

---

**GIANLUCA RUGGIERO**

**Riflessioni con Marcello Gallo su alcuni argomenti  
di teoria generale del reato\***

Lo scritto riesamina, alla luce del pensiero di uno dei più grandi penalisti italiani della seconda metà del '900, alcuni fondamentali problemi della dogmatica. A partire dal concetto di norma penale, a cavallo fra teorie imperativiste e teorie del giudizio ipotetico, si esaminano i concetti di dovere e di obbligo e, attraverso questo filtro teorico, si cerca di offrire una visione sistematica di alcuni problemi generali della responsabilità penale.

*Rethinking with Marcello Gallo some topics of general theory of crime*

*This paper rethink about some fundamental problems of dogmatics in the light of the thought of one of the greatest Italian penalists of the second half of the 20th century. Beginning with the concept of the penal norm, straddling imperativist theories and theories of hypothetical judgement, the concepts of duty and obligation are examined and, through this theoretical filter, an attempt is made to offer a systematic vision of some general problems of criminal liability.*

**SOMMARIO:** 1. Le norme di comportamento: obbligo e dovere. - 2. Imperativismo e normativismo nell'imputazione penale - 3. Dalla teoria delle norme alla creazione di un sistema - 4. Antidoverosità e illecito nelle cause di esclusione della punibilità. - 5. Norma penale sostanziale e norma penale processuale.

Il 6 agosto scorso, all'età di 99 anni, è mancato il Prof. Marcello Gallo, Maestro della scuola penalistica italiana.

Per quelli della mia generazione la figura del Prof. Gallo aveva già assunto una dimensione mitologica, vivendo quotidianamente sia nei racconti di chi lo conosceva e/o ne aveva frequentato le lezioni all'Università, sia di coloro che con lui si rapportavano per motivi professionali, sia, ovviamente, dei miei Maestri, suoi allievi. Quando ebbi modo di incontrarlo in privato, oramai vent'anni fa, rimasi subito folgorato dalla Sua non comune, esuberante intelligenza, dall'intuito pronto e dalla vastissima cultura giuridica e umanistica, mai ostentata ma fortemente interiorizzata e vissuta.

Il professor Gallo faceva parte di quella "scuderia" di "giuristi di razza" dello *Studium* torinese di Francesco Antolisei. Assieme a Lui: Giovanni Conso, Luigi Conti, Franco Cordero, Marco Siniscalco, Rodolfo Venditti, per citare i nomi più noti.

Spesso si dilungava in ricordi degli anni prima e dopo la libera docenza, sulla frequentazione di persone la cui autorevolezza è ancor oggi granitica: Biagio Petrocelli, Pietro Nuvolone e Giacomo Delitala, ma anche Giovanni Leone e Alfredo De Marsico, per fare alcuni nomi oltre quello, ricorrentissimo, di Francesco Antolisei, da Gallo sempre ricordato per il temperamento, per la signorilità e, naturalmente, per la indiscussa maestria.

Uno degli argomenti che negli ultimi tempi ha costituito oggetto di discussione riguardava la vitalità della dogmatica (e del metodo dogmatico) nell'attuale momento storico come metodo di studio del diritto penale.

Ci si è chiesti - e il dibattito ha dimensioni globali<sup>1</sup> - se sia possibile costruire un "sistema" che muova dalla teoria delle norme, premessa da sempre controversa fra coloro che seguono un indirizzo analitico, funzionalista o finalista. Soprattutto su quest'ultimo orientamento di pensiero, che ha rappresentato una vera e propria rivoluzione per la cultura giuspenalistica mondiale, l'ingegno e la cultura del Professor Gallo ebbero il loro primo cimento, come vedremo sinteticamente dappresso, portandolo a costruire un sistema di imputazione universale, ricco di spunti per costruzioni dogmatiche ulteriori, tese a risolvere problemi interpretativi ed applicativi del diritto penale.

1. *La norma di comportamento: obbligo e dovere.* L'approccio metodologico cui abbiamo fatto cenno è stato con estremo rigore impostato e seguito dal Prof. Gallo, segnatamente alla elaborazione di una nozione di illecito, la sua qualifica formale e sostanziale, nonché, conseguentemente, l'esistenza o meno di un ordinamento unitario per il quale le qualifiche giuridiche astratte possono essere ritenute delle costanti valide sempre.

Lo sviluppo di questo pensiero può essere fissato con la magistrale opera *Il concetto unitario di colpevolezza* del 1951 i cui risultati sono poi approdati nell'altrettanto splendido saggio del 2014 *La piccola frase di Mortara*.

Nonostante la profonda diversità di titoli evocati completa alterità di contenuti, i due lavori sono legati da ben più di alcuni elementi di raccordo, rappre-

---

\* Le citazioni relative agli argomenti affrontati sono limitate alle opere del Prof. Gallo ed agli autori che Egli citava con maggiore frequenza al fine di rendere il discorso più sistematico e coerente possibile.

<sup>1</sup> Mi riferisco al volume *Normentheorie. Grundlage einer universalen Strafrechtsdogmatik* (a c. di Ai-chele-Renzikowski-Rostalski), Berlin, 2022.

sentando l'ultima la prosecuzione delle ricerche e la conferma dei risultati della prima monografia.

Uno dei problemi affrontati nel lavoro citato - libro che rappresenta ancor oggi una tappa obbligata di studio e di meditazione per chi voglia confrontarsi con la dottrina penalistica e con la teoria generale - riguarda la "controversia sul metodo", innestandosi su un dibattito acceso e intriso di indagini meta-teoriche ed esegetiche.

In questo scritto si intuisce subito la particolare sensibilità dello studioso alle esigenze di classificazione dogmatica, con piena consapevolezza critica del sostrato culturale costituito da quelle speculazioni dalle quali gemmarono la *Begriffsjurisprudenz*, la *Freirechtsschule* e la *Interessenjurisprudenz*, e che ebbero importanti riflessi rinvenibili nelle pagine di quegli studiosi per i quali l'aspetto di "prodotto culturale", tipico della normazione penale, esprime la sua massima evidenza.

A riguardo gli studi dei Maestri del Prof. Gallo erano già approdati a soluzioni degne della massima considerazione, come egli spesso ricordava citando soprattutto Francesco Antolisei<sup>2</sup> e Norberto Bobbio e dai lavori di quest'ultimo ebbe occasione di meditare attorno alla "purezza" delle categorie giuridiche propugnata da Hans Kelsen<sup>3</sup>, purezza dalla quale partirà e sulla quale costruirà le categorie generali trascendenti la sfera di un singolo ordinamento.

Per ridurre ad una dimensione comune i fatti penali sostanziali (costitutivi, modificativi ed estintivi) occorre rifarsi ad un criterio che costituisce il prodotto di una astratta deduzione: anziché aver riguardo al contenuto di questa o di quella norma, al profilo di questa o di quella fattispecie, si assume come punto di partenza la struttura logica della proposizione normativa, intesa come pura forma in cui può essere calato qualsiasi contenuto. In altri termini, dogmaticamente parlando, si tratta di ricercare le strutture formali di ogni ipotizzabile esperienza giuridica<sup>4</sup>. Kelsen tuttavia - e Gallo lo mette subito in evi-

---

<sup>2</sup> A riguardo, fondamentale, ANTOLISEI, *Il metodo nella scienza del diritto penale*, in *Problemi penali odierni*, Milano, 1940, 1 ss.

<sup>3</sup> BOBBIO, *Filosofia del diritto e teorie generali del diritto*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, Padova, 1940, vol. I, 43

<sup>4</sup> BOBBIO, *Filosofia del diritto e teorie generali del diritto*, cit., 51.

denza - identificava indiscriminatamente “formalismo” e “dogmatica”, incorrendo in una sovrapposizione di piani, inserendovi un elemento squisitamente finalistico e quindi “spurio” di sanzione, che, tuttavia, non riveste quella funzione logica dell’esperienza giuridica che le si vorrebbe attribuire<sup>5</sup>.

La dogmatica consiste - a nostro avviso - in ciò: ogni processo di qualificazione giuridica procede da determinate categorie formali che si mantengono costanti a se stesse, quali che siano le differenze individuali tra i singoli oggetti ai quali di volta in volta esse sono applicate. Il fatto che a tali categorie più o meno consapevolmente si attribuisca il ruolo di una premessa assiomatica di ogni esperienza conoscitiva che abbia a suo contenuto i fenomeni del diritto spiega che si parli a questo proposito di condizioni logico-trascendentali di ogni accadimento giuridico.

Il Gallo fa sua la concezione della norma penale come giudizio ipotetico (recisamente respingendo una concezione imperativistica del diritto penale, la quale invece, allora dominante, era stata fortemente sostenuta da un altro referente scientifico del Prof. Gallo: Biagio Petrocelli, al quale egli rimarrà sempre legato per il rigore scientifico e per la profondità di pensiero che lo caratterizzavano) rimarcando, insieme al Kelsen, quel ritmo sillogistico secondo cui la norma giuridica opera come in criterio in forza del quale, dato A, deve verificarsi B, intesi tali termini come classi di fatti tra i quali la norma funziona da criterio di determinazione di un nesso pensato come necessario<sup>6</sup>.

Le conseguenze, sul piano della “fattispecie”, sono chiare. I due termini non rappresentano entità assolute e chiuse in se stesse, date una volta per tutte, secondo una immagine abbastanza usuale, ispirata ad una certa dose di astrazione metafisizzante: si tratta, invece, di termini il cui significato è fortemente legato al dato effettuale che si assume ad oggetto della ricerca, per cui accade che quella stessa entità che fungeva da criterio di qualificazione, e quindi da norma, assuma il ruolo di fattispecie e viceversa.

Sulla scorta di questo ragionamento serrato il Gallo traccia altresì una esatta linea di confine tra la figura della situazione soggettiva, in senso tecnico, cioè «la posizione del soggetto nei confronti di un comportamento ipotetico (suo o

---

<sup>5</sup> GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, Milano, 1951, 3.

<sup>6</sup> Sul predicato della necessarietà GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, cit., *ivi*.

di altri soggetti) normativamente fissato», definibile altrimenti come la posizione del soggetto rispetto ad una pretesa normativa, e quella strutturalmente dissimile della valutazione normativa del comportamento «che consist[e] nell'indicazione riassuntiva del valore che quest'ultimo assume per il diritto»<sup>7</sup>. L'invincibile astrattezza di cui è dotata la norma penale va oltre la dimensione corporea del diritto, poiché essa si risolve nell'esistenza di quella certa proposizione linguistica che è la norma e di una indefinita serie di avvenimenti che, alla stregua della prima, sono assunti ad oggetto di altrettante valutazioni. Per dirla col Kelsen, la situazione soggettiva costituisce una “categoria logicamente trascendentale” e cioè la struttura formale a cui si adegua ogni possibile tipo di esperienza giuridica<sup>8</sup>.

Ora, se la situazione soggettiva, intesa anche come formula di sintesi della presenza di un complesso di fatti, adempie alla funzione di legittimare la valutazione normativa del comportamento, chiaro appare che, per il principio di inscindibilità della fattispecie, essa non si profila fino al momento in cui non si siano verificati al completo gli estremi che a quella valutazione danno vita.

Seguendo, non senza le precisazioni fatte prima, dette coordinate ricostruttive, si rinviene la caratteristica obiettiva del modo di operare della situazione soggettiva: verificatasi la fattispecie costitutiva dell'effetto giuridico, secondo la coppia concettuale “potere-dovere”, si creano le condizioni necessarie e sufficienti perché un comportamento venga assunto ad oggetto di una determinata qualificazione giuridica.

È in tale astratta possibilità che essa si esaurisce, risolvendosi in un puro concetto di relazione, consentendo di respingere senz'altro ogni tentativo di attribuirle qualsivoglia serie di elementi di stampo o di carattere psichico: si pensi al ruolo determinante che hanno giocato i concetti della libertà di autodeterminazione, della conoscenza della norma, etc. nella discussione sulla figura del dovere ed alla volontà nella costruzione della figura del potere.

---

<sup>7</sup> GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, cit., 121.

<sup>8</sup> KELSEN, *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Leipzig/Wien, 1934, trad. it. *La dottrina pura del diritto*, a cura di Treves, Torino, 1952.

2. *Imperativismo e normativismo nell'imputazione penale.* La situazione soggettiva, infatti, funge da titolo di legittimazione della valutazione del comportamento in termini di “antidoverosità”: anti giuridica, illecita, antidoverosa appunto è una condotta che contrasta con la pretesa normativa (di fare o di non fare) ma ancora non è detto niente sul suo carattere colpevole.

La colpevolezza, intesa sempre come fatto giuridico, coincide con la qualifica di anti giuridicità (non oggettiva ma) soggettiva perché il dolo e la colpa (irriducibili anche sul piano normativo) possono essere considerati come violazione di un dovere di conformare la condotta alla pretesa normativa, potendo, quindi, rientrare nel più ampio giudizio imputativo della fattispecie; più precisamente: una situazione la quale permette al soggetto uno spontaneo adeguarsi alle esigenze del diritto. Conseguenza di questa impostazione è il rifiuto dell'anti giuridicità come elemento del reato.

Se, inoltre, sussistono certe condizioni per formulare un giudizio di riprovazione morale: conoscenza del divieto, situazioni di inesigibilità nelle quali si ravvisano limiti all'efficacia obbligatoria del precetto, è alla descrizione contenuta dalla norma che bisogna rivolgere lo sguardo, a seconda che sia o no previsto uno dei requisiti succitati. Ma siamo sempre, lo si ripete, nella zona della valutazione del comportamento e non in quella della situazione soggettiva.

Proseguendo dalla concezione dell'illecito penale come violazione dell'obbligo, il Gallo supera agevolmente quella tesi che ravvisa nell'esistenza dell'obbligo un elemento dell'illecito come fattispecie di ulteriori effetti: un fatto non è illecito perché il suo autore ha violato un obbligo, bensì perché si è verificato un fatto conforme a quello che una norma prevede come fattispecie di conseguenze sanzionatorie.

Il concetto di “dovere” che compare anche nella “Dottrina pura” di Kelsen, secondo cui «una norma è valida per un individuo nel senso che quell'individuo deve comportarsi come la norma prescrive»<sup>9</sup> viene poi elegantemente usato dal Gallo nel tentativo di giustificare il persistente successo della raffigurazione in termini imperativistici del fenomeno normativo, non nella

---

<sup>9</sup> KELSEN, *La dottrina pura*, cit., 40 ss. e 153.

sua accezione psicologica, bensì nella sua veste stilistica di proposizione destinata a fungere da comando<sup>10</sup>.

Seguendo l'impostazione tesa a rifiutare ogni tentativo di caratterizzare il fenomeno della "validità della norma" come un'esortazione diretta al destinatario o come uno specifico contengo inteso a motivare la condotta dei consociati mediante la rappresentazione della regola o delle conseguenze ricollegate all'inosservanza di essa, certamente legittima, in termini di psicologia e altresì se si considera il diritto come una particolare tecnica sociale, non lo è altrettanto sul piano dogmatico, perché conduce (e ha condotto) a complicazioni e a soluzioni non in linea con il sistema.

Si pensi alle zone limite della responsabilità a titolo di colpa, in particolare alle omissioni colpose, ai casi di colpa incosciente e agli atti automatici nei quali è estremamente arduo individuare l'atteggiamento psicologico in base a cui si possa esprimere in termini di imperativo concreto il rapporto tra la norma e il soggetto. Che dire, poi, delle ipotesi di responsabilità oggettiva dove si rinviene il punto morto che la dottrina imperativista non riesce a superare?

Qui un evento è imputato al suo autore sulla base del puro e semplice nesso causale, ed è perfettamente concepibile una situazione in cui non si riscontri traccia degli atteggiamenti psicologici alla cui presenza è subordinato il "rimprovero" di colpevolezza. Una via di fuga non può certamente essere il considerare tali ipotesi forme di responsabilità senza torto, azioni non antiggiuridiche eccezionalmente colpite da pena. Sotto il profilo della giuridicità i fenomeni si definiscono alla stregua delle conseguenze che l'ordinamento ricollega alle situazioni previste come fattispecie. Che differenza c'è, sotto il profilo dell'illiceità, fra un evento morte doloso e un evento cagionato a seguito di atti diretti a percuotere o a ledere? Irriducibilmente diversi sotto il profilo psicologico non si differenziano in alcun modo nel tipo qualitativo delle conseguenze nella quali si esprime la loro giuridicità.

Riguardo alle ipotesi colpose (incoscienti) già ne *La teoria dell'azione finalistica* il Gallo non si accontenta della suggestione offerta da Welzel<sup>11</sup> secondo cui

---

<sup>10</sup> GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, cit., 132.

le più evanescenti ipotesi di colpa presentano, rispetto al comportamento doloso, un denominatore comune dato dal fatto che l'evento si sarebbe potuto evitare attraverso un contegno finalisticamente orientato. Di contro, una soluzione del genere è più apparente che reale perché accomuna situazioni dissimili in base alla nota desunta da un giudizio ipotetico. Più interessante si dimostra il tentativo di inquadrare comunque queste ipotesi nell'orbita della premessa imperativista, intesa naturalmente in senso spiccatamente psicologico, avvertendo però che l'ordinamento istituisce una relazione di equivalenza tra l'esistenza di un effettivo stato psicologico e la sua mancanza, sempre che sussistano i presupposti normativamente richiesti per l'esigibilità di un comportamento diverso.

A questo approccio può - con le opportune cautele - essere accostato quello elaborato da Francesco Antolisei<sup>12</sup>. Egli riteneva che, per risolvere i casi precedentemente menzionati, bisognasse intendere il requisito della "coscienza e volontà" di cui al primo comma dell'art. 42 c.p. non come consapevolezza e volontà effettive ma come potenziali: la *suītas* esprime appunto l'appartenenza dell'atto al soggetto nel senso di potenzialità dell'atto di ricadere nella sfera di controllo dell'agente. Non occorre quindi che i poteri di inibizione abbiano concretamente funzionato, bastevole essendo che essi potenzialmente potessero funzionare. Se, invece, i poteri inibitori non solo non si sono concretamente esplicitati, ma non potevano neppure potenzialmente estrinsecarsi, manca la coscienza e volontà del contegno che, pertanto, non è punibile.

3. *Dalla teoria delle norme alla creazione di un sistema.* Lo zoccolo duro del pensiero di Antolisei sta nel sapere coniugare l'approccio dogmatico con il dato normativo (in questo caso piuttosto scarno) per darne un significato valido sempre e sistematicamente ineccepibile. La critica (parziale) che Gallo

---

<sup>11</sup> WELZEL, *Das deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen. Eine systematische Darstellung*<sup>2</sup>, Berlin, 1949, 95.

<sup>12</sup> ANTOLISEI, *La volontà nel reato*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1932, 233 ss.; ID., *L'azione e l'evento nel reato*, Milano, 1928, 59.

muove al Maestro<sup>13</sup> riguarda il contenuto psicologico del concetto di *suitas* e, soprattutto, sul carattere unitario di questo concetto.

In relazione agli atti riflessi o automatici, od alle omissioni dovute a dimenticanza, ad esempio, le volizioni che potevano verificarsi ma non si sono verificate non possono certamente essere inquadrare nei fatti psichici che badano unicamente all'accadimento naturalistico concretamente verificatosi. Molto meglio, l'accadimento potenziale è concetto proprio di una indagine di tipo normativo.

Il Gallo riesce a coniugare il dato potenziale-normativo con il requisito normativo del “dovere”, non quindi esclusivamente con il “potere” come fanno i teorici dell'esigibilità. Nei fatti colposi incoscienti e involontari in tanto al soggetto è imputabile l'intero fatto di reato a titolo di colpa, in quanto l'atto nucleo del comportamento realizza la violazione di una regola di condotta avente finalità precauzionali, volta a tutelare l'offesa a interessi penalmente rilevanti. Data questa regola di condotta possiamo esprimere un giudizio di trasgressione di detta regola, dicendo: Tizio avrebbe dovuto agire in modo diverso. Solo in un secondo momento, accertato che Tizio non è stato necessitato a fare ciò che ha fatto (costringimento fisico, forza maggiore etc.), possiamo sostenere che l'agente avrebbe potuto fare ciò che avrebbe dovuto: «Con questo giudizio esprimiamo la potenzialità di un'azione non verificatasi, ponendoci su un piano prettamente normativo: il medesimo giudizio, fatto nell'ambito di una indagine psicologica, non ha senso»<sup>14</sup>.

L'evoluzione della scienza penale, come noto, richiederà un afflato psicologico anche nei casi citati, non certamente invalidando gli argomenti spesi con tanto ingegno e dottrina, ma andando oltre un criterio imputativo puramente normativo, senza tuttavia sostituirlo. Con la sentenza costituzionale n. 364 del 1988 viene prepotentemente affermato il principio costituzionale di colpevolezza (anche se la Corte non ne definisce il concetto) e vengono banditi dall'ordinamento i casi “espressi” di responsabilità senza colpa o di responsabilità oggettiva espressa e occulta presenti nell'ordinamento italiano. La deci-

---

<sup>13</sup> Critica che emerge in misura più netta in GALLO, *Appunti di diritto penale. L'elemento oggettivo del reato*, Torino, 1964, 53.

<sup>14</sup> GALLO, *Appunti di diritto penale. L'elemento oggettivo del reato*, cit., 55.

sione della Corte (dal sapore di una piccola monografia) è frutto della penna di Renato dell'Andro, dal Prof. Gallo sempre ricordato, oltre che come fraterno amico, come esempio ineguagliato di rigore metodologico e di finezza argomentativa, e si pone come pietra miliare di confronto fra il dato normativo e la dogmatica giuspenalistica che apporta un potente contributo alla costituzionalizzazione del principio di colpevolezza.

Un atteggiamento, quello della dogmatica, prescrittivo, di “dover essere”, nei confronti della formulazione dei precetti normativi, sia sotto il profilo dell'intelligibilità, sia sotto il profilo - strettamente connesso - dell'“afferrabilità” del bene giuridico tutelato in modo da poter essere percepito dal cittadino almeno nella sfera laica del profano.

Che la sentenza del 1988, autorevole per l'impianto dogmatico e forte della capacità di innovare il diritto positivo per gli effetti propri delle decisioni costituzionali, sia stata implementata fino in fondo negli anni successivi da parte del legislatore è lecito dubitare. Basti pensare alla riforma che la legge 19 del 1990 ha operato sul regime di imputazione delle circostanze aggravanti, per concludere che la non conoscenza di una circostanza aggravante dovuta a colpa ne giustifica l'imputazione a titolo di dolo, così come tutti gli elementi “più significativi” della fattispecie penali ignorati per negligenza, imprudenza etc. La colpa diventa il trampolino di lancio del dolo, appiattendo dette ipotesi in un regime normativo-imputativo unitario, ‘tradendo’ le originarie intenzioni dell'Autore della sentenza e riproponendo un giudizio di imputazione nuovamente normativo, trascendente, almeno nella fase finale, l'attribuzione ‘colpevole’ del fatto al soggetto.

Al di là degli effetti ‘non voluti’ della “sentenza Dell'Andro”, riportando il discorso sull'effettiva partecipazione psicologica del soggetto al fatto di reato, è possibile sostenere, sul piano dogmatico, che, oltre alla ri-affermazione del principio di colpevolezza sia stata rinvigorita, conseguentemente, la teoria imperativistica della norma penale?

La risposta data dal Professor Gallo non è arrendevolmente positiva. Sul piano della fattispecie concreta il primo comma dell'art. 27 Cost. entra a far parte della norma reale e ne diventa sistematicamente elemento normativo costi-

tutivo<sup>15</sup>. A tal riguardo la distinzione tra fattispecie e posizione giuridica soggettiva si rivela fondamentale per capire l'atteggiamento assunto dal Gallo anche a molti anni di distanza dalle Sue opere giovanili e dalla stessa sentenza del 1988. Introdurre l'elemento normativo della "personalità" della responsabilità penale nel giudizio di fattispecie non significa che la norma penale non possa continuare, sul piano dogmatico, a concepirsi come giudizio ipotetico: semmai la teoria imperativista può funzionare nel rapporto di imputazione ma non nel momento della posizione della norma nell'ordinamento: la teoria imperativista va collocata nello scaffale delle idee; la teoria del giudizio ipotetico sul piano della dogmatica<sup>16</sup>.

Obbligo ed illecito rappresentano quindi un'endiadi in un certo senso simmetrica, avendo riguardo al ruolo dialettico che le due figure giocano nel discorso giuridico: situazione di dovere - valutazione di antidoverosità.

L'"obbligo", inteso come condizione del soggetto che non può esimersi da un certo contegno se vuole evitare una sanzione, funziona come titolo in base a cui si legittima la valutazione di illiceità, la quale si risolve essenzialmente nella constatazione che un certo fatto collima con quello previsto dalla norma come fattispecie del dovere avente ad oggetto un comportamento sanzionatorio. Le qualifiche di "dovere" e di "obbligo", appunto perché ricavate da una considerazione del fenomeno normativo che si svolge su piani diversi, non si implicano reciprocamente, ma possono in date situazioni coesistere in ordine ad un medesimo comportamento. La norma incriminatrice del furto crea nei consociati l'obbligo (e non il dovere) a contenuto negativo di non rubare, mentre dal fatto che sia stato commesso un furto scaturisce il dovere, al quale può anche corrispondere un obbligo, di punire il ladro ma non è un elemento essenziale della fattispecie penale.

Diversa è l'"importanza dogmatica" di un concetto di sanzione depurato da ogni intrusione metagiuridica, in quanto i concetti di obbligo e di illecito diventano realmente funzionali se costruiti attorno ad essa, creando quel rapporto fra il condizionate e il condizionato e il soggetto che quella sanzione dovrà applicare: il giudice. Costui "deve" applicare o non applicare la sanzio-

---

<sup>15</sup> GALLO, *Le fonti rivisitate*, Torino, 2017, 27.

<sup>16</sup> GALLO, *Le fonti rivisitate*, cit., 1.

ne, con tutte le conseguenze che ne derivano in tema di formule assolutorie e a prescindere dalla necessità di ricorrere ad una nozione di fattispecie processuale.

4. *Antidoverosità e illecito nelle cause di esclusione della punibilità.* In ordine alla definizione del concetto di illecito, peraltro, si impone un'ulteriore considerazione. Si è già detto di come il comportamento giuridicamente antidoveroso possa diventare elemento di una fattispecie di illecito quando sia previsto come situazione condizionante l'applicazione di una sanzione (situazione di dovere). Procedendo oltre, si constata che la nozione di illecito implica, oltre all'esistenza di quella che impropriamente si può definire situazione soggettiva di obbligo, un ulteriore estremo che si esprime nella inesistenza di un obbligo di ostacolare lo svolgimento dell'attività in cui si realizza la condotta, conforme al tipo normativo, del soggetto attivo<sup>17</sup>.

In altri termini, è illecita l'uccisione di un uomo rispetto alla quale non ricorrono situazioni scriminanti, ma non può definirsi illecito il fatto del soggetto che eserciti una facoltà legittima: qui fa riscontro l'inesistenza di una "facoltà" di impedire la condotta da cui deriva l'evento dannoso, ed anzi commetterebbe un fatto antiggiuridico chi tentasse di porvi ostacolo. L'"impedibilità" come sanzione generale dell'ordinamento trova nel sillogismo "dovere"- "antigiuridicità" dignità di sistemazione dogmatica ed è - come vedremo a breve - di rilevante importanza pratica<sup>18</sup>.

Un fatto illecito può quindi essere più precisamente definito come il complesso dei fatti giuridici che condizionano l'applicazione di uno dei provvedimenti che noi conosciamo col nome di sanzione, sempreché questa condotta non sia espressione dell'esercizio di un facoltà legittima o di altra causa di giustificazione oggettiva (nel senso che preciseremo dappresso) e dal quale sorge il dovere per il giudice di condannare ad una pena o di infliggere una misura di sicurezza, nonché di emettere condanna al risarcimento dell'eventuale danno non patrimoniale, qualora si siano verificati i presupposti processuali noti.

---

<sup>17</sup> GALLO, *Il concetto unitario*, cit., 134.

<sup>18</sup> Intuizione già di GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, vol. I, Milano, 1947, 250.

Per quanto riguarda il fatto del non imputabile, la possibilità di ravvisarvi gli estremi dell'illecito penale dipende, in definitiva, dalla soluzione che si dà al problema della natura giuridica delle misure di sicurezza. Secondo un indirizzo che ha fatto scuola, e che ha visto in Marcello Gallo e nei Suoi allievi i protagonisti di un dibattito, sviluppatosi a partire da un celebre lavoro, *La persona umana nel diritto penale*, del 1956<sup>19</sup> e concluso con la fondamentale monografia di Ivo Caraccioli del 1970 i cui risultati possono considerarsi definitivi<sup>20</sup>: le misure di sicurezza hanno natura criminale, al pari delle pene, per cui il fatto realizzato da un non imputabile rientra perfettamente nello schema “violazione dell’obbligo”-“illecito” e dà luogo a tutte le conseguenze previste dall’ordinamento.

Le conclusioni qui riassunte consentono di inquadrare, con maggior sicurezza, il dibattuto problema relativo alla natura giuridica delle cause di esclusione della punibilità.

La dottrina, attraverso vari sviluppi argomentativi, ha identificato due effetti diametralmente opposti derivanti da queste ipotesi, da un lato sostenendo l'irrelevanza penale del fatto, dall'altro casi speciali di esenzione dalla pena che lasciano intatta l'illiceità penale del fatto<sup>21</sup>. La disputa riveste un non trascurabile rilievo pratico, giacchè l'adesione all'una o all'altra tesi implica, tra l'altro, che si ammetta o si escluda la risarcibilità del danno non patrimoniale derivato dalla condotta in ordine alla quale trova applicazione la causa di esclusione della pena.

Se seguiamo il primo filone di pensiero, la cui intuizione di fondo è esatta, non possiamo non constatare una certa deformazione di prospettiva, per cui l'indagine appare circoscritta alla semplice constatazione dell'inapplicabilità della pena, caratteristica più vistosa e interessante, ma non l'unica ipotesi sanzionatoria ricollegata alla fattispecie di illecito penale. Il secondo tracciato dogmatico adduce argomenti intesi a dimostrare una riprovazione del fatto da

---

<sup>19</sup> GALLO, *La persona umana nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1956, 422 ss.

<sup>20</sup> CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza*, Milano, 1970, opera completa che affronta, con risultati ancor oggi insuperati, le asperità costituzionali delle misure di sicurezza e della pericolosità sociale.

<sup>21</sup> Il lavoro più importante, per l'epoca, è rappresentato dal lavoro di PISAPIA, *La non punibilità speciale*, in *Studi in memoria di Arturo Rocco*, Milano, 1952, vol. I, 386 ss.

parte dell'ordinamento, espressa attraverso una valutazione di difformità rispetto a certi fini, sufficiente per una diagnosi di illiceità.

Il linguaggio del codice non certamente è di aiuto, troppo generica essendo l'espressione "circostanze di esclusione delle pena" richiamata dall'art. 59 c.p. e foriera di una pluralità di soluzioni, nessuna, in astratto, più valida dell'altra. Un risultato dogmaticamente interessante, almeno agli effetti di una impostazione formalmente corretta del problema, si può conseguire ancorando la ricerca alla seguente premessa: si deve negare l'esistenza di un illecito penale quando, nonostante l'accertamento di un fatto oggettivamente corrispondente alla descrizione normativa, una previsione espressa o ricostruibile per via sistematica disponga la non applicazione della pena, ovvero bisogna tener conto di tutta una serie di presupposti che ricolleghino, sempre in astratto, l'applicazione di una pena o di una misura di sicurezza o giustifichino una condanna al risarcimento del danno non patrimoniale?

Naturalmente, il problema va affrontato in sede esegetica: per assodare se l'autore di un furto ai danni di un prossimo congiunto possa o meno essere condannato dal giudice civile al risarcimento del danno non patrimoniale, occorre stabilire se il fatto si atteggi come reato, e quindi si ritorna al problema di fondo se la norma dell'art. 649 c.p. prevede una causa di giustificazione ovvero una semplice situazione di esenzione da pena.

L'importante è avvertire che la circostanza pura e semplice dell'inapplicabilità di una pena non autorizza a sostenere di non essere in presenza di un illecito penale.

Viceversa, è possibile affermare che non tutti gli obblighi sono idonei a legittimare una valutazione di illiceità. Mentre è illecita la realizzazione di un contegno previsto in astratto come reato in assenza di cause di giustificazione, non può definirsi illecito il fatto del proprietario che, inseguendo uno sciame di api sul fondo altrui, arrechi un danno. L'"indennità", infatti, non coincide con lo schema "illecito"- "violazione dell'obbligo". Qui non vi è un comportamento antidoveroso, ma l'ordinamento reputa equo accordare un ristoro a chi ha subito un danno (lecito) ricollegato al danno emergente ma non al lucro cessante<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> GALLO, *La piccola frase di Mortara*, cit., 34.

Una nota comune a tutte le scriminanti è l'esclusione dell'antigiuridicità penale, in quanto eliminano la possibilità di collegare al fatto cui accedono una sanzione penale. Punto sul quale convengono tutti gli autori. Se, tuttavia, poniamo mente all'impossibilità per il giudice civile o amministrativo di conoscere - in presenza di un giudicato e alle condizioni di cui diremo - il fatto scriminato dall'esercizio di un diritto, dall'adempimento di un dovere e dalla difesa legittima, allora possiamo ulteriormente sostenere che questa ipotesi esclude l'illiceità extrapenale del fatto commesso.

Il passaggio dall'art. 25 del codice di procedura penale del 1930 agli artt. 651 e ss. del codice di rito del 1988 non ha risolto alcuni problemi interpretativi sorti sotto la vecchia disciplina, oltre a favorire il conflitto fra giudicati. L'art. 25 recitava: «L'azione civile non può essere proposta, proseguita o riproposta davanti al giudice civile o amministrativo, quando in seguito a giudizio è stato dichiarato...che il fatto fu compiuto nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà legittima». L'art. 652 c.p.p., invece, sostiene che «La sentenza penale irrevocabile di assoluzione pronunciata a seguito di dibattimento ha efficacia di giudicato quanto all'accertamento che...il fatto è stato compiuto nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà legittima», sempre che il danneggiato si sia costituito parte civile o sia stato posto nelle condizioni di costituirsi parte civile. A meno che, quindi, abbia esercitato l'azione in sede civile a norma dell'art. 75, comma 2, c.p.p. costui si vedrà opporre l'efficacia de giudicato penale e varrà altresì ad escludere l'illiceità extrapenale del fatto commesso in presenza di queste due esimenti.

Diversamente, l'art. 530 c.p.p. annovera, fra i casi in cui è obbligatoria l'assoluzione, la prova della commissione del fatto in presenza di una causa di giustificazione (o il dubbio sulla stessa), senza operare alcun distinguo fra quelle tipiche e comuni annoverate dagli artt. 50-54 c.p. Il favore per la disposizione dell'art. 530 c.p.p. rispetto agli artt. 651 e 652 (ma v. anche 654) c.p.p. è dato dalla sua maggiore estensione e dal trattamento irragionevole - argomento più forte - che deriverebbe se si escludesse forza di giudicato anche alle altre ipotesi giustificative.

Ci si sarebbe aspettato dalla riforma del 1988 una sufficiente sistematicità nonchè una maggiore specificazione per risolvere un dubbio insorto sotto la

vigenza del codice del 1930 e cioè se il legislatore si sia riferito a tutte le esimenti riportandole nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà legittima. Che le cose non stiano in questi termini è confermato dal fatto che già il codice previgente non utilizzò la locuzione comune del Codice penale "circostanze di esclusione della pena", bensì, come fa il codice di procedura vigente, indicando analiticamente le due scriminanti e ad esse soltanto ha voluto riferirsi.

Sul piano sistematico, tuttavia, è dato osservare che l'art. 2044 c.c. esclude la responsabilità civile per chi agisce in stato di legittima difesa, perciò anche detta scriminante esclude l'illiceità extrapenale.

Il problema è vivo perché, se si applicasse il criterio distintivo cristallizzato all'art. 70 del medesimo Codice penale, stante la particolare natura delle c.d. cause di giustificazione, tutte queste apparirebbero come oggettive.

Dal punto di vista dogmatico è dunque possibile sostenere l'esistenza di cause di giustificazione che escludono ogni forma di antigiuridicità e cause di giustificazione che escludono solo l'antigiuridicità penale?

Un esempio può essere rappresentato dallo stato di necessità di cui all'art. 54 c.p.: l'art. 2045 c.c. prevede una "indennità" a favore del danneggiato, la cui misura è rimessa all'equo apprezzamento del giudice, quando, chi ha compiuto il fatto dannoso, vi è stato costretto dalla necessità di salvare sé o altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona e il pericolo non è stato da lui volontariamente causato né era altrimenti evitabile.

Il legislatore dimostra di non considerare non illecito il comportamento necessitato, ma non al punto né di ricollegarvi una sanzione penale, né tale da giustificare un risarcimento del danno. Senza poterci soffermare come vorremmo sul punto, il risultato dogmaticamente più apprezzabile sta nella constatazione che il legislatore penale concede, a certe condizioni, di operare un bilanciamento fra gli interessi protetti in base alla "necessità" concreta (senza specificare, come fanno altri legislatori, se possa distinguersi in base al maggior o minor "peso" dell'interesse sacrificato rispetto a quello salvato), astenendosi dall'irrogare la pena. Si tratta di vedere se, in effetti, siamo in presenza di una scriminante o di una scusante. La questione non è solo nominalistica o di mera esercitazione teorica: riveste una importanza pratica fundamenta-

le e, altresì, funge da parametro di interpretazione di una norma non propriamente chiara qual è l'art. 119 c.p.

Secondo il Gallo, il comportamento delineato dall'art. 2045 c.c. si pone come non impedibile, al pari delle altre ipotesi scriminanti<sup>23</sup>, per cui realizzerebbe un illecito chi vi si opponesse. Problematico però sembra superare il testo dell'art. 2045 c.c. che parla di “fatto dannoso” e, la ancor più problematica contraddizione che si verificherebbe fra la normativa civilistica e quella penalistica di cui all'art. 54 c.p. dove invece è ammessa la possibilità da parte del terzo innocente di impedire la condotta necessitata perché non obbligato a subire il danno che, tuttavia, civilisticamente non viene qualificato ingiusto (ma bensì dannoso).

A tal riguardo, la conclusione sull'esistenza di una scriminante e non, come pure fondatamente si ritiene, di una scusante, sta nel considerare l'art. 54 c.p. pur sempre radicato sulla carenza di antidoverosità del comportamento necessitato, purchè esso si mantenga entro i perimetri delineati dalla norma penale, imponendo al giudice del danno di tenere conto anche del dubbio sulla sua assenza e, astraendo dalle modalità del fatto che ha cagionato il danno, determinare l'ammontare dell'indennità - da taluno ritenuta un'attenuante dei fatti illeciti - tenendo conto di tutta la costellazione dei dati che caratterizzano la vicenda<sup>24</sup>.

Muovendo da tali premesse è possibile sostenere, pur riconoscendo ineludibile la distinzione fra scriminanti che escludono l'antigiuridicità penale e scriminanti che escludono l'illiceità globale, che sia lo stato di necessità che la difesa legittima concernono le “modalità dell'azione” e, quindi, possono definirsi “oggettive” ai sensi del secondo comma dell'art. 119, per cui chi concorre con un soggetto che agisce in tali situazioni usufruisce della relativa “estensione”, senza che la distinzione su richiamata sia risolutiva nella ricostruzione dell'istituto della comunicabilità delle circostanze di esclusione della pena.

Questo esempio, particolarmente complesso, si fa notare per alcune caratteristiche. Innanzitutto perché l'interprete presuppone anche una coerenza terminologica e presume l'unitarietà del fenomeno giuridico. Poi per la com-

<sup>23</sup> GALLO, *La piccola frase di Mortara*, cit., 98 s.

<sup>24</sup> GALLO, *La piccola frase di Mortara*, cit., 114.

plexità del criterio sistematico seguito che spazia fra l'altro, in fonti normative diverse. Infine perché vi compare anche un preliminare argomento *ad absurdum*: si afferma, infatti, che, altrimenti interpretata, la norma in questione non avrebbe modo di esplicitare quella discriminazione tra due tipi di esimenti al cui scopo evidentemente è dettata.

5. *Norma penale sostanziale e norma penale processuale*. La costruzione del nucleo dell'illecito fondata sull'antidoverosità del comportamento (*id est*, anti-giuridicità) consente di affrontare, sempre sul piano dogmatico, una questione che, qualche tempo fa, ha offerto la stura per una serie di molteplici argomentazioni, con particolar riguardo a quelle ipotesi che il codice chiama cause estintive del reato, da parte di taluno affrontate dal punto di vista processuale, da parte di talaltro sul terreno del diritto sostanziale, in particolare la "prescrizione del reato" e la querela.

Se, ad esempio, muoviamo dal presupposto della natura sostanziale della querela, assimilabile ad una condizione di punibilità, non può non concludersi che, qualora la condizione non si sia verificata al momento del fatto, e, invece, al momento del processo, sia stata introdotta la procedibilità d'ufficio, l'imputato debba essere assolto.

Ad una conclusione diametralmente opposta si perviene qualora si ritenga che la disposizione disciplinatrice delle "condizioni" di punibilità rivesta carattere processuale; si sottragga, quindi, ai criteri coi quali la legge sostantiva risolve il conflitto tra più norme nello stesso tempo.

Proprio sul terreno del c.d. diritto intertemporale si coglierebbe una delle più importanti conseguenze pratiche che derivano dall'assegnare una norma al diritto sostanziale o a quello processuale e la questione non ha mai cessato di costituire motivo di dissidio, anche profondo, fra gli autori più recenti. Non mancarono autori che, pur rimarcando la necessità di operare il distinguo a fini dogmatici, ne propugnavano il superamento a fini garantistici.

La questione fu a suo tempo esposta con vivacità di argomentazioni da un altro esponente di spicco della scuola penalistica torinese: Marco Siniscalco (16 marzo 1927-20 settembre 2003). Primitissimo allievo del Prof. Gallo, in un lavoro del 1969 l'illustre Autore ricomprendeva nell'espressione "più favore-

vole” dell’art. 2 (oggi comma 4) c.p. anche il regime di procedibilità, facendo leva, altresì, sull’inciso “punito” di cui al comma 2, dell’art. 25 della Costituzione: «Il cittadino, per essere garantito, non occorre sia assicurato che, nell’ipotesi di un possibile giudizio, saranno applicate nei suoi confronti le leggi vigenti nel momento in cui ha posto in essere il reato; è necessario e sufficiente che non possa venir sottoposto ad un trattamento più sfavorevole di quello ricavabile dalla legislazione penale vigente al momento in cui ha commesso il fatto»<sup>25</sup>.

Con la “saga Taricco” il dibattito sulla retroattività della norma sfavorevole o l’ultrattività della norma più favorevole è stato straripante.

Una parte della dottrina criticava il passaggio dal codice Zanardelli, che inseriva la prescrizione del reato fra le cause che estinguono l’azione penale, ossia il diritto di esercitarla, e che riguarderebbero il campo esclusivamente processuale, al codice Rocco che, invece, le contemplava fra le cause estintive del reato, quindi, secondo l’interpretazione più diffusa, attinente al piano del diritto sostanziale.

In realtà, secondo il percorso argomentativo seguito prima, la dicotomia si supera proprio considerando globalmente le disposizioni applicabili al reo: se più favorevoli possono retroagire o ultra-agire; se meno favorevoli no.

La distinzione circa la natura processuale o sostanziale delle disposizioni penali, se si discute di maggiore o minore favorevolezza, si assottiglia fino a scomparire. Purtuttavia rimane fondamentale, a livello dogmatico, distinguere fra norma processuale e norma sostanziale, non foss’altro che la prima impone al giudice di astenersi nel realizzare ogni condotta processuale diversa dalla declaratoria di non doversi procedere per difetto di querela, dell’istanza o della richiesta di procedimento. Nella seconda, di contro, il giudice assolve al compito di accertare l’esistenza dei presupposti per l’applicazione della sanzione penale, assumendo come parametro della sua indagine la tipicità e, quindi, l’antidoverosità del comportamento tenuto rispetto alla fattispecie.

Il nucleo centrale dell’illecito, comune ad entrambe le ipotesi, si conclude con una sentenza processuale di proscioglimento, per le cause viste, o per una sentenza sostanziale allorché non si applica la pena perché il fatto non sussi-

---

<sup>25</sup> SINISCALCO, *Irretroattività delle leggi in materia penale*, Milano, 1969 (rist. 1987), 97.

ste, perché l'imputato non lo ha commesso, o perché ricorre una causa di esenzione dalla pena o una causa di immunità, con tutte le conseguenze che ne derivano in tema di formazione del giudicato.

Si pensi al divario degli effetti che conseguono all'una o all'altra tipologia di sentenza. Mentre alla pronuncia che accerta l'inesistenza del dovere di punire è ricollegato un effetto preclusivo assoluto e incondizionato, per cui è vietato l'assoggettamento della stessa persona ad un nuovo giudizio per il medesimo fatto, anche se successivamente alla sentenza emergano fatti i quali potrebbero determinare una pronuncia di contenuto radicalmente diverso rispetto a quello adottato, la sentenza di non doversi procedere per mancanza di querela, circoscrive la sua efficacia preclusiva alla situazione assunta ad oggetto dell'accertamento in essa contenuto, vale a dire la circostanza che in quel dato caso non si è avverato un certo estremo, in assenza del quale il giudice deve astenersi dal procedere. Se la condizione di procedibilità si avvererà non impedirà la sottoposizione a nuovo procedimento del prosciolto.

Ora, per le cause estintive del reato, la legislazione presenta delle incongruenze, superabili attraverso il metodo dogmatico. Abbiamo detto, infatti, che la querela è una condizione di procedibilità, cui segue la relativa disciplina ma, qualora essa venga rimessa, estingue il reato. Sembrerebbe, quindi, di essere in presenza di una fattispecie costitutiva di un doppio effetto giuridico - così come nella prescrizione - in cui sorge il dovere di prosciogliere, ipotizzato dalla norma sostanziale e da quella processuale di non compiere ogni ulteriore attività giudiziale-strumentale. Gli è che, alla prescrizione l'imputato può rinunciare, alla ricerca di una formula assolutoria nel merito, così come il giudice è obbligato, ai sensi del comma 2 dell'art. 129 c.p.p., ad assolvere o prosciogliere l'imputato quando ricorre una causa di estinzione del reato ma dagli atti risulta evidente che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato.

Questi atti doppiamente funzionali - sempre che tale categoria sia meritevole di accoglimento - non minano affatto la costruzione di una dogmatica dell'illecito fondata sul dovere e sull'obbligo, come visto finora. Il giudice dovrà privilegiare un accertamento di merito e, qualora sussista una causa di as-

soluzione o di proscioglimento, darne immediatamente conto. La causa estintiva del reato non toglie nessuna qualifica di illecità e sarà preclusiva di una sentenza di condanna anche se, in realtà, il fatto presenta tutte le caratteristiche del reato. Si risolve così la distonia sistematica creata con l'introduzione dell'art. 131 bis c.p. La sentenza di proscioglimento che dichiara l'estinzione del reato e, di conseguenza, l'inapplicabilità della pena, unico dato epidermicamente evidente e comune alle sentenze di assoluzione e di proscioglimento, in realtà è - per dirla con la Corte costituzionale - una «pronuncia idonea ad acquisire efficacia di giudicato (ex art. 651-bis cod. proc. pen.), dato che sussiste il fatto ascritto all'imputato e che egli lo ha commesso e, altresì, che tale fatto integra una fattispecie di illecito penale, sussistendo il relativo elemento soggettivo del dolo o della colpa». Risulta, di conseguenza, «irragionevole l'impossibilità di una pronuncia sulla pretesa risarcitoria (o restitutoria) della parte civile, ad opera dello stesso giudice penale che contestualmente adotti una sentenza di proscioglimento dell'imputato per non punibilità ex art. 131-bis cod. pen.»<sup>26</sup>.

La medesima situazione si ripropone tutte le volte in cui manchi una condizione di procedibilità e la questione, rimessa al giudice civile, può porsi da fondamento per il risarcimento dei danni non patrimoniali. L'interrogativo, non nuovo, era stato posto ad oggetto di uno dei primissimi lavori del Prof. Gallo, e innerva(va) una discussione tutt'altro che oziosa se l'art. 185 c.p. può svolgere una funzione risarcitoria per quei fatti, riassunti davanti al giudice civile, dei quali si è spogliato il giudice penale<sup>27</sup>.

Avendo riguardo al contenuto delle fattispecie fondate sul dovere, possiamo, infine, soffermarci brevissimamente sulle situazioni di immunità: ricondurle alla figura dogmatica della "(in)capacità penale", quindi fra le cause di esenzione dalla pena, anziché a quella degli elementi impeditivi dell'esercizio dell'azione penale, significa che nel giudizio eventualmente instaurato in ordine ad un fatto commesso dalla persona immune, rispetto alla quale sia successivamente venuta meno la qualifica soggettiva che ne giustifica il trattamento previsto dall'art. 3 c.p. il giudice deve in ogni caso prosciogliere il soggetto

<sup>26</sup> Corte cost., 12 luglio 2022, n. 173.

<sup>27</sup> GALLO, *Mancaza di querela e risarcimento dei danni morali*, in *Giur. it.*, 1948, pt. I, c. 503.

senza che si possa indugiare sull'eventualità che questi possa essere chiamato a rispondere in un giudizio successivo. A tal riguardo il Prof. Gallo si doleva molto della mancata comprensione della la figura dogmatica della "capacità penale" da parte degli autori contemporanei, che, oggetto di studi sin da un giovanissimo Aldo Moro, sempre ricordato con enorme rispetto e ammirazione (fu membro della Commissione che attribuì al Prof. Gallo la libera docenza) al pari della capacità giuridica, della capacità di diritto internazionale etc., si propone di individuare i soggetti destinatari della norma del comando e a quali condizioni essi possono essere centro di imputazione di fattispecie giuridiche e di sanzioni<sup>28</sup>.

È quello elaborato dal Gallo un modello di esposizione della (e al contempo di indagine sulla) normazione penale per ricondurla a sistema. Le strutture delle sue opere è, infatti, estremamente composita e contiene costruzioni dogmatiche di grande importanza, con un preciso nesso che le collega reciprocamente, ed egli ne fornisce spiegazione nelle prefazioni delle opere più recenti: all'idea di proporre principi guida si affianca, non meno nobile, il compito didattico di fornire ai pratici un quadro completo delle nuove elaborazioni in campo penalistico. Questo atteggiamento può essere spiegato dal metodo dogmatico di cui Egli è grande esponente, per cui il medesimo giurista può comportarsi ora da filosofo del diritto, da costruttore di teorie, ora da giurista pratico: la dogmatica si presta perfettamente ai fini perseguiti.

La penalistica italiana ha perso un formidabile consigliere scientifico, un custode di storie e di valori, un uomo buono e generoso. La Sua voce tonante - a tratti severa - al contempo incoraggiante e bonaria continuerà ad accompagnare negli anni a venire coloro che hanno avuto l'irripetibile, straordinaria ventura di conoscerlo e di frequentarlo.

*Tratto t'ho qui con ingegno e con arte; lo tuo piacere omai prendi per duce.*

---

<sup>28</sup> GALLO, voce *Capacità penale*, in *Noviss. dig. it.*, 1958, vol. II, 880 ss. Il riferimento è a MORO, *La capacità giuridica penale*, Padova, 1939.