

PARTE I
LA LEGGE PENALE

CAPITOLO I

CARATTERI DELLA REGOLA GIURIDICA E REGOLA GIURIDICA PENALE

SOMMARIO: 1. Oggetto dell'indagine. – 2. Analisi della formulazione. – 3. Sanzioni esecutive e sanzioni punitive. – 4. Ulteriore qualificazione della sanzione criminale. – 5. La struttura della regola penale. – 6. Continua sulla struttura della regola penale alla luce del principio di personalità della responsabilità penale. – 7. La norma penale reale. – 8. Diritto pubblico e diritto penale. – 9. Le situazioni giuridico-soggettive discendenti dalla regola penale. – 10. Interessi obiettivamente protetti e diritto soggettivo. – 11. La natura primaria o secondaria della regola penale. – 12. Regola penale e regola morale.

1. *Oggetto dell'indagine*

Deve essere chiaro che alla definizione dell'oggetto della indagine si potrà arrivare solo quando questa sarà conclusa. Occorre, però, un punto di partenza. Prendiamo le mosse, allora, dalla diffusa identificazione del diritto penale con il complesso delle regole che ricollegano ad un certo fatto una sanzione cui si riconosca natura penale.

La formula, di per sé non inesatta, va sviluppata in modo che non ne restino escluse:

- a) le regole che, pur operando sul piano strettamente penale, non dispongono sanzioni (es.: regole che disciplinano la prescrizione o l'amnistia);
- b) le regole che prevedono una modifica di conseguenze sanzionatorie (es.: regole che prevedono ipotesi di aumento o di diminuzione di pena).

Occorre, insomma, ampliare la dizione per giungere ad un modello che rispecchi la diversa efficacia dei fatti giuridici penalmente rilevanti.

Si può accettare la formula sintetica secondo la quale il diritto penale è quella parte dell'ordinamento giuridico che disciplina i fatti costituenti il reato. Più analiticamente, consideriamo *diritto penale il complesso di regole giuridico-statali che prevedono fatti cui è collegata, come conseguenza, la costituzione, la modificazione o l'estinzione del dovere di applicare una sanzione penale.*

2. *Analisi della formulazione*

Nota generica

Le regole penali appartengono al genere delle regole giuridico-statali.

Regola giuridica: in quanto dotata di effettività, è quella che funge da cerniera di tutte le altre regole presenti in un complesso sociale. Regola statale è quella imputabile all'ordinamento che appare idoneo per eccellenza a garantire l'effettività delle regole. È opportuno precisare che, per regole effettive, si intendono quelle regole proprie di un ordinamento che nel suo complesso è dotato di effettività: non rileva in concreto la violazione o la disapplicazione, pur a lungo protratta, di singoli disposti.

Per comodità di delimitazione del campo di indagine assumiamo ad oggetto di esame le regole che sono imputabili allo Stato, in quanto ordinamento che si *conviene* considerare idoneo per eccellenza a garantire l'effettività delle regole.

Mentre rimane per il momento impregiudicata la questione se le regole alla cui analisi ci accingiamo siano tutte di diritto pubblico, merita rilevare come il punto di vista adottato non esclude che si possa correttamente parlare di regole giuridiche con riferimento a ordinamenti diversi da quello statale: circoscrivere la ricerca a quest'ultimo dipende da considerazioni e rilevazioni storico-fattuali che convincono della particolare *utilità* di una scelta siffatta.

Differenza specifica

Si tratta di regole che prevedono fatti costitutivi, modificativi, estintivi di conseguenze sanzionatorie di ordine penale. Questa nota è fondamentale ai fini della interpretazione e dell'applicazione delle regole stesse. Ci permette, cioè, di individuare le regole penali come categoria ben determinata, con principi peculiari (es.: ambito del divieto di analogia).

L'elemento che caratterizza il diritto penale nel sistema dell'ordinamento giuridico è dato dalla natura della sanzione; occorre quindi individuare il criterio in base al quale chiamiamo una sanzione "penale".

Più precisamente, bisognerebbe parlare di "sanzione criminale": riteniamo che facciano parte del diritto penale anche quelle forme di reazione all'illecito che sono le *misure di sicurezza*.

3. *Sanzioni esecutive e sanzioni punitive*

Due sono le categorie in cui le sanzioni si distinguono:

- a) sanzioni esecutive,
- b) sanzioni punitive.

Le prime consistono nell'esecuzione del precetto giuridico violato.

Sono preordinate, si afferma, al fine di attuare il precetto primario o di realizzarne uno equivalente. Più precisamente, va detto che tendono a costituire una situazione (di fatto) identica o equivalente a quella che si sarebbe realizzata se si fosse adempiuta la regola trasgredita.

Le seconde hanno come contenuto una diminuzione di beni giuridici (libertà personale, patrimonio), di cui è titolare un soggetto che – come vedremo – in diritto penale non può essere che l'autore del fatto condizionante la conseguenza sanzionatoria. A questo modo non si rende esecutivo il precetto, ma se ne afferma l'effettività.

La differenza si coglie facilmente con un esempio: nel caso di furto, la sanzione prevista dall'art. 624 c.p. (reclusione e multa) è sanzione punitiva; la restituzione della cosa rubata (sanzione di diritto civile, disposta dall'art. 185, I comma, c.p.) è sanzione esecutiva.

Secondo l'opinione dominante le sanzioni criminali sono tutte sanzioni punitive.

Il punto, però, va ripreso con riferimento alle conseguenze, disposte da leggi speciali, che si aggiungono alle pene cosiddette accessorie.

4. Ulteriore qualificazione della sanzione criminale

Non basta qualificare la sanzione criminale come sanzione punitiva per individuarla rispetto ad altre sanzioni previste dall'ordinamento. Anche a ritenere che non si danno sanzioni criminali non punitive, incontriamo sanzioni che, pur non essendo criminali, appartengono al tipo delle sanzioni punitive: tali, ad esempio, la privazione-limitazione della libertà personale contemplata per certe ipotesi di trasgressioni disciplinari di regolamenti militari, ecc.

Deve essere chiaro che la ricerca sui caratteri che contrassegnano come giuridico-penale una certa regola non è ricerca di teoria generale. Si può rispondere alla domanda solo sul piano dell'analisi di un concreto ordinamento.

In questa analisi è opportuno prescindere dai contenuti delle conseguenze sanzionatorie; contenuti che possono essere di uguale natura, pur appartenendo ora al diritto penale, ora al diritto amministrativo e via dicendo. Ogni singolo ordinamento enuncia di volta in volta, espressamente o implicitamente, ciò che esso vuole che sia sanzione penale.

Una prima caratteristica distintiva delle sanzioni criminali dalle altre parrebbe rinvenirsi attraverso il ricorso alla applicabilità delle prime solo mediante il riferimento a quell'insieme di regole di accertamento dei fatti, di irrogazione ed esecuzione delle sanzioni che costituisce il "processo penale".

Parliamo di "riferimento": è sufficiente, cioè, che anche se la sanzione è irrogata da organi diversi da quelli giurisdizionali-penali e attraverso procedure non conformi al modello del processo penale, quest'ultimo si ponga sullo sfondo, sia immanente al meccanismo del procedimento. Il che si verifica ogniqualvolta i rimedi offerti dalla legge contro la pronuncia della sanzione determinino l'instaurazione del processo penale nelle sue forme tipiche.

Potrebbe a questo punto sollevarsi l'obiezione che anche per le misure di prevenzione (l. 27 dicembre 1956 e segg.) ricorrono modi e forme del processo penale. Il rilievo, però, non sembra insuperabile.

D'accordo che le misure di prevenzione prescindono dalla commissione di un fatto illecito costitutivo di reato: però, riportarle nell'ambito delle reazioni sanzionatorie di carattere penale presenta, malgrado le indubbie differenze rispetto alle pene in senso stretto, il vantaggio di assicurare garanzie d'ordine costituzionale disposte per le pene in senso stretto.

Si avrebbe in tal modo una sorta di parallelismo con le misure di sicurezza, le quali, nonostante le peculiarità di disciplina che le contraddistinguono (non è prevista la irretroattività) non esulano, a nostro avviso, dalla materia penale.

Senonché, dire che è sanzione penale quella applicata attraverso il processo penale si traduce in una vera e propria tautologia. E invero, quando ci chiediamo che cos'è processo penale, la risposta: quello teso all'applicazione di sanzioni penali apre un circolo vizioso.

Non resta allora che rifarci alla volontà normativa.

Sono penali le sanzioni espressamente definite come tali dalla legge. È solo raggiunta la conclusione che una certa sanzione è d'ordine penale che potremmo dire che i modi e le forme di accertamento della fattispecie condizionante, di pronuncia ed esecuzione delle conseguenze condizionate sono quelli del procedimento penale – non al contrario.

Al processo penale si perviene, insomma, accertata la natura penale della conseguenza, il che è espresso o direttamente o attraverso segni semantici. L'individuazione delle sanzioni penali si effettua in primo luogo facendo capo all'elencazione operata dal codice: in base ad un criterio nominalistico.

Quante volte, cioè, al verificarsi di un certo fatto è ricollegabile l'ergastolo, la reclusione, la multa, l'arresto e l'ammenda, cioè le pene principali, ed ancora le pene accessorie e le misure di sicurezza, c'è norma penale.

Il criterio nominalistico, però, non basta: spesso sanzioni di diritto amministrativo, ad esempio, presentano lo stesso *nomen iuris*, multa o ammenda, di quelle penali. Come si fa allora a distinguere? Anche qui la risposta è data solo dal diritto positivo, ricostruendo in via interpretativa il significato di una certa regola nell'ambito del *corpus* di cui fa parte. La verifica se una certa conseguenza sanzionatoria appartenga o no al diritto penale riposa anzitutto su una convenzione nominalistica; nei casi in cui il criterio nominalistico non sia sufficiente (ad es. nel caso delle multe) occorre fare ricorso a tutti quei criteri interpretativi (*sedes materiae*, intenzione del legislatore ecc. ...) che consentono di qualificare o no come penale una certa norma.

Con particolare riferimento alla normativa extra codicistica penale saranno indicativi della natura di certe regole intestazioni del tipo "Disposizioni penali in materia di società e consorzi", che figura nel Capo I del Titolo XI del Libro V del codice civile, la circostanza che nel testo normativo si qualifichi il fatto condizionante come reato e, per contro, che i termini multa o ammenda appaiano in una disciplina tutta amministrativistica. Dove è chiaro che allorquando ci imbattiamo

nelle definizioni reato o disposizioni penali non si tratta di mere opinioni dottrinali da parte del legislatore, bensì di segni che sintetizzano un modo di disciplina: cioè quello proprio del diritto penale.

5. La struttura della regola penale

Poniamoci ora la domanda sulla struttura formale delle disposizioni giuridico-statali che costituiscono diritto penale. Va precisato che non ci occupiamo qui delle cosiddette fonti delle disposizioni stesse, bensì del modo in cui queste risultano composte. Vogliamo, inoltre, evitare una impostazione di teoria generale del diritto, per affrontare l'indagine sul piano del nostro ordinamento, come problema di interpretazione concreta.

Un punto va subito chiarito. Quello che adesso ci interessa è cogliere la struttura della proposizione giuridica astratta, la quale consta di tutte le disposizioni che si combinano in una affermazione di giuridicità (*rectius*: di anti-giuridicità) di un determinato comportamento umano.

È questo il terreno classico dello scontro fra sostenitori della norma come comando, giudizio di valore ovvero ancora giudizio ipotetico.

Se l'indagine fosse di pura teoria del diritto bisognerebbe concludere a favore della norma come giudizio ipotetico. Tuttavia, per quanto concerne l'identificazione del modello della norma in un giudizio di valore (*rectius*: di disvalore), abbiamo già visto che appare difficile, se non addirittura impossibile, trovare un criterio, diverso da quello che fa capo alla sanzione, per fissare e misurare il disvalore espresso dall'ordinamento.

Alla riduzione della regola giuridica al comando non si oppone, certo, la difficoltà di individuare il soggetto dalla cui volontà il comando emanerebbe. È stato, infatti, sufficientemente dimostrato che la realtà di una relazione interpersonale non è indispensabile perché una proposizione (enunciata o enunciabile: non è richiesto che essa sia pronunciata) agisca psicologicamente *come se* fosse un comando. Ciò che impedisce di accogliere quale formula descrittiva della regola giuridica quella del comando è la possibilità di pensare un complesso normativo che proceda tutto attraverso un rigoroso sistema di responsabilità obiettiva: un sistema nel quale non sia data rilevanza di sorta a requisiti psicologici. E se questo è caso limite – del quale, però, l'analisi formale propria della teoria generale del diritto deve pur tenere conto – è innegabile la presenza in numerosi ordinamenti di singole ipotesi di mera responsabilità oggettiva. Ipotesi che, accollando all'autore del fatto ciò che va oltre i limiti della sua sfera di dominio, rendono impossibile configurare un divieto (comando a contenuto negativo) di porre in essere il fatto produttivo di conseguenza sanzionatoria.

Sul piano della teoria generale non resta che lo schema generalissimo della norma come giudizio ipotetico: se si verifica A (fattispecie condizionante, rispetto alla quale è più esatto dire: se è accertato, secondo certe regole, che A si è verificato), *deve* verificarsi una determinata conseguenza giuridica (conseguenza che, in

ultima istanza, conduce alla sanzione e rispetto alla quale è più esatto dire: secondo certe regole deve essere pronunciata ed eseguita la conseguenza giuridica).

Si è detto, però, che non interessa qui optare per l'uno o l'altro dei modi di cogliere, su una linea di dottrina pura del diritto, la struttura della norma giuridica. L'interrogativo che ci poniamo è il seguente: poiché, al modello del giudizio ipotetico possono ricondursi tutte le esperienze giuridiche, reali o concrete, il nostro ordinamento penale è suscettibile di una qualificazione che, alla stregua di elementi contenutistici, riportandoci, cioè, al suo essere effettivo, permetta un modello che risulti arricchito da connotazioni ulteriori?

Ora, nel nostro ordinamento sono previsti fatti di reato che non rientrano compiutamente nella sfera di dominio del soggetto agente – autore del fatto stesso. Sono fatti imputati, sia pur non nella loro completezza ma per segmenti rilevanti, a titolo di responsabilità oggettiva.

Casi tipici sono quelli dell'omicidio preterintenzionale e dei cosiddetti reati aggravati dall'evento. Dunque, l'ordinamento estende la sua considerazione a comportamenti la cui caratteristica è di determinare effetti ai quali la volontà non era diretta. Il corso degli accadimenti appare in essi regolato secondo un ordinamento causalmente causale.

È evidente che in tali ipotesi non è individuabile il comando, del quale i comportamenti in questione dovrebbero rappresentare violazione. Tale comando non può, con riferimento ad esempio al fatto di cui all'art. 584 c.p., identificarsi col divieto di percuotere o ledere o, più esattamente, col divieto di porre in essere atti diretti a percuotere o ledere. Questo è il contenuto dei comandi discendenti rispettivamente dagli artt. 581 e 582 c.p., o, più esattamente, dei comandi discendenti dalla integrazione della regola che prevede il tentativo (art. 56 c.p.) con le disposizioni incriminatrici dei delitti di percosse e di lesione personale.

Né sarebbe corretto arricchire il divieto, ad esempio, di percuotere, con la specificazione: "perché ne potrebbero derivare conseguenze non volute", come la morte della persona offesa. Ciò equivarrebbe ad esigere per l'addebito di effetti della condotta criteri soggettivi di imputazione (rispettivamente: rappresentabilità ed evitabilità delle conseguenze non volute). Ma è proprio questo doppio criterio che la legge non richiede. È chiaro, pertanto, che la forma comando non è qui ipotizzabile.

Quanto precede verrebbe ad escludere la possibilità, alla cui verifica stiamo procedendo, di addivenire ad una definizione della norma penale che, muovendo dal modello assoluto e costante del "giudizio ipotetico", consenta di identificare la forma della norma stessa in quella di "imperativo".

Potrebbe, tutt'al più, sostenersi che allorquando all'analisi della "costante" si sostituisce l'esame delle singole disposizioni, la concezione imperativistica del diritto risponde ad esigenze che trovano accoglienza nella massima parte delle soluzioni legislativamente consacrate.

Potrebbe anche parlarsi di direttiva, di una evoluzione, di una linea di tendenza. E a conferma di una tale linea, andrebbe significativamente ricordata la modifica arrecata dall'art. 1 della l. 7 febbraio 1990, n. 19 all'art. 59 c.p., I e II comma,

al regime di imputazione delle circostanze aggravanti.

Tutto ciò risponde pienamente allo stato dell'ordinamento, a livello di legislazione ordinaria.

Occorre, però, fare i conti con il principio della natura personale della responsabilità penale, sancito dalla Costituzione all'art. 27, I comma.

Questo disposto pone un duplice problema: di contenuto e di efficacia.

Non deve sembrare lapalissiano parlare di problema di contenuto, rispetto ad una proposizione normativa. Dal più al meno non ve n'è che non sollevi interrogativi dalla risposta ai quali dipende l'interpretazione.

Il punto è, però, che al dettato in questione sono stati attribuiti, nel corso del tempo, contenuti, se non opposti, almeno radicalmente differenziati.

Da una prima lettura, secondo la quale la regola costituzionale si sarebbe limitata a sancire il divieto di responsabilità penale per "fatto altrui", dottrina e giurisprudenza si sono orientate nel senso che ad assicurare *personalità* alla responsabilità penale, non basterebbe che il fatto sia posto in essere dallo stesso soggetto per esso sanzionato: la carica innovativa del precetto starebbe nell'affermazione della indispensabilità di criteri soggettivi di imputazione. Di quei criteri, cioè, che facendo capo alla volontà, effettiva o finalisticamente possibile, del soggetto, inverano, sul piano normativo, la rilevanza che esso possiede in quanto "persona umana".

Su tal via vanno segnalate pronunce della Corte Suprema di Cassazione e della Corte costituzionale¹. In particolare quest'ultima, chiamata a decidere sulla legittimità

¹ La Corte costituzionale (sent. 31 maggio 1965, n. 42) ha dichiarato infondata la questione di illegittimità costituzionale dell'art. 116 c.p., ritenendo che la norma fosse solitamente "interpretata nel senso della sussistenza di un rapporto di causalità psichica accanto al rapporto di causalità materiale". Al momento della pronuncia, l'asserto, che si proponeva come rilevazione di quanto già avveniva, poteva apparire troppo sbilanciato verso una lettura del 116, presente in dottrina e giurisprudenza, ma non indiscussa. Forse sarebbe stata più rispondente alla realtà effettuale una pronuncia che chiarisse, senza mezzi termini, che dal principio costituzionale si ricavano elementi che fanno corpo con le regole penali interessate.

A partire da questa decisione, sono numerose le pronunce della Suprema Corte la cui semantica sembra svolgersi in piena aderenza alla presa di posizione della Consulta. Cfr.: Cass. I, 21 aprile 1972, n. 2593: "A base della responsabilità prevista dall'art. 116 c.p. si esige la sussistenza non solo di un rapporto di causalità materiale, ma anche di un rapporto di causalità psichica, inteso nel senso che il reato diverso ovvero diverso e più grave, commesso dal concorrente, deve potersi rappresentare alla psiche dell'agente, nell'ordinario concatenarsi dei fatti umani, come uno sviluppo logicamente prevedibile di quello voluto, affermandosi in tal modo la necessaria presenza anche di un coefficiente di colpevolezza. Ne consegue che l'art. 116 c.p. non comporta alcuna violazione del principio della personalità della responsabilità penale stabilito dall'art. 27, I comma, Cost."; Cass. I, 13 maggio 1976, n. 5764: "Nel caso di cui all'art. 116 c.p. il reato diverso e più grave deve potersi rappresentare, nell'ordinario svolgersi dei fatti, alla psiche dell'agente come uno sviluppo logicamente prevedibile di quello voluto: ciò determina la necessità dell'appartenenza del fatto all'agente sullo stesso piano spirituale in adempimento dell'art. 27, I comma, Cost. che puntualizza l'inderogabilità dell'aspetto personalistico della responsabilità penale"; Cass. I, 7 gennaio 1978, n. 352: "Sebbene l'art. 116 c.p. presupponga, nella sua formulazione letterale, un rapporto causale, solo

materiale, tra azioni o omissioni ed evento, non pare dubbio che sia necessario, anche in adempimento del precetto costituzionale, consacrato nell'art. 27, I comma, un nesso di causalità psichica. Pertanto, il reato diverso e più grave, commesso dal concorrente, deve potersi rappresentare alla psiche dell'agente nell'ordinario svolgersi dei fatti umani, come uno sviluppo logicamente prevedibile di quello voluto"; Cass. I, 27 febbraio 1978, n. 2246: "L'applicabilità dell'art. 116 c.p. presuppone, in ossequio alla componente personalistica della responsabilità penale di cui all'art. 27, I comma, Cost. l'esistenza d'un nesso psichico tra azioni o omissioni ed evento. Pertanto, il reato diverso e più grave, commesso da uno dei concorrenti, deve potersi rappresentare alla psiche degli altri, nell'ordinario e concatenato svolgersi dei fatti umani, come uno sviluppo logicamente prevedibile di quello voluto"; Cass. I, 11 giugno 1980, n. 7319. "In aderenza al principio costituzionale della natura personale della responsabilità penale, per l'applicabilità dell'art. 116 c.p., occorre l'esistenza di un nesso psichico tra la condotta del compartecipe che ha voluto solo il reato meno grave concordato e l'evento più grave cagionato da altro concorrente. Tale nesso psichico non consiste nella intenzionalità e nella volizione dell'evento più grave, altrimenti si avrebbe concorso pieno e non anomalo. È sufficiente, invece, che il reato diverso e più grave rispetto a quello concordato commesso da uno dei concorrenti debba potersi rappresentare alla psiche degli altri, nell'ordinario e concatenato svolgersi dei comportamenti umani, come uno sviluppo logicamente prevedibile di quello voluto"; Cass. I, 16 gennaio 1982, n. 354: "Il nesso di causalità psichica richiesto dall'art. 116 c.p. è da intendere nel senso che il reato diverso commesso dal concorrente deve potersi rapportare alla psiche dell'agente, nell'ordinario svolgersi dei fatti umani, come uno sviluppo logicamente prevedibile di quello voluto. Ne deriva la necessità dell'estremo della prevedibilità che si collega alle modalità ed ai mezzi di esecuzione della condotta criminosa, posto che le anzidette modalità rendono prevedibile in concreto la realizzazione da parte di taluno dei concorrenti dell'evento diverso."

Si è detto sopra che *sembra* esservi aderenza alla sentenza della Corte costituzionale. Il dubbio nasce dalla ricorrente precisazione che il collegamento psichico avrebbe a sua base l'ordinario svolgersi dei fatti umani come sviluppo logicamente prevedibile di quello voluto. Dove pare evidente che non si vada oltre la richiesta di un nesso di causalità obiettiva, sia pure inteso nei termini della c.d. causalità adeguata. Dà corpo a questo dubbio, in modo particolarmente energico: Cass. I, 20 aprile 1984, n. 3605 "Ai fini dell'applicabilità dell'art. 116 c.p. è richiesto che il comportamento anomalo del compartecipe, dal quale sia derivato l'evento diverso e più grave, rientri nell'ambito di una normale prevedibilità come ordinario evolversi del reato concordato: di qui il necessario nesso psichico che rappresenta il fondamento della colpevolezza. (Nella specie, sulla base dell'enunciato principio, si è chiarito che l'ordinario svolgersi dei fatti umani si realizza quando il reato diverso e più grave non costituisce un evento eccezionale o atipico rispetto al crimine voluto e concordato, affermandosi che l'omicidio della vittima in occasione di una rapina si raccorda alla disciplina dell'art. 116 c.p. ...)".

Più espresse dell'esigenza di un collegamento psichico da accertare in *concreto* alla stregua di ciò che poteva in *concreto* raffigurarsi al soggetto agente: Cass. VI, 4 gennaio 1974, n. 31 "L'applicazione dell'art. 116 c.p. postula l'esistenza di un rapporto di causalità, materiale e psichica, tra la condotta di un concorrente in un reato e l'evento diverso da quello voluto, ma non richiede che questo sia stato completamente previsto e tantomeno accettato dallo stesso quale possibile conseguenza della sua azione od omissione, essendo necessario soltanto che un evento del genere sia prevedibile in astratto, in base all'ordinario evolversi delle situazioni umane"; Cass. I, 31 maggio 1979, n. 5053 "L'art. 116 c.p. presuppone certamente anche un rapporto di causalità psichica, nel senso che il reato diverso e più grave commesso dal concorrente deve potersi rappresentare alla psiche dell'agente, nell'ordinario svolgersi dei fatti umani, come sviluppo logicamente prevedibile di quello voluto. (Nella specie la Corte ha censurato l'omesso esame di questo aspetto che si è definito essenziale ai fini della stessa legittimità costituzionale dell'art.

timità di disposti dai quali letteralmente sarebbe discesa, e di fatto così era avvenuto, responsabilità oggettiva, ha assicurato la validità delle proposizioni normative *sub judice* – le ha, in sostanza, salvate – considerando in esse impliciti uno o più requisiti di imputazione soggettiva: e questo, proprio sul fondamento dall'art. 27 citato.

6. *Continua sulla struttura della regola penale alla luce del principio di personalità della responsabilità penale*

Abbiamo detto come la regola posta dal I comma dell'art. 27 Cost. dia luogo a due distinti interrogativi, a seconda che ci si chieda quale ne sia l'effettivo contenuto e quale, invece, l'efficacia, o più esattamente, la portata che essa possiede nel sistema.

Alla prima domanda può risponderci nel senso che giurisprudenza e dottrina convergono oggi su un punto. La lettura che attribuiva alla proposizione normativa in questione un contenuto in forza del quale deve ritenersi incompatibile con l'ordinamento ogni forma di responsabilità penale per fatto altrui è, perlomeno, incompleta.

Nessun dubbio che, contrariamente a quanto accade ad esempio in diritto civile – nel quale non mancano casi di responsabilità per fatto altrui –, la responsabilità penale è rigorosamente condizionata alla commissione, da parte del soggetto sanzionato, del fatto tipico (art. 25, II comma, Cost.). Principio generale, questo, al quale si ispirava già il Codice del 1930, anche prima della modifica arrecata, in tema di reati commessi col mezzo della stampa, all'art. 57 del Codice stesso, dall'art. 1 della l. 4 marzo 1958, n. 127. La “novità” sancita dalla Costituzione sta proprio nel richiedere per l'accollo di un fatto proprio al soggetto che ne è l'autore, la realizzazione di requisiti di imputazione, di riferibilità soggettiva, tali da permettere di considerare l'agire umano come qualcosa di essenzialmente diverso

116 c.p., ritenendosi che, col richiedersi il solo rapporto di causalità materiale tra l'azione e l'evento, si sancisca una responsabilità oggettiva in contrasto con l'art. 27 Cost.”; Cass. I, 5 aprile 1984, n. 3120 “In conformità al canone della personalità della responsabilità penale, il concorrente è chiamato, a norma dell'art 116 c.p., a rispondere d'un reato doloso in dipendenza di un atteggiamento colposo, com'è provato dalla mancanza della volontà del fatto sotto il profilo del dolo sia diretto che eventuale, dalla violazione di elementari regole di prudenza, facendosi affidamento, ai fini della realizzazione dell'azione criminosa, sull'altrui iniziativa, che è insuscettibile di controllo, e dalla previsione o prevedibilità dell'evento”; Cass. V, 19 marzo 1993, n. 2634 “È manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 584 c.p., in quanto previsione normativa di un'ipotesi di responsabilità obiettiva, in contrasto con l'art. 3 Cost., sotto il profilo della disparità di trattamento rispetto a fattispecie che presenterebbero identica connotazione (evento non voluto posto a carico dell'agente: artt. 83, 116, 586 c.p.) e con l'art. 27, I comma, Cost. in forza del quale l'imputazione dell'illecito penale si concreta nella rapportabilità (o riferibilità) psichica del fatto all'agente sotto il profilo minimale della prevedibilità, intesa quale capacità di prevedere le conseguenze della propria condotta e di esercitare su questa il dovuto controllo finalistico. (...)”.

da una forza ciecamente causale: vale a dire, la possibilità di riportare tale agire alla sfera di dominio della volontà, effettiva o potenziale.

Ciò posto, è chiaro come il problema della identificazione della struttura delle regole penali, nel nostro ordinamento, in quella del comando o in quella della “costante” rappresentata dal giudizio ipotetico, si risolve a seconda della funzione che va riconosciuta alle regole costituzionali, rispetto alle regole di legge ordinaria.

Se dette regole svolgono, in tutto e per tutto, il ruolo di criteri alla cui stregua deve essere giudicata la legittimità delle disposizioni di legge ordinaria, può tranquillamente concludersi nel modo seguente: stante la previsione, cui sopra si è fatto cenno, di ipotesi contrassegnate da responsabilità cosiddetta oggettiva, non può sostenersi che forma della regola penale sia il comando. Nel sistema costituzionale, infatti, ogni regola di diritto è correttamente imputabile all’ordinamento – fino al giorno successivo alla pubblicazione della decisione della Corte costituzionale che ne dichiara la illegittimità.

È lecito, però, porsi il quesito se questa di parametro per il giudizio di legittimità costituzionale (e prima ancora – ma sempre in vista di tale giudizio – per la pronuncia, demandata agli organi competenti, di non manifesta infondatezza della questione di legittimità), sia la sola funzione che, in materia di rapporti fra regole di legge ordinaria e regole costituzionali, queste ultime svolgono.

In proposito, va innanzitutto tenuto presente l’effetto costitutivo che la regola costituzionale possiede tutte le volte che ne derivino situazioni giuridico-soggettive in capo a tutti o determinati soggetti. L’effettività ad esempio di diritti soggettivi, direttamente posti da un dettato costituzionale (cfr. per tutti: art. 21 Cost. e, particolarmente, i primi tre commi) è dato ben noto tanto alla riflessione teoretica che alla concreta esperienza giuridica.

Fuori da tale fenomenologia, già decisamente indicativa, rilevano le decisioni della Corte costituzionale cosiddette interpretative di rigetto².

Quando la Corte dichiara la legittimità costituzionale di una disposizione ordinaria, *in quanto* interpretata in modo da riconoscerle contenuto non contrastante con un principio costituzionale, può dirsi che viene implicitamente assunta come operativa, nel sistema di leggi ordinarie, una regola costituzionale.

Muovendo dalla distinzione tra norma e testo normativo, la Corte ha esattamente ritenuto di essere chiamata a pronunciarsi sulla costituzionalità delle *norme* e non su quella di articoli di legge. E, invero, quando, come il più delle volte accade, a questi ultimi possono essere attribuiti contenuti diversi, è necessario operare una scelta tra contenuti ipoteticamente e (da un punto di vista interno alla proposizione linguistica) correttamente loro affidabili. Il giudizio è portato non su formulazioni astratte, bensì su norme vigenti nel significato che assumono, con

² Cfr. Corte Cost., sent. 15 giugno 1956; sent. 6 maggio 1976, n. 108; sent. 10 maggio 1979, n. 13; sent. 10 dicembre 1981, n. 186; sent. 3 giugno 1983, n. 148, sulle quali torneremo più approfonditamente nel capitolo II.

tutte le altre del sistema, attraverso l'interpretazione degli organi giurisdizionali.

Deve, anzi, ritenersi che, indipendentemente dall'interpretazione giurisdizionale, da cui discende, peraltro, il requisito della *effettività*, una proposizione normativa è *quasi sempre* suscettibile di svilupparsi in tante norme quanti sono i significati che essa può ricevere.

La stessa terminologia delle regole dettate dalla Costituzione e dalle leggi che ne completano la disciplina parla contro la confusione tra norme e articoli di legge. L'art. 136 Cost. dispone, infatti, la dichiarazione di illegittimità di "una norma di legge o di un atto avente forza di legge" con la conseguente cessazione di efficacia della *norma* medesima; l'art. 30 della l. n. 87/1953, al III e IV comma, prevede l'impossibilità di applicare "norme dichiarate incostituzionali".

Ma poiché contro l'argomento testuale potrebbe obiettarsi che il legislatore identifica norme e disposizioni legislative; e poiché, soprattutto, la terminologia non è costante (si veda ad es. il I comma del citato art. 30), il fondamento dell'asserto secondo il quale oggetto del giudizio di legittimità sono norme e non proposizioni normative o articoli di legge è meglio affidato alla considerazione del sistema e delle conseguenze assurde cui si verrebbe ritenendo il contrario.

Certo, la funzione delle sentenze di legittimità della Consulta non è di interpretazione normativa, essendo la giurisdizione di legittimità costituzionale preordinata alla cancellazione dall'ordinamento delle norme invalide; si deve, però, riconoscere che questa funzione *costitutiva* può essere adempiuta soltanto attraverso un procedimento di doppia interpretazione: del testo legislativo ordinario e di quello, di grado superiore, sul metro del quale il primo deve essere valutato.

Di questa doppia interpretazione, che si verifica sempre, anche quando la pronuncia di accoglimento o di rigetto concerna la formulazione legislativa in ciascuno dei suoi possibili svolgimenti, qui ci interessa quella che avviene, per così dire, più allo scoperto e cioè, nei casi in cui venga isolato uno dei significati obiettivamente affidabili alla proposizione normativa come significato che permette di dichiarare la legittimità della norma ricavata dal mero enunciato linguistico.

Ora, sia che tale significato discenda da interpretazione giurisdizionale ordinaria – rappresenti, cioè, il senso della norma reale nell'ordinamento –; sia che la norma concreta venga direttamente accertata dalla pronuncia della Corte, senza passare attraverso la mediazione di un consolidato orientamento giurisdizionale, non v'è dubbio che è attuato l'inserimento nell'articolo di legge di elementi di fattispecie posti da uno o più dettati di rango costituzionale.

Ciò posto, il problema dell'efficacia, della portata, che nel sistema possiede la regola del I comma dell'art. 27 Cost. va affrontato e risolto tenendo conto, oltre che della funzione, riflessa sulla struttura formale, delle sentenze di legittimità costituzionale, anche del loro contenuto di accertamento.

Su tal via, ogni proposizione normativa che non enunci espressamente quei requisiti minimi di imputazione soggettiva che garantiscono l'osservanza del principio per il quale "la responsabilità penale è personale", va integrato, già nella struttura letterale, dai requisiti in questione. E così, la Corte costituzionale ha proceduto con le cosiddette sentenze interpretative di rigetto. Si tratterebbe, a questo

punto, di riconoscere, per uniformità e compiutezza di sistema, la necessità di ritenere operativo in generale un siffatto modo di intendere il rapporto tra regole costituzionali e regole ordinarie. Indipendentemente, cioè, dalla pronuncia della Corte, che oltretutto nei casi in cui il dispositivo è formalmente di rigetto si dice (ma il punto è discutibile) che non possieda efficacia vincolante di sorta, sarebbe la stessa regola costituzionale a far sì che la regola ordinaria debba essere letta in modo da assicurare l'osservanza della prima, come questa è stata interpretata dal Giudice di legittimità costituzionale.

La certezza del diritto, nel passaggio dai singoli casi sui quali si è avuta pronuncia della Corte a tutti gli altri, contrassegnati da caratteristiche identiche a quelle che hanno dato vita al giudizio, sarebbe fatta salva dall'esigenza che alla regola costituzionale sia stata attribuita una determinata valenza ad opera del giudizio della Corte.

Ed è a questo punto che la concezione imperativistica del diritto rivendica tutto il suo valore: valore, naturalmente, non di teoria generale, ma circoscritto ad un sistema di cui faccia parte una regola come quella dell'art. 27, I comma, Cost.

In altri termini, il modello della norma penale quale comando non si esaurisce, per il nostro ordinamento, in una verifica di tendenza o in una direttiva di sviluppo, ma si pone come criterio legislativamente consacrato.

7. *La norma penale reale*

Abbiamo visto che al termine norma si attribuiscono le strutture più varie, da quella di imperativo a quella di giudizio di valore, giudizio ipotetico e anche di programma di una propria azione futura: sotto la comune etichetta di concezione normativa si riconduce, dunque, tutta una gamma di opinioni. Ciononostante, una considerazione di insieme non è ingiustificata, dato che a ciascuna di tali opinioni è comune il pensiero del diritto come regola di condotta; le differenze *formali* sembrano consistere in fondo nella determinazione del soggetto il cui comportamento è normativamente fissato. Si discute, cioè, se destinatari delle regole giuridiche siano i consociati; o se l'unico contenuto della volontà normativa sia il comportamento degli organi preposti al meccanismo coattivo-sanzionatorio.

Che cosa significa, però, individuare un soggetto come destinatario di una regola di diritto? Se non si riduce il fenomeno giuridico a fenomeno puramente intellettuale, ravvisando in esso soltanto un particolare modo di considerare la realtà e, cioè, una serie di giudizi di liceità o di illiceità posti in astratto o predicati in concreto, occorre riconoscere che la valutazione normativa non è fine a se stessa e può essere espressa dall'ordinamento solo attraverso l'atteggiamento *pratico* che esso assume davanti ai comportamenti umani; vale a dire, attraverso le conseguenze ricollegate al loro verificarsi.

Ciò posto, destinatario della regola penale è il soggetto passibile di sanzione qualora ponga in essere un dato comportamento.

Mentre è chiaro che quel che rileva non è l'effettività della sanzione ma la con-

dizione di assoggettamento alla possibilità di una sanzione, in conseguenza della commissione di un certo fatto, altrettanto evidente è che il prodursi dell'effetto sanzionatorio non può fare a meno di regole che disciplinino l'accertamento del fatto che condiziona l'assoggettamento a sanzione e le modalità che contrassegnano l'irrogazione e l'eventuale esecuzione della sanzione stessa.

Se ne deduce che la norma penale *reale*, la proposizione cioè che esaurisce il significato che ad una determinata condotta umana è attribuito in quel settore dell'ordinamento definito penale e criminale, consta di segmenti che delineano la fattispecie condizionante e le conseguenze condizionate e di segmenti che dispongono come deve essere accertata detta fattispecie e come vanno pronunciate (irrogate) ed eseguite le conseguenze sanzionatorie.

Ragioni di semplicità e di comodità espositive fanno sì che i segmenti della prima categoria – quelli che riguardano fattispecie ed effetti – siano denominati diritto penale sostanziale; i segmenti della seconda categoria – che riguardano i modi di accertamento della fattispecie e di irrogazione ed esecuzione degli effetti – siano denominati diritto processuale penale, dando luogo a distinte fonti di cognizione (codici) ed a distinti insegnamenti.

In realtà non esiste una norma penale sostanziale o una norma processual-penalistica. C'è la norma penale reale composta da regole sostanziali e da regole processuali: le une e le altre si compongono in un tutt'uno.

La precisazione, senza dubbio di valore conoscitivo, ma di scarso rilievo pratico in un ordinamento retto da una legge costituzionale elastica (come lo Statuto Albertino), rappresenta la premessa ad un momento interpretativo, di grande importanza, nell'ambito di un ordinamento retto da legge costituzionale rigida (come la Costituzione del 1948).

Poiché in un siffatto sistema le regole ordinarie devono conformarsi a quanto posto dalle regole costituzionali, diventa essenziale, per la comprensione della realtà normativa, stabilire se, o in quali casi, allorché la Costituzione detta regole qualificate da riferimento alla materia "penale", tali regole concernono quei segmenti della norma reale che si definiscono di diritto sostanziale – e questo sembra pacifico – o anche quei segmenti che si assegnano al diritto processuale penale.

Non vogliamo lasciare equivoci. La soluzione al quesito non può trovarsi in una meccanicistica applicazione del dato concettuale. Quel che conta, come sempre, è accertare la *ratio*, e il preciso contenuto che dalla *ratio* discende, della regola di diritto.

In ipotesi è corretto pensare che il legislatore costituente, quando pone le condizioni della "punibilità", si riferisca unicamente ai segmenti della norma reale penale che ne costituiscono la struttura cosiddetta sostanziale. Potrebbe anche darsi, però, che il disposto costituzionale riguardi non solo la disciplina del *perché* si è assoggettati a sanzione criminale (e cioè la disciplina del fatto di reato) ma anche il come l'assoggettamento deve prodursi (e cioè il procedimento).

Ci imbattemmo, più avanti, nei problemi concreti che, a tal riguardo, la regola costituzionale solleva.

Qui ci interessa, per il momento, sottolineare come il concetto di norma reale, essendo un concetto di teoria generale, sottratto a condizionamenti da parte di

contenuti di diritto positivi, è concetto puro: concetto, cioè, del quale deve dirsi che se da esso non possono trarsi regole positive, è altrettanto vero che la sua validità non ne dipende. Fa parte, insomma, del limitato arsenale dei concetti che sono di teoria pura del diritto proprio perché prescindono dal contenuto normativo, reale o pensato come tale.

8. Diritto pubblico e diritto penale

Abbiamo lasciato in sospeso la risposta alla domanda se il diritto penale sia composto, come per tradizione si ritiene, tutto da regole di diritto pubblico o se ne facciano parte anche regole di diritto privato.

La tradizione, ripetiamo, è nel primo senso dell'alternativa.

Il magistero penale, la potestà punitiva, appaiono inseparabili dalle note che contrassegnano la struttura di ogni ordinamento la cui norma base non riposi, di fatto, su norma appartenente ad ordinamento superiore.

In altre parole, si ritiene che rappresentino uno dei momenti essenziali di ogni istituzione che, di fatto, si affermi, almeno per ciò che concerne la sua sfera interna, originariamente autonoma: o, che è lo stesso, sovrana. Questa opinione coincide con la nascita e lo sviluppo dell'idea di sovranità. È significativo che, allorché si verifica la cosiddetta recezione del diritto romano, ciò avviene per tutte le parti del *Codex* giustiniano, salvo quelle dedicate ai delitti e alle pene. Davanti a questa soglia si fermano tanto l'Impero quanto il Comune o la Signoria che non rinuncino ad effettiva autonomia. Presa di posizione, questa, di valore storico e ideologico superiore ad ogni qualificazione nei termini della scienza giuridica. Su quest'ultimo piano, più modesto ma indubbiamente chiarificatore, diventa decisiva, però, la ricerca del criterio in base al quale regole giuridiche possono essere correttamente dichiarate di diritto pubblico o di diritto privato.

Impostazioni che facciano riferimento a pretesi caratteri ontologici, a parte ogni rilievo di metodo, si rivelano sempre praticamente insostenibili per l'impossibilità di stabilire con un minimo di sicurezza le note distintive.

Nella difficoltà di cogliere contenuti precisi, è la forma, o meglio, la regolamentazione della messa in moto del meccanismo coattivo-sanzionatorio a determinare l'appartenenza di una regola giuridica ad una delle due grandi province dell'ordinamento: il diritto pubblico o il diritto privato.

Procedendo alla valutazione dei vari interessi protetti o da proteggere, possono essere adottate due distinte tecniche di tutela.

La conseguenza sanzionatoria (*rectius*: il procedimento che sbocca nell'assoggettamento ad una conseguenza sanzionatoria) è attivata d'ufficio. Il meccanismo che conduce alla sanzionabilità in concreto si mette in moto al solo verificarsi della acquisizione di una notizia di illecito da parte degli organi del procedimento. Si ha in questo caso, in capo al soggetto titolare dell'interesse protetto, una situazione giuridico soggettiva, come vedremo più avanti, di mero interesse oggettivamente

te tutelato. L'interesse in questione è in tale ipotesi considerato, o per la sua importanza o per la specificità che presenta, meritevole di una difesa che prescinde da qualsivoglia dichiarazione di volontà del soggetto titolare dell'interesse leso. Ciò sta a significare che la reazione ad una offesa – effettiva lesione o messa in pericolo arrecata ad un interesse oggetto di siffatta tutela, è concepita come *affare* che non riguarda, puramente e semplicemente, il soggetto offeso, bensì la collettività giuridicamente organizzata.

Le regole giuridiche costruite nel modo che si è detto rappresentano, assieme alle regole di organizzazione, che attribuiscono determinate qualifiche alle persone o alle cose o che disegnano la struttura dell'ordinamento, ciò che si intende come diritto pubblico.

Accanto alla scelta operata attraverso la disciplina che si è vista, l'ordinamento può adottare (e nella maggior parte degli ordinamenti, di fatto, adotta) una tecnica di tutela radicalmente diversa.

La realizzazione della conseguenza sanzionatoria è subordinata ad una dichiarazione di volontà del privato che si configura titolare dell'interesse assunto come leso. Questa attribuzione al privato di potere-facoltà di intervento si può spiegare solo con la considerazione che l'interesse protetto, per un insieme di ragioni che vanno da caratteristiche specifiche a valutazioni di opportunità, è ritenuto di pertinenza, prima che della collettività, del privato.

Le regole giuridiche nelle quali il dovere della sanzione è condizionato dalla istanza del soggetto immediatamente offeso costituiscono ciò che si chiama diritto privato.

Su tal via, le norme penali reali sono di diritto pubblico per quella parte, di gran lunga la più vasta, che è contrassegnata dalla messa in moto d'ufficio del meccanismo coattivo-sanzionatorio.

Si danno, però, norme penali reali caratterizzate dalla necessità dell'intervento di una dichiarazione di volontà del privato, cui fa capo l'interesse assunto come leso, per la realizzazione della conseguenza sanzionatoria.

È il caso dei reati perseguibili a querela della persona offesa.

In tali ipotesi, anzi, il potere dispositivo del privato in ordine alla sanzionabilità non è di regola limitato alla messa in moto del procedimento che conduce alla sanzionabilità: salvo eccezioni, di grande importanza, esso si proietta lungo il corso dell'intero procedimento, attraverso il potere di remissione della querela, l'esercizio del quale determina addirittura l'estinzione del reato.

Situazioni giuridico-soggettive, diverse da quella dell'interesse oggettivamente protetto, ma più fievoli rispetto a quelle fondate da norme che prevedono reati perseguibili a querela, sono date dalla necessità della "istanza della persona offesa" per la punibilità di delitti ordinariamente perseguibili d'ufficio, se commessi all'estero.

Da quanto più addietro si è detto a proposito della riconducibilità, nel nostro ordinamento, della forma della norma penale a comando – di fare o di non fare: per il momento ciò non rileva – e dal significato che va riconosciuto alla circostanza che il meccanismo sanzionatorio sia attivato nell'uno o nell'altro dei modi

esposti, dipende l'individuazione delle situazioni giuridico-soggettive scaturenti dalla norma penale. Quelle situazioni, cioè, che nell'incontro con la norma attengono alla posizione del soggetto rispetto ad un comportamento ipotetico (proprio o di altri soggetti) normativamente fissato. Ed è discorso che sembra chiudersi in una sfera di mera astrazione, avulso da quelli che sono i problemi della cosiddetta esperienza giuridica concreta. Ma sarebbe impressione affrettata. Avremo modo di constatare come ne dipendano, in notevole misura, fra l'altro, il modo di affrontare e – possibilmente – risolvere le questioni concernenti i rapporti fra illecito penale ed illecito extrapenale.

9. *Le situazioni giuridico-soggettive discendenti dalla regola penale*

Ci occupiamo qui delle figure di qualificazione, discendenti dalla norma penale, che delinano la posizione del soggetto (più esattamente: dei soggetti) cui la norma si riferisce.

La considerazione della realtà, operata dalla norma, non può avvenire che nei modi peculiari al diritto: per tipi ed astrazioni. È, insomma, quella considerazione che secondo antichi concetti e antiche denominazioni non si saprebbe caratterizzare altrimenti che come valutazione legalistica degli uomini e delle cose.

Ancora, bisogna tenere presente che – come si è già accennato – allorché si parla di figure di qualificazione si impone una importante distinzione.

Mentre alcune stanno a significare i modi nei quali si articola la regolarità determinata dalle norme e, prescindendo da ogni contenuto di fattispecie, sorgono e si estinguono nella conclusione di un sillogismo che ha per premessa la forma della norma e per medio una qualunque situazione di fatto; altre presuppongono il riferimento, sia pure minimo, ad elementi di fattispecie, effettivamente dati, cioè reali, o pensati come tali. Evidentemente, la validità di questo secondo gruppo si estende ad un ambito meno esteso del primo. Essa è storicamente condizionata – in quanto dipendente dall'ipottizzazione di uno o più fatti giuridici.

Essendo, questa, una indagine di diritto positivo, considereremo solo le posizioni soggettive poste nel nostro ordinamento dalla norma penale. Ancora, va precisato che riserviamo a quanto dovremo dire più avanti la trattazione delle figure di qualificazione concernenti il comportamento umano, che consistono nell'indicazione riassuntiva del valore che questo assume per il diritto. La priorità data nell'ordine dell'esposizione alle figure soggettive dipende dalle seguenti ragioni.

I due gruppi, nonostante in definitiva contemplino la medesima realtà, il comportamento umano, non possono confondersi e non sono in contrasto, ma si pongono in due diverse prospettive – l'uno dal punto di vista del comportamento, l'altro dal punto di vista del soggetto. Poiché il diritto non può prendere in considerazione una condotta, se non con riferimento ad un soggetto, ogni qualificazione del fatto implica una preesistente situazione giuridico soggettiva, che funge rispetto alla prima da titolo di legittimazione.