

Ar2



Marina Minnella Di Raimondo

# **Elementi di diritto penale**

Parte generale

*Seconda edizione a cura di*  
Ave Gioia Buoninconti





Aracne editrice

[www.aracneeditrice.it](http://www.aracneeditrice.it)  
[info@aracneeditrice.it](mailto:info@aracneeditrice.it)

Copyright © MMXX  
Giacchino Onorati editore S.r.l. – unipersonale

[www.giacchinoonoratieditore.it](http://www.giacchinoonoratieditore.it)  
[info@giacchinoonoratieditore.it](mailto:info@giacchinoonoratieditore.it)

via Vittorio Veneto, 20  
00020 Canterano (RM)  
(06) 45551463

ISBN 978-88-255-2978-4

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,  
di riproduzione e di adattamento anche parziale,  
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie  
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: novembre 2011  
II edizione: gennaio 2020

## 9 Introduzione

## 13 Capitolo I

### *Evoluzione storica del diritto penale e principi fondamentali*

1.1. Evoluzione storica del diritto penale, 13 – 1.1.1. *Dalle prime codificazioni al codice Zanardelli*, 13 – 1.1.2. *Il codice Rocco*, 15 – 1.1.3. *Alcuni principi caratterizzanti del diritto penale attuale*, 17 – 1.2. I principi costituzionali del diritto penale, 19 – *Introduzione*, 19 – 1.2.1. *Il principio di legalità*, 19 – 1.2.2. *Il principio di riserva di legge e le fonti del diritto penale.*, 20 – 1.2.2.1. *La norma penale in bianco*, 22 – 1.2.2.2. *I testi legislativi penali*, 22 – 1.2.3. *Il principio di determinatezza*, 22 – 1.2.4. *Il principio di tassatività e il divieto di analogia*, 23 – 1.2.5. *Il principio di irretroattività*, 24 – 1.3. *L'efficacia della legge penale nel tempo e nello spazio*, 24 – 1.3.1. *La legge penale nel tempo. Successione di leggi penali*, 24 – 1.3.1.1. *Il problema dei decreti-legge non convertiti*, 26 – 1.3.1.2. *Il tempo del commesso delitto*, 27 – 1.3.2.1. *La legge penale nello spazio*, 27 – 1.3.2.2. *Il luogo del commesso delitto*, 28 – 1.3.2.3. *Il reato transnazionale*, 29 – 1.4. *La riserva di codice*, 30 – 1.4.1. *Principio della riserva di codice*, 30 – 1.4.2. *Le norme penali inserite nel codice*, 31.

## 33 Capitolo II

### *Il reato e le sue forme di manifestazione*

2.1. *La struttura della norma incriminatrice penale*, 33 – 2.1.1. *Il soggetto attivo*, 33 – 2.1.1.1. *La responsabilità delle persone giuridiche*, 34 – 2.1.1.2. *La delega di funzioni*, 34 – 2.1.2. *Il precetto*, 35 – 2.1.3. *La sanzione*, 35 – 2.2. *Gli elementi costitutivi del reato*, 36 – 2.2.1. *Introduzione. La teoria bipartita e tripartita del reato*, 36 – 2.2.2. *Il principio di materialità e l'elemento oggettivo del reato*, 37 – 2.2.2.1. *Il principio di materialità*, 37 – 2.2.2.2. *La condotta*, 38 – 2.2.2.3. *L'evento*, 39 – 2.2.2.4. *Il rapporto di causalità. Le principali teorie*, 40 – 2.2.2.5. *Il rapporto di causalità nel Codice penale. Il concorso di cause*, 42 – 2.2.2.6. *Il caso fortuito e la forza maggiore*, 43 – 2.2.2.7. *La causalità nei reati omissivi impropri. L'obbligo di impedire l'evento*, 44 – 2.2.2.8. *La posizione della giurisprudenza sull'accertamento del nesso causale*, 45 – 2.2.3. *La classificazione dei reati in base alla struttura della fattispecie*, 46 – 2.3. *Il principio di offensività e le cause di giustificazione*, 48 – 2.3.1. *Origine e fondamento costituzionale del principio di offensività*, 48 – 2.3.2. *Il soggetto passivo del reato*, 51 – 2.3.3. *Le cause di giustificazione*, 51 – 2.3.3.1. *Il consenso dell'avente diritto*, 53 – 2.3.3.2. *L'esercizio di un diritto*, 53 – 2.3.3.3. *L'adempimento del dovere*, 54 – 2.3.3.4. *La difesa legittima e la legittima difesa c.d. domiciliare*, 55 – 2.3.3.5. *L'uso legittimo delle armi*, 56 – 2.3.3.6. *Lo stato di necessità*, 57 – 2.3.4. *Le cosiddette cause di giustificazione non codificate*, 58 – 2.4. *Il principio di colpevolezza e l'elemento soggettivo del reato*, 58 – 2.4.1. *Il fondamento costituzionale della colpevolezza*, 58 – 2.4.2. *L'elemento soggettivo nel*

*Codice penale*, 60 – 2.4.3. *La coscienza e volontà della condotta*, 60 – 2.4.4.1. *Il dolo*, 61 – 2.4.4.2. *Le forme del dolo*, 63 – 2.4.4.3. *L'intensità del dolo*, 64 – 2.4.5.1. *La colpa*, 64 – 2.4.5.2. *Le regole cautelari*, 65 – 2.4.5.3. *Le forme e il grado della colpa*, 66 – 2.4.5.4. *L'accertamento della colpa*, 68 – 2.4.6. *La preterintenzione*, 68 – 2.4.7. *La responsabilità oggettiva*, 69 – 2.4.8. *L'elemento soggettivo nelle contravvenzioni*, 70 – 2.4.9. *Le cause di esclusione della colpevolezza*, 71 – 2.4.9.1. *Introduzione*, 71 – 2.4.9.2. *L'errore. Aspetti generali*, 71 – 2.4.9.3. *Errore sul fatto*, 72 – 2.4.9.4. *Errore di diritto*, 72 – 2.4.9.5. *L'errore determinato dall'altrui inganno*, 73 – 2.4.9.6. *Il reato putativo*, 73 – 2.4.9.7. *Le ipotesi di aberratio.*, 74.

## 77      Capitolo III

### *Le forme di manifestazione del reato*

3.1. *Il reato circostanziato*, 77 – 3.1.1. *La definizione di circostanza*, 77 – 3.1.2. *La classificazione delle circostanze*, 78 – 3.1.3. *L'imputazione delle circostanze*, 79 – 3.1.4. *Il concorso di circostanze*, 79 – 3.2. *Il delitto tentato*, 80 – 3.2.1. *Definizione e struttura del tentativo*, 80 – 3.2.2. *Desistenza volontaria*, 82 – 3.2.3. *Recesso attivo*, 82 – 3.2.4. *La configurabilità del tentativo nei singoli reati*, 83 – 3.2.5. *Il reato impossibile*, 83 – 3.3. *Il concorso di persone nel reato*, 85 – 3.3.1. *Introduzione*, 85 – 3.3.2. *I requisiti del concorso di persone nel reato*, 87 – 3.3.3.1. *Le circostanze aggravanti ed attenuanti*, 90 – 3.3.3.2. *Valutazione delle circostanze e delle cause di esclusione della pena*, 91 – 3.3.4. *La responsabilità per il reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti*, 92 – 3.3.5. *Il concorso nel reato proprio*, 94 – 3.3.6. *La cooperazione nei reati colposi*, 95 – 3.4. *Il concorso apparente di norme ed il concorso di reati*, 95 – 3.4.1. *Il concorso apparente di norme*, 95 – 3.4.2. *Il concorso di reati*, 97 – 3.4.3.1. *Il reato continuato*, 98 – 3.4.3.2. *Il reato complesso*, 99 – 3.4.3.3. *Il reato abituale*, 99 – 3.4.4. *L'antefatto e il post-factum non punibile. La progressione criminosa*, 99.

## 101      Capitolo IV

### *L'autore del reato*

4.1. *L'imputabilità*, 101 – 4.1.1. *Il fondamento dell'imputabilità*, 101 – 4.1.2. *L'imputabilità nel codice Rocco*, 103 – 4.1.3. *Le cause di esclusione o diminuzione dell'imputabilità*, 104 – 4.1.3.1. *Minore età*, 104 – 4.1.3.2. *Infermità di mente*, 105 – 4.1.3.3. *Sordomutismo*, 107 – 4.1.3.4. *Ubriachezza e intossicazione da stupefacenti*, 107 – 4.1.3.5. *L'incapacità procurata*, 110 – 4.2. *La capacità criminale*, 112 – 4.2.1. *Definizione e disciplina codicistica*, 112 – 4.2.2. *La recidiva*, 114 – 4.3. *La pericolosità sociale*, 115 – 4.3.1. *Definizione e disciplina codicistica*, 115 – 4.3.2. *Abitualità criminosa*, 117 – 4.3.3. *Professionalità nel reato*, 117 – 4.3.4. *Tendenza a delinquere*, 118.

## 119      Capitolo V

### *Le conseguenze del reato e le cause di estinzione del reato e della pena*

5.1. *La pena*, 119 – 5.1.1. *Il fondamento della punibilità*, 119 – 5.1.2. *La pena nel Codice Rocco*, 120 – 5.1.3. *La pena nella Costituzione*, 121 – 5.1.4. *Le principali riforme del sistema sanzionatorio previsto dal codice Rocco*, 122 – 5.1.5. *L'attuale sistema delle pene*, 125 – 5.1.5.1. *Le pene per i delitti*, 125 – 5.1.5.2. *Le pene per le contravvenzioni*, 126 – 5.1.5.3. *Le pene accessorie*, 126 – 5.1.5.4. *L'applicazione della pena ed il potere discrezionale del giudice*, 130 – 5.1.5.5. *Le sanzioni sostitutive*, 132 – 5.1.5.6. *Le misure*

*alternative alla detenzione*, 135 – 5.1.5.7. *Le misure di sicurezza*, 143 – 5.1.5.8. *Le misure di prevenzione*, 149 – 5.2. *La punibilità: cause di esclusione; cause di estinzione del reato e della pena*, 151 – 5.2.1. *Le condizioni obiettive di punibilità*, 153 – 5.2.2. *Le cause di esclusione della pena: le immunità*, 154 – 5.2.3. *Le cause di estinzione del reato e della pena*, 156 – 5.2.3.1. *Le cause di estinzione del reato*, 157 – 5.2.3.2. *Le cause di estinzione della pena*, 160 – 5.2.3.3. *Altre previsioni connesse alle pene*, 161 – 5.3. *L'illecito "penale amministrativo"*, 162 – 5.4. *Le obbligazioni civili nascenti da reato*, 164.

167 *Riferimenti bibliografici*



## Introduzione

Il diritto penale costituisce una parte dell'ordinamento giuridico dello Stato. In particolare, è l'insieme delle norme, attraverso le quali si proibiscono determinati comportamenti, costituiti da azioni o da omissioni, ritenuti illeciti dal legislatore e la cui inosservanza comporta, per l'autore, l'irrogazione di una pena. Tali comportamenti integrano fatti di reato.

Il diritto penale è un ramo del diritto pubblico. Infatti, mediante esso, lo Stato persegue l'interesse pubblico della pacifica convivenza dei consociati: attraverso la tutela, sia di beni di rilevanza pubblica (ordine pubblico, sicurezza pubblica, pubblica incolumità, fede pubblica, regolare funzionamento della pubblica amministrazione ed, ancora, ambiente e salute pubblica, ecc.), sia anche di beni di rilevanza privata, ritenuti degni di una protezione "penale", in quanto la loro offesa si ripercuote sull'intera comunità (vita, famiglia, libertà, rispetto della persona, ecc.).

Inoltre, l'irrogazione della pena, conseguente alla commissione di un reato, è sempre riservata allo Stato, anche nei casi in cui è lasciata libertà al soggetto offeso, di denunciare o meno il colpevole: nei casi, cioè, di reati perseguibili a querela della parte.

Le norme di cui si parla, dette norme incriminatrici — in quanto prevedono le ipotesi di reato — sono contenute nel Codice penale, nella c.d. "Parte speciale"; vi è, poi, la legislazione penale speciale, che riguarda particolari settori (ambiente, inquinamento, edilizia, ecc.) o particolari fenomeni, che richiedono una regolamentazione più dettagliata (a titolo esemplificativo, si vedano le normative riguardanti le sostanze stupefacenti, gli stranieri, la *privacy*, ecc.).

Il diritto penale comprende, prima ancora, una serie di disposizioni, che concernono, in linea generale, la struttura del reato, le condizioni per l'applicazione della pena, nonché le relative tipologie, come si vedrà oltre, nella trattazione della norma penale incriminatrice. Tali norme costituiscono la c.d. "Parte generale del Codice penale", che si applica a tutte le ipotesi di reato e costituisce la "struttura" del diritto penale. Infatti, fornisce i principi guida ed i principi generali, cioè l'insieme degli strumenti, funzionali all'applicazione della "Parte speciale".

Vi sono poi, a completamento del Codice penale, quelle che vengono definite norme integratrici, in quanto hanno lo scopo di precisare, delimitare o disciplinare la portata di altre norme.

In questo gruppo, rientrano le seguenti norme:

- a) interpretative, che hanno la funzione di specificare il significato da attribuire ad altre norme (norme definitorie), ovvero di determinare le regole da seguire per la loro interpretazione (norme suppletive);
- b) direttive, che fissano i principi, da seguire, in una data materia o in un dato settore;
- c) di attuazione, che comprendono le norme di coordinamento e le norme transitorie, e che hanno, appunto, lo scopo di regolare l'attuazione delle disposizioni legislative introdotte (con la modifica ovvero l'abrogazione, di norme già vigenti);
- d) estensive o limitative, che estendono o limitano la portata di altre norme;
- e) di rinvio, che si richiamano ad altre norme, per farle proprie (la c.d. "interiorizzazione della norma", che si attua mediante il "rinvio recettizio"), oppure per dare loro rilevanza, senza, però, inglobarle nell'ordinamento (c.d. "rinvio formale");
- f) di collisione, che regolano i rapporti tra norme, in caso di apparente conflitto, concernente l'applicazione di diverse ipotesi normative.

Prima di affrontare la trattazione della parte generale, è necessario introdurre la materia.

Il reato si può, innanzitutto, inquadrare fra i fenomeni che hanno rilevanza per l'ordinamento giuridico. Consiste, in particolare, in un atto giuridico illecito, in quanto è in un comportamento umano cui l'ordinamento giuridico riconduce conseguenze sfavorevoli. Esso va inquadrato nel più ampio concetto di "fatto giuridico".

Si deve ricordare che i fatti giuridici possono essere distinti in: fatti giuridici in senso stretto ed atti giuridici. I primi sono costituiti da fatti naturali, giuridicamente rilevanti; mentre, i secondi sono comportamenti umani, produttivi di conseguenze giuridiche.

Nell'ambito degli atti giuridici, vengono distinti gli atti giuridici leciti, cui l'ordinamento collega conseguenze favorevoli, e gli atti giuridici illeciti, cui l'ordinamento connette conseguenze sfavorevoli, dette sanzioni. Fra gli atti giuridici illeciti, si possono distinguere quelli di diritto pubblico (reato ed illecito amministrativo, introdotto nel sistema penale dalla l. 689/81) e quelli di diritto privato (per esempio, illecito civile *ex art. 2043 c.c.*, che comporta il risarcimento del danno).

Un secondo punto da approfondire attiene alle motivazioni, che inducono il legislatore a prefigurare ipotesi di reato. Ci si chiede, in proposito, se il sistema del diritto penale sia l'unico strumento, efficace, per debellare la criminalità, che rimane comunque un fenomeno ineliminabile in ogni

società. Anche la criminologia studia il fenomeno, ricercandone le cause e fornendo utili strumenti al legislatore, ma non offre rimedi per contrastarlo.

Per rispondere all'interrogativo che ci si è posti, è necessario riferirsi al concetto di mezzo di controllo sociale, concetto di origine anglosassone ed elaborato, in particolare, negli Stati Uniti. Secondo questa prospettiva, ogni società si organizza mediante regole, la cui osservanza va garantita: è, dunque, necessario approntare validi strumenti di controllo delle suddette regole, per evitare quello che Merton chiamava "anomia", cioè la "rottura delle regole sociali". Nascono, così, i mezzi di controllo sociale. L'aggettivo "sociale" si giustifica per due motivi: innanzitutto, tali mezzi incidono sulla società e, secondariamente, è la stessa società che li crea, dopo aver stabilito le regole.

I mezzi di controllo si distinguono in: *formali* e *non formali*. Nell'ambito dei primi, assumono grande importanza quelli istituzionalizzati: la società delega tali controlli ad alcune istituzioni, come le forze di polizia.

Per quanto riguarda il diritto penale, i consociati delegano il legislatore, affinché individui fatti particolarmente gravi, in corrispondenza dei quali siano previsti strumenti deterrenti, consistenti, essenzialmente, nella minaccia di colpire i trasgressori delle norme, nei loro beni fondamentali. Sono gli stessi consociati, poi, a delegare le forze di polizia, affinché controllino l'osservanza di tali norme, ed accertino le eventuali trasgressioni. Sono, sempre, i componenti della comunità generale, che delegano i magistrati, affinché giudichino i trasgressori ed applichino loro le pene minacciate dalla norma.

Il reato, quindi, costituisce il più grave tra i mezzi di controllo sociale istituzionalizzati. Meno gravi, sono i mezzi di controllo, costituiti, invece, dal sistema dell'illecito amministrativo e dal sistema dell'illecito civile.

Tra i mezzi di controllo sociale non formale, si collocano: la famiglia, la scuola ed il luogo di lavoro (laddove il controllo sociale è esercitato, indirettamente, attraverso la riprovazione degli altri, le sanzioni interne, ecc.).

Si può concludere questa breve e sintetica premessa, affermando che il diritto penale costituisce uno strumento, irrinunciabile, dell'ordinamento; infatti, rappresenta il mezzo di controllo sociale più efficace a garantire la pacifica convivenza dei consociati, comminando sanzioni, più gravi, tra quelle astrattamente proponibili.

Nel nostro ordinamento, la Costituzione fissa dei limiti, nella scelta delle possibili sanzioni da irrogare, riconoscendo, da un lato, la funzione rieducativa della pena, ed escludendo, dall'altro, il ricorso a trattamenti disumani ed all'applicazione della pena di morte.

Il legislatore, comunque, nel prevedere sanzioni penali, incide sulla libertà personale del soggetto (sanzioni detentive) o sul suo patrimonio (attraver-

so le pene pecuniarie). Queste sanzioni sono compatibili con la Costituzione. La Corte costituzionale, tuttavia, investita più volte della questione, concernente i limiti costituzionali alla creazione del diritto penale, ha orientato il legislatore e l'interprete, in direzione del “*volto costituzionale del diritto penale*” (vedi, tra le altre, sent. n. 50 del 1980).

Non si è ancora data risposta, però, al quesito che ci si era posti inizialmente, sulle ragioni della scelta operata dal legislatore: da un lato, di sanzionare un comportamento; dall'altro, di configurare quel comportamento come reato, piuttosto che come illecito amministrativo o non, invece, come illecito civile.

Quanto al primo punto, si deve affermare che è nella Costituzione che il legislatore deve trovare il fondamento per la configurabilità dell'illecito. Quanto alla seconda questione, si può dire che la scelta, tra le diverse tipologie di illeciti, è strettamente correlata al bene, che l'ordinamento intende tutelare.

Se si vuole prevedere un fatto come reato, anziché lasciarlo ad altri sistemi di controllo sociale, si devono rispettare due fondamentali criteri: il principio di proporzione ed il principio di sussidiarietà.

Secondo il primo principio, vi deve essere proporzione tra: la previsione del fatto come reato, che può comportare anche la privazione della libertà personale, e l'interesse da proteggere, rispetto al fatto che gli ha arrecato pregiudizio.

Secondo il principio di sussidiarietà, non basta che l'interesse sia importante, ma deve essere ritenuto inadeguato qualunque altro sistema “minore” di controllo sociale (*extrema ratio* della sanzione penale). Pertanto, il legislatore deve “creare” il sistema penale, quando questo risulti proporzionato all'interesse tutelato e quando l'ordinamento non abbia a disposizione altri mezzi di tutela.

A seguito di queste scelte, il legislatore si pone, poi, una serie di ulteriori problemi, riassumibili in quattro punti fondamentali:

- a) quale organo può emanare le norme penali?
- b) quale comportamento può costituire reato?
- c) chi può essere assoggettato a pena, a seguito dell'accertamento di responsabilità in ordine al reato commesso?
- d) quali sono le conseguenze giuridiche derivanti dal reato?

In un sistema costituzionale qual è il nostro, è la Costituzione che offre la soluzione alle problematiche sopra riportate, che saranno oggetto della trattazione nel prosieguo del lavoro.

## Evoluzione storica del diritto penale e principi fondamentali

SOMMARIO: 1.1. Evoluzione storica del diritto penale, 13 – 1.2. I principi costituzionali del diritto penale, 19 – 1.3. L'efficacia della legge penale nel tempo e nello spazio, 24 – 1.4. La riserva di codice, 30.

### 1.1. Evoluzione storica del diritto penale

#### 1.1.1. *Dalle prime codificazioni al codice Zanardelli*

Le origini del diritto penale risalgono nel tempo: i Romani già prevedevano quelle che possiamo definire norme penali.

Tralasciando l'esame delle normative più remote, si può affermare che la vera svolta, in questo ramo del diritto, si è avuta con l'Illuminismo ed il conseguente mutamento sociale e politico, sfociato nella Rivoluzione francese. Infatti, tale movimento di pensiero si costruisce intorno ad una nuova concezione del rapporto della persona (e/o dell'individuo) con l'autorità. Concezione e ruolo del tutto nuovi, rispetto a quelli su cui, invece, era costruita la dialettica fra autorità o libertà nelle monarchie assolute.

Prima della Rivoluzione francese, nel c.d. *ancien régime*, il Re era il titolare del potere legislativo e, pertanto, era lasciato al suo potere la definizione del reato: venivano puniti, sia gli atteggiamenti interni che i comportamenti esterni; venivano, altresì, puniti, sia i soggetti capaci, che gli incapaci; infine, anche la scelta delle pene irraggiungibili (umane e disumane) era rimessa alla sua volontà.

Nel criticare questo sistema, Voltaire, causticamente, affermava: “*il Codice penale sembra pianificato per rovinare il cittadino*”. Infatti, il sistema penale, precedente alla Rivoluzione, era contrario alla ragione ed alla natura dell'uomo. Né poteva essere tollerato, a lungo, in quanto l'uomo era nato libero.

Si deve a Cesare Beccaria, con la sua opera intitolata “*Dei delitti e delle pene*”, la prima, vibrante, denuncia, contro i soprusi della giustizia penale dell'epoca e l'affermazione della necessità di riformare l'intero sistema

sanzionatorio, esistente nei vari ordinamenti. Per la prima volta, si evidenziavano gli abusi della giustizia penale, nel perseguire i reati (in nome e per conto delle monarchie assolute), sottoponendo i malcapitati ad ingiustificate sofferenze.

L'illustre Autore fu, così, propugnatore di riforme radicali del diritto penale: volte, in particolare, al ridimensionamento degli arbitri dei giudici, ma, anche e soprattutto, all'abolizione delle pene corporali e della pena di morte.

L'opera di Beccaria ebbe profonde ed immediate ripercussioni, nelle legislazioni europee. Si può, in sintesi, dire che, da quelle idee, scaturì il nuovo diritto penale moderno, alla cui base si poneva proprio una diversa concezione della pena.

I grandi rivolgimenti politici della fine del '700 culminarono, come si è accennato, nella Rivoluzione francese e nella conseguente caduta delle monarchie assolute, allora esistenti in Europa.

Nacque, così, lo Stato liberale, incentrato sul principio della tripartizione dei poteri, nonché su una nuova, diversa, dialettica fra individui e Stato, fondata sul riconoscimento della dignità e dei diritti dell'individuo (dalla libertà all'uguaglianza).

I nuovi principi furono, in particolare, consacrati nella "*Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*" del 1789.

A seguito di questi fatti rivoluzionari e dei nuovi principi, cominciarono, in vari Paesi dell'Europa, le prime codificazioni: che ebbero lo scopo di sancire e sviluppare, in un quadro normativo unitario e stabile, le radicali innovazioni, che si volevano introdurre.

La Francia promulgò, nel 1810, il Codice napoleonico.

In Italia, la frammentazione dei vari Regni non impedì la promulgazione di nuovi Codici penali, rispondenti alle istanze riformiste. Furono, così, emanati, successivamente, il Codice penale del Regno delle due Sicilie (1819), il Codice del Ducato di Parma (1820), il Regolamento dei delitti e delle pene dello Stato della Chiesa (1832), il Codice penale sardo, c.d. "Codice albertino" (1839) ed, infine, il Codice penale toscano (1853), nonché il Codice penale sardo, in sostituzione del precedente (1859).

Nella seconda metà dell'Ottocento, nasce in Italia la "Scuola classica", quale risposta all'abuso del secolo precedente. Tale scuola sosteneva che la pena non deve guardare al futuro, ma al passato e, quindi, ha una funzione etico-retributiva: nel senso che la pena è il castigo, morale e giuridico allo stesso tempo, che viene dato, per la lesione di un bene giuridico (*malum passionis quod implicitur ob malum passionis*).

Ciò comportava, tuttavia, un c.d. "sistema tariffario" delle pene, per le diverse ipotesi di reato: nel senso che si creava una (oggettiva) "tariffa penale", dimenticando, in tal modo, la personalità del reo.

A tale orientamento si contrappose la "Scuola positiva", che sosteneva

che il reato è un sintomo della pericolosità del soggetto e che la società deve tutelarsi, attraverso l'applicazione delle misure di sicurezza, con caratteristiche preventive: volte, cioè, ad impedire che il colpevole possa delinquere in futuro.

Con l'unificazione, si adottò, in Italia, il Codice penale sardo, con l'esclusione dell'*ex* Granducato di Toscana, che mantenne il proprio Codice, che, tra l'altro, non prevedeva la pena di morte.

Successivamente, iniziarono i lavori per la promulgazione di un nuovo Codice, da rendere vigente in tutto il territorio del nuovo Stato. Nel 1889, fu emanato il nuovo Codice, detto "Codice Zanardelli" (dal nome del Ministro proponente).

Il Codice, fortemente influenzato dagli orientamenti maturati nella Scuola classica, conteneva elementi di novità e "modernità". Nella Relazione, che accompagna il testo normativo, si legge, infatti, che:

le leggi devono essere scritte in modo che anche gli uomini di scarsa cultura possano intenderne il significato; e ciò deve dirsi specialmente di un Codice penale, il quale concerne un grandissimo numero di cittadini, anche nelle classi popolari, ai quali deve essere dato modo di sapere, senza bisogno di interpreti, ciò che dal Codice è vietato.

In linea con il pensiero di Zanardelli, che riteneva che la pena non dovesse intimidire il colpevole, ma, piuttosto, correggerne i comportamenti, si aboliva la pena di morte.

A conferma del valore intrinseco, nonché della "modernità" delle disposizioni recate dal codice Zanardelli, si può evidenziare la circostanza che esso costituisce, tuttora, la fonte principale del diritto penale dello Stato della Città del Vaticano, che lo ha recepito nel proprio ordinamento, a seguito della stipulazione dei Patti Lateranensi del 1929.

### 1.1.2. *Il codice Rocco*

I cambiamenti strutturali, della società italiana, determinatisi dopo la prima guerra mondiale, nonché i mutamenti dell'assetto politico, comportarono l'avvio di una riforma del Codice Zanardelli. Ciò, perché il codice stesso, marcatamente di impronta liberale, non risultava pienamente rispondente alle istanze delle nuove Scuole penalistiche: in particolare, la Scuola classica e la Scuola positiva.

Nel 1921, fu redatto il "Progetto Ferri" (di riforma del Codice), espressione della Scuola positiva. Non fu mai approvato: ciò a motivo dei continui mutamenti sociali e culturali, che si susseguirono in modo frenetico, in quegli anni, ma, soprattutto, a seguito del cambiamento del regime politico, con l'avvento del Fascismo.

Fra gli opposti estremismi delle due principali Scuole, si faceva strada, con intenti di mediazione, la “Terza scuola” o “Scuola eclettica”, che, più che pensare di risolvere i problemi penali, si prefiggeva di formulare le norme con chiarezza, precisione e tecnicismo.

Dopo una serie di progetti che non ebbero seguito, fu presentato, approvato e pubblicato, con r.d. 19 ottobre 1930, il Codice, attualmente vigente, denominato “Codice Rocco”, dal nome del Guardasigilli proponente Alfredo Rocco.

Il vero autore del Codice fu, in realtà, il fratello del Ministro, Arturo Rocco, che fu coadiuvato nel lavoro dai più illustri penalisti dell’epoca.

Il pensiero del Rocco si poneva in posizione critica, sia nei confronti della Scuola classica, cui si contestava una concezione del diritto penale immutabile ed universale, sia, anche, alla Scuola positiva, cui si obbiettava di aver relegato il diritto penale in una posizione ancillare, rispetto alle elaborazioni prodotte dalle dottrine sociologiche. In effetti, l’Autore della proposta di Codice propugnava un nuovo indirizzo, c.d. “Tecnico–giuridico”, della scienza penalistica. Questa avrebbe dovuto consistere in un ambito, chiaramente delimitato, di principi giuridici, nonché in una conoscenza, appunto, “scientifica” della disciplina dei delitti e delle pene.

Per cogliere l’essenza del pensiero dell’illustre giurista, si possono riportare le seguenti parole:

Il nuovo Codice ha ritenuto opportuno prendere da ciascuna Scuola soltanto ciò che in essa vi è di buono e di vero, cercando di creare un sistema che tutte le Scuole componesse, nell’unità di un più alto organismo atto a soddisfare i reali bisogni e le effettive esigenze di vita della società e dello Stato.

Anche se in alcuni punti, specialmente nella parte relativa alle ipotesi di reato, il Codice presentava una forte impronta autoritaria, il giudizio della dottrina è stato sempre, complessivamente, positivo, avuto riguardo allo sforzo, che è evidenziato dalla citazione appena riportata, di mediazione dei diversi indirizzi di pensiero esistenti, ma anche considerando che la codificazione è consistita nella introduzione di un complesso di norme caratterizzato da un alto livello tecnico.

Difatti, il Codice Rocco, malgrado sia venuto alla luce nel periodo fascista, ha conservato il suo valore intrinseco, tanto da essere stato conservato in vigore anche dopo l’entrata in vigore della nuova Costituzione (democratica) repubblicana del 1948.

Tuttavia, a partire dagli anni sessanta, in concomitanza con le contestazioni di vari strati della popolazione, volte a determinare radicali mutamenti culturali e nei rapporti economico–sociali, si è assistito all’emergere di posizioni, sempre più generalizzate (nella dottrina, nella giurisprudenza e

nella opinione pubblica), tendenti ad una rimodulazione dell'ordinamento giuridico, che lo rendesse pienamente coerente con i principi ed i valori della Costituzione.

È stato un risveglio improvviso, che ha portato ad una nuova concezione del diritto penale "costituzionalmente orientato" rivisitato, cioè, alla luce dei nuovi principi della Costituzione.

Conseguentemente, alcune norme del Codice — soprattutto quelle che maggiormente erano il frutto del rigorismo autoritario dell'epoca — sono state abrogate o dichiarate incostituzionali, ovvero modificate (per es., le norme riguardanti lo sciopero, la responsabilità del direttore del giornale, l'ignoranza della legge penale); altre norme sono risultate anacronistiche, rispetto ai cambiamenti sociali e culturali del Paese, sicché anch'esse sono state abrogate (si vedano, ad esempio, le norme che prevedevano il duello come reato o la circostanza attenuante per l'omicidio commesso a difesa dell'onore).

In altri settori, invece, si sono avvertiti vuoti di tutela, determinati, anch'essi, dal progresso e dal cambiamento della società. Si è proceduto, così, ad inserire nel Codice nuove ipotesi di reato (si pensi, ad esempio, ai reati informatici, alle norme concernenti le associazioni mafiose, la violenza sessuale, ovvero alle norme contro la c.d. pedofilia, e da ultimo quelle volte a punire il c.d. *stalking*, ecc.).

Nel complesso, però, l'impianto generale delle norme della Parte generale è rimasto intatto, malgrado qualche "piccolo correttivo" operato negli anni dalla Corte costituzionale (si pensi, ad esempio, al principio sancito dall'art. 5, sull'inammissibilità dell'ignoranza della legge penale).

Negli anni, sono stati presentati vari Progetti di riforma della parte generale del Codice che, però, non sono mai andati in porto.

Oltre alle norme previste nel Codice penale, il diritto penale comprende una serie di leggi, che nel tempo si sono succedute, in vista della tutela, che risultava carente, in alcuni particolari settori, che richiedevano una normativa specifica e dettagliata, non inseribile nel sistema del Codice. Questi nuovi plessi normativi sono andati a sostituire o integrare la legislazione penale speciale (si pensi, ad es., alle norme sulla tutela della *privacy*, a quelle sulle sostanze stupefacenti, sulla disciplina della interruzione della gravidanza, ovvero a quelle concernenti i reati finanziari, ovvero ancora i reati connessi all'inquinamento, alla normativa attinente all'immigrazione, etc).

### 1.1.3. Alcuni principi caratterizzanti del diritto penale attuale

Come detto precedentemente, il diritto penale ha assunto un "volto" costituzionalmente orientato, che si concretizza, tanto nella formulazione delle norme (che tiene conto dell'individuazione dei beni giuridici di rilevanza

costituzionale da tutelare), quanto nell'interpretazione e nell'applicazione delle fattispecie incriminatrici.

I caratteri del nuovo diritto penale rispondono ai seguenti principi:

- a) autonomia: in base a tale principio, si rivendica che il diritto penale non si limita a tradurre in norme i precetti morali o quelli riconosciuti in altri rami dell'ordinamento (per es., l'adulterio o l'inadempimento contrattuale), ma esprime, con norme proprie, ciò che è destinato a valere esclusivamente ai fini della materia penale (ad es., attraverso le norme interpretative). Pertanto, il diritto penale non ha solo una funzione sanzionatoria, ma appresta una tutela autonoma ai beni che ritiene meritevoli di protezione (ad es., vita, patrimonio ecc.);
- b) sussidiarietà: secondo tale principio, il ricorso al diritto penale e, in particolare, alla relativa sanzione, deve essere considerato dal legislatore l'*extrema ratio* a cui ricorrere: quando, cioè, risultano insufficienti gli altri possibili modi di tutela forniti dall'ordinamento.  
Il principio è stato recepito dalla circolare della Presidenza del Consiglio dei ministri del 19 dicembre 1983, relativa ai criteri orientativi, che il legislatore dovrebbe seguire nella scelta delle fattispecie da sanzionare, tra illecito penale ed illecito amministrativo;
- c) meritevolezza della pena: per tale principio, il ricorso alla sanzione penale è riservato alle sole aggressioni — di un bene giuridico — che risultino intollerabili e, quindi, meritevoli di pena;
- d) frammentarietà: secondo tale principio, il diritto penale non tutela ogni aggressione ad un bene giuridico, ma solo alcune aggressioni: quelle che avvengono nei modi specificatamente indicati dalla norma [si veda, ad es., la norma che prevede il furto: questa punisce l'aggressione al bene patrimonio (solo) quando avviene attraverso le modalità dell'impossessamento e della sottrazione, indicate espressamente dalla norma].

Da ciò si evince che la tutela riservata dal diritto penale al patrimonio risulta "frammentaria", rispetto, per esempio, alla tutela approntata dal Codice civile; mentre la tutela riservata alla persona è approntata dal diritto penale in ogni suo aspetto e manifestazione.

Sempre il principio in parola comporta che ciò che è considerato penalmente rilevante ha una portata più limitata, rispetto a ciò che è ritenuto giuridicamente "antigiuridico", dal punto di vista dell'intero ordinamento (per es., l'inadempimento contrattuale è, certamente, antigiuridico, ma non costituisce un illecito penale).

Infine, il principio stesso serve a discriminare ciò che è penalmente rilevante, rispetto a quanto è, invece, solo moralmente riprovevole. Ad esempio,

l'esercizio della prostituzione, moralmente riprovevole, non costituisce di per sé reato, ma solo lo sfruttamento di tale attività è rilevante penalmente.

## 1.2. I principi costituzionali del diritto penale

### *Introduzione*

Nella Costituzione si rinvencono i principi cardine del diritto penale; sono detti, anche, principi del garantismo penale e si possono così elencare, anche attraverso sintesi verbali in lingua latina, che li descrivono lapidariamente:

- principio di legalità, *nullum crimen sine lege*;
- principio di offensività, *nulla lex sine iniuria*;
- principio di materialità, *nulla iniuria sine actione*;
- principio di colpevolezza, *nulla actio sine culpa*.

Tali principi esprimono il complesso delle garanzie, prestate ai consociati: in particolare, la previsione di un fatto come reato è riservata soltanto alla legge; quest'ultima deve contenere l'individuazione del bene, ritenuto meritevole di protezione ed al quale viene recata offesa; inoltre, l'offesa non può sussistere al di fuori di un comportamento giuridicamente descritto dal legislatore; infine, e soprattutto, il comportamento non può essere addebitato al soggetto, al di fuori della sua colpevolezza.

Tali principi sono analizzati nel prosieguo del lavoro.

### 1.2.1. *Il principio di legalità*

Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso.

Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge (art. 25, commi 2 e 3 Cost.).

Nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite (art. 1 c.p.).

Storicamente, il principio di legalità affonda le sue radici nella *Magna Charta libertatum* (1215), ma è solo nel periodo illuministico che trova la sua consacrazione, con la dottrina del "contratto sociale". Infatti, il pensiero filosofico illuminista era teso, da un lato, a contrastare i soprusi e gli autoritarismi delle monarchie assolute e, dall'altro, ad assicurare l'eguaglianza dei soggetti, garantendo la sottoposizione anche del giudice alla legge. Ciò in

applicazione del richiamato principio della divisione dei poteri dello Stato, sostenuta dal Montesquieu.

Già il Codice penale del 1930 esordiva, all'art. 1, con il principio di c.d. "stretta legalità": sancendo, in tal modo, la necessità che nessuno possa essere punito e sottoposto a pena, se non in presenza di una espressa previsione normativa.

Il principio ha trovato espresso riconoscimento anche nella nostra Costituzione, e precisamente nel richiamato art. 25.

Pur apparentemente difformi, entrambi gli enunciati hanno una perfetta coincidenza, così come affermato dalla Corte costituzionale (sentenza 27/1961), in quanto il Costituente, nella formulazione dell'art. 25, si proponeva di

reintrodurre tutte le garanzie politiche dei diritti di libertà, proprie della tradizione liberal-democratica, nonché recuperarne tutte le dimensioni garantistiche.

Il principio di legalità, nella sua finalità garantista, si suddivide in quattro corollari o sottoprincipi:

- riserva di legge;
- determinatezza;
- tassatività e divieto di analogia;
- irretroattività.

### 1.2.2. *Il principio di riserva di legge e le fonti del diritto penale.*

Il principio sancisce il divieto di punire un fatto, in mancanza di una norma, scritta e preesistente rispetto al fatto commesso, che lo preveda come reato (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*).

Nella panoramica generale delle fonti dell'ordinamento, il principio assegna il monopolio della formulazione delle norme penali al potere legislativo (norme introdotte dalle fonti primarie), ritenuto il più adeguato, per garantire le libertà dell'individuo, riconoscerne e tutelarne i diritti. Riservando al Parlamento il monopolio legislativo, ci si garantisce anche nei confronti dell'indebita interferenza dei poteri esecutivo e giudiziario.

Le altre fonti *sub* legislative (secondarie), come regolamenti, provvedimenti, possono avere solo una funzione integratrice delle norme incriminatrici.

Pertanto, le fonti del diritto penale sono:

- a) le norme di rango costituzionale;
- b) le leggi ordinarie (emanate dal Parlamento ai sensi degli artt. 70-74 Cost);