

Rilievi introduttivi

SOMMARIO: 1. La punibilità elemento del reato? – 2. Uno sguardo alle più recenti tendenze, anche alla luce delle funzioni della pena. – 3. Un duplice ordine di fenomeni e la sua influenza sui rapporti tra illecito e punibilità.

1. La punibilità elemento del reato?

Molto si è discusso – e molto si continua a discutere – circa la problematica della ‘punibilità’¹: una problematica, per vero, difficilmente eludibile di fronte alla tendenza sul piano legislativo a creare non di rado una cesura tra reato e pena, sotto la spinta di una molteplicità di esigenze e di obiettivi sul piano politico-criminale, per quanto non sempre dotati di un sicuro fondamento di legittimazione.

La difficoltà di rinvenire una direttrice in grado di giustificare alla luce dei principi i complessi e multiformi fenomeni che costellano la categoria della punibilità non ha, peraltro, scoraggiato una parte della dottrina dal tentativo di offrire un inquadramento dei medesimi all’interno di una dimensione (almeno relativamente) omogenea, alla cui stregua poterne definire con la dovuta precisione la collocazione si-

¹ Per una visione generale, cfr. VASSALLI, *Cause di non punibilità*, in *Enc. dir.*, VI, 1960, p. 609 ss., come pure PADOVANI, “Premio” e “corrispettivo” nella dinamica della punibilità, in *La legislazione premiale*, Milano, 1987, p. 39 ss.; Gius. RUGGIERO, *Punibilità*, in *Enc. dir.*, XXXVII, 1988, p. 1118 ss.; STORTONI, *Premesse ad uno studio sulla “punibilità”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 397 ss., ed altresì PERDONO’, *Le vicende della punibilità*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da CADOPPI-CANESTRARI-MANNA-PAPA, P.G., III, *La punibilità e le conseguenze del reato*, Torino, 2014, p. 229 ss.; G. PIOLETTI, voce *Punibilità (cause di esclusione della)*, in *Dig. disc. pen.*, X, 1995, p. 524 ss.; VENEZIANI, *La punibilità*, in VENEZIANI (con il contributo di CRISTILLO), *La punibilità. Le conseguenze giuridiche del reato*, *Trattato di diritto penale*, diretto da GROSSO-PADOVANI-PAGLIARO, P.G., III, tomo II, Milano, 2014, p. 277 ss. V. anche CORBETTA, voce *Cause di non punibilità*, in *Enc. giur.*, III, Milano, 2008; F. PATERNITI, *Contributo allo studio della punibilità*, Torino, 2008. Particolarmente ampia e penetrante l’indagine di DI MARTINO, *La sequenza infranta*, Milano, 1998.

stematica, e di verificare, allo stesso tempo, la plausibilità delle scelte normative poste alla base del loro riconoscimento.

A dover essere in primo luogo ricordate ai fini dello svolgimento dell'indagine, sono quelle concezioni che non rinunciano ad inserire nella 'teoria del reato' la stessa dimensione 'punitiva', e che possono suddividersi, con qualche approssimazione, in due posizioni teoriche, peraltro in certa misura contigue: la prima, favorevole all'inserimento di connotati aggiuntivi denotanti un apprezzamento, vuoi in termini 'assiologici', vuoi di carattere 'teleologico', rispetto ai requisiti del fatto, dell'anti-giuridicità, e della colpevolezza; la seconda favorevole, piuttosto, a concepire come 'quarto' elemento del reato la punibilità *tout court*, in guisa di opportunità del punire alla luce delle condizioni da cui l'ordinamento (beninteso, in linea con i principi che ne definiscono il 'volto' e la fisionomia) venga a far dipendere l'inapplicabilità della sanzione.

Quanto al primo orientamento, basti qui menzionare la postulata configurazione, in guisa di 'quarto' requisito, del c.d. 'bisogno di pena' e/o della 'meritevolezza' della medesima². Una soluzione, in verità, che parrebbe a prima vista singolare, laddove si consideri, come ha rilevato Mario Romano³, che siffatti parametri sembrerebbero porsi

² Cfr., sulla scia dell'esposizione (critica) offerta da ROXIN (*Strafrecht, A.T.*, I, München, 2006, § 23 D rn. 34 ss.; Id., *Antigiuridicità e cause di giustificazione*, Napoli, 1996, p. 112 ss.), e sia pur con significative differenze, ad es. SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, A.T.*, Tübingen, 1975, 12/1 ss., 13/1 ss.; STRATENWERTH-KUHLEN, *Strafrecht, A.T.*, Köln-Berlin-Bonn-München, 2004, § 7 rn. 29, nonché, in vario senso, LANGER, *Das Sonderverbrechen*, Berlin, 1972, p. 275 ss. e *passim*; SCHÜNEMANN, *Besondere persönliche Verhältnisse und Vertreterhaftung im Strafrecht*, in ZSSCHWR, 1978, p. 146 ss. Cfr. anche WOLTER, *Verfassungsrechtliche Strafrechts-, Unrechts- und Strafausschliessungsgründe im Strafrechtssystem vom Claus Roxin*, in GA, 1996, p. 207 ss. dove si postula un'autonoma valutazione di *Strafbarkeit* opportunamente articolata.

³ Cfr. ROMANO, "Meritevolezza di pena", "bisogno di pena" e teoria del reato, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 42 ss., p. 51 ss., nonché, più di recente, DE MURO, *Ultima ratio: alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1668. Assai profonda l'indagine critica di VOLK, *Entkriminalisierung durch Strafwürdigkeitskriterien jenseits des Deliktaufbaus*, in ZStW, 1985, p.887 ss., p. 894 ss. Ma v. anche GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1983, p. 240 ss., e di MARTINO, *La sequenza*, cit., p. 100 ss. Peraltro, ed al di là delle specifiche soluzioni qui contestate, la letteratura, amplissima, sulla meritevolezza e il bisogno di pena merita di essere comunque ripercorsa; ci si limita qui a segnalare, oltre a quelle già citate, le opere di ALWART, *Strafwürdiges Versuchen*, Berlin, 1982, p. 30 ss., p. 55 ss.; ANGIONI, *Condizioni di punibilità e principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 1483 ss., p. 1489 ss.; BLOY, *Die dogmatische Bedeutung der Strafausschliessungs- und Strafaufhebungsgründe*, Berlin, 1976, p. 229 ss., p. 242 ss.; JESCHECK-WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, A.T.*, Berlin, 1996, p. 50 ss., p. 551 ss.; KUNZ, *Das strafrechtliche Ba-*

alla base delle stesse ‘ragioni’ del punire, e che dunque essi difficilmente potrebbero prestarsi, al contempo, a figurare quali ‘elementi’ propri del ‘reato’ che (pur) abbia tratto origine da quelle valutazioni; ma che, per altro verso, testimonia pur sempre lo sforzo di ‘immettere’ le basi di legittimazione dell’illecito nel ‘circuito’ della sua stessa rilevanza, sì da evitare possibili – e per nulla auspicabili – derive verso una configurazione arbitraria dei meccanismi della non punibilità⁴.

Un analogo obiettivo sembra proporsi, del resto, anche la seconda tesi ora menzionata⁵. Vero è che la pertinenza della categoria in esa-

gatellprinzip, Berlin, 1984, p. 156 ss.; OTTO, *Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit als eigenständige Deliktskategorien?*, in *Gedächtnisschrift für H. Schröder*, München, 1978, p. 53 ss.; PAGLIARO, *Fatto, condotta illecita e responsabilità obiettiva nella teoria del reato*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1985, p. 633 ss.; PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1990, p. 461 ss. (ed *ivi*, in nt. 122 e 123, la chiara indicazione circa il collegamento delle formule in questione con i principi costituzionali di proporzionalità e necessità della pena); VASSALLI, *La punizione dell’insider trading*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 33 ss. Osserva, peraltro, ROMANO, *Meritevolezza*, cit., p. 41 e nt. 8 (ed *ivi* anche un richiamo ai condivisibili rilievi di KUNZ, *Das strafrechtliche*, cit., p. 188) come una netta separazione tra meritevolezza e bisogno di pena non possa essere concepita.

⁴ Fondamentali, ancora oggi, le riflessioni contenute nelle opere di BRICOLA, *Legalità e crisi: l’art. 25, commi 2° e 3°, della Costituzione rivisitato alla fine degli anni ‘70*, p. 1329 ss.; *Id.*, *Rapporti tra dottrina e politica criminale*, p. 1620 ss., ora ripubblicate in *Scritti di diritto penale*, vol. I, tomo II, Milano, 1997. V. anche PADOVANI, *“Premio” e “corrispettivo”*, cit., p. 50 ss.; PULITANÒ, *La non punibilità di fronte alla Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 1983, I, c. 1815 ss.; *Id.*, *Sui rapporti fra diritto penale sostanziale e processo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 965 ss.; STORTONI, *Premesse*, cit., p. 407 ss.; *Id.*, *Profili costituzionali della non punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, p. 626 ss., come pure INSOLERA-STORTONI, in CADOPPI ed altri, *Introduzione al sistema penale*, II, Torino, 2001, p. 417 ss. Più recentemente v. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale*, Napoli, 2007, p. 327 ss. e *passim*.

⁵ In proposito cfr., esemplarmente, MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, I, Milano, 2001, p. 651 ss., e, di recente, COCCO, *La difesa della punibilità quale elemento autonomo del reato*, in *Scritti in onore di Stile*, Napoli, 2013, p. 497 ss., nonché *Id.*, in *Punibilità e pene*, a cura di COCCO-AMBROSETTI, Padova, 2015, p. 111 ss., p. 128 ss., sia pur introducendo alcune distinzioni. V. anche CANESTRARI-CORNACCHIA-DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, P.G., Bologna, 2007, p. 645 s.; MANNA, *Corso di diritto penale*, P.G., Padova, 2015, p. 192, p. 559 s., e, sebbene in termini non altrettanto espliciti, PALAZZO, *Corso di diritto penale*, P.G., Torino, 2016, p. 207 ss. Sviluppi ulteriori in FARALDO CABANA, *Las causas de levantamiento de la pena*, Valencia, 2000, p. 152 ss., p. 177 s.; GARCÍA PÉREZ, *La Punibilidad en el Derecho Penal*, Pamplona, 1997, p. 49 ss., p. 69 ss., p. 293 ss., p. 336 ss., p. 380 ss. In tempi ormai risalenti, nella dottrina italiana, cfr. G. BATTAGLINI, *Diritto penale*, P.G., Padova, 1949, p. 275 ss. e, nella sostanza, RANIERI, *Manuale di diritto penale*, I, Padova, 1968, p. 112 ss. In senso contrario v., tra gli altri, F. ALIMENA, *Le condizioni di punibilità*, Milano, 1938, p. 57; di MARTINO, *La sequenza*, cit., p. 107 ss.; DONINI, *Il vol-*

me alle componenti essenziali del reato risulta, questa volta, affermata senza ulteriori profili di qualificazione: piuttosto che fare appello a considerazioni di carattere ‘prenormativo’⁶ quali quelle sottese alla *Strafwürdigkeit* e allo *Strafbedürfnis*, ci si limita, invero, a richiamare il requisito della punibilità quale necessario ‘complemento’ del fenomeno criminale, ponendolo in correlazione diretta (ed esclusiva⁷) con le condizioni alle quali l’ordinamento subordina le proprie scelte circa l’‘ingresso’ di quella valutazione finale.

E tuttavia, non meno evidente appare, in tale prospettiva, l’intento di ‘convogliare’ la punibilità all’interno del reato, proprio al fine di evitare, ancora una volta, ch’essa possa giocare come una sorta di ‘variabile indipendente’ – ed affidata al puro arbitrio del legislatore – nel quadro complessivo delle scelte che accompagnano e scandiscono le vicende dell’applicazione della pena. Né può dimenticarsi, d’altronde, come, nel coltivare un analogo obiettivo, le già ricordate valutazioni in merito (soprattutto) al c.d. ‘bisogno di pena’ – ed i confini della loro legittimazione sul piano costituzionale e politico-criminale⁸ – vengano a registrare delle significative convergenze con quelle valutazioni di opportunità sul piano repressivo che qualificano, all’interno della seconda corrente di pensiero, l’individuazione della ‘casistica’ delle ipotesi di non punibilità. Semmai – e pur prescindendo dall’addentrarsi ulteriormente in simili tematiche – si può notare come la seconda impostazione sembri orientata nel senso di una più decisa e convinta ‘parificazione’ delle cause di non punibilità, laddove la prima lascia emergere alcune differenze tra i gruppi di fenomeni di volta in volta esaminati, variamente connotandoli secondo ‘punti di vista’ di più articolata complessità⁹.

to attuale dell’illecito penale, Milano, 2004, p. 261 ss.; MANTOVANI, *Diritto penale*, P.G., Padova, 2015, p. 101 e p. 783; MARINI, “Non punibilità del soggetto” e “cause di giustificazione”. *Discussioni in dottrina*, in *Studi in onore di M. Gallo*, Torino, 2004, p. 55, p. 57; RAMACCI, *Le condizioni obiettive di punibilità*, Napoli, 1971, p. 128 nt. 134; ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 2004, p. 333; VASSALLI, *Cause*, cit., p.615. Cfr. anche ASTROLOGO, *Le cause di non punibilità*, Bologna, 2009, p. 18 ss.; BOTTALICO, *La ritrattazione*, Milano, 2011, p. 386 ss.

⁶ Sul punto, cfr. ROMANO, *Meritevolezza*, cit., p. 46.

⁷ La precisazione è dovuta al fatto che le categorie ‘sostanziali’ sopra richiamate – com’è ben noto – non risultano per lo più teorizzate con riguardo ai soli profili della punibilità: cfr. ROMANO, *Meritevolezza*, cit., p.42 ss.

⁸ Si veda anche HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, München, 1981, p. 227 ss. Per un inquadramento di sintesi v. di MARTINO, *La sequenza*, cit., p. 126 ss.

⁹ Un utile *excursus* ‘comparativo’ in GARCÍA PÉREZ, *La Punibilidad*, cit., p. 33 ss. e di recente in COCCO, *Punibilità*, cit., p. 111 ss., p. 128 ss.

2. Uno sguardo alle più recenti tendenze, anche alla luce delle funzioni della pena

Procedendo adesso ad un esame più analitico di alcune delle tendenze sopra ricordate, è da ricordare come la configurazione di ipotesi normative correlate alla punibilità del fatto dovrebbe essere ricondotta – ad avviso di studiosi del calibro di Marinucci e Dolcini – all’idea di fondo secondo la quale nell’ordinamento penale “le minacce di pena” verrebbero ad operare “con riserva”: nel senso ch’esse sarebbero tali da doversi applicare “ai fatti antigiuridici e colpevoli solo in presenza di una serie” di condizioni aggiuntive, destinate a creare uno spazio per ulteriori scelte sul piano politico-legislativo influenti sull’esistenza del reato, ora nel senso di “fondarne”, ed ora nel senso di “escluderne” la dimensione punitiva¹⁰.

Per ammissione degli stessi fautori di tale impostazione¹¹, le sue radici troverebbero, del resto, un significativo sostegno nelle elaborazioni sviluppate dallo stesso ‘progenitore’ della moderna teoria del reato, ossia Ernst Beling. Ed in effetti, non è possibile dimenticare come l’illustre Autore collocasse, tra gli elementi del reato, oltre la sua tipicità, antigiuridicità e colpevolezza, anche la necessità che la condotta provvista di tali qualifiche potesse ricondursi ad una ‘minaccia di pena’, come pure alle ulteriori, particolari, ‘condizioni’ (di punibilità, appunto) eventualmente richieste perché questa potesse operare¹².

Malgrado l’indubbia correttezza di tali riferimenti, non è fuori luogo osservare, tuttavia, come l’idea belinghiana traesse la propria origine da un peculiare ‘accostamento’ tra fatto tipico ed elementi costitutivi della predetta minaccia, sul cui significato vale la pena di spendere qualche breve considerazione. Come osservò Theodor Rittler¹³ in uno scritto assai importante, la contrapposizione tra reato e punibilità emergeva invero nettamente nel pensiero di Karl Binding, grazie alla distinzione tra *Norm* e *Strafgesetz*: era questa, ricorda il penalista au-

¹⁰ MARINUCCI-DOLCINI, *Corso*, cit., p. 651 s.

¹¹ Cfr. MARINUCCI-DOLCINI, *Corso*, cit., p. 652 nt. 86.

¹² Cfr. BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906, p. 47 ss., p. 51 ss. Sulle posizioni dell’Autore, riguardo al tema delle condizioni di operatività della minaccia penale, v., tra gli altri, ALIMENA, *Le condizioni*, cit., p. 36 ss. e nt. 1, p. 54; MORO, *La subiettivazione della norma penale*, Bari, 1942, p. 197 ss.; RAMACCI, *Le condizioni*, cit., p. 83 ss.,

¹³ RITTLER, *Strafbarkeitsbedingungen*, in *Festgabe für Frank*, II, Tübingen, 1930, p. 12 ss.

striaco, “*die Basis für die Trennung von Deliktsmerkmalen und Voraussetzungen der Strafbarkeit*” (la base per la separazione tra gli elementi del delitto e le condizioni della punibilità). Una volta superata tale concezione e riconosciuto al diritto penale il suo legame con la tipicità, ecco allora che sarà ‘all’interno’ di quest’ultimo che dovrà essere individuata la linea di demarcazione tra *Tatbestand* e condizioni (in senso lato) di punibilità: una delimitazione, peraltro, che, proprio perché ormai affidata al sistema normativo (penale), non potrà non rivelarsi più difficile ed impervia, come lo stesso Beling¹⁴, pur ritenendola indispensabile, non mancava di riconoscere.

È importante aggiungere, tuttavia, che il profilo relativo alla ‘minaccia’ di pena, una volta confrontato con la triplice ‘qualificazione’ della condotta poc’anzi richiamata, continui pur sempre a gravitare, nel pensiero di Beling, in una prospettiva non del tutto assimilabile a quella attualmente condivisa. L’Autore, in effetti, si preoccupava di sottolineare come la logica sottesa alla categoria del *Tatbestand* dovesse ritenersi soddisfatta, ancorché una minaccia di pena non risultasse sempre specificamente ravvisabile: ad es., il *Tatbestand* del reato sarebbe stato riconoscibile anche nel caso di un tentativo di contravvenzione, oppure in quello di un danneggiamento colposo, per quanto tali condotte non venissero a formare oggetto di una ‘minaccia di pena’¹⁵. In sostanza, il *Tatbestand* – e la condotta ad esso conforme – sembrano esprimere, nel pensiero dell’Autore, un ‘poter essere’ non sempre, necessariamente, integrato e ‘completato’ con la sanzione ‘legale’ che una simile minaccia giunga a predisporre; e da questo punto di vista, si può dunque ritenere che le ‘condizioni particolari’ della minaccia (delle quali stiamo appunto discorrendo) venissero a denotare, piuttosto che un elemento del reato – per quanto distinto dal *Tatbestand* – il frutto e il precipitato di quella prerogativa ‘sovrana’ in cui si esprimeva la ‘positivizzazione’ dello *jus puniendi* incarnata dalla previsione della sanzione. Si trattava, bensì, di una minaccia di pena – com’è stato opportunamente avvertito¹⁶ – destinata ormai ad orbitare attorno ad un ‘oggetto’ definito, ed in quanto tale sottratta a valutazioni discrezionali od addirittura arbitrarie; ma ciò non toglie che il piano in cui si situava la problematica della punibilità condividesse soltanto in apparenza la qualità di un requisito del ‘reato’, concernendo esso, piuttosto, il profilo legislativo di quella scelta di punirlo – od eventualmente di pu-

¹⁴ Cfr. BELING, *Die Lehre*, cit., p. 59.

¹⁵ V. ancora BELING, *Die Lehre*, pp. 47-48.

¹⁶ Cfr. di MARTINO, *La sequenza*, cit., p. 13; GARGANI, *Dal Corpus delicti al Tatbestand*, Milano, 1997, p. 424 ss.

nirlo a certe condizioni – che veniva, per l'appunto, ad 'affiancarsi' e a giustapporsi alle sue intrinseche connotazioni strutturali.

Al giorno d'oggi, quando ormai la tematica della punibilità non si presta più ad essere inquadrata nello scenario ancora 'in divenire' proprio di siffatte teorizzazioni, il quesito fondamentale che si delinea non può che riguardare l'individuazione della natura e della fisionomia delle scelte politico-criminali ritenute in grado di sorreggere quell'ultimo profilo di qualificazione attribuito alla responsabilità penale. Ad un simile quesito parrebbe, allora, ben difficile offrire una risposta, se non 'spostando' l'angolo di osservazione – in linea con i moderni sviluppi della riflessione penalistica – sulle problematiche inerenti alle funzioni o scopi della pena; o se si vuole, per chi – come ad esempio Donini¹⁷ – tende a distinguere le due nozioni, quelle connesse alle funzioni della sanzione, risultando i 'fini' della medesima, in quanto programmi "ideali" mai compiutamente realizzabili, a maggior ragione poco significativi nell'ottica della plausibilità delle particolari forme di rinuncia alla pena collegate ai fenomeni qui considerati.

Pur negandosi che la punibilità entri a 'far parte' delle componenti del reato, il profilo euristico sotteso a tale rilievo preliminare sembra, del resto, ben posto in evidenza da Alberto di Martino¹⁸, laddove egli postula la necessità di "cogliere la stretta connessione tra la funzione della pena, da un lato, e, dall'altro, l'assetto oggettivo e soggettivo dell'offesa": nel senso che detta connessione verrebbe a rappresentare "la base imprescindibile non solo per la qualificazione" di quella "come reato, quanto per la stessa attribuzione di senso alla pena". Tale considerazione giunge a rievocare la ben nota teorizzazione offerta da Tullio Padovani, il quale, relativamente alle ipotesi di non punibilità (beninteso, nei limiti in cui esse possano ritenersi legittime), osserva come in queste si profili, a seconda dei casi, una "caduta dell'esigenza di prevenzione generale sottesa alla tutela dei beni giuridici", ovvero collegata "all'attuazione della minaccia edittale", od anche "dell'esigenza di prevenzione speciale e di prevenzione generale attribuibile all'esecuzione della condanna"¹⁹.

In tale prospettiva, sembra tuttavia affacciarsi un interrogativo di fondo, la cui rilevanza si prospetta in termini di ancor maggiore problematicità assumendo la categoria della punibilità quale elemento del reato.

Invero, posto che la funzione della pena non può andare disgiunta

¹⁷ Cfr. DONINI, *Il volto*, cit., p. 269 s.

¹⁸ Cfr. di MARTINO, *La sequenza*, cit., p. 128.

¹⁹ V. PADOVANI, "Premio", cit., p. 50.

dalla stessa *ratio puniendi* alla base dell'illecito, a quali condizioni sarà dato rinvenire l' 'autonomia' della punibilità rispetto ad altri profili di qualificazione del fatto incriminato? La questione è agitata dallo stesso di Martino²⁰, quando osserva: "se la punibilità è intesa come vero e proprio elemento del reato, al pari di tipicità, antiggiuridicità e colpevolezza, si dovrà riconoscere che essa sta e cade, a sua volta, con la sussistenza o meno di elementi suoi propri, senza che però sia possibile determinare il criterio sulla base del quale stabilire se determinati requisiti appartengano all'uno od all'altro elemento".

D'altra parte, ed almeno ad un primo sguardo, non sarebbe decisivo osservare come il profilo *Zweckgedanke* sotteso alla categoria della punibilità riguarderebbe bilanciamenti d'interessi 'aggiuntivi' rispetto al profilo fondativo dell'illecito ispirato alla tipicità – rispetto al quale le valutazioni politico-criminali verrebbero, al contrario, ad assumere un carattere esclusivamente 'precodificatorio' e come tale non più suscettibile di venire ulteriormente ridiscusse –; in realtà, le valutazioni sul se punire nascerebbero sempre da un confronto tra contrapposti interessi ed obiettivi di politica criminale, e non vi sarebbe dunque ragione di ritenere, in via del tutto apodittica, definitivamente chiusa la questione in merito al loro significato, laddove si delinei la presenza di ulteriori esigenze, suscettibili di legittimare l'astensione da pena. Così, ad esempio, perché mai "le ragioni di politica familiare sarebbero" da considerarsi 'altre' "quando si tratti di *non* punire il furto tra coniugi, laddove a tutela della famiglia, quando non addirittura di una certa morale familiare" – e si potrebbe aggiungere, della stessa necessità di assicurare l'integrità dei rapporti di cui la famiglia è intessuta – "è approntato tutto un complesso di norme incriminatrici"²¹?

Rilievi del genere sembrano allora destinati a rendere quanto meno problematica la 'tenuta' dello stesso requisito essenziale chiamato (tuttora) a svolgere il ruolo di discriminare rispetto al fenomeno della non punibilità.

È ben noto, a tale riguardo, come il criterio generalmente invocato per definire il campo della tipicità – e per poter costruire in relazione a questo le valutazioni ulteriori in termini di antiggiuridicità e colpevolezza – venga identificato, per l'appunto, nella categoria dell' 'offesa'²².

²⁰ Cfr. di MARTINO, *La sequenza*, cit., p. 111.

²¹ Così di MARTINO, *La sequenza*, cit., p. 105.

²² È chiaro che non s'intende fare riferimento ai soli reati 'di offesa', ma unicamente richiamare una nozione atta ad esprimere il disvalore del reato in quanto tale.

Una categoria, in effetti, che, come precisa lo stesso di Martino²³, dovrebbe considerarsi espressione di una norma a sanzione “negativa”, sulla quale potrà eventualmente intervenire – ‘riqualificando’ illecito (nel suo complesso) che tale offesa comporta – una norma a sanzione “positiva” che decreti l’effetto della non punibilità.

Orbene, se tale impostazione si rivela senza dubbio idonea a superare – grazie al richiamo alla natura (pur sempre) di norme ‘penali’ delle stesse cause di non punibilità – l’idea vetusta dell’‘indissolubilità’ tra precetto e sanzione²⁴, essa sembra, tuttavia, lasciare ancora aperti gli interrogativi che l’esempio sopra ricordato (od altri ancora, che lasciamo per il momento in disparte) paiono destinati a suscitare. Ed in effetti, come del resto lascia intendere lo stesso Autore della proposta, lo scenario sistematico ch’essa delinea non potrebbe fare a meno di una ricerca volta a sondare l’utilizzabilità di ulteriori – ed assai più variegati – criteri ermeneutici²⁵: criteri, tuttavia, che, nell’offrire (si pensi al richiamo al regime ed alle conseguenze rilevanti sotto il profilo processuale) per lo più degli ‘indizi’ non sempre dotati di univoco significato, non sembrano in grado di consentire l’elaborazione di sicuri e puntuali ‘distinguo’ tra la dimensione costitutiva dell’offesa e le valutazioni in ordine alla (sola) scelta in merito alla sua punibilità.

²³ Cfr. di MARTINO, *La sequenza*, cit., p. 82 ss., p. 129 s., p. 213.

²⁴ Tesi, com’è noto, non priva di autorevoli sostenitori; cfr., per tutti, PETROCELLI, *Reato e punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, p. 669 ss. Secondo PISAPIA, *Fondamento e limiti delle cause di esclusione della pena*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1952, p. 16, p. 19 ss., p. 21 ss., p. 29 ss., muovendo dalle premesse di Art. ROCCO, *l’oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, in *Opere giuridiche*, I, Roma, 1932, p. 68 ss., l’inscindibilità tra precetto e sanzione non verrebbe tuttavia a comportare l’inseparabilità tra reato e pena. In una particolare ottica, volta a distinguere il ‘fatto di reato’ dalla sola ‘condotta illecita’, e ad affermare un rapporto necessario tra precetto e sanzione soltanto nella prospettiva più ampia, cfr. PAGLIARO, *Il fatto di reato*, Palermo, 1960, p. 83 ss.; Id., *Principi di diritto penale*, P.G., Milano, 2000, p. 253 s. Per un esame critico a vasto spettro della tendenza in esame cfr. VASSALLI, *Cause*, cit., p. 615 ss., il quale richiama, tra gli altri, DELITALA, *Il “fatto” nella teoria generale del reato*, ora in *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, I, Milano, 1976, p. 162. Da menzionare anche l’acuta disamina di GRISPIGNI, *La sistematica della parte generale del diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1936, II, p. 1271 ss., in netta polemica, fra gli altri, con VANNINI, *Lineamenti di diritto penale*, 1933, p. 63. V. anche, in tempi recenti, di MARTINO, *La sequenza*, cit., p. 64, p. 109 ss., il quale pone altresì in evidenza come tra l’opinione ora menzionata e quella volta a inserire la punibilità tra gli ‘elementi’ del reato si configuri – malgrado le apparenze – una divergenza soltanto parziale.

²⁵ Cfr. di MARTINO, *La sequenza*, cit., p. 149, p. 154 ss., p. 186 ss., p. 193, p. 230 ss. e *passim*.

3. *Un duplice ordine di fenomeni e la sua influenza sui rapporti tra illecito e punibilità*

Per fare ordine in questa complessa e delicata materia, sembra necessario, in realtà, porre anzitutto una premessa di carattere generale, che non risulta sempre chiaramente postulata nel contesto delle indagini dedicate alla categoria della punibilità.

In particolare, è bene avvertire come nell'analisi che s'intende svolgere si procederà ad un esame distinto delle problematiche di più consolidata tradizione (per lo meno in Italia) – sia pur rinfocolate da interventi 'a getto continuo' anche ad opera della più recente legislazione – rispetto a quelle che attengono, per così dire, alla verifica della punibilità sulla base della misurazione e 'graduazione' della stessa portata dell'illecito, e che hanno trovato, da ultimo, un riscontro particolarmente significativo sul terreno della c.d. 'esiguità' o 'particolare tenuità' del fenomeno lesivo, ben oltre i regimi 'speciali' della giurisdizione 'di pace' e del processo minorile.

Certo: anche nel secondo campo di fenomeni il rapporto tra l'illecito e le 'ragioni' del (non) punire non può prescindere da motivazioni attinenti al modo di atteggiarsi della tutela e agli elementi da cui poter desumere l' 'insufficienza' di certi dati ai fini della punizione del fatto. Ma ciò non toglie, tuttavia, che tra i due ambiti intercorrano delle differenze di non poco conto, anche quanto alla sfera dei poteri di valutazione ad essi inerenti (si pensi al profilo di 'discrezionalità' che qualifica la seconda categoria di situazioni), onde sarebbe sconsigliabile – quando non addirittura fuorviante – l'adozione di una prospettiva di carattere essenzialmente omogeneo. Una prospettiva, per finire, che – come avremo modo di osservare nel prosieguo dell'indagine – lascerebbe nell'ombra anche la questione inerente all'appartenenza o meno della punibilità agli 'elementi' del reato; nel senso che, pur senza voler esagerare l'importanza di tale problematica, essa sembrerebbe, a ben guardare, poter offrire elementi a favore della prima soluzione, soltanto con riguardo all'ambito occupato dalla verifica circa lo 'spessore' dell'illecito (in una con le valutazioni inerenti al teleologismo della sanzione) nel quadro dell'eventuale constatazione della sussistenza di un fatto 'esiguo' (in proposito, v., *infra*, § 16).

CAPITOLO 1

Condizioni di punibilità, non punibilità per fattori sopravvenuti, cause personali di esenzione da pena

SOMMARIO: 4. Le condizioni obiettive di punibilità; importanza della struttura della condotta quale criterio distintivo tra illecito e condizione. – 5. Rilevanza sul piano teleologico delle soluzioni prospettate. – 6. Le cause sopravvenute di non punibilità: conferme del ruolo della condotta quale criterio essenziale di riferimento – 7. Le figure di ravvedimento processuale e le cause estintive della punibilità. Due avvertenze finali. – 8. Le cause ‘personali’ di non punibilità ed i loro rapporti con le ‘scusanti’ e con le cause di giustificazione: premesse generali. – 9. (*segue*) Alcuni nodi interpretativi da sciogliere. – 10. Il significato dei motivi della condotta quale nota caratteristica delle scusanti. – 11. Collaudo della soluzione proposta in relazione alle ipotesi normative richiamate.

4. Le condizioni obiettive di punibilità; importanza della struttura della condotta quale criterio distintivo tra illecito e condizione

Procedendo adesso ad un esame analitico del primo gruppo di cause di ‘non punibilità’ – ed una volta constatate le perduranti incertezze nell’individuazione di criteri sul piano ‘assiologico’¹ rilevanti ai

¹ Come pure di politica ‘convenienza’ od ‘opportunità’ aprioristicamente concepite: cfr. i perspicui rilievi di VASSALLI, *Cause*, cit., p. 618. I criteri di valutazione in termini ‘sostanzialistici’ presentano, come si è già notato in precedenza, un ruolo particolarmente significativo nell’esperienza d’Oltralpe. In particolare, quanto al settore delle condizioni di punibilità, di cui dovremo adesso occuparci, cfr. il quadro tracciato da ANGIONI, *Condizioni di punibilità e principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 1483 ss. Si veda, del resto, la limpida esposizione di JESCHECK-WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., p. 555 ss. e, più di recente, EISELE, in SCHÖNKE-SCHRÖDER, *StGB Kommentar*, München, 2014, vor § 13 rn. 124 ss. V. anche GEISLER, *Objektive Strafbarkeitsbedingungen und “Abzugsthese”*, in *GA*, 2000, p. 166 ss.

fini del nostro problema – la domanda che è legittimo porsi sembrerebbe essere la seguente: sussistono o meno dei connotati sul piano *strutturale* che – senza imporre una ricostruzione disseminata in una pluralità di indici (magari di rilevanza soltanto indiretta) sparsi qua e là nell'ordinamento – siano in grado di collegare quel pur frequente riferimento all'offesa ad *un* dato di maggiore consistenza e 'pregnanza' sul piano denotativo ?

Ebbene, a noi sembra che a tale quesito possa darsi, pur con le cautele imposte dalle difficoltà della materia, una risposta sostanzialmente positiva.

A ben vedere, e restando per il momento sul terreno della tipicità, preme rilevare come il momento indefettibile da cui sgorga la relativa valutazione parrebbe dover essere identificato nella dimensione propria della *condotta* quale 'fulcro' essenziale dell'opzione incriminatrice. A tale stregua, l'*actio finium regundorum* tra illecito e punibilità verrebbe, in effetti, a potersi giovare di quel parametro di rilevanza che non sarebbe possibile 'surrogare' in alcun modo con la variegata fenomenologia delle situazioni da cui l'ordinamento faccia discendere, per l'appunto, il (solo) esito dell'astensione da pena.

Al fine di testare la validità di un simile spunto ermeneutico – già evocato da autorevole dottrina², ma senza valutarne appieno il significato e la portata sistematica – sembra allora necessario rivolgere anzitutto lo sguardo verso la categoria, particolarmente problematica, avente ad oggetto le 'condizioni obiettive di punibilità'³.

Si potrebbe a prima vista osservare, a fronte di un esempio addirittura eclatante: ma allora, in una fattispecie quale quella di omici-

² Cfr., quanto alle condizioni di punibilità, LISZT – SCHMIDT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlin-Leipzig, 1927, p. 280 (pur con l'avvertenza secondo cui il concetto di azione per v. Liszt avrebbe ricompreso anche l'evento: v. DELITALA, *Il "fatto"*, cit., p. 57 nt. 95). In termini più specifici, cfr. NEPPI MODONA, *Concezione realistica del reato e condizioni obiettive di punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, p. 212 s.

³ Non ci si sofferma in questa sede sulla distinzione tra condizioni di punibilità e di procedibilità. Sulle relative problematiche rinviamo a F. ANGIONI, *Condizioni di punibilità*, cit., p. 1469 ss.; D' ASCOLA, *Reato e pena nell'analisi delle condizioni obiettive di punibilità*, Napoli, 2004, p. 290 ss.; GAITO, *Procedibilità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXXV, 1986, p. 807 ss.; GIUNTA, *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, Milano, 1993, p. 79 ss.; MORMANDO, *L'evoluzione storico-domatica delle condizioni obiettive di punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, p. 621 ss.; ORLANDI, voce *Procedibilità (condizioni di)*, in *Dig.disc.pen.*, X, 1995, p. 42 ss.; P. VIOLANTE, *Condizioni obiettive di punibilità o condizioni di procedibilità? Aspetti vecchi e nuovi di un antico dilemma*, in *Scritti in memoria di Dell'Andro*, II, Bari, 1994, p. 1036 ss., p. 1042 ss. Più di recente cfr. la penetrante ricostruzione di MORELLI, *Le formule di proscioglimento*, Torino, 2014, p. 300 ss., p. 314 ss.

dio, chi ci assicura che l'evento-morte, in quanto elemento separato dalla condotta, sia costitutivo del reato, e non invece, in ipotesi, una condizione di punibilità? Ad un simile dubbio, in certa misura pregiudiziale, non è difficile rispondere, tuttavia, che la stessa struttura della condotta – come rilevammo in uno scritto non più recente⁴ – non si lascia cogliere se non in una dimensione *intrinsecamente* 'causale', essendo altrimenti impossibile definirne lo stesso significato tipico.

Non si tratta propriamente di accedere alla ben nota opinione⁵ secondo la quale le condizioni di punibilità non sarebbero, invece, necessariamente – ma soltanto, a seconda dei casi, eventualmente – ricollegabili sul piano causale al comportamento incriminato. Si tratta piuttosto di rilevare che nell'ipotesi in esame, la fisionomia della condotta viene a risultare essa stessa 'condizionata' (ma a 'ritroso', se così si può dire), dal suo presentarsi in connessione con l'evento medesimo, e in un rapporto di stretta dipendenza da questo. E del resto: è sufficiente pensare alla rilevanza attribuita al tentativo per rendersi conto del fatto che la condotta si colora in termini diversi, laddove la morte non si verifichi; nel senso che i suoi stessi requisiti strutturali dovranno allora essere colti in una dimensione di natura prognostica conforme ai parametri dell' 'idoneità' e della 'non equivocità'. Il fatto si modifica, ed a mutare non è soltanto l'esito (il mancato prodursi dell'evento), ma la stessa fisionomia del comportamento umano dedotto nell'incriminazione.

Procedendo oltre, ci s'imbatte in quelle ipotesi, in cui la fisionomia dell'elemento controverso lascia ipotizzare, al contrario, un differente ordine di valutazioni circa il suo ruolo e significato. Si consideri, in primo luogo, la dichiarazione di fallimento. Osserva di Martino⁶ che "il fallimento (*rectius*, la dichiarazione di fallimento) è bensì elemento essenziale, ma non nel senso tecnico di elemento del reato (di bancarotta)" – essendo questo incentrato sull' "offesa già espressa dalle (e ti-

⁴ Cfr. G.A. DE FRANCESCO, *Lex specialis*, Milano, 1980, p. 37 s., p. 71 ss.

⁵ V., fondamentalmente, BRICOLA, voce *Punibilità (condizioni obiettive di)*, in *Noviss.dig.it*, XIV, 1967, p. 592 ss. La concezione in esame (anche per la rilevanza da essa attribuita al nesso psichico quale criterio di discriminazione: v., *infra*, nt. 19) è condivisa ed ulteriormente sviluppata da ALESSANDRI, *Commento all'art. 27, 1° comma, Cost.*, in *Commentario della Costituzione (Art. 27-28)*, a cura di BRANCA e PIZZORUSSO, Bologna-Roma, 1991, p. 112 ss. Per un'analisi approfondita al riguardo cfr. DONINI, *Le condizioni obiettive di punibilità*, in *Studium iuris*, 1997, p. 596 s., il quale, nel valutare positivamente il criterio ora menzionato, ritiene tuttavia di doversi affiancare determinati correttivi in funzione (tra l'altro) del metro causale prescelto.

⁶ V. di MARTINO, *La sequenza*, cit., p. 172-173.

pizzata nelle) condotte costitutive” – bensì “dell’insolvenza la quale, per essere giuridicamente rilevante ai fini del fallimento, deve essere giudizialmente accertata”. E che le condotte in questione non postulino, d’altronde, una valutazione in termini causali, è autorevolmente sottolineato da Cesare Pedrazzi⁷: quelle condotte assumono rilievo, nella fattispecie, in quanto “di mero pericolo” per l’assottigliarsi della garanzia creditoria, senza con ciò postulare, tuttavia, “una verifica di nessi effettivi” con le circostanze poste ad oggetto della verifica compiuta in sede fallimentare. Se tutto cospira a far supporre, insomma, che il fallimento come tale non ‘retroagisca’ sulla dimensione strutturale delle condotte, si potrà ben ritenere che il predetto connotato venga a configurare, in dette ipotesi, una condizione di punibilità.

Sul pubblico scandalo nell’incesto. A tale proposito, e nel perenne dilemma circa l’interesse perseguito mediante l’incriminazione (sul punto, v., tuttavia, *infra*, § 5), un indice significativo – non si può negarlo – deriva dal richiamo normativo, già a suo tempo valorizzato da Francesco Antolisei⁸, al “modo” grazie al quale la condotta incestuosa è stata realizzata, e che viene ad accentuarne il nesso di collegamento con quell’accadimento ulteriore: un riferimento, insomma, che, venendo ad incidere sulla fisionomia e sulle dinamiche della stessa condotta incestuosa, fa apparire allora consigliabile l’attribuzione al predetto

⁷ Cfr. PEDRAZZI, in PEDRAZZI-SGUBBI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, Bologna-Roma, 1995, p. 16 e *passim*. Recentemente, aderisce alla tesi MUCCIARELLI, in *Crisi dell’impresa, procedure concorsuali e diritto penale dell’insolvenza*, a cura di BORSARI, Padova, 2015, p. 350 ss. Diversamente, FLORA, *Il ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento nei reati fallimentari*, in *Crisi dell’impresa*, cit., pp. 340-341, senza attribuire un peso eccessivo all’identificazione della sua specifica ‘natura’ (ma contestando, tuttavia, la scarsa rispondenza ad una mera logica ‘condizionale’ dei ben più pregnanti nessi d’imputazione richiesti per le bancarotta) avvicina il fallimento al novero degli “elementi più significativi della fattispecie”, secondo le indicazioni offerte nelle pronunce costituzionali nn. 364 e 1085 del 1988. Per la qualificazione del fallimento come condizione di punibilità ‘intrinseca’ cfr. la ben nota elaborazione di NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1955, p. 14 ss., accolta anche da BRICOLA, *Punibilità*, cit., p. 594.

⁸ Cfr. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, P.G., Milano, 2003, p. 760 s. V. anche ANGIONI, *Condizioni*, cit., p. 1468 e nt. 110; BRICOLA, *Punibilità*, cit., p. 598; DONINI, *Le condizioni*, cit., p. 596; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, P.G., Bologna, 2014, p. 817. In senso opposto cfr. invece DELOGU, *Diritto penale. Codice penale (Delitti contro il matrimonio – Delitti contro la morale familiare – Delitti contro lo stato di famiglia – Delitti contro l’assistenza familiare)*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, diretto da CIAN-OPPO-TRABUCCHI, VII, Padova, 1995, p. 182 ss.; NEPPI MODONA, *Concezione*, cit., p. 218 s.; ID., voce *Condizioni obiettive di punibilità*, in *Enc. giur.*, VII, 1988, p.8; ROMANO, *Commentario*, cit., p. 479.