

L'OPINIONE

TULLIO PADOVANI

Gli elementi obiettivi di colpevolezza*

Il lavoro esamina le questioni sollevate da quegli elementi del fatto tipico che, pur essendo di carattere obiettivo, non concorrendo in realtà a descrivere l'offesa o a caratterizzarne l'antigiuridicità, ma si collocano sul piano della colpevolezza, di cui esprimono un particolare grado. Si definiscono perciò come elementi obiettivi di colpevolezza. Essi furono individuati dalla dottrina tedesca del primo Novecento nel contesto della crisi della concezione tripartita dell'analisi del reato. Ma mentre gli elementi normativi del fatto e gli elementi soggettivi dell'illecito suscitavano grande interesse e determinarono vaste rielaborazioni dogmatiche, gli elementi obiettivi di colpevolezza furono considerati fenomeno del tutto marginale. In realtà, essi occupano uno spazio di notevole rilievo e rivelano aspetti molto problematici, sui quali occorre soffermare l'attenzione, perché attengono ai principi stessi del diritto penale moderno, in particolare quello di colpevolezza. Esso postula infatti che il giudizio di rimproverabilità personale sia riferito ad un fatto offensivo, e non già desunto da elementi sintomatici a carattere presuntivo.

The objective elements of legal culpability

The article investigates a particular category of elements of a criminal offence. These are elements that have an objective nature but do not define the harm dimension or unlawfulness. They are placed on the level of legal culpability and express a particular degree of it. They are therefore defined as objective elements of legal culpability. They were identified by the German doctrine of the early twentieth century in the context of the crisis of the so-called tripartite conception about the analysis of an offence. While the normative elements or the subjective elements of the offence have aroused great scientific interest, the objective elements of legal culpability were considered a completely marginal phenomenon. However, they are extremely important and present very problematic aspects, on which attention must be paid, because they concern legal culpability: a fundamental principle in modern criminal law.

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Le origini degli elementi obiettivi di colpevolezza: le «circostanze concomitanti» di R. Frank. - 3. Lo strabismo degli elementi obiettivi di colpevolezza. Il versante della colpevolezza. - 4. (*segue*) e il versante del fatto: la sostituzione dell'offesa. - 5. Conclusione prospettica.

1. *Introduzione.* Antonio Fiorella ed io condividiamo la buona sorte di aver avuto come maestro Tullio Delogu: una figura di studioso scolpita da un rigore metodologico teutonico, da una chiarezza stilistica latina e da una cultura giuridica cosmopolita. Il debito che ci accomuna ha ovviamente determinato assonanze e affinità che, pur se non disgiunte da diversità anche significative, attestano la solida presenza di una matrice 'genetica' unitaria. Entrambi abbiamo tratto profitto dalla profonda conoscenza della dottrina tedesca che Tullio Delogu sapeva trasmettere agli allievi con vigile spirito critico, attento anche ai risvolti più riposti dell'ampio tessuto dogmatico di cui forniva, con

*Questo articolo è inserito negli Scritti in onore di Antonio Fiorella.

singolare nitore, ordito e trama. Sapeva suggerire la prospettiva di angoli visuali meno frequentati, stimolandone, a giovani studiosi, un'esplorazione trasversale, perché ne cogliessero i nessi e le implicazioni che il sistema sottende e, a volte, nasconde.

L'educazione dello sguardo giuridico era un compito pedagogico che assumeva con estrema serietà e senza facili indulgenze. Sapeva avviare, consigliare, dirigere se necessario, ma era anche inesorabile nell'esaminare, nel verificare, nel censurare. Quando giungeva, sospirata, l'approvazione era parca e contenuta. Un'educazione scientifica, si potrebbe dire (si può dire), di stampo 'militare', tanto proficua che continua ad esser fonte (e, ne sono certo, lo è anche per Antonio) di una nostalgia che non dipende dal ricordo del buon vecchio tempo andato (*alte Zeiten, gute Zeiten*), ma dal persistere di un sentimento che rende la «rimembranza acerba».

Lo sguardo orientatore di Tullio Delogu si intuisce nella scelta dell'argomento per la prima monografia di entrambi. Nel mio caso si trattò della problematica figura dell'autore mediato; per Antonio Fiorella dell'errore sugli elementi differenziali del reato¹, un lavoro assai fine su di un tema solo apparentemente di nicchia, ma in realtà di grande respiro sistematico. Il suo asse portante è rappresentato da una visione 'globale' delle strutture normative: ogni norma in rapporto di specialità o di alternatività reagisce sulla struttura dell'altra, in modo da suscitare l'insorgenza di requisiti impliciti (così, ad es., il rapporto di specialità tra omicidio e omicidio del consenziente postula che nel primo divenga requisito implicito il dissenso della vittima). Perciò l'ignoranza dell'elemento minorante non può fondare la responsabilità per il reato più grave, proprio per il difetto dell'elemento implicito, e occorre applicare invece il reato meno grave. Per converso, l'errore sulla sussistenza è rilevante, perché, rispetto al requisito implicito, è il dolo del reato più grave a difettare. In sostanza, quando si prospetta un disvalore "comune", l'elemento differenziale serve solo a stabilire il titolo di *una* responsabilità: se mancano i presupposti della responsabilità per il reato più grave, è giocoforza intervenga quella per il reato meno grave.

L'analisi di Antonio Fiorella si incentra sulla dimensione *strutturale* degli elementi differenziali, cioè sulla loro attitudine obiettiva a determinare un nesso di specialità o di alternatività tra due fattispecie. È senza dubbio una prospettiva rigorosamente fondata e metodologicamente corretta, trattandosi

¹ Cfr. FIORELLA, *L'errore sugli elementi differenziali del reato*, Tivoli, 1979.

di affrontare il problema di una falsa rappresentazione (negativa o positiva) dell'elemento differenziale².

È tuttavia possibile prospettare un diverso approccio analitico, basato non sulla *struttura*, bensì sulla *funzione* dell'elemento differenziale, al fine di stabilire quale sia il ruolo ch'esso assume nella dimensione tipica del fatto cui esso è riferito. In questo senso, appare subito chiaro che gli elementi non sono solo differenziali, ma anche differenziati³. Così, ad es., il consenso che specializza la fattispecie dell'omicidio (art. 579 c.p.) e le condizioni di abbandono materiale e morale, che pure specializzano l'omicidio commesso nei confronti del neonato «immediatamente dopo il parto» (art. 578 c.p.), svolgono funzioni ben diverse: il consenso opera sul piano dell'offesa, riducendone la gravità; le condizioni di abbandono e l'immediatezza dopo il parto assumono un significato sul piano della colpevolezza.

La presenza di elementi minoranti di struttura obiettiva, inseriti bensì nel fatto tipico, ma funzionali all'espressione di un diverso grado di colpevolezza, corrisponde storicamente alla categoria degli elementi obiettivi di colpevolezza⁴.

La prima, personale conoscenza di questa categoria di elementi è risalente, ed affonda in una remota giovinezza, quando Tullio Delogu, nel suo corso di diritto penale alla Sapienza di Pisa, guidava un uditorio attento ed intento lungo i sentieri, spesso impervi, della dottrina tedesca, dedicando un breve ma intenso spazio anche agli elementi obiettivi di colpevolezza. Ben ricordo che ne stabiliva il nesso con la crisi dogmatica dalla prima metà del Novecento, segnata dalla rottura della neutralità valutativa del fatto tipico belinghiano, sia sul versante dell'antigiuridicità, con la 'scoperta' degli elementi soggettivi dell'illecito, sia su quello della colpevolezza, con l'individuazione, per l'appunto, degli elementi obiettivi di colpevolezza, che incidevano sul nesso

² Su questa stessa linea si era mosso Federico Stella in un suo lavoro giovanile (*L'errore sugli elementi specializzanti della fattispecie criminosa*, in *Riv. it.*, 1964, 81 ss.), che giunge peraltro a conclusioni diverse da quelle di Antonio Fiorella: un segno dell'incertezza cui perviene un approccio ispirato ad una prospettiva rigidamente strutturale, avulsa da una valutazione teleologica differenziata dagli elementi specializzanti o differenziali. Assai più sensibile a questa esigenza si presenta il pregevole lavoro di FERRARA, *Natura obiettiva e funzione selettiva dell'elemento differenziale*, in *Ind. pen.* 2002, 955 ss. e, in particolare, 981 ss.

³ Cfr. FERRARA, *op. cit.*, 981 ss.

⁴ Cfr. THIERFELDER, *Objektiv gefasste Schuldmerkmale*, Strafrechtl. Abhandl., H. 308, Breslau, 1932; MAIHOFER, *Objektive Schuldelemente*, in *H. Mayer-Festschr.*, 1966, 185 ss.; ed, inoltre, in particolare, ZIMMERL, *Zur Lehre vom Tatbestand*, Strafrechtl. Abhandl., H. 237, Breslau, 1928, 22 ss.; MARTENS, *Der Irrtum über Strafmilderungsgründe*, Strafrechtl. Abhandl., H. 246, Breslau, 1928, 3 ss.; WOLF, *Die Bedeutung der Lehre von den subjektiven Tatbestandselemente für den Irrtum über Strafmilderungsgründe*, in *Mon. Krim. Strafrechtsrif.*, 1929, 665 ss.; KÜPER, *Zur irrigen Annahme von Strafmilderungsgründe*, in *Gold. Arch.*, 1968, 321 ss.

tra il relativo giudizio ed il suo oggetto. Ma ricordo anche che ne riconduceva l'origine ad un momento anteriore, alla nascita stessa del concetto di colpevolezza normativa elaborato da Frank, basato essenzialmente sulla sua 'terza gamba' (rispetto all'imputabilità ed al nesso psichico), cioè sulle circostanze concomitanti alla condotta dell'agente.

Non c'è quindi da stupirsi, né parrà, spero, peregrino, se, per onorare il condiscipolo, indulgerò a qualche riflessione indotta dalla rimembranza dell'antico, comune Maestro.

2. Le origini degli elementi obiettivi di colpevolezza: le «circostanze concomitanti» di R. Frank. È ben noto che l'avvio del saggio di Reinhard Frank sul concetto di colpevolezza⁵ è la messa in discussione del dogma allora dominante, «secondo cui il concetto di colpevolezza null'altro include se non i sottostanti concetti del dolo e della colpa, mentre tutte le situazioni di fatto che possono essere altrimenti significative per la valutazione giuridica della condotta, cioè le circostanze concomitanti, si collocano fuori del concetto di colpevolezza»⁶. Muovendo dal celebre esempio del cassiere e del postino, entrambi colpevoli di appropriazione indebita, Frank si interroga sul significato da attribuire alle circostanze che il primo sia un celibe agiato, con passioni costose, mentre l'altro, oltre che mal retribuito, sia oppresso da una situazione familiare disastrosa. Senza poter incidere sulla gravità del danno o sull'intensità del dolo, le circostanze concomitanti alla condotta influiscono in realtà sul grado di colpevolezza, per la cui misura entrano in gioco fattori che sono estranei al dolo, così come, se ne è il caso, anche della colpa⁷. L'identificazione di tali elementi di graduazione della colpevolezza ne sconvolge il quadro dogmatico di riferimento, che non può più ridursi ai coeffi-

⁵ Cfr. FRANK, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, in *Giessen-Festschr.*, 1907, 521 ss.

⁶ Cfr. FRANK, *op. cit.*, 522.

⁷ Cfr. FRANK, *op. cit.*, 523. La prospettiva di Frank capovolge letteralmente un caposaldo del diritto penale illuministico. V., ad es., KLEINSHROD, *Intorno alla dottrina dell'imputazione dei delitti*, in *Scritti germanici di diritto criminale*, I, Livorno, 1845, 5 ss., che, distinguendo tra imputazione morale e imputazione giuridica rilevava che «per esempio il furto è per la legge giuridica lo stesso, o nasce da povertà, o da tendenza a vivere lentamente; ma il moralista scusa più il primo che il secondo [...]. Diversa è la cosa pel giudice, il quale si occupa solamente di valutare un'azione particolare, senza prendersi cura del rimanente carattere del delinquente». Si tratta, del resto, di una parafrasi di BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Livorno, 1764 (qui citato nell'edizione a cura di VENTURI, Torino, 1973, 22) che, parlando (par. VII) degli «errori nella misura delle pene», è fermo nell'asserire «che l'unica e vera misura dei delitti è il danno fatto alla nazione, e però errarono coloro che credettero vera misura dei delitti l'intenzione di chi gli commette». A seguire questa opinione - soggiunge - «sarebbe dunque necessario formare non solo un codice particolare per ciascun cittadino, ma una nuova legge per ogni delitto». Siamo evidentemente agli antipodi della concezione normativa della colpevolezza.

cienti psichici del dolo o della colpa. Se la rilevanza delle circostanze concomitanti è fondata, lo è in quanto la colpevolezza assume i connotati di un giudizio normativo, formulato in termini di rimproverabilità personale sulla base di tre presupposti: imputabilità; nesso psichico; circostanze concomitanti.

I primi critici ritennero tuttavia di cogliere nella nuova concezione una contraddizione intrinseca. Il giudizio di rimproverabilità si prospettava come ‘personale’, ma le circostanze concomitanti erano costituite da elementi obiettivi, in quanto tali necessariamente sottratti ad una imputazione soggettiva: al cassiere ben retribuito e dedito a svaghi costosi non si può certo far carico di esser agiato o di possedere certe inclinazioni⁸.

La suggestione dell’argomento indusse Frank a sostituire la ‘normalità’ delle circostanze concomitanti con il criterio dell’«influenza» ch’esse devono avere esercitato sulla psiche dell’agente, retrocedendo così a schemi di imputazione di carattere psicologico⁹. In seguito, tuttavia, Frank recupera un concetto di «normale motivazione» correlata alla «signoria del fatto», e cioè alla «posizione dell’agente nel mondo circostante», di modo che le circostanze concomitanti si profilano decisamente come elementi obiettivi di colpevolezza: in quanto tali esse non sono suscettibili di essere di per sé rimproverate al reo; determinano piuttosto un diverso livello di rimproverabilità, per aver commesso il fatto in quel contesto circostanziale¹⁰. Si apre così il cammino all’idea - propugnata in seguito da Maihofer - che gli elementi obiettivi di colpevolezza corrispondano non a una valutazione presuntiva di minore o maggiore colpevolezza, ma a una colpevolezza valutata in termini di «disposizione socialmente tipica»¹¹.

Per giungere a tanto, il percorso degli elementi obiettivi di colpevolezza dovrà distaccarsi dall’ambito delle circostanze concomitanti esterne al fatto e destinate a influire sul grado di colpevolezza, e concorrere invece alla costruzione della stessa fattispecie obiettiva tipica. «La legge, in una serie di casi, - scrive Rudolf Thierfelder nel 1932¹² - ha rivestito di un abito obiettivo circostanze che sono significative per la colpevolezza». Si tratta quindi di elementi che, pur rivestendo i connotati di un requisito del fatto, in quanto definiti in ter-

⁸ Cfr. KRIEGSMANN, *Besprechung von Frank, Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, in *Z. Str. W.*, 1908, 28, 713; STURM, *Seelenzustand und Schuld*, in *G. S.*, 1909, 74, 191 ss.; SCHMITT, *Über Schuld und Schuldarten*, Strafrechtl. Abhandl., Breslau, 1910, 21.

⁹ Cfr. FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, Tübingen, 1911, 109.

¹⁰ Cfr. FRANK, *op. cit.*, 1924, 129. Sul punto v. THIERFELDER, *op. cit.*, 29 ss.

¹¹ Cfr. MAIHOFFER, *op. cit.*, 215.

¹² Cfr. THIERFELDER, *op. cit.*, 44.

mini obiettivi, non assumono tuttavia alcun rapporto con l'offesa: evidenziano solo un particolare modo di atteggiarsi della colpevolezza del reo.

La loro diversità si esprime, ovviamente, sul piano dell'imputazione soggettiva ai fini del dolo, alle cui regole essi si sottraggono, o perché una tale imputazione è impossibile in termini di rappresentazione e di volizione, o perché essa appare del tutto irrilevante. L'esempio ricorrente era rappresentato, nella dottrina tedesca, dal reato di infanticidio allora vigente (§ 217 StGB), secondo cui era punita, in misura inferiore rispetto al comune omicidio, la madre che uccidesse il proprio figlio naturale durante o subito dopo il parto. L'illegittimità del neonato e il contesto temporale in cui si verificava il fatto nulla avevano a che vedere con l'offesa: il figlio era e restava una persona e la sua soppressione costituiva un omicidio; la minore punizione conseguiva alla valutazione di un grado di rimproverabilità relativamente ridotto, interamente e incontrovertibilmente espresso dai dati obiettivi specializzanti che qualificavano il fatto. Considerazioni analoghe possono formularsi, in Italia, a proposito dell'art. 578 c.p., dal quale è peraltro espunto ogni riferimento all'origine della gravidanza¹³.

In quanto elementi dotati di capacità distorsiva rispetto alla dimensione funzionale del fatto, gli elementi obiettivi di colpevolezza partecipano storicamente alla crisi dogmatica, provocata dalla scoperta degli elementi soggettivi dell'illecito, che attentavano alla distinzione tra antigiuridicità e colpevolezza¹⁴, e, per l'appunto, anche se con minor tensione, dall'emergere degli elementi obiettivi di colpevolezza, che, revocando in dubbio la possibilità di distinguere gli elementi del fatto sulla sola base del loro contenuto strutturale, slabbravano il confine tra il giudizio di colpevolezza e il suo oggetto. Gli elementi soggettivi dell'illecito (rappresentati, in particolare, dal dolo specifico e dai c.d. requisiti dell'atteggiamento interiore) non assumono tuttavia un carattere, per così dire, "mimetico" rispetto al fatto; si prospettano anzi in una dimensione francamente "antagonistica", intrudendosi nella fattispecie obiettiva con il loro contenuto soggettivo. Assumono quindi le sembianze di elementi pertinenti piuttosto al piano della colpevolezza, senza in realtà esserlo, dato che concorrono a definire l'offesa, o, addirittura, a fondarla (come, ad es., nel caso dell'associazione per delinquere che, senza il dolo specifico, costituisce eser-

¹³ In argomento v. nella dottrina italiana, la perspicua analisi di AMBROSETTI, *L'infanticidio e la legge penale*, Padova, 1992, 79 ss. e, più di recente, ID., *Figlicidio e infanticidio: la discussa attualità del privilegio sanzionatorio sancito dall'art. 578*, in *questa rivista*, 2015, 135 ss. e particolarmente, 137.

¹⁴ Sulla questione v. il vasto e comprensivo quadro recentemente tracciato da NISCO, *Neokantismo e scienza del diritto penale - Sull'involuzione autoritaria del pensiero penalistico tedesco del primo Novecento*, Torino, 2019, in particolare 63 ss.

cizio di un diritto). Viceversa, gli elementi obiettivi di colpevolezza appaiono come elementi del fatto, ma risultano in effetti sintomatici della colpevolezza ad esso riferita¹⁵.

3. *Lo strabismo degli elementi obiettivi di colpevolezza. Il versante della colpevolezza.* Gli elementi obiettivi di colpevolezza, con la loro prospettiva ‘strabica’, un occhio rivolto al fatto, l’altro diretto al giudizio di rimproverabilità, risultano diversamente problematici su entrambi i versanti: su quello del fatto, perché non svolgono la funzione propria degli elementi di fattispecie, e cioè quella di caratterizzare in termini obiettivi il piano dell’offesa; su quello della colpevolezza, perché sottratti, in quanto obiettivi, alla dimensione personale che ne caratterizza il giudizio. Quest’ultimo è stato, storicamente, il profilo problematico su cui si è concentrata l’attenzione della dottrina, dando luogo a una serrata polemica i cui albori risalgono, del resto, come si è accennato (*retro*, 2), alla prima delineazione delle «circostanze concomitanti» quale elemento di graduazione della colpevolezza¹⁶.

Il profilo concernente l’intrusione di elementi di colpevolezza nel fatto non è viceversa parso di particolare significato. La scena della crisi nella dottrina tripartita del reato era occupata, in misura pressoché esclusiva, dagli elementi soggettivi dell’illecito. Essi mettevano in discussione la linea stessa di confine tra lecito e illecito, subordinandone il tracciato a contenuti di coscienza o ad atteggiamenti intenzionali; ciò che, in linea di principio, indebolisce, se non vanifica, la funzione garantistica del fatto. Gli elementi obiettivi di colpevolezza finivano invece col rappresentare una sorta di ‘curiosità’ dogmatica, o poco più, fondamentalmente innocua, perché la loro previsione era destinata a risolversi in favore del reo. La loro presenza sembrava infatti prospettarsi, in determinate fattispecie, come un “privilegio minorante”, nel senso che, pur concorrendo a definire un autonomo titolo di reato, finivano con lo svolgere una funzione del tutto assimilabile a quella di una circostanza attenuante speciale. In sostanza, gli elementi obiettivi di colpevolezza non mettevano in discussione la linea di confine tra lecito e illecito, essendo presenti soltanto in fattispecie speciali “minoranti”, quindi in fattispecie a selettività “secondaria”, rispetto alla demarcazione “primaria” assicurata dalla fattispecie generale.

¹⁵ In proposito v., in particolare, HEGLER, *Subjektive Rechtswidrigkeits momente in Rahmen des allgemeine Verbrechensbegriffs*, in *Frank - Festg.* I, 1930, 252 ss.; THIERFELDER, *op. cit.*, 49 ss.

¹⁶ Oltre agli Autori citati retro, nota 4, v. anche LISZT - SCHMIDT, *Lehrbuch des deutschen Strafrecht, I, Allg. Teil*, Berlin/Leipzig, 1932, 289 ss.; PHLEPS, *Irrtum über Strafmilderungsgründe*, Köln, 1937, 47 ss.; KEILBACH, *Die Schuld minderungsgründe im Strafrecht, insbesondere ihre Bedeutung für die Tatbestands - und Irrtumslehre*, München, 1964, particolarmente 49 ss.

Le cose, in realtà, non stanno sempre e necessariamente in questi termini. Come si avrà occasione di precisare in seguito (*infra*, 4), talvolta gli elementi obiettivi di colpevolezza concorrono a definire, o definiscono addirittura, la soglia stessa della tipicità, divenendo costitutivi del fatto in termini di selettività “primaria”: diventano il tipo, ma senza partecipare al piano dell’offesa. Prima di affrontare questo punto cruciale, è tuttavia opportuno esaminare il problema, per così dire, ‘tradizionale’: l’oggettività degli elementi rispetto al carattere personale del giudizio di colpevolezza.

Secondo un orientamento, l’elemento obiettivo di colpevolezza assumerebbe carattere presuntivo, nel senso che la circostanza definita (l’essere stato, ad es., l’infanticidio commesso «immediatamente dopo il parto») indurrebbe a ritenere un’alterazione sul processo motivazionale corrispondente allo scopo della norma. Rispetto al problema concernente l’erronea supposizione dell’elemento obiettivo in realtà insussistente, la soluzione risulta agevole: se esso svolge, in sostanza, un ruolo di carattere ‘probatorio’, l’effettiva ricorrenza della condizione motivazionale corrispondente all’elemento idoneo a fondare la presunzione incontrovertibile della sua presenza non può che giovare al reo, secondo l’argomento *a fortiori*¹⁷. La soluzione non soddisfa peraltro chi ritiene, invece, di poter assimilare l’elemento obiettivo di colpevolezza alle condizioni obiettive di (minore) punibilità, assumendo che anche le condizioni di punibilità siano suscettibili di assumere un significato per la graduazione della pena. In questa prospettiva, infatti, l’insussistenza obiettiva dell’elemento condizionante prevale necessariamente sulla sua falsa supposizione¹⁸.

Ad un risultato analogo approda la dottrina che attribuisce agli elementi obiettivi di colpevolezza la natura di elementi bensì sintomatici di situazioni e circostanze esterne, ma tali da influire sul processo motivazionale «senza che questa influenza dipenda dalla rappresentazione dell’autore»¹⁹. Così l’immediatezza dell’infanticidio rispetto al parto, non è circostanza che rilevi in quanto conosciuta dell’agente, o da lui rappresentata, ma solo in quanto personalmente vissuta. Perciò, oltre i limiti obiettivi ad essa attribuibili, non si dà applicazione del titolo di reato ‘privilegiato’. La colpevolezza assume in questi casi, almeno parzialmente, i tratti di un atteggiamento socialmente tipi-

¹⁷ In tal senso v., ad es., THIERFELDER, *op. cit.*, 99 ss.; MARTENS, *op. cit.*, 24 ss. e, in particolare, 37 ss.; WOLF, *op. cit.*, 668; KÜPER, *op. cit.*, 325.

¹⁸ Cfr. ZIMMERL, *op. cit.*, 24 ss.

¹⁹ Cfr. MAIHOFFER, *op. cit.*, 245.

co (una «*Gesinnung* antisociale») corrispondente ai dati obiettivati nella situazione.

Si tratta di una prospettiva che già inclina verso la concezione funzionale della colpevolezza, ai cui fini, secondo Jakobs, si tratta solo di verificare «se la condotta antiggiuridica esprima una deficienza rispetto alla fedeltà al diritto», attraverso «la determinazione dei fattori motivazionali rilevanti che appartengono all'ambito funzionale del reo e di quelli che il reo può invece addurre come a lui non pertinenti». Occorre quindi stabilire « quanti impulsi sociali possono essere attribuiti al reo coinvolto dall'imputazione e quanti fattori perturbanti possono essere accettati dallo stato e dalla società, o sopportati da terzi e dalla vittima stessa». In buona sostanza, il concetto di colpevolezza è «da inquadrare in senso funzionale», secondo le esigenze della prevenzione generale intesa in termini di «mantenimento della comune fedeltà alle norme»²⁰.

In questa prospettiva la colpevolezza può senza dubbio essere esclusa o attenuata in presenza di particolari situazioni rispetto alle quali non è necessaria alcuna prova dell'effettiva spinta motivazionale, se tali situazioni vi corrispondano obiettivamente.

Pur senza indulgere a questa ricostruzione del concetto di colpevolezza (che dispone, peraltro, di effettività applicativa enormemente maggiore del consenso che riscuote), è inevitabile riconoscere che, se lo sguardo si concentra su elementi obiettivi di colpevolezza a carattere di 'privilegio minorante' (come nel caso dell'art. 578 c.p.), l'idea di attribuire alla falsa rappresentazione una rilevanza equivalente all'effettiva sussistenza è metodologicamente senza senso, per la semplice ragione che la rappresentazione necessaria ai fini del dolo è relativa al fatto nella sua dimensione offensiva, mentre in questo caso è scontato *a priori* che l'elemento non attenga all'offesa, ma alla sola colpevolezza, e delinea sintomaticamente un suo diverso grado. Se il 'sintomo' non sussiste, scema corrispondentemente il minor grado. Il carattere circostanziale inevitabilmente connesso all'elemento obiettivo di colpevolezza "minorante", fa ampiamente aggio sulla sua collocazione formale: sulle circostanze non si dà erronea supposizione giuridicamente rilevante. Ben diversa si prospetterebbe la soluzione se l'elemento minorante appartenesse al piano dell'offesa, come nel caso del consenso della vittima nel delitto di omicidio (art. 579 c.p.): in questo caso l'assimilazione dovrebbe ragionevolmente riferirsi al regime delle scriminanti²¹.

²⁰ Cfr. JAKOBS, *Strafrecht - Allg. Teil*, Berlin/New York, 1983, 395 ss.

²¹ In tal senso v. THIERFELDER, *op. cit.*, 116 ss. e 125 ss.

4. (*segue*) e il versante del fatto: la sostituzione dell'offesa. Ma gli elementi obiettivi di colpevolezza non rivestono sempre i panni di situazioni 'minoranti', attribuendo rilevanza attenuatrice, rispetto ad un più grave titolo di reato, a situazioni sintomatiche di un più modesto grado di rimproverabilità. La loro potenzialità 'mimetica', in quanto obiettivi, rispetto ad un contenitore, il fatto, che è precipuamente costituito da elementi di tale natura, consente una sorta di trasfigurazione, nel senso che talvolta, gli elementi obiettivi di colpevolezza concorrono a definire (o definiscono addirittura) la soglia stessa della tipicità, divenendo così costitutivi del fatto in termini di selettività "primaria": non mimano più la circostanza attenuante di un'offesa altrimenti tipica; diventano il tipo, senza peraltro essere l'offesa. Finiscono così col costituire il piano di ribaltamento del fatto nel simmetrico contrario di ciò ch'esso sembra dover essere, ma in realtà non può più essere; e in un mondo ribaltato niente è più come appare.

Per illustrare questa inquietante virtualità, si consideri, ad es., il delitto di pedopornografia virtuale. Il suo oggetto materiale è - com'è noto - rappresentato da «immagini realizzate con tecniche di elaborazione grafica» che possono risultare «in tutto» non associate a situazioni reali, ma «la cui qualità di rappresentazione fa apparire come vere situazioni non reali» (art. 600 *quater* 1, 2° comma c.p.)²². Attraverso il richiamo alle rappresentazioni virtuali, di contenuto corrispondente ed omologo rispetto a quello della immagini reali, l'art. 600 *quater* 1, 1° comma c.p. delinea una serie di fattispecie incriminatrici "parallele" che prescindono - com'è ovvio - dall'utilizzazione effettiva dei minori, in quanto privi di esistenza fisica. Ma poiché tale utilizzazione rappresenta il baricentro offensivo su cui si reggono le incriminazioni basate su immagini di minori reali, qual è l'offesa riconoscibile nelle incriminazioni a carattere puramente virtuale? Non si può certo fare riferimento al contenuto pornografico della rappresentazione, dato che la produzione, il commercio, la distribuzione di materiale pornografico sono penalmente irrilevanti, qualora si svolgano secondo le modalità di riservatezza idonee ad escluderne la pubblicità (secondo la ben nota interpretazione giurisprudenziale dell'art. 528 c.p.).

Se l'immagine puramente virtuale del minore non può certo assumere un valore ed un significato 'reale' rispetto all'identificazione di un'offesa, il *focus*

²² Per la critica della disposizione v., per tutti, PICOTTI, *I delitti di sfruttamento sessuale dei bambini, la pornografia virtuale e l'offesa ai beni giuridici*, in *Scritti F. Stella*, Napoli, 2007, 1267 ss.; G.A. DE FRANCESCO, *Beni offesi e logiche del "rischio" nelle fattispecie a tutela dell'integrità sessuale dei minori: tra presente e futuro*, in *Leg. pen.*, 2008, 209 ss.; DEL CORSO, *Prostituzione e pornografia minorile: una normativa in bilico tra esigenze repressive e latitanza dei principi*, in *Leg. pen.*, 2008, 174 ss.; B. ROMANO, *Delitti contro la sfera sessuale della persona*, Milano, 2016, 239.

della norma si sposta manifestamente dalla vittima (inesistente) al pedofilo²³, rivelato dalla condotta sintomatica di una interiore ‘disponibilità’ all’offesa degli interessi tutelati, e gravato pur sempre dal sospetto che le immagini virtuali possano, in qualche modo, corrispondere anche a frammenti di realtà ricomposta e manipolata secondo tecniche consentite dagli strumenti digitali.

Le immagini virtuali appaiono quindi come un vero e proprio elemento obiettivo di colpevolezza, che, dopo aver definito il tipo in termini ‘primari’ (e cioè al confine del lecito), surroga completamente l’offesa e la traduce in un sospetto. Si compie così la metamorfosi: dal fatto tipico al tipo di autore, dall’offesa reale al giudizio sintomatico; il quale, peraltro, non può che oscillare, incontrollabilmente, tra un giudizio di rimproverabilità a sfondo eticizzante e un giudizio di pericolosità presuntivo.

Una situazione affine si può cogliere nel delitto di tolleranza abituale della prostituzione (art. 3 n. 3, l. 75/1958), secondo il quale è punito il responsabile a vario titolo di un esercizio pubblico o di un locale aperto al pubblico che «vi tollera abitualmente la presenza di una o più persone che, all’interno del locale, si danno alla prostituzione»²⁴. Non si tratta di un’ipotesi speciale di favoreggiamento (che risulterebbe manifestamente inutile data la previsione, nella stessa disposizione dell’art. 3 cit., di una fattispecie generale che ne incrimina ogni possibile forma), ma di una sua forma sussidiaria, incentrata su due polarità complementari: l’obbligo di impedire la presenza di persone che, all’interno del locale, esercitino la prostituzione e l’abitudine della sua violazione²⁵. Ma sia l’uno che l’altra assumono connotati inafferrabili sul piano dell’offesa.

L’obbligo giuridico di impedire la presenza non soltanto presuppone la conoscenza che la persona è dedita alla prostituzione, ma, per essere adempiuto, implica la titolarità dei poteri sufficienti a determinare l’esclusione. Posto che in materia non esiste, né può esistere, una qualche registrazione personale, la conoscenza dell’attività svolta è affidata a elementi sintomatici di dubbia rilevanza; ma, in ogni caso, è impossibile individuare fonte e termini di un potere coercitivo di esclusione. La tolleranza resta quindi sospesa in una dimensione a dir poco evanescente, cui dovrebbe fornire un contesto di supporto il requi-

²³ Cfr. B. ROMANO, *op. cit.*

²⁴ V., per tutti, VASSALLI, *I delitti previsti dalla legge 20 febbraio 1958 n. 75*, in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1997, 306 ss.; ROSSO, *I delitti di lenocinio e sfruttamento della prostituzione*, Roma, 1960, 75 ss.; PIOLETTI, *Prostituzione*, *Dig. pen. X*, 281; LA CUTE, *Prostituzione (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, 459 ss.

²⁵ Cfr. VASSALLI, *op. cit.*, 317; ROSSO, *op. cit.*, 77 e, in giurisprudenza, Cass., Sez. III, 18 gennaio 1991, Morokowsky, in *Cass. pen.* 1992, 1898. In senso contrario cfr. PIOLETTI, *op. cit.*, 282.

sito dell'abitudine: modalità che riguarda la condotta dell'agente, non la presenza ricorrente, nel locale, delle medesime persone; queste possono in realtà avvicinarsi nel corso del tempo²⁶. Ora, la previsione di tale requisito temporale della condotta tipica assume un carattere obiettivamente problematico: dato (e non concesso) l'obbligo di impedire, in determinati locali, la presenza di persone dedite all'attività prostituzionale, perché mai la sua violazione assume rilevanza soltanto se reiterata nel tempo? E quanto precisamente, reiterata?

La giurisprudenza risponde ai quesiti in forma indiretta, ma assai eloquente: la condotta di tolleranza deve essere protratta sino al punto di esprimere una "permissività colpevole" da parte del titolare o del gestore del locale²⁷. L'inerzia connivente deve assumere cioè connotati sufficienti ad evidenziare un atteggiamento antidoveroso. L'orbita della fattispecie ruota sul sospetto polarizzato intorno ad un elemento bensì obiettivo, ma privo di portata offensiva. In sostanza, l'abitudine assorbe e surroga interamente il piano dell'offesa, in realtà del tutto assente: infatti il singolo atto isolato di tolleranza occasionale risulta privo di rilevanza, e quindi intrinsecamente inoffensivo, mentre la sua reiterazione abituale esprime non la lesione di un qualche interesse, ma una permissività colpevole.

Ma colpevole di che cosa, precisamente? Come si è detto, il senso dell'incriminazione si coglie sul piano del sospetto. La tolleranza abituale della presenza in un determinato locale di persone che in esso si diano alla prostituzione, e cioè compiano atti di esercizio della professione, fonda il sospetto che dietro il velame apparente di un atteggiamento puramente passivo, venga dissimulata una casa di prostituzione (art. 3, n. 1, l. 75/1958), e cioè una vera e propria impresa prostituzionale, o una condotta di sfruttamento o di favoreggiamento attivo dell'attività sessuale mercenaria (art. 3, n. 8, l. 75/1958)²⁸. In presenza dei soli elementi di fatto che integrano una mera tolleranza, manca ovviamente la prova che siano realizzate fattispecie di tale consistenza, ma l'abitudine gli dà corpo e ne autorizza la supposizione.

Ancora una volta, l'elemento obiettivo di colpevolezza definisce il confine tra la sfera del lecito e quella dell'illecito, tracciato in funzione di un elemento di valore non reale, ma sintomatico; per di più, essendo chiamato a "surrogare"

²⁶ Cfr., per tutti, PIOLETTI, *op. cit.*, e, in giurisprudenza, Cass., Sez. III, 14 dicembre 2017, M.N., in *Mass. Uff.*, n. 272391.

²⁷ Cfr., in particolare, Cass., Sez., III, 9 giugno 1982, Albresì, in *Cass. pen.* 1983, 1685.

²⁸ È questo, infatti, lo scopo per cui venne introdotto il delitto in questione: cfr., per tutti, VASSALLI, *op. cit.*; ROSSO, *op. cit.*

l'offesa, smarrisce il proprio oggetto e si converte in ciò che ne giustifica la previsione: il sospetto, per l'appunto, che altri reati ad offensività reale siano celati dietro il velame della tolleranza "abituale". Alla fine, la "permissività colpevole" non può non trasformarsi in un sintomo di pericolosità.

5. Conclusione prospettica. Il discorso potrebbe (e, forse, dovrebbe) continuare a lungo. Gli elementi obiettivi di colpevolezza intrusi in fattispecie cui è devoluta una funzione di selettività primaria sono numerosi, anche se non sempre immediatamente riconoscibili. Come non sempre essi assumono un ruolo sostitutivo e mimetico rispetto all'offesa: possono talora operare in termini selettivi rispetto all'ambito potenziale dell'offesa, assumendo un ruolo non dissimile da quello svolto dagli elementi obiettivi 'minoranti'; possono poi rinvenirsi nel contesto di fattispecie scusanti, nel cui ambito, trovano anzi, tradizionalmente, un terreno di coltura 'elettivo', in forma, in questo caso, di elementi 'negativi' di colpevolezza.

Visitando le cucine del fatto tipico, si finirebbe con lo scoprire quanti cibi poco digeribili vi vengono predisposti. L'indagine è sicuramente vasta, e la ricerca appassionante; ma lo spazio, se non il tempo, è ormai esaurito.