità del fatto e dell'autore, però, troverebbe conferma anche nella duplicità e diversità dei due momenti, uno valutativo e l'altro imperativo della norma penale. "Mentre il momento valutativo - afferma Pisapia - ha secondo noi un carattere del tutto *obiettivo* ed *impersonale*, il secondo ha, invece, una direzione tipicamente soggettiva e personale; la valutazione riguarda essenzialmente dei *fatti* che l'ordinamento giuridico ritiene, come tali, contrari ai propri fini, il comando riguarda invece i *soggetti* nei cui confronti si applicano le conseguenze delle loro condotte contrarie al diritto". Il cosiddetto precetto primario altro non sarebbe, in fondo, che una statuizione del tutto obbiettiva ed impersonale, alla quale, quindi, è estranea ogni funzione imperativa, nel senso stretto della parola. Il vero e proprio carattere imperativo - distinto da quello valutativo - si manifesterebbe, invece, nel momento sanzionatorio, che ha efficacia nei confronti del singolo trasgressore del diritto oggettivo, non più anonimo e indifferenziato, ma individualizzato nelle sue qualità fisiche e psichiche, naturali e giuridiche, ed è solo in questo secondo momento, successivo al verificarsi dell'ipotesi formulata nella statuizione che nascerebbe, in vista dell'applicazione della sanzione, il vero e proprio imperativo giuridico.

³⁷ PISAPIA, *Fondamento e limiti delle cause di esclusione della pena*, cit., 25 ss.

Riportando il momento valutativo alla parte c.d. precettistica della norma (in cui si valuta in modo del tutto obiettivo e impersonale, se un fatto è conforme o contrario ai fini dell'ordinamento giuridico) ed il momento imperativo a quella più specificamente sanzionatoria (che ha una direzione spiccatamente personale e soggettiva, in quanto presuppone la capacità del soggetto e la sua idoneità a subire le conseguenze dell'illecito), si riuscirebbe a spiegare come l'ordinamento giuridico-penale possa, senza avvolgersi in una insanabile contraddizione, prima dichiarare illeciti (e, quindi, astrattamente punibili) dei fatti e poi dichiarare non punibili (e cioè esenti da pena) determinati soggetti che abbiano commesso quei medesimi fatti. Ciò può accadere in via generale, allorché la qualità personale renda sempre impunito il soggetto (come accade nei casi d'immunità, di prerogative personali e di inimputabilità, se si considera la imputabilità come capacità alla pena); o in via particolare, allorché lo renda impunito solo rispetto a determinati fatti (come nelle ipotesi dell'articolo 649, dell'articolo 307, dell'articolo 418 e così via di seguito)³⁸.

Non è condivisibile, tuttavia, il dato di partenza. Non può negarsi infatti, la natura *contemporaneamente* valutativa e imperativa del diritto penale. Non solo la valutazione non può separarsi dal comando³⁹, ma la valutazione è in sé stessa essenzialmente comando⁴⁰. Né può ignorarsi che l'autore incide decisamente sul momento valutativo, a seconda del suo *status*, delle finalità della sua azione, della rilevanza dei moventi: il fatto è una oggettività che viene riempito di valori dal soggetto che lo pone in essere.

Conviene, però, mettere in luce anche una critica interna al sistema. Ammettiamo, per ipotesi, la configurabilità di una valutazione puramente obiettiva: ciò significa che, al di fuori dell'atteggiamento interiore dell'agente, la norma valuta un certo comportamento contrastante coi propri fini. Tuttavia, non può rispondere a verità l'equazione "valutazione obiettiva = valutazione impersonale". Anche il giudizio di antigiuridicità ha una sua componente personale, perché si riporta sempre ed in ogni caso al fatto di un soggetto. Ma tale riferimento personale non ha nulla a che vedere con la colpevolezza⁴¹.

Nel valutare un certo fatto in rapporto ai fini dell'ordinamento, il legislatore non può non tener conto del diverso valore (obiettivo) che esso assume in quanto compiuto da uno o da altro consociato⁴². Così come nei reati propri la

³⁸ PISAPIA, *Fondamento e limiti*, cit., 31, 32.

³⁹ ANTOLISEI, *Problemi penali odierni*, Milano, 1940, 138 ss. ID., *Manuale*, cit., 30; PETROCELLI, *La pericolosità criminale e sua posizione giuridica*, Padova, 1940, 68.

⁴⁰ MORO, *L'antigiuridicità penale*, Palermo, 1947, 22.

⁴¹ DELITALA, *Adempimento di un dovere*, in *Enc. del dir.*, I, Milano, 1958, 568.

⁴² GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, Milano, 1951, 27, "Nessun legislatore, intervenendo a

qualità personale del soggetto entra indubbiamente a far parte del fatto tipico preso in considerazione dalla norma, parimenti in tali casi la qualità personale è requisito che condiziona il giudizio della norma⁴³.

7. Altre concezioni. Sulla mancanza di tipicità del fatto come causa di esenzione della responsabilità. Nessuna delle ipotesi affacciate è sufficiente a dar fondamento alla categoria, né ci pare possibile trovare altra soluzione soddisfacente. Neppure si può aderire compiutamente a quella parte della dottrina, la quale sostiene che "un precetto che si presenti sfornito di sanzione, con ciò solo, perde gli attributi della giuridicità" "per diventare mero consiglio, esortazione, invito, ecc. ecc."⁴⁴, poiché in tal modo si vuole rendere la punibilità elemento intrinseco e connotante il reato.

In realtà, ove manchi la punibilità, segno rivelatore non solo della distinzione ontologica tra illecito civile e penale, ma anche dei limiti tipici del comportamento penalmente svalutato, viene meno al consociato l'elemento interpretativo per l'individuazione del reato⁴⁵. Perciò, per esigenze di "certezza" giuridica, rifuggendo apriorismi pericolosi, non si può non assumere che i limiti della punibilità sono anche i limiti della tipicità.

Non si tratta, neppure, come è stato sostenuto nell'ambito della teoria tripartita, di casi in cui verrebbe meno la colpevolezza, poiché affermare che la condizione speciale in cui il soggetto si trova inciderebbe sulla integrità dell'elemento soggettivo, in base all'art. 70 c.p.⁴⁶, significherebbe accogliere una concezione della colpevolezza che induce a confondere, nell'elemento soggettivo, ogni circostanza che si riferisce al soggetto in particolare⁴⁷; né di casi di esclusione dell'antigiuridicità obiettiva⁴⁸, poiché l'antigiuridicità obiettiva viene me-

comporre giuridicamente una situazione d'interessi, prescindere dalla considerazione della personalità dei portatori dei medesimi. Anzi, non poche volte il conflitto stesso è ipotizzabile solo sulla base di una particolare situazione soggettiva".

⁴³ VASSALLI, *Cause di non punibilità*, cit., 618; CARNELUTTI, *Teoria generale del reato*, Padova, 1933, 125.

⁴⁴ ALIMENA, *Le condizioni di punibilità*, Milano, 1938, 4; ROCCO, *L'oggetto del reato della tutela giuridica penale*, Torino, 1913, 67; PETROCELLI, *L'antigiuridicità*, Milano, 1959, 20 ss.; MASSARI, *Le dottrine generali del diritto penale*, Napoli, 1930, 65, 66.

⁴⁵ MOLARI, *Il reato contro il patrimonio*, cit., 187; GROSSO, *L'errore sulle scriminanti*, cit., 101: "saremmo molto dubbiosi circa la possibilità di prescindere dall'operatività della sanzione nella individuazione di un fatto rilevante nell'ambito del sistema penale".

⁴⁶ FRISOLI, *Le cause di non punibilità nell'adulterio e concubinato*, in *Trib. d'Italia*, 1933, par., 5-6, cit., 11; BETTIOL, *Sulle presunzioni nel diritto e nella procedura penale*, Milano, 1938, 57.

⁴⁷ NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, Palermo, 1947, 67; DELITALA, *Adempimento di un dovere*, cit., 567.

⁴⁸ DE MARSICO, *Delitti contro il patrimonio*, Napoli, 1951, 222 ss., 324 ss.

no solo qualora il fatto risulti non contraddire tutto l'ordinamento giuridico nel suo complesso (il che non è evidentemente nei casi in questione)⁴⁹.

In realtà, anche questi vanno ricompresi tra quei casi in cui, nonostante ogni diversa apparenza, il comportamento non va ricondotto al tipo⁵⁰. Allorché nel modello legale - afferma Alimena - il fatto è previsto non già in relazione a ogni e qualsiasi soggetto, ma in relazione a determinati soggetti, è evidente che viene a mancare la corrispondenza tra il fatto e il modello, quando il fatto, pur essendo identico dal punto di vista oggettivo, è diverso dal punto di vista dei soggetti⁵¹.

8. *Atipicità e concorso nel reato. Cenni sulla fattispecie plurisoggettiva.* Alla soluzione ora prospettata si oppone, da alcuni, l'argomento concernente la piena possibilità di un concorso punibile del fatto commesso dal soggetto esentato da pena. Se quest'ultimo - si dice - non avesse realizzato quel presupposto minimo della partecipazione criminosa, che è la realizzazione del fatto tipico, un concorso penale del terzo non si potrebbe concepire⁵². La critica è legata a quella particolare concezione del concorso che individua il fondamento di questo istituto nel principio della natura accessoria della partecipazione. Alla base di tale teoria vi è l'affermazione che "per la punibilità del partecipe occorre che l'autore principale abbia iniziata l'esecuzione del reato o per lo meno del fatto che costituirebbe reato se per una circostanza personale

⁴⁹ VASSALLI, *Cause di non punibilità*, cit., 619; ALIMENA, *In tema di simulazione di reato, calunnia e frode processuale*, in *Annali dir. e proc. pen.*, 1935, 1362; PISAPIA, *Fondamenti e limiti*, cit., 25.

⁵⁰ Considera l'art. 649 c.p. un limite del precetto: NUVOLONE, *I limiti taciti*, cit., 39. Comprende nel fatto tipico la qualità dell'autore, CHIAROTTI, *Le cause di non punibilità*, cit., 25 ss.

⁵¹ ALIMENA, *In tema di simulazione di reato*, cit., 1363; *Condizioni di punibilità*, cit., 5 (in nota): "... vi sono delitti comuni (Gemeine Verbrechen) e delitti particolari (Sonder Verbrechen). I primi possono essere commessi da tutti, i secondi da determinate categorie di persone. Ora, il furto appartiene ai delitti particolari, in quanto può essere commesso soltanto da persone che, con il soggetto passivo, non abbiano alcun rapporto di parentela o di affinità, ed abbiano un rapporto di parentela o di affinità diversi da quelli elencati nei n. 1, 2, 3 art. 649 c.p. Ciò, a prima vista, non può scorgersi, perché la legge usa la formula propria dei delitti comuni: 'chiunque ecc.'. Ma a ben riflettere, ciò avviene perché le persone che possono commettere il furto, sono una maggioranza, di fronte alle persone che non possono commetterlo: onde la necessità di usare la formula propria dei delitti comuni stabilendo poi le relative eccezioni. E' quindi evidente, come l'obbligo di non rubare non esista *erga omnes*, ma soltanto nei rapporti di determinate categorie di persone, se pure queste persone sono una maggioranza di fronte a quelle altre per cui non esiste il suddetto obbligo". Da notarsi, tuttavia, che l'A., considera "fatto" tipico in senso penale, il fatto che corrisponde al modello legale di parte speciale (azione, evento ed altri elementi di fatto), op. cit., 1363; NUVOLONE, *I limiti*, cit., 69, sull'art. 561 c.p. (ora dichiarato incostituzionale): "E' proprio l'elemento obiettivo che viene meno, perché il legislatore considera la precedente induzione alla prostituzione come un presupposto che modifica il fatto".

⁵² PISAPIA, *Reati contro il patrimonio*, Milano, 1953, 182; VASSALLI, *Cause di non punibilità*, cit., 620; ANTOLISEI, *Manuale*, cit., Vol. II, 308.

l'autore del fatto non andasse impunito⁵³. Sarebbe sufficiente accogliere, perciò, la teoria pluralistica del concorso perché, di fronte all'autonomia delle varie azioni costituenti il "reato di concorso"⁵⁴, la critica perdesse ogni consistenza.

Anche la teoria monistica, tuttavia, presenta delle soluzioni che possono fondatamente escludere l'impossibilità di un concorso nei reati in cui uno dei soggetti è esente da pena. Le più acute indagini sul fenomeno della partecipazione criminosa hanno dimostrato che è inesatto parlare di concorso nel reato altrui, è perfino nel fatto altrui. Si concorre nella realizzazione di una fattispecie, che è opera di tutti e di ciascuno dei concorrenti: l'azione di ogni partecipe non perde pertanto la sua individualità e la sua autonomia, e può, quindi, ricevere una qualificazione giuridica diversa da quella degli altri⁵⁵. Infatti, ogni norma penale che prevede un reato va integrata con le norme penali che vietano il concorso nel reato, cosicché ne deriva che ogni reato monosoggettivo è anche nello stesso tempo un reato plurisoggettivo; o meglio che, accanto a una fattispecie monosoggettiva, il reato possiede anche una fattispecie plurisoggettiva⁵⁶. Nella fattispecie plurisoggettiva, non vi è chi pone in essere tutti gli elementi del reato da solo, l'autore alla cui azione gli altri accedono, ma alla realizzazione della fattispecie concorrono tutti, e le varie azioni, formando un blocco unitario, appartengono a tutti e a ciascuno dei partecipanti⁵⁷. Nella fattispecie plurisoggettiva eventuale la condotta d'un soggetto non è, pertanto, condizionata, nella sua punibilità, né dalla tipicità (necessaria), né dalla lesività, né dalla "colpevolezza" (particolari alla presunta condotta condizionante) d'altra condotta: è soltanto condizionata dalla tipicità della fattispecie plurisoggettiva eventuale e dalla lesività concreta della medesima; oltre, s'intende, ad esser condizionata dai propri personali presupposti d'imputazione. La verità è, dunque, che il "reato", quand'anche si considera esclusa l'antigiuridicità penale del comportamento, isolatamente considerato, del c.d. esente da pena (come ad esempio del discendente in base all'art. 649 c.p.), esiste nella complessiva ed unitaria fattispecie plurisoggettiva eventuale⁵⁸. Cosicché il "discendente concorre a realizzare una fattispecie plurisoggettiva (eventuale) tipica, com'è il furto compiuto da più persone in compartecipazione, mentre per

⁵³ BETTIOL, *Sulla natura accessoria della partecipazione delittuosa nel codice vigente e nel progetto Rocco*, in *Riv. it. dir. pen.* 1930, 417 ss..

⁵⁴ MASSARI, *Il momento esecutivo del reato*, Pisa, 1923, 198 ss.

⁵⁵ DELITALA, *Adempimento di un dovere*, cit., Pisa, 568.

⁵⁶ NUVOLONE, *Pluralità di delitti e pluralità di delinquenti*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1959, 1106.

⁵⁷ ANTOLISEI, *Manuale*, I, cit., 395.

⁵⁸ DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Milano, 1956, 221 ss.

proprio conto la sua azione non presenta "carattere tale da giustificare la incriminazione"⁵⁹.

9. *La natura delle c.d. cause di esclusione della sola punibilità. Rilevanza dell'errore.* Possiamo ora tirare le fila del nostro discorso. La punibilità, si è detto, è, nel momento della tutela, "indice" della particolare natura dei valori assunti nell'ordinamento penale, e nel momento dell'illecito "segno" rivelatore di quali tra i possibili comportamenti umani siano idonei a violare tali valori. In base a tale funzione essa permette d'individuare i veri limiti della fattispecie tipica. Al di là di tali limiti vi è la categoria della non punibilità, che comprende appunto *ogni comportamento penalmente atipico*.

Nell'ambito dell'atipicità è possibile distinguere comportamenti che appaiono manifestamente atipici e comportamenti la cui atipicità risulta, per così dire, offuscata da apparenze esteriori, da un rapporto tra normalità e eccezione. Questi possono ricondursi al concetto di "apparenza". Tale si definisce la mancanza o del soggetto attivo proprio o della struttura oggettiva tipica dell'azione o della sua struttura subbiettiva, con la sostituzione ad essi di altri elementi che sembrano corrispondere, ma in realtà non corrispondono, a quelli richiesti dalla fattispecie legale: onde la condotta dell'agente sembra realizzare tale fattispecie mentre non crea che una falsa esterità⁶⁰. Tutte le norme che intervengono a metter nel nulla tale apparenza sono norme d'interpretazione autentica, esegetica o logica, delle norme incriminatrici: ne disegnano i confini.

Può dirsi, in sintesi, che le c.d. cause di esclusione della sola punibilità rientrano o nella tipicità del fatto, o nelle qualità dell'autore, cosicché, in loro presenza, viene meno la tipicità, o la identità dell'autore. Sono estranei all'area del diritto penale.

Stabilito che non vi è reato senza sanzione penale e che, di riflesso, ove non c'è sanzione non c'è reato, senza che il codice distingua le diverse ipotesi all'interno della categoria, si dovrebbe concludere che l'art. 59 c.p. sia applicabile indifferentemente a tutti i casi in cui l'agente erroneamente ritenga la sussistenza di un elemento che, ove sussistesse, escluderebbe la punibilità⁶¹.

⁵⁹ *Relazione Ministeriale II*, p. 273. Per l'irrelevanza del concorso in rapporto al problema delle cause di esclusione della sola punibilità: VASSALLI, *Cause di non punibilità*, cit., 625. L'A., accogliendo la possibilità di cause oggettive escludenti la sola punibilità, ipotizza anche il caso di un concorso criminoso i cui autori siano tutti esenti da pena.

⁶⁰ Dà, ad altri fini, una definizione di "apparenza": DE MARSICO, *Reato apparente e apparenza nella teoria penale del reato*, in *Studi in memoria di Arturo Rocco*, II, Milano, 1952, 335.

⁶¹ VASSALLI, *La dottrina italiana dell'antigiuridicità*, in *Festschrift für H.-H. Jescheck*, 1985, 438; ID.

10. *La tripartizione come a priori nella interpretazione dell'art. 59, co. 4, c.p.*

Non è questa, tuttavia, la tesi oggi più accreditata. Ed in effetti la discussione non può dirsi conclusa se non altro perché è innegabile che tra le cause di giustificazione e le cause di non punibilità in senso stretto vi è una differenza di non poco momento: le prime, come si è detto, rendono la condotta lecita per l'intero ordinamento giuridico, fanno sì che quei comportamenti non possano essere contrastati; le seconde sono lecite solo limitatamente alla norma penale che le prevede, ma mantengono, o possono mantenere un carattere antiggiuridico rispetto ad altri rami dell'ordinamento.

Si muove, di regola, da un *a priori*, e cioè dalla teoria della tripartizione, sicché taluni elementi inciderebbero sulla antiggiuridicità, altri sulla colpevolezza, mentre il fatto sarebbe quello delineato con carattere generale. Poiché l'errore sulle esimenti cadrebbe su fattori estranei al reato, non incidendo né sulla antiggiuridicità, né sulla colpevolezza, né sul fatto tipico, esso non potrebbe essere valutato a favore dell'agente: "quando si tratti di un errore incolpevole, in verità, non è detto che questa putativa non punibilità non possa ricevere a sua volta una qualche considerazione normativa, ma sino a che ciò non avvenga espressamente, la conclusione della totale irrilevanza dell'errore discende naturale dal sistema"⁶².

Il percorso - rispetto a questa teoria - deve partire dall'affermazione della piena (e preliminare) autonomia della *tipicità* rispetto alla (successiva) valutazione del fatto in termini di conformità o meno all'*intero* ordinamento giuridico: è il *medesimo* fatto tipico a poter risultare lecito, o illecito, una volta che si sia pervenuti al secondo livello della costruzione tripartita del reato. Le cause di giustificazione, quindi, designano l'insieme delle facoltà o dei doveri derivanti da norme, situate in altro luogo dell'ordinamento, che (rispettivamente) autorizzano o impongono la realizzazione di questo o quel fatto, previsto anche tra i presupposti di una o più azioni, qualificandolo ovunque come "*lecito*" o "*giustificato*", nel senso di conforme all'intero ordinamento, e precludendo che assuma l'opposta qualificazione di "*illecito*" o "*antigiuridico*", nel senso di contrario all'intero ordinamento, indispensabile per l'applicazione di una sanzione⁶³. La rilevanza dell'errore limitatamente alle cause di giustificazione de-

Cause di non punibilità, cit., 625.

⁶² ROMANO, *Cause di giustificazione, Cause scusanti, Cause di non punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 71.

⁶³ Così sintetizza efficacemente il ruolo dell'antigiuridicità, DE VERO, *Le scriminanti putative. Profili problematici e fondamento della disciplina*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1998, 838. Cfr., soprattutto, MARI NUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dogmatiche e politico-criminali*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1983, 1228.

riverebbe di conseguenza dalla loro natura, dal rendere il fatto lecito per l'intero ordinamento: il dolo è volontà di realizzazione di un fatto considerato dall'ordinamento come antiggiuridico, e non sussiste, perciò, quando ciò che si è voluto realizzare è un fatto che l'ordinamento considera lecito, ad esempio per legittima difesa⁶⁴.

La tesi muove da un a priori che è razionale, ma che è contestata da una consistente parte della dottrina: c'è chi ha una visione bipartita, chi quadripartita, e chi unitaria del reato: non sembra accettabile che l'autore di un fatto possa essere assoggettato a pena, o no, a seconda della concezione strutturale da cui si parte. L'ideologia così mette in crisi la stessa certezza del diritto perché non si ancora a un dato certo, bensì a una visione del reato che è discussa e discutibile.

Del resto, l'affermazione secondo cui "il dolo non sussiste quando ciò che si è voluto realizzare è un fatto che l'*ordinamento* considera lecito", è del tutto indimostrata. È sufficiente aggiungere al termine "ordinamento" l'aggettivo "penale" perché le c.d. esimenti entrino a buon diritto nella sfera dell'art. 59, co. 4, c.p.

11. *La punibilità come elemento del reato. Equiparazione tra condizioni obiettive di punibilità ed esimenti. Critica.* Si introduce, per escludere la rilevanza dell'errore rispetto alle esimenti, un ulteriore elemento del reato, accanto al fatto, alla antiggiuridicità e alla colpevolezza: la "*punibilità*". Si sostiene che non sempre la commissione di un fatto antiggiuridico e colpevole giustifica l'applicazione della pena: in molti casi si dovrà accertare se, nella visione del legislatore, è opportuno applicare all'agente le pene e ulteriori sanzioni penali previste dalla legge per quel fatto. "Compare così nella struttura del reato l'ultimo elemento, la *punibilità*, la cui *idea-guida* risiede nella *opportunità* di sottoporre a pena l'autore del fatto antiggiuridico e colpevole. Con la formula *punibilità* si designa, dunque, l'insieme delle condizioni, ulteriori ed esterne rispetto al fatto antiggiuridico e colpevole, che possono fondare o escludere l'opportunità di punirlo". Al pari delle condizioni obiettive di punibilità, le cause personali di esclusione della punibilità - si sostiene - sono del tutto *svincolate dal dolo e dalla colpa*: operano a favore dell'agente se obiettivamente esistenti, rendendo non punibile il fatto antiggiuridico e colpevole da lui realizzato; mentre, se oggettivamente non esistono, a nulla varrà che l'agente abbia erroneamente supposto che fossero presenti nel caso concreto: l'art. 59, co. 4,

⁶⁴ MARINUCCI, *Cause di giustificazione*, in MARINUCCI-DOLCINI, *Studi di diritto penale*, 1991, 98; ID., *Fatto e scriminanti*, cit., 1278.

c.p., nonostante il suo tenore letterale, si applica infatti alle *cause di giustificazione e alle scusanti*, mentre *non si applica alle cause concomitanti di esclusione della punibilità*, in quanto queste ultime sono condizioni di punibilità 'rovesciate', e dunque sottostanno alla regola di imputazione *oggettiva* stabilita nell'art. 44 c.p.⁶⁵.

Senonché, condizioni obiettive di punibilità ed esimenti non hanno nulla in comune, né per la *ratio* che le sottende, né per le disposizioni che le prevedono. La condizione obiettiva di punibilità non tocca la lesività del fatto tipico, bensì è un elemento estrinseco che rende l'offesa attuale e procedibile. Il fatto che lo Stato, pur constatando la lesione degli interessi tutelati nella norma, non intervenga per infliggere la sanzione al reo, può significare solo che non ritiene conveniente, in quelle circostanze, dar corso al processo. Il motivo per cui la punibilità è subordinata al verificarsi di certe condizioni, del tutto estranee al momento materiale del reato, riguarda, in sostanza, la convenienza del processo, dipende cioè da una valutazione del suo costo e del suo rendimento. Sono estranee, le condizioni, alla fattispecie criminosa agendo da ponte tra il reato e la sua procedibilità. Qui, in breve, non tanto non si fa il processo perché non si vuole punire, quanto non si punisce perché non si vuole fare il processo⁶⁶.

Le esimenti, viceversa, fanno parte della fattispecie tipica escludendone il disvalore. Ciò nasce dalla definizione stessa del concetto di "*fatto*" di cui debbono ritenersi costitutivi tutti e soltanto quegli elementi che, presenti nella previsione di legge, concorrono a qualificarlo, in maniera che dalla loro presenza derivi un'obiettività per cui sia consentito un giudizio di valore che altrimenti non lo sarebbe, ovvero di un valore diverso⁶⁷. La presenza delle esimenti fa sì che il legislatore, nel bilanciamento degli interessi in gioco, ritenga che il fatto, nella sua complessità, non meriti di essere sanzionato perché andrebbe a discapito di altri interessi ritenuti prevalenti o equivalenti. Il giudizio di valore, alla fine, risulta non negativo. Esempio tipico è l'art. 649 c.p.: la tutela della

⁶⁵ MARINUCCI - DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2018, IX, 4.1. Gli a. distinguono, tra le cause di esclusione della punibilità, i seguenti casi: a) cause personali di esclusione della punibilità - all'interno delle quali possono individuarsi: a1) cause (personali) concomitanti di esclusione della punibilità; a2) cause (personali) sopravvenute di esclusione della punibilità -; b) cause oggettive di esclusione della punibilità; c) cause di estinzione del reato. Si tornerà su questo catalogo per verificare se tutte le ipotesi rientrino tra le cause di non punibilità, e a quali di queste sia applicabile l'art. 59 c.p. Sul criterio di "opportunità" di lasciare esente da pena un fatto costituente reato, si veda il paragrafo 4.

⁶⁶ CARNELUTTI, *Teoria generale del reato*, cit., 52; ID., *Il danno e il reato*, Padova, 1930, 124; PECORELLA, *Riflessioni in tema di pubblico scandalo nel delitto di incesto*, in *Riv. dir. matr.*, 1963, 233 ss.

⁶⁷ AZZALI, *Le condizioni obiettive di punibilità*, in *Studi delle scienze giuridiche e sociali*, vol. XXXIV, 1954, 134.

"*famiglia*" entra in gioco nella valutazione del fatto, ragion per cui il patrimonio non è tutelato a tutela di un interesse superiore⁶⁸.

Anche gli articoli 44 e 59 del codice penale escludono l'appartenenza delle condizioni obiettive di punibilità e delle esimenti ad una stessa categoria logico-giuridica: le prime sono svincolate dal dolo e dalla colpa, le seconde richiedono, per la loro rilevanza, se inesistenti, un atteggiamento psicologico, e cioè l'erronea supposizione della loro esistenza. Proprio il confronto tra le due norme sta a dimostrare che la categoria delle cause di esclusione della sola pena è una creazione della dottrina, ma è fuori dalle intenzioni del legislatore: laddove si è voluto che un elemento, o una circostanza, non fossero toccati dalla componente psicologica, lo si è detto espressamente (come, appunto, nell'art. 44 c.p.).

12. *Elementi negativi del fatto. Limiti della categoria ai fini dell'art. 59, co., 4, c.p.* In contrapposizione alla teoria tripartita le sminuenti, nella sistematica del reato, sono collocate all'interno del fatto, accanto agli elementi positivi, come elementi con segno negativo, come dati, cioè, alla cui mancanza è subordinata la tipicità del fatto. Ciononostante, nonostante cioè la loro natura di componenti della tipicità, ci si domanda se il legislatore, usando l'espressione "circostanze di esclusione della pena", abbia inteso riferirsi a quelle particolari situazioni che incidono sulla illiceità del fatto (cause di giustificazione); e, nel caso in cui si risponda positivamente al quesito, se alluda ad esse soltanto, ovvero ad esse in quanto partecipanti di una categoria più estesa, comprensiva di realtà dotate di natura giuridica diversa: e cioè "realtà alle quali l'ordinamento collega la non punibilità del soggetto agente, realtà che non possono, tuttavia, essere considerate cause di giustificazione"; in sostanza se l'art. 59, co. 4, c.p. stabilisca la rilevanza anche dell'erronea supposizione della presenza di cause di esclusione della pena⁶⁹.

La risposta sarebbe affermativa ad una condizione, e cioè che si potesse dimostrare che all'art. 59, 2° cpv *non è intrinseca l'efficacia esclusiva del dolo*. Si

⁶⁸ È questa la *ratio* che spiegherebbe la causa di non punibilità del coniuge, della parte dell'unione civile, dell'ascendente o discendente o dell'affine in linea retta, ovvero dell'adottante o dell'adottato, del fratello o della sorella conviventi. Cfr. PISAPIA, *Delitti contro la famiglia*, Torino, 1953, 341. MANZINI, *Trattato*, cit., IX, n. 3251, riconduce il fondamento razionale della causa di non punibilità "non già al condominio domestico (condominio che nella generalità dei casi preveduti dall'art. 649 non sussiste affatto), bensì a considerazioni etico-politiche patrimoniali, dedotte da quel complesso di più o meno intime relazioni parentali, che danno al fatto un carattere ben diverso da quello che esso assume quando è commesso a danno di estranei".

⁶⁹ GROSSO, *L'errore sulle scriminanti*, cit., 103.

osserva, infatti, che "nella formula di struttura della fattispecie criminosa, le situazioni di non punibilità trovano la loro sistemazione al di fuori del fatto di reato, il quale è perfetto indipendentemente dalla loro eventuale presenza; se si affermasse che l'errore sulle cause esentive dalla pena esclude il dolo, e se si ritiene, come a noi pare indubitabile, che in mancanza di questo difetta il reato, discenderebbe, da un lato che la circostanza putativa possiederebbe una efficacia maggiore (esclusione della figura criminosa) di quella propria della circostanza reale (mera esenzione dalla pena), dall'altro che verrebbero inclusi nell'oggetto del dolo elementi che, addirittura, non sono costitutivi dell'illecito. Conseguenze che, entrambe, non possono non apparire assurde"⁷⁰. Senonché, se, come si sostiene, le scriminanti sono elementi del fatto, sia pure con segno meno, la sola distinzione possibile, al loro interno, è tra quelle che escludono la illiceità penale, e quelle che rendono il fatto lecito anche in altri rami dell'ordinamento giuridico. Il dolo investe il fatto nella sua completezza, senza che vi sia motivo di distinguere tra gli elementi che lo compongono.

13. *Semantica e errore sulle cause di esclusione della pena.* È bene tornare al linguaggio della legge, e al tentativo di vedere se l'espressione "*circostanze di esclusione della pena*", contenuta nell'art. 59, co. 4, c.p., designi soltanto le "*cause di giustificazione*", come da molti sostenuto, ovvero tutte le ipotesi in cui una "circostanza", pur lasciando sopravvivere la illiceità del fatto per altri rami dell'ordinamento, escluda soltanto l'applicazione della sanzione penale. Si ricorderà che la esclusione dell'esimente, in questi casi, discenderebbe dalla mancanza di chiarezza della norma, e discenderebbe, quindi, "dal sistema"⁷¹. Il linguaggio della legge, in realtà, è tutt'altro che generico, o addirittura atecnico. La locuzione "circostanze che escludono la pena" (o "di esclusione della pena") è utilizzata, nell'art. 59 c.p., due volte: nel primo comma, secondo cui "le circostanze che escludono la pena sono valutate a favore dell'agente anche

⁷⁰ GROSSO, *L'errore sulle scriminanti*, cit., 103. Precisa, tuttavia, l'A. che "se l'erronea supposizione della presenza di cause esclusive della sola pena non può, data la particolare efficacia di queste ultime, impedire la formazione della fattispecie soggettiva del reato intenzionale, non è certo possibile dedurre tout court la necessità di non ricondurre tale errore all'ambito di applicazione dell'art. 59, 2° cpv. Si potrebbe infatti sostenere che questo stabilisce la rilevanza, in relazione ad ogni situazione di non punibilità, della figura putativa; rilevanza che, indicata genericamente con la formula 'sono valutate a favore dell'agente', si attegna in modo diverso a seconda della particolare natura giuridica della circostanza erroneamente supposta: se essa è elemento negativo del fatto di reato, l'errore possiederà efficacia esclusiva del dolo; se essa opera, invece, al di fuori dei limiti di quello, sulla sola conseguenza sanzionatoria, l'errore fungerà soltanto, in forza del principio della parificazione del putativo al reale posto dall'art. 59 2° cpv. stesso, da circostanza psicologica di esclusione della pena."

⁷¹ V. nota 58.

se da lui non conosciute o da lui per errore ritenute inesistenti"; e nel quarto comma, in base al quale, "se l'agente ritiene per errore che esistano circostanze di esclusione della pena, queste sono sempre valutate a favore di lui". Nessuno ha mai sostenuto, né vi sarebbe stato motivo per farlo, che le c.d. "esimenti" non si applichino obiettivamente, e cioè se esistenti, benché non conosciute dall'agente, o da lui per errore ritenute inesistenti. D'altra parte, non è sostenibile che il legislatore, nella stessa norma, a distanza di poche righe, e disciplinando lo stesso istituto, abbia usato la medesima espressione linguistica in due significati radicalmente diversi. Ciò che è scritto al primo comma, non può non rispondere testualmente a ciò che è scritto al quarto comma⁷².

Ma vi è un'altra indicazione semantica non meno significativa. Il più recente linguaggio del legislatore ha reso esplicita la distinzione tra "cause di giustificazione" e "cause di non punibilità". L'art. 273, co. 3, c.p.p., enunciando le condizioni generali di applicabilità delle misure cautelari, statuisce che "nessuna misura può essere applicata se risulta che il fatto è stato compiuto in presenza di una *causa di giustificazione* o di *non punibilità*". Anche uno dei due possibili epiloghi del giudizio - la sentenza di assoluzione - pone in risalto che il dovere di assoluzione sorge, oltre che quando il fatto non sussiste, anche quando, pur sussistendo il "fatto", vi è però "la prova che è stato commesso in presenza di una *causa di giustificazione* o di una *causa personale di non punibilità*" (art. 530, co. 3, c.p.p.)⁷³. La formula dimostra che la categoria delle "cause personali di non punibilità" è distinta e autonoma rispetto alle cause di giustificazione; che, tuttavia, sul piano degli effetti, rispetto alla punibilità, non vi è alcuna distinzione; che, dunque, l'art. 59 c.p. si applica a tutte le ipotesi in cui il reato è escluso per motivi oggettivi o soggettivi.

Tutte le costruzioni dottrinarie si debbono arrestare di fronte alle scelte del legislatore e prendere atto che l'identità tra il reale e il supposto, a cui si ispira l'art. 59 c.p., fa sì che l'errore sulle esimenti abbia lo stesso trattamento dell'er-

⁷² Già VASSALLI, *Cause di non punibilità*, cit., 623 ss., aveva colto questo aspetto pur non traendone conclusioni certe: "Mentre nessun dubbio può sorgere intorno ai limiti di applicabilità della prima parte dell'art. 59, e cioè intorno alla piena validità della esistenza oggettiva della causa di esclusione della punibilità anche se non conosciuta dall'agente (esempio il rapporto di parentela), ... ben più complesso e difficile si presenta il quesito relativo alla validità dell'errore sulla esistenza di una causa di esclusione della sola punibilità che effettivamente non esista. La formula dell'art. 59 ultimo cpv. c.p., dettato per questo tipo di errore, appare della stessa ampiezza di quello dell'art. 59 parte prima: stando al suo tenore letterale si dovrebbe concludere che il legislatore, nello statuire che 'se l'agente abbia ritenuto per errore che esistano circostanze di esclusione della pena, queste sono sempre valutate a favore di lui, abbia inteso riconoscere piena efficacia dirimente anche all'errore che cada sulla esistenza di cause di non punibilità in senso stretto.

⁷³ MARINUCCI, *Cause di giustificazione*, cit., 100.

rore sulle cause di giustificazione⁷⁴. Il che non esclude, naturalmente, che non sussistano dei limiti all'applicabilità dell'art. 59, co. 4, a talune cause di esenzione da pena: si tratta, però, di limiti che non conseguono ad una determinata teoria della struttura del reato, o alla distinzione tra cause di giustificazione e cause di esclusione della pena (distinzione irrilevante sul piano penalistico). I limiti sono logici o semantici.

Un principio logico insuperabile si oppone, ad esempio, all'estensione dell'effetto dirimente ai casi in cui l'esenzione da pena dipende da comportamenti del reo successivi al fatto o è rimessa al potere discrezionale del giudice. Ciò si ricava, testualmente, dallo stesso art. 59 c.p., secondo cui, «se si tratta di errore determinato da colpa, la punibilità non è esclusa quando il fatto è previsto dalla legge come delitto colposo»: la colpa, come atteggiamento psicologico rilevante per il diritto penale, entra in gioco soltanto in fase di realizzazione del reato, e non in relazione a condotte successive alla sua consumazione⁷⁵. Perciò, l'area delle esimenti delimitata dall'art. 59 co. 4 c.p., include soltanto gli atteggiamenti psicologici contestuali alla realizzazione del fatto.

La tesi più seguita riguardo alla rilevanza dell'errore sulla immunità, riconduce tali situazioni alle cause di esclusione della punibilità in senso stretto, ovvero, come si è più volte ricordato, agli elementi esterni al fatto tipico che, pur non escludendo il reato, hanno come risultato la non applicabilità delle conseguenze penali. Si avrebbe così "una soluzione ragionevole in tema di errore. Difatti, poiché le cause di non punibilità sono situazioni esterne al fatto tipico, la loro putatività è irrilevante"⁷⁶.

In realtà, questa tesi altro non fa che fotografare il dato normativo, e cioè la non punibilità, senza indagare le ragioni di una ritenuta frattura tra reato e punibilità. La Costituzione, in particolare, ritiene che determinati soggetti non possano essere chiamati a "rispondere" degli atti compiuti nell'esercizio delle loro funzioni, e che, dunque, siano esenti dalla giurisdizione penale⁷⁷: ancora una volta è la legge che pone dei limiti alla rilevanza dell'errore, posto che le

⁷⁴ *Contra* PEDRAZZI, *L'exceptio veritatis. Dogmatica ed esegesi*, cit., 429 ss., per il quale le cause di esclusione della sola pena si trovano costituzionalmente fuori del principio dell'art. 59 c.p., cosicché "risponderà di furto chi, errando sulla appartenenza della cosa, riterrà falsamente di agire in danno di una delle persone menzionate nell'art. 649".

⁷⁵ FROSALI, *L'errore nella teoria del diritto penale*, Roma, 1933, 625, che tuttavia riconduce l'esclusione della rilevanza dell'errore alla "stretta analogia intercedente tra taluno dei gruppi tradizionalmente indicati come appartenenti alla categoria delle cause di esclusione della sola punibilità e le cause estintive della responsabilità penale".

⁷⁶ RICCIO, voce *Immunità*, in *Dig. Pen.*, VI, Torino, 1992, 186-187.

⁷⁷ Nella dottrina di diritto internazionale: BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale pubblico*, Milano, 1956, 356.

immunità sono del tutto estranee alla fattispecie penale.

Molto si è controverso sugli effetti delle cause di esclusione della sola punibilità rispetto ai reati presupposto (calunnia, favoreggiamento, ricettazione, riciclaggio, reimpiego), alla responsabilità amministrativa degli enti (d.lgs 231/2001), e alle soglie di punibilità (art. 73, co. 1 *bis*, DPR 209/1990)⁷⁸: di fronte alla indissolubilità tra reato e pena, dove la legge non prevede la punibilità di un fatto, non vi è reato neanche rispetto ai casi ora richiamati. Lo vuole l'art. 1 c.p.: non c'è punizione senza reato, e non c'è reato senza punizione. Ma questo è altro tema rispetto all'errore sulle cause di non punibilità, a cui è dedicato questo scritto.

⁷⁸ Per un esame a tutto campo di questi problemi: ASTROLOGO, *Le cause di non punibilità. Un percorso tra nuovi orientamenti interpretativi e perenni incertezze dogmatiche*, 2009.