

— art. 500 —, « notizie false, esagerate o tendenziose o... altri artifici atti a cagionare un aumento o una diminuzione del prezzo delle merci... » — art. 501 —, « nomi, marchi o segni distintivi... atti a indurre in inganno il compratore sull'origine, provenienza o qualità delle opere o del prodotto » — art. 517 —);

d) infine, l'espressa menzione del « **nocumento** », sinonimo di danno nel linguaggio legislativo, tra gli elementi costitutivi di alcune figure delittuose, come l' « infedeltà in affari di Stato » (art. 264), il « disfattismo politico » (art. 265), la « distruzione di materie prime » (art. 499), le « frodi contro le industrie nazionali » (art. 514) e la « rivelazione di segreto professionale » (art. 622).

§ 7.3. La struttura e la disciplina del tentativo come banco di prova del principio di offensività

7.3.1. Un'ulteriore, decisiva conferma dell'accoglimento, nel codice Rocco, della nozione del reato come offesa a un bene giuridico si ricava dalla configurazione e dalla disciplina del **tentativo**.

È noto come questo istituto rappresenti sempre un fondamentale **banco di prova del modello del diritto penale** fatto proprio da qualsiasi legislatore (cfr. *supra*, II, 4.7.2.): sia la **struttura** che il **trattamento sanzionatorio** del tentativo sono infatti diversi a seconda che ci si ispiri ad una *concezione del reato* di impronta *soggettivistica* o *sintomatica*, ovvero, all'opposto, alla concezione del reato come *offesa a un bene giuridico* (cfr. *infra*, 9.2.).

Nella *prima ipotesi* il legislatore considererà responsabile di tentativo chiunque manifesti, in qualsiasi modo, la volontà di — o la inclinazione a — commettere questo o quel fatto di reato e punirà nella stessa misura chi tenta di commettere il reato e chi lo porta a consumazione⁶. Nella *seconda*

⁶ Una disciplina di questo tenore è caldeggiata da *tre* filoni di dottrina. In *primo* luogo, una concezione soggettivistica del tentativo di stampo eticizzante ha dominato in Germania dall'inizio del secolo, sino alla riforma del 1975: cfr. per tutti le critiche di KOHLRAUSCH, *Der Allgemeine Teil des Entwurfs 1925*, in ASCHROTT-KOHLRAUSCH (a cura di), *Reform des Strafrechts*, 1926, p. 27 ss., il quale bolla la concezione soggettivistica del tentativo come « espressione di uno Stato di polizia », e, con riferimento alla riforma del 1975, SPASARI, *Ragione e prevaricazione nella Seconda legge di riforma del Codice penale tedesco*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, p. 3 ss., in particolare p. 22 ss. In *secondo* luogo, una concezione soggettivistica del tentativo è stata proposta, in Italia e in Germania, dai fautori della concezione del reato come sintomo della pericolosità individuale (cfr. *supra*, II, 4.5.): cfr. GAROFALO, *Criminologia*, 2^a ed., 1891, p. 343 ss.; von OVERBECK, *Die Erscheinungsformen des Verbrechens im Lichte der modernen Strafrechtsschule, mit besonderer Berücksichtigung der Versuchslehre*, 1909, rist. 1978, p. 28 ss. In *terzo* luogo, come si è già visto (cfr. *supra*, II, 4.7.2.), la concezione soggettivistica del tentativo è stata al centro della visione ultrarepressiva

ipotesi, invece, la punibilità del tentativo sarà innanzitutto fondata sulla creazione, o sulla mancata neutralizzazione, di un pericolo per il bene giuridico tutelato dalla norma che prevede il corrispondente reato consumato; d'altra parte, il reato tentato, incarnando un'offesa meno grave rispetto al reato consumato, sarà sanzionato con una pena obbligatoriamente più lieve.

7.3.2. Il *codice penale del 1930*, confermando le scelte del codice liberale del 1889, ha optato nettamente per la seconda soluzione. Nella definizione del « delitto tentato », l'art. 56 c.p. fa perno infatti sul compimento di « **atti idonei a commettere un delitto** »: in altri termini, sulla esposizione a **pericolo** del bene giuridico; e quanto al trattamento sanzionatorio, fa **obbligo** al giudice di applicare una « pena **diminuita** » (e diminuita in misura cospicua: di regola, da un terzo a due terzi) rispetto alla pena stabilita per il delitto consumato.

A ciò si aggiunga che, secondo l'opinione più accreditata, l'art. 49 c.p., ribadendo (o integrando) la disciplina dell'art. 56, afferma esplicitamente la **non punibilità del tentativo impossibile** per inidoneità dell'azione.

Una parziale concessione alla visione del reato come sintomo di pericolosità individuale è stata operata dal legislatore del 1930 quando ha stabilito che all'autore di un tentativo impossibile (dunque, di un fatto che **non** costituisce reato) può essere applicata dal giudice la misura di sicurezza della libertà vigilata. Si tratta di uno dei casi eccezionali (i c.d. quasi reati: reato impossibile, accordo e istigazione a commettere un reato) in cui, secondo la previsione dell'art. 202 comma 2 c.p., è possibile applicare una misura di sicurezza anche « per un fatto non preveduto dalla legge come reato » (cfr. *supra*, I, 12.3.).

Quanto sia centrale, d'altra parte, nel nostro sistema penale la norma che sancisce la non punibilità del tentativo impossibile è stato lumeggiato da Giacomo Delitala già a commento del Progetto del codice. Proprio da tale norma — scriveva l'illustre Autore — si ricava che « il criterio cui il Progetto si ispira nel dettare la nozione di reato » è il seguente: « la semplice azione, anche dolosa, senza un'offesa (danno o pericolo) ad un bene o interesse protetto non è sufficiente a dar vita al reato »⁷.

dei teorici di un diritto penale nazista. Durante il nazismo il legislatore tedesco ha parzialmente recepito questa concezione, rendendo solo facoltativa la diminuzione della pena per il tentativo rispetto al reato consumato (l. 29 maggio 1943: cfr. SPASARI, *Ragione e prevaricazione*, cit., p. 36). Questa soluzione è stata conservata anche dal codice penale tedesco del 1975 (par. 23 comma 2).

⁷ DELITALA, *Le dottrine generali del reato nel Progetto Rocco*, 1927, ora in *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, I, 1976, p. 285.

Capitolo Nono

LA QUADRIPARTIZIONE DEL REATO

§ 9.1. L'esigenza di una scomposizione analitica del reato

9.1.1. L'esigenza di analizzare separatamente gli elementi strutturali di ogni reato e di collocarli secondo un ordine logico-sistematico è oggi avvertita dalla totalità della dottrina.

È ben vero — e l'interprete e il giudice non devono mai dimenticarlo — che **ciascun elemento** del reato è **presupposto** indispensabile per l'**applicabilità della pena** nel caso concreto¹; il reato — ogni reato — può dunque essere espresso con una formula matematica del tipo: « Se vi sono $a + b + c$, etc., deve esserci \times (la pena) »². Da questo punto di vista, meramente **formale**, tutti gli elementi del reato si collocano perciò sullo stesso piano.

9.1.2. Se però ci si domanda **perché** questo o quell'elemento è assunto quale presupposto per l'applicazione della pena, in altri termini qual è la **funzione** assoluta da ciascun elemento nella struttura del reato, le risposte saranno necessariamente differenziate³.

Si pensi ad esempio al reato di furto (art. 624 c.p.). Una serie di elementi hanno la funzione di descrivere un **fatto**, cioè una **specifica offesa al bene giuridico** (sottrazione e impossessamento di una cosa mobile altrui); altri elementi decidono **se** e quando il fatto è **antigiuridico**, vale a dire **disapprovato dall'ordinamento** (la sottrazione e l'impossessamento possono essere infatti leciti in quanto compiuti, ad esempio, da un ufficiale giudiziario, nell'adempimento dei suoi doveri, per trasportare la cosa mobile pignorata alla casa delle aste); altri elementi ancora esprimono le condizioni in presenza delle quali il fatto antigiuridico è **colpevole**, ossia **personalmente rimproverabile** a chi lo ha realizzato (la volontà di sottrarre la cosa e di impossessarsene col fine di trarne profitto; una volontà non

¹ BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906, rist. 1964, p. 74.

² Cfr. SCHWINGE-ZIMMERMANN, *Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht*, 1937, p. 33.

³ Cfr. BELING, *Die Lehre*, cit., p. 77 s.; SCHWINGE-ZIMMERMANN, *Wesensschau*, cit., p. 33.

coartata da costringimento fisico o da minaccia alla vita; la capacità di intendere e di volere al momento della sottrazione e dell'impossessamento, etc.); altri elementi, infine, riflettono eventuali valutazioni del legislatore in ordine alla **punibilità** del fatto antiggiuridico e colpevole, cioè all'**opportunità di applicare la pena** nel caso concreto (la vittima della sottrazione non deve essere il coniuge, il genitore, il figlio, etc.: art. 649 c.p.).

9.1.3. Secondo lo schema di analisi che abbiamo ora abbozzato, il reato — ogni reato — risulta perciò composto da una serie di elementi, disposti l'uno di seguito all'altro nel seguente ordine logico: il reato è un **fatto (umano) antiggiuridico, colpevole, punibile**.

Non si tratta dell'unico modello di analisi del reato: altri ne vengono proposti da parte della dottrina, e la preferenza dovrà essere data al modello che meglio rispecchia la fisionomia che il reato possiede nel nostro ordinamento (cfr. *infra*, 9.4. ss.). In ogni caso, non si può rinunciare ad analizzare e a scomporre il reato in una pluralità di elementi, se non si vuole al contempo rinunciare a una razionale comprensione delle funzioni che essi esplicano e se si vuole davvero aiutare la prassi giudiziaria ad assicurare la certezza del diritto, riconducendo in modo ordinato e preciso il caso concreto sotto il modello descritto dal legislatore. *Bene iudicat qui bene distinguit* (cfr. *infra*, 9.8.).

9.1.4. Va segnalato che una corrente di pensiero, sviluppatasi in **Germania dopo il 1933** per dare basi scientifiche al diritto penale nazista, ha patrocinato una **visione 'totalizzante'** del reato e ha combattuto con veemenza ogni tipo di analisi.

Mescolando la fenomenologia di Husserl — il quale identificava la conoscenza con l'intuizione dell'«essenza delle cose» — e il pensiero di Carl Schmitt — il quale vedeva nei fatti giuridici, e quindi anche nel reato, altrettante unità e 'ordini' concreti comprensibili solo come un 'tutto' —⁴, gli esponenti della c.d. Scuola di Kiel, in particolare Dahm e Schaffstein, sostenevano che l'unità del concetto di reato veniva « distrutta » da ogni « astrazione » che scomponga questo concetto nei suoi elementi costitutivi: « opera qui — si disse — un modo di pensare... disgregatore, per effetto del quale il reato si spezza in una somma di singoli elementi, di vuote astrazioni »⁵. « Come il diritto è ordine concreto — si disse ancora —, così il reato è concreto disordine. L'illecito non si lascia dividere... Un pensiero vitale e totalizzante lascia intatte le strutture profonde cariche di significato e riprova quelle separazioni e dissociazioni che sono proprie di una concettualizzazione astratta...

⁴ Sulle matrici filosofiche della concezione unitaria del reato, cfr. SCHWINGE-ZIMMERMANN, *Wesensschau*, cit., pp. 8 ss. e 17 ss.; ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, 2^a ed., 1968, p. 128 ss., in particolare p. 137 ss.; G. BETTIOL, *Bene giuridico e reato*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1938, ora in *Scritti giuridici*, 1966, I, p. 322; ID., *Sul metodo della considerazione unitaria del reato*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1938, ora in *Scritti giuridici*, cit., I, p. 388 ss.; ID., *Sistema e valori del diritto penale*, in *Jus*, 1940, ora in *Scritti giuridici*, cit., I, p. 494 ss.

⁵ DAHM, *Verbrechen und Tatbestand*, 1935, p. 6 s.

Lo studente, il giurista pratico non devono abituarsi a distinzioni astratte, a dissociare cioè in singole parti l'intrinseca struttura e unità del reato, bensì debbono vederne l'essenza e il tutto »⁶.

Come fu però notato criticamente, oltre che in Italia, nella stessa Germania sotto il nazismo, questa visione totalizzante del reato va respinta proprio in quanto *abbandona all'irrazionale 'intuizione' del giudice*, e quindi, in ultima analisi, al suo *arbitrio, l'applicazione delle norme incriminatrici*⁷. È la certezza del diritto che viene programmaticamente calpestata da chi, in nome della 'intuizione' delle 'essenze', esime il giudice dal dovere di accertare se, nel caso concreto, siano presenti tutti gli estremi di ogni singolo reato, analiticamente descritti dal legislatore liberale⁸.

D'altra parte, le connotazioni illiberali di questa corrente di pensiero emergono con particolare evidenza allorché nella visione del reato 'come un tutto' si ricomprende *anche il reo*: « Fatto e autore non sono entità contrapposte — afferma Dahm —, ma si unificano in un tutto »⁹. Pienamente coerente con questa impostazione è quindi la tesi secondo cui risponde di *furto* non chi sottrae una cosa mobile altrui e se ne impossessa, bensì chi è '*ladro*' secondo la sua essenza: ciò che consentì a Dahm di sostenere, riprendendo un esempio di Schmitt, che non commetteva furto, non essendo ladro secondo la sua essenza, il membro della Hitler-Jugend che avesse sottratto la bandiera di una organizzazione giovanile cattolica, bruciandola come trofeo¹⁰! Sotto la parola d'ordine dell'intuizionismo, la concezione unitaria del reato mostrava così la sua vocazione a calpestare ogni garanzia individuale, riducendo il diritto penale a strumento arbitrario per la soluzione anche di contingenti conflitti politici.

§ 9.2. Una questione preliminare: la scelta tra 'oggettivismo' e 'soggettivismo' nell'analisi del reato

9.2.1. La scelta a favore di questo o di quel modello di analisi del reato va compiuta ponendosi un quesito preliminare.

L'interprete deve **innanzitutto** accertare se è stato commesso il **fatto**,

⁶ Così, ancora, DAHM, *Verbrechen*, cit., p. 30 ss.

⁷ Per questa, e altre critiche, alla concezione unitaria del reato, cfr. nella letteratura italiana — oltre ai lavori di Bettiol citati *supra*, nt. 4 — MARINUCCI, *Fatto e scriminanti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, ora in MARINUCCI-DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, 1985, p. 185 ss. A tali Autori si rinvia anche per un quadro degli echi e delle parziali adesioni che la concezione in esame ha trovato nella dottrina italiana.

⁸ Cfr. SCHWINGE, *Irrationalismus und Ganzheitsbetrachtung in der deutschen Rechtswissenschaft*, 1938, p. 50 ss., il quale sottolineò l'appartenenza della Scuola di Kiel al più ampio movimento irrazionalista caratteristico del pensiero non solo giuridico della Germania di quegli anni. Per ulteriori citazioni dei critici della Scuola di Kiel negli anni '30, cfr. ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung*, cit., p. 139, nt. 29. Sui pericoli che la concezione unitaria del reato comporta per la giustizia e per la certezza del diritto, cfr. nella manualistica tedesca contemporanea MAURACH-ZIPEL, *Strafrecht, A.T.*, Teilband 1, 6^a ed., 1983, p. 169.

⁹ Così DAHM, *Der Tätertyp im Strafrecht*, 1940, p. 24.

¹⁰ Cfr. DAHM, *Verbrechen*, cit., p. 45.

cioè l'offesa al bene giuridico che individua ciascuna figura di reato, e solo **successivamente** domandarsi se l'autore del fatto ha agito con dolo o con colpa, era imputabile, etc., e quindi ne è **responsabile**?

O invece, percorrendo il cammino inverso, l'interprete deve **in primo luogo** volgere la propria attenzione all'autore, domandandosi quali fossero le sue intenzioni, se sia stato disattento, imprudente, etc., e solo **successivamente** deve accertare se le sue intenzioni o la sua disattenzione si siano tradotte nel **fatto** costitutivo di un determinato reato?

9.2.2. L'*alternativa* ora prospettata tra primato del *fatto* o primato dell'*autore* nell'analisi del reato — in altri termini, tra primato dell'*oggettivo* o primato del *soggettivo*¹¹ — non può essere sciolta se non ricordando, come si è anticipato, che la **preferenza** dovrà essere accordata a quello **schema** di analisi che **meglio rispecchia** la **struttura del reato** in un dato **ordinamento**. Si dovrà optare per un modello di analisi oggettivistico — che muova cioè dall'accertamento del fatto — o viceversa per un modello soggettivistico — che muova cioè dall'indagine sull'autore (sulle sue intenzioni, le sue imprudenze, la sua personalità, etc.) — a seconda che il **legislatore** abbia collocato il **fatto** o l'**autore** al centro della struttura del reato.

9.2.3. Come si è ampiamente mostrato (cfr. *supra* II, 7), il legislatore italiano ha quasi costantemente costruito i tipi di reato assegnando il primato all'oggettivo rispetto al soggettivo, cioè al fatto rispetto all'autore: nella legislazione italiana il reato è, innanzitutto, offesa a uno o più beni giuridici.

Questa concezione del reato, accolta in linea di principio sia nel codice penale del 1889, sia in quello del 1930, non è, d'altra parte, suscettibile di essere abbandonata o derogata dall'odierno **legislatore**. Come si è visto, la **Costituzione italiana** ha infatti disegnato un modello di reato che fa perno

¹¹ Si usano qui le espressioni 'soggettivo' e 'soggettivismo' nel duplice significato che è stato loro attribuito dalla scienza penalistica nel corso dell'ultimo secolo (cfr. SPENDEL, *Zur Notwendigkeit des Objektivismus im Strafrecht*, in *ZStW*, 1953, p. 521): sia con riferimento agli *atteggiamenti psicologici* dell'agente (intenzioni, volizioni, rappresentazioni, moventi, etc.), sia con riferimento alla *personalità* dell'agente, inquadrata fra i 'tipi *criminologici* d'autore' (cioè, secondo gli insegnamenti della Scuola Positiva, tra le personalità naturalisticamente devianti e pericolose) ovvero fra i 'tipi *normativi* d'autore' (cioè, secondo un filone formatosi nella dottrina tedesca degli anni trenta, tra le personalità dei cittadini incapaci di inserirsi nella comunità per la loro 'infedeltà ai doveri', per il 'cedimento della loro coscienza', etc.). Sui diversi modi di concepire i tipi d'autore, cfr. G. BETTOL, *Azione e colpevolezza nelle teorie dei « tipi » d'autore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1942, ora in *Scritti giuridici*, II, 1966, p. 535 ss., in particolare p. 542 ss.; GUARNERI, *Il delinquente tipo*, 1942; PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, 1952, p. 12 ss. e, soprattutto, CALVI, *Tipo criminologico e tipo normativo d'autore*, 1967, p. 35 ss.

sul fatto — sull'offesa ai beni giuridici — (cfr. *supra*, II, 5.1.), assegnando invece alla colpevolezza (dolo, colpa, imputabilità, etc.) il ruolo, logicamente successivo, di individuare le condizioni che consentono di rimproverare il fatto al suo autore (cfr. *supra*, II, 5.2. ss.).

9.2.4. Il vincolo imposto dalla Costituzione opera altresì nei confronti dell'**interprete**.

Il *giudice*, l'*avvocato*, lo *studente*, nell'analisi del reato, dovranno necessariamente muovere dall'individuazione del **fatto** incriminato, riservando ad uno **stadio logicamente successivo** l'accertamento della **personale responsabilità** di chi ha commesso il fatto.

Può darsi, ad esempio, che vi sia la sicura prova che Tizio *volesse* uccidere Caio, ma *se non si è innanzitutto accertato* che Tizio *ha in effetti cagionato la morte* di Caio, o, per lo meno, *ha cercato di ucciderlo con atti idonei e diretti in modo non equivoco* a cagionarne la morte (art. 56 c.p.), non lo si potrà punire né per omicidio doloso consumato (art. 575 c.p.), né per omicidio tentato (artt. 575 e 56 c.p.).

Si faccia il caso di Tizio che, avendo premeditato la morte di Caio per avvelenamento, gli mette nel cibo un veleno ad effetto ritardato; Caio però muore, non per avvelenamento, bensì per un infarto intervenuto prima che il veleno facesse effetto. Benché animato da una ferma e persistente volontà di uccidere, Tizio *non* risponderà di *omicidio consumato*, perché la *morte* di Caio *non* è stata *conseguenza* della sua *azione*: potrà rispondere soltanto di tentativo di omicidio.

Si possono d'altra parte immaginare dei casi in cui, nonostante la sicura e dichiarata volontà di uccidere, l'agente *non* risponderà nemmeno di *tentato omicidio*.

Ad esempio, Tizio, magari gridando: *ti uccido!*, mira al cuore di Caio e preme il grilletto di quella che ritiene una vera pistola, mentre è una pistola-giocattolo: *il tentativo non si configura* perché gli *atti* di Tizio sono *inidonei* a cagionare la morte di Caio.

Ancora: Tizio spara con una pistola vera contro Caio sdraiato sul letto, morto però da qualche istante per un infarto: *il tentativo non sussiste*, in quanto l'inesistenza dell'oggetto materiale del reato di omicidio — un uomo vivo al momento dell'azione — rendeva *impossibile* il verificarsi dell'evento *morte* (artt. 49 comma 2 e 575 c.p.).

Del pari, può darsi che vi sia la sicura prova che Tizio avesse la ferma e risoluta *intenzione di far abortire* la fidanzata Mevia, contro la volontà di costei, e che avesse a tale scopo incaricato Caia di compiere atti abortivi su Mevia. Se però si è preventivamente accertato che le manovre abortive compiute da Caia non potevano provocare l'aborto perché Mevia *non era incinta*, come invece Tizio credeva erroneamente sulla base di un fallace test di gravidanza, ne segue che Tizio e Caia — benché animati dalla

volontà di interrompere la gravidanza di una donna non consenziente — non risponderanno di *procurato aborto consumato* (art. 18 l. 22 maggio 1978 n. 194), perché non vi è stata l'interruzione di alcuna gravidanza, e *neppure* risponderanno di *tentativo* di aborto, perché il nostro ordinamento non punisce chi tenta l'impossibile (art. 49 comma 2 c.p.).

Chi la pensasse diversamente non applicherebbe la legge italiana, ma la stravolgerebbe.

9.2.5. Gli intensi rapporti tra la dottrina penalistica italiana e quella tedesca, risalenti all'ottocento e costantemente coltivati sino ai nostri giorni, nonché l'involuzione totalitaria del regime politico conosciuta da Italia e Germania a cavallo tra gli anni venti e gli anni quaranta, suggeriscono di gettare uno sguardo sull'andamento del *dibattito tra oggettivismo e soggettivismo in Germania*.

Mentre in Italia, come si è visto (cfr. *supra*, II, 4.2.), a partire dall'Illuminismo domina pressoché incontrastata una visione del reato che assegna il primato al fatto rispetto all'autore, in Germania lo scontro tra *oggettivismo* e *soggettivismo* accompagna l'intera storia del *diritto penale moderno*.

9.2.5.1. Voci autorevoli della dottrina tedesca ripropongono infatti periodicamente *concezioni pre-illuministiche* del diritto, e, correlativamente, anche dell'illecito penale.

Già in una parte della letteratura del periodo compreso tra la *fine dell'ottocento* e gli *anni trenta* il diritto torna infatti ad essere concepito come un insieme di regole della vita interiore, tendenti a guidare e a valorizzare innanzitutto i moventi, la volontà e gli atteggiamenti interiori; correlativamente, l'illecito penale viene guardato *dal lato della persona dell'autore*: ciò che conta non è l'aggressione alla vittima e ai suoi beni giuridici, bensì la *volontà 'mahvagia'* di chi non si sottomette alla legge¹².

Era perciò del tutto conseguente che si additasse come prototipo del reato non già il reato consumato — cioè il reato che si configura solo quando si è oggettivamente verificata la lesione del bene tutelato —, bensì il *tentativo*¹³, e per di più un tentativo costruito in modo soggettivistico, potendo essere integrato da qualsiasi manifestazione esterna, anche la più innocua, della volontà di commettere questo o quel fatto delittuoso: anche la volontà, ad esempio, di *far abortire con una innocua tisana una donna erroneamente ritenuta incinta*¹⁴.

¹² Per una dettagliata illustrazione degli orientamenti soggettivistici in dottrina e in giurisprudenza dall'ultimo ventennio dell'ottocento fino agli anni venti, cfr. MEZGER, *Die subjektive Unrechtslehre*, in *Gerichtssaal*, 1924, p. 205 ss.; ID., *Subjektivismus und Objektivismus in der strafrechtlichen Rechtsprechung des Reichsgerichts*, in *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben*, vol. V, 1929, p. 13 ss. In particolare tra i soggettivisti, largamente influenzati dalla concezione imperativistica del diritto, spiccavano le opere di Merkel, Thon, Kohlrausch, Hold von Ferneck e Graf zu Dohna.

¹³ Questa tesi è stata ripetutamente enunciata da HOLD v. FERNECK, *Die Rechtswidrigkeit*, 1903, p. 289; ID., *Die Schuld im Rechte und in der Moral*, 1911, p. 256 s.; ID., *Der Versuch*, in *Der deutsche Strafgesetzentwurf*, a cura di v. Gleispach, 1921, p. 57.

¹⁴ Questo caso fu deciso, nel senso indicato nel testo, dal *Reichsgericht* — la 'Corte di cassazione' tedesca — in una celebre sentenza del 1901: cfr. *Entscheidungen des Reichsge-*

Questa visione *eticizzante* del diritto penale¹⁵ fu presentata non come un mero programma di riforma, ma come guida per l'*interpretazione* del diritto vigente. È anzi un tratto caratteristico dell'intera esperienza penalistica tedesca, anche odierna, che il soggettivismo, nelle sue più svariate versioni, abbia sempre aspirato a riplasmare dall'interno una codificazione penale che invece era nata sotto il segno dell'oggettivismo¹⁶.

Questo tentativo di reinterpretare in chiave soggettivistica il codice penale del 1871 ebbe però scarsa fortuna sino alla fine della **Repubblica di Weimar**. Continuò a prevalere, in quella fase, la fedeltà degli interpreti all'ispirazione oggettivistica della legislazione. Emblematicamente, Beling, il più autorevole esponente della Scuola classica, riaffermò, contro le tendenze soggettivistiche, che « lo Stato non è guardiano della virtù, bensì regola la vita esterna dei consociati »¹⁷ e che « l'ordinamento è *primariamente* un ordine dei beni » e non « della vita interiore degli uomini »¹⁸, cosicché il penalista « che muove *dal soggettivo verso l'oggettivo* » segue « un ordine che corrisponde alla considerazione *etica* della condotta, non al significato caratteristico del diritto, il quale è innanzitutto un ordine della vita associata esterna »¹⁹.

Le concezioni soggettivistiche del reato diventano invece dominanti, come si è visto in precedenza (cfr. *supra*, II, 4.7.), durante il **nazismo**: gli schemi del diritto penale della volontà, della violazione del dovere, del tipo d'autore aspirano a

richts in Strafsachen, vol. 34, 1901, p. 217 ss. L'interpretazione soggettivistica del tentativo, minoritaria in dottrina fino al 1930, era invece da tempo dominante nella giurisprudenza: cfr. MEZGER, *Strafrecht*, 2ª ed., 1932, rist. 1949, p. 387 ss.

¹⁵ Per questo rilievo critico, mosso alle tendenze soggettivistiche presenti nella letteratura tedesca degli anni venti, cfr. MEZGER, *Subjektivismus*, cit., p. 18, nonché, per un quadro d'insieme, SCHWINGE-ZIMMERMANN, *Wesensschau*, cit., p. 47 ss. Lo stesso nesso tra soggettivismo e 'eticizzazione' del diritto penale verrà sottolineato, con riferimento agli anni trenta, da MITTASCH, *Die Auswirkungen des wertbeziehenden Denkens in der Strafrechtssystematik*, 1939, p. 99 ss., nonché, anche in relazione alla letteratura successiva alla caduta del nazismo, da SPENDEL, *Zur Notwendigkeit des Objektivismus im Strafrecht*, cit., p. 529 ss. e da WÜRTEMBERGER, *La situazione spirituale della scienza penalistica in Germania*, trad. it., 1965, p. 74 ss.

¹⁶ Già nel 1931 sottolineava il contrasto tra le tendenze soggettivistiche della dottrina e della giurisprudenza e il volto oggettivistico del codice penale del 1871 ENGELSCH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, 1931, p. 1 ss. Sulle manipolazioni in chiave soggettivistica di istituti della parte generale, cfr., in particolare, MEZGER, *Subjektivismus*, cit., p. 13 ss.; sulla « messa a soquadro » dell'« intero codice per scovare quanti più possibile elementi soggettivi dell'illecito » (così PEDRAZZI, *Il fine dell'azione delittuosa*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1950, p. 262), cfr. SIEVERTS, *Beiträge zur Lehre von der subjektiven Unrechtselementen im Strafrecht*, 1934, p. 140 ss.

¹⁷ BELING, *Die Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht*, 1908, rist. 1978, p. 50.

¹⁸ *Id.*, *Die Rechtsordnungssubjekt*, in *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, 1926-27, p. 71.

¹⁹ *Id.*, *Die Lehre vom Tatbestand*, 1930, p. 18. Per ulteriori citazioni di significativi passi di Beling, cfr. PLATE, *Ernst Beling als Strafrechtsdogmatiker*, 1966, p. 38 ss. Per una panoramica delle prese di posizione degli esponenti della Scuola classica in polemica con le concezioni 'eticizzanti' del soggettivismo, cfr. l'equilibrato lavoro di RAUCH, *Die klassische Strafrechtslehre in ihrer politischen Bedeutung*, 1936, p. 47 ss., nonché SPENDEL, *Zur Notwendigkeit*, cit., p. 533 ss.

soppiantare il diritto penale della protezione dei beni giuridici non solo nell'elaborazione di un nuovo codice penale della Germania nazionalsocialista, ma già nella quotidiana opera di interpretazione del codice vigente, stravolgendone l'originaria fisionomia liberale²⁰.

9.2.5.2. Nel dopoguerra, mentre una parte della dottrina ricolloca al centro del reato l'offesa al bene giuridico²¹, voci autorevoli continuano a proporre, con diverse motivazioni, una visione dell'illecito penale che tende invece a relegare ai margini, se non ad estromettere, il c.d. disvalore dell'evento (cioè l'offesa al bene giuridico): il reato sarebbe un *'illecito personale di azione'*, nel senso che a fondare l'illecito sarebbe il *disvalore dell'azione*, cioè il disvalore espresso dalle finalità perseguite dall'agente o dai doveri che ha violato²².

Nelle versioni più *'moderate'* di questa tendenza, che risale originariamente alla c.d. *teoria finalistica dell'azione*, si riconosce che in molte figure di reato è richiesta la lesione o la messa in pericolo di un bene; si tratterebbe però di un elemento non autonomo, né indispensabile, nel senso che nel caso concreto potrebbe mancare, senza che venga meno il disvalore dell'azione e la possibilità di punire (come nel caso del tentativo realizzato con atti inidonei)²³.

Nelle versioni *'estremistiche'* l'offesa al bene giuridico — il c.d. disvalore dell'evento — scompare del tutto dalla struttura del reato²⁴. Quando la legge esige il verificarsi di un evento offensivo, lo farebbe in ossequio alle spinte irrazionali della collettività, che talvolta richiede la punizione del colpevole solo in presenza di un tangibile risultato dell'azione umana. In ogni caso, *l'illecito penale si esaurirebbe nel disvalore dell'azione*, in sé e per sé considerata; e il *prototipo* dell'illecito penale sarebbe — ancora una volta — il *tentativo inidoneo*.

²⁰ Per l'esame e per la critica di queste tendenze a interpretare in chiave soggettivistica, ma *contra legem*, svariate norme di parte generale e speciale, cfr. G. BETTIOL, *Bene giuridico e reato*, cit., p. 323 ss.

²¹ Sulla rinascita della teoria del bene giuridico, e quindi delle concezioni oggettivistiche del reato, nella letteratura dell'immediato dopoguerra, cfr. WÜRTEMBERGER, *La situazione spirituale*, cit., p. 38 ss., in particolare p. 89 ss. Negli anni sessanta, una significativa valorizzazione del bene giuridico come pietra angolare dei tipi di reato viene compiuta, in polemica con il *'moraleggiante'* progetto ufficiale di riforma del codice penale del 1962, dai compilatori del Progetto Alternativo del 1966: cfr. *supra*, II, 4.8.2.2. Per un quadro della letteratura contemporanea che, pur muovendo da impostazioni eterogenee, assegna un ruolo decisivo all'offesa al bene giuridico, cfr. ROXIN, *Strafrecht, A.T.*, 3ª ed., vol. I, 1997, p. 268 ss., il quale sottolinea tra l'altro come le concezioni soggettivistiche vengano respinte dai più autorevoli manuali e commentari contemporanei (v., in particolare, p. 269, nt. 141).

²² V. per tutti la dettagliata esposizione critica di MYLONOPOULOS, *Über das Verhältnis von Handlungs- und Erfolgswert im Strafrecht*, 1981.

²³ Cfr. l'esposizione riassuntiva della teoria finalistica dell'azione contenuta nell'*'opera manifesto'* di WELZEL, *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, 4ª ed., 1961, p. 29 s.

²⁴ I principali alfieri di questa corrente sono Armin Kaufmann e i suoi allievi, esponenti della c.d. Scuola di Bonn; l'autore che espone in modo più esauriente e conseguente questa impostazione è ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff*, 1973. Per una autorevole illustrazione e critica della concezione in esame, cfr. GALLAS, *La struttura del concetto di illecito penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 447 ss., in particolare p. 450 ss. Cfr. inoltre MYLONOPOULOS, *Über das Verhältnis*, cit., p. 30 ss.; nella letteratura italiana, MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale*, 1983.

Anche le *teorie soggettivistiche* del dopoguerra hanno la *pretesa* di interpretare il diritto vigente, ma in realtà lo *violentano*, rendendone incomprensibili i contenuti. Tra l'altro l'idea ricorrente che il prototipo del reato sia il *tentativo* — non importa se idoneo o inidoneo — fa letteralmente a pugni con un codice, come quello tedesco, che punisce il tentativo solo in un numero limitato di casi²⁵. D'altra parte, anche l'idea che l'evento — cioè l'offesa ai beni giuridici — sia un accadimento marginale o estraneo alla struttura del reato cozza almeno con la struttura e con la disciplina dei *reati colposi*: in prevalenza richiedono infatti il verificarsi di un evento, che deve essere abbracciato dalla colpa; dipende inoltre dalla gravità dell'evento colposo (morte, lesioni, incendio, etc.) la diversa misura della pena comminata, rispettivamente, per l'omicidio colposo, le lesioni colpose, l'incendio colposo, etc.²⁶.

§ 9.3. La sistematica 'quadripartita' del reato

Come si è anticipato (cfr. *supra*, II, 9.1.3.), e come si vedrà meglio in seguito, lo schema di analisi del reato — cioè la sua scomposizione in una serie di elementi disposti logicamente l'uno di seguito all'altro — che meglio rispecchia la fisionomia che *ogni reato* possiede nel nostro ordinamento è quello che individua nel reato quattro elementi:

- un **fatto** (umano);
- l'**antigiuridicità** del fatto;
- la **colpevolezza** del fatto antigiuridico;
- la **punibilità** del fatto antigiuridico e colpevole.

Il reato è dunque un **fatto (umano) antigiuridico, colpevole, punibile**;

²⁵ Già in passato a chi innalzava il tentativo a 'forma base' dell'illecito penale si opponeva che ciò era in contrasto con la « chiara lettera e il chiaro significato del par. 43 » del codice penale del 1871: così, per tutti, TARNOWSKI, *Die systematische Bedeutung der adaequaten Kausalitätstheorie für den Aufbau des Verbrechensbegriffs*, 1927, p. 80 ss. Il par. 43 c.p., infatti, non ricomprendeva le 'contravvenzioni' (*Übertretungen*) tra i reati punibili nella forma del tentativo ed abbracciava i 'delitti' (*Vergehen*) nei soli casi nei quali la forma tentata fosse espressamente prevista dalla legge: solo per i 'crimini' (*Verbrechen*) — cioè per i reati più gravi — il tentativo era sempre configurabile e punibile. L'attuale norma sulla « punibilità del tentativo » (par. 23 c.p. nella versione del 1975) ribadisce che « il tentativo di un crimine è sempre punibile », mentre « il tentativo di un delitto (è punibile) solo quando la legge lo preveda espressamente ». Nei confronti di chi innalza il tentativo a prototipo del reato, viene perciò ancora oggi riproposta l'obiezione che non si tratta di « un'adeguata ricostruzione sistematica del diritto vigente », perché « il tentativo viene punito solo in via di eccezione »: così SCHÜNEMANN, *Einführung in das strafrechtliche Systemdenken*, in SCHÜNEMANN (a cura di), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, p. 44 s.

²⁶ Il peso decisivo dell'evento nella struttura dei reati colposi viene oggi riconosciuto anche dal più autorevole seguace della teoria finalistica dell'azione: cfr. HIRSCH, *Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre*, in ZStW, 1982, p. 252 ss. D'altra parte la *pretesa* che le modalità dell'azione, nei delitti dolosi, esprimano un disvalore — il c.d. disvalore dell'azione — autonomo e indipendente dall'offesa al bene giuridico — il c.d. disvalore dell'evento — non si concilia almeno con il diritto penale italiano: cfr. *supra*, II, 7.5.

GIORGIO MARINUCCI
EMILIO DOLCINI

CORSO DI DIRITTO PENALE

1

Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità
Il reato: nozione, struttura e sistematica

Terza edizione

GIUFFRÈ EDITORE