

ANTICIPAZIONI

MARIO TRAPANI

“Elementi negativi a contenuto negativo?” Contributo ad una analisi strutturale del “fatto di reato”

Il contributo sviluppa una ricostruzione del concetto di “elemento negativo” del reato, mettendo in luce alcune carenze delle tradizionali elaborazioni teoriche che si sono sviluppate, criticamente, rispetto al modello “bipartito”. Operata una distinzione tra “elemento positivo a contenuto negativo”, “elemento negativo impeditivo” ed “elemento negativo in senso proprio”, l’A. definisce il c.d. “elemento negativo a contenuto negativo”, confrontando tale categoria con le presunzioni e gli istituti che operano nel sistema penale secondo un “meccanismo presuntivo”. Vengono così “riletti”, dal punto di vista strutturale e contenutistico, i reati di pericolo presunto, la colpa specifica e i c.d. “reati aggravati dall’evento”. I risultati dell’analisi vengono infine proiettati nella sfera processuale, con particolare riferimento all’onere della prova relativa alla “mancanza della mancanza” di tali elementi (che determina l’integrazione del reato), concludendosi sull’inammissibilità di forme di presunzione *iuris et de iure*.

“Negative elements with negative content?”? Contribution to a structural analysis of the “fact of crime”

*The paper develops a reconstruction of the concept of “negative element” of the crime, highlighting some shortcomings of the traditional theoretical elaborations developed, critically, with respect to the “bipartite” model. Having made a distinction between “positive element with negative content”, “negative element impeding” and “negative element in the proper sense”, the A. defines the so-called “negative element with negative content”, comparing this category with the presumptions and institutions that operate in the criminal system according to a “presumptive logic”. Starting from this structural and content review, the A. analyzes the crimes of presumed danger, specific guilt, and the so-called “crimes aggravated by the event”. The results of the work are finally projected into the procedural sphere, with reference to the burden of proof relating to the “lack of lack” of these elements (which determines the integration of the crime), concluding on the inadmissibility of forms of presumption *iuris et de iure*.*

SOMMARIO: 1. Gli elementi costitutivi della struttura del fatto di reato. Elementi positivi e negativi. Le diverse tipologie di elementi negativi. - 2. Gli elementi negativi a contenuto negativo. Il ruolo delle “presunzioni”. - 3. Presunzioni ed elementi negativi a contenuto negativo nei reati di pericolo presunto. - 4. Presunzioni ed elementi negativi a contenuto negativo nella colpa specifica e nei reati aggravati dall’evento. - 5. L’elemento negativo a contenuto negativo come oggetto di prova contraria rispetto alla presunzione.

1. *Gli elementi costitutivi della struttura del fatto di reato. Elementi positivi e negativi. Le diverse tipologie di elementi negativi. Nell’analisi “strutturale” degli elementi costitutivi del “fatto di reato”¹, già da tempo la migliore dottrina*

* Questo scritto, dedicato agli studi in onore di Antonio Fiorella, costituisce un’anticipazione di un lavoro monografico su “*Il reato e le sue conseguenze*”.

¹ L’importanza di un approccio “strutturale” ai fini di una corretta comprensione del fenomeno giuridi-

penalistica italiana², aggruppando detti elementi nelle due categorie concettuali basiche del “fatto oggettivo” e dell’“elemento soggettivo”, ha poi – in questa prospettiva “bipartita” – correttamente distinto, nella duplice dimensione sia oggettiva che soggettiva, tra “elementi positivi”, la cui “presenza” è necessaria per l’integrazione del reato, ed “elementi negativi”, che debbono viceversa “mancare”. Più in particolare, in questa stessa logica, si è ulteriormente distinto, nell’ambito degli elementi positivi, tra “elementi positivi costruiti positivamente” (o “a contenuto positivo”), algebricamente rappresentabili con la formula + (+ X), come ad es. la morte di un uomo nel delitto di omicidio doloso, ed “elementi positivi costruiti negativamente” (o “a contenuto negativo”), algebricamente rappresentabili con la formula + (- X), come ad es. il mancato consenso nel delitto di violazione di domicilio. Diversa struttura che si riverbera anzitutto sull’“oggetto del dolo”: nel senso che, per l’integrazione del dolo, trattandosi di elementi positivi “a contenuto positivo”, è necessaria la “positiva rappresentazione” della loro “(oggettiva) esistenza”; mentre, per gli elementi positivi ma “a contenuto negativo”, occorre la “positiva rappresentazione” della loro “(oggettiva) mancanza”.

I problemi sorgono per gli “elementi negativi”. Ciò, non solo perché l’idea – a mio avviso l’unica “logica” in una corretta prospettiva di analisi “strutturale” degli elementi costitutivi del fatto di reato – del ricorso alla categoria degli “elementi negativi” del reato, sotto la quale vengono anzitutto ricondotte le “cause di giustificazione” come requisiti appartenenti al “tipo di illecito”, è accolta – quale necessaria conseguenza di certe premesse – dai sostenitori della teoria della c.d. “bipartizione”, oggi minoritaria nella dottrina penalistica viceversa ancora saldamente ancorata alla visione c.d. “tripartita” (fatto tipico, antigiuridicità oggettiva, colpevolezza; ovvero, secondo una visione più raffinata post-welzeliana, illecito, composto, da un lato, da fatto tipico – oggettivo e

co è sottolineata da FIORELLA, *L'errore sugli elementi differenziali del reato*, Tivoli, 1979, 13 ss.; più ampiamente, da ultimo, ID., *Le strutture del diritto penale. Questioni fondamentali di parte generale*, Torino, 2018, *Premessa*; Autore che con questo scritto si intende omaggiare. Già in precedenza, fondamentali in questa direzione metodologica sono, nell’ambito della dottrina penalistica, i lavori di NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, Padova, 1972, rist., spec. 37 ss. e di GALLO M., *Il dolo. Oggetto e accertamento*, in *Studi Urbinati*, 1951-1952 (XX), 227 ss., laddove – nell’individuazione della natura giuridica e della conseguente posizione sistematica delle cause di giustificazione – ricorrono, rispettivamente, secondo un metodo tipicamente strutturale, al concetto di “limite della norma-base” e di “elemento negativo” del fatto di reato.

² GALLO M., *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, 3^a ed., vol. I, Torino, 2020, spec. 225-227, 287-288, 307-310, 399-403, 436-438. In precedenza, per tutti, ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 16^a ed. aggiornata e integrata da Conti, Milano, 2003, *passim*, sulla scia della tradizione italiana della Scuola Classica da Carmignani a Carrara.

soggettivo - e antigiuridicità oggettiva, dall'altro, dalla colpevolezza depurata dal dolo e dalla colpa); ma anche per una errata interpretazione di quanto dovrebbe logicamente discendere dalla effettiva "natura giuridica" di ciò che deve *propriamente* intendersi come "elemento negativo" del fatto di reato.

È noto infatti come una delle principali obiezioni da sempre ripetute contro la riconduzione delle "cause di giustificazione" fra gli "elementi negativi" del "tipo di reato" sia che, se le cause di giustificazione facessero realmente parte del "fatto di reato" sia pure come suoi "elementi negativi", essendo necessario per aversi "dolo" (elemento soggettivo basato su processi psichici *effettivi*) la (positiva) "rappresentazione" di tutti gli elementi costitutivi del fatto stesso, ne discenderebbe allora, per potersi parlare di dolo, la positiva "rappresentazione" della "mancanza" di tutte le cause di giustificazione previste dall'ordinamento; il che (a parte ogni altra considerazione) sarebbe, con ogni evidenza, "psicologicamente" assurdo³.

Ora, una tale obiezione dimostra, con ogni evidenza, la mancata percezione della effettiva "natura" di ciò che, sul piano logico, viene definito come "elemento negativo". "Elemento negativo" in senso proprio, algebricamente rappresentabile - se "a contenuto positivo" - con la formula - (+ X), riferito al "fatto di reato", è, dal punto di vista strutturale, un requisito che deve *oggettivamente* "mancare" e *soggettivamente* "non essere rappresentato" perché venga integrato il "fatto tipico" di reato (doloso). Chi afferma viceversa - al fine di escludere la correttezza logica della teoria della "bipartizione" - che l'elemento negativo è quel requisito, non di cui, per aversi dolo, ("in negativo", appunto) "non ci si deve rappresentare la presenza", ma di cui ("in positivo") "ci si deve rappresentare la mancanza", *confonde palesemente ciò che, sul piano logico, costituisce "elemento negativo" con l'"elemento positivo costruito negativamente"* (come il mancato consenso nella violazione di domici-

³ Di "rappresentazione della mancanza" di "tutte" le cause di giustificazione per aversi dolo parlava già FRANK, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, in *Festschrift für die Juristische Fakultät in Gießen zum Universitäts-Jubiläum*, Gießen, 1907, 533 ss. (nel primo lavoro che, nella moderna dottrina tedesca, segna il passaggio dalla concezione "psicologica" a quella "normativa" della "colpevolezza", intesa come "rimproverabilità"). Questa affermazione di Frank, che - a proposito della posizione sistematica delle cause di giustificazione nella struttura del reato come "elementi negativi" - confonde gli elementi negativi in senso proprio con gli elementi positivi a contenuto negativo (*infra* nel testo), è stata, come noto, frequentemente utilizzata da larga parte della dottrina tedesca - ma non solo - come uno degli argomenti per escludere la correttezza della concezione delle cause di giustificazione quali "elementi negativi" della "tipicità" del fatto.

⁴ Più specificamente, un elemento di cui deve oggettivamente "mancare la presenza" e soggettivamente "mancare la rappresentazione".

lio)⁵.

Questa confusione concettuale deriva dalla circostanza che il lemma “elemento negativo” è, di per sé considerato, dal punto di vista squisitamente linguistico, un *termine del tutto generico*. Infatti, il termine “elemento negativo”, inteso genericamente – meglio: atecnicamente –, come qualcosa che deve “mancare” (per la verifica di qualcosa), può assumere *almeno tre significati* assolutamente distinti tra loro nella prospettiva della integrazione di un “fatto di reato”. Anzitutto, come “*elemento positivo a contenuto negativo*”, ossia elemento che – in quanto comunque “positivo” – non solo deve oggettivamente mancare (più esattamente: deve esserne “presente” la “mancanza” per la integrazione del “fatto oggettivo” di reato) e di cui ci si deve “rappresentare la mancanza” (per aversi “dolo”), come si ricava dalla formula algebrica + (-X), ma di cui, processualmente, si deve altresì positivamente “provare la mancanza”, sia sul piano oggettivo che soggettivo (oltretutto, trattandosi di elemento di “addebito” ai fini dell’“imputazione” processuale, «al di là di ogni ragionevole dubbio»: art. 533 comma 1 c.p.p.), per potere ritenere un soggetto autore di un “fatto di reato”. In secondo luogo, come ciò che possiamo stipulativamente definire “*elemento negativo-impeditivo*”, ossia elemento la cui presenza “nega”, in quanto appunto “impedisce”, la integrazione di un qualunque “elemento positivo”⁶, sia oggettivo che soggettivo (si pensi ad es. all’errore sul fatto di reato quale elemento negativo-impeditivo del dolo e al “fattore eccezionale sopravvenuto” quale elemento negativo-impeditivo del nesso causale penalmente rilevante). Infine, come “*elemento negativo*” che potremmo anche stipulativamente definire “*in senso stretto o proprio*”, ossia di elemento che “*si aggiunge*” agli elementi positivi sia pure con valenza “negativa”; nel senso che, come detto, per l’integrazione del “fatto oggettivo di reato”, deve oggettivamente “mancare” (più esattamente: ne deve “mancare” la “presenza”), di cui, per aversi “dolo”, ci si deve “non rappresentare la presenza”, come si ricava dalla formula algebrica - (+ X), e di cui processualmente deve “mancare” del tutto la “prova dell’esistenza” sia sul piano oggettivo che soggettivo.

⁵ GALLO M., *Diritto penale*, cit., 287-288. Palese questa confusione in *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, 9^a ed., a cura di Marinucci, Dolcini, Gatta, Milano, 2020, 221 e 384.

⁶ Non mancano tuttavia anche “elementi negativi-impeditivi” di “elementi negativi” in senso stretto: si pensi, ad es., al «particolare dovere giuridico di esporsi al pericolo» la cui presenza “impedisce” la integrazione della scriminante dello stato di necessità (art. 54 comma 2 c.p.). Ma anche – come vedremo *infra*, par. 4 – “elementi negativi-impeditivi” di “elementi negativi a contenuto negativo”. Breve: a ciascuna tipologia di elementi del fatto di reato, positivi o negativi, corrisponde simmetricamente una categoria di elementi negativi-impeditivi.

“Elementi negativi in senso proprio” generalmente identificati, dalla stessa dottrina “bipartita”, con le “cause di giustificazione”, che tuttavia, a mio parere, non ne esauriscono la categoria. Come in altra sede ho già cercato di dimostrare, deve infatti essere logicamente considerato “elemento negativo” in senso stretto *anche* l’“*elemento specializzante-differenziale*” con riferimento al “fatto di reato” c.d. “generale” (si pensi alla relazione strutturale intercorrente tra l’omicidio doloso e l’omicidio del consenziente, dove l’elemento specializzante-degradante costituito dal consenso della vittima rappresenta un “elemento negativo”, *sia pure “implicito”*, del “fatto” di omicidio doloso comune, con conseguente “incompatibilità” tra i due “tipi” di reato)⁷.

È noto, a sua volta, come quest’ultima categoria degli “elementi negativi in senso proprio” – in particolare, se riferita alle cause di giustificazione – sia stata, viceversa, spesso confusa da parte anche di autorevole dottrina ora con la categoria degli “elementi negativi-impeditivi”⁸, ora con la categoria degli “elementi positivi a contenuto negativo”⁹.

Con riferimento specifico alle cause di giustificazione, queste sono viste come “elementi negativi in senso proprio” dai teorici della “bipartizione” nel senso che è la loro oggettiva “presenza” e la loro positiva “rappresentazione” ad *escludere* l’integrazione del “fatto *tipico* di reato” (rispettivamente, dal punto di vista dell’elemento oggettivo e di quello soggettivo doloso: arg. *ex art.* 59 commi 1 e 4 c.p.); così come, per l’accertamento processuale del fatto di reato, è necessaria la *assoluta “mancanza di prova” della loro “presenza”*, nel senso, in particolare, che basta l’insinuazione anche del semplice “dubbio” sulla loro esistenza per escludere la verifica del fatto di reato (arg. *ex art.* 530 comma 3 c.p.p.).

Ma, anche muovendo dalla prospettiva della “tripartizione”, le “cause di giustificazione” costituiscono pur sempre “elementi negativi”, non tuttavia del “tipo” ma della c.d. “antigiuridicità oggettiva”, in particolare come suoi elementi “negativi-impeditivi”. Nel senso che, secondo i tripartiti, le scriminanti sarebbero elementi che debbono “mancare” per l’esistenza dell’“antigiuridicità”, più esattamente, della valutazione – definitiva – di “antigiuridicità” del “fatto tipico” (per suo contrasto con l’intero ordinamento giuridico), “impedendone” appunto l’integrazione.

⁷ TRAPANI, *La divergenza tra il “voluto” e il “realizzato”*, I, Torino, 2006, 220 ss.

⁸ Si veda infatti ad es. DELITALA, *Il “fatto” nella teoria generale del reato*, Padova, 1930, 34 ss., secondo cui le cause di giustificazione non potrebbero considerarsi “elementi negativi” del “tipo” di illecito in quanto non escluderebbero – appunto “negandola” – l’esistenza di nessuno degli elementi “positivi” costitutivi del fatto di reato (come la condotta, l’evento o il nesso causale).

⁹ *Retro*, note 3 e 5.

Questa diversa collocazione delle cause di giustificazione sul piano sistematico secondo la dottrina bipartita e quella tripartita, se non comporta alcuna conseguenza pratica sul piano dell'aspetto "oggettivo" dell'illecito, si riverbera viceversa – e in modo radicale – sull'elemento "soggettivo" del reato. Infatti, anche a prescindere dalla circostanza che la maggioranza dei tripartiti, almeno da Welzel in poi, ritiene necessaria, per l'integrazione della scriminante o, come pure anche si dice, del "tipo di permesso-liceità", altresì la positiva rappresentazione del fatto che la costituisce (ad es., per l'operatività della legittima difesa occorrerebbe che l'agredito si rappresenti l'aggressione, agendo conseguentemente col c.d. *animus defendendi* e quindi – si aggiunge – con la consapevolezza di agire "lecitamente"; il che, sia detto per inciso, contrasta palesemente con la disciplina dettata dal nostro art. 59 comma 1 c.p.)¹⁰, in caso di "supposizione erronea" della presenza dei presupposti di fatto di una causa di giustificazione (riconosciuta dall'ordinamento), ritenendo la scriminante "elemento negativo" (in senso stretto) del "fatto tipico" di reato, detto errore escluderebbe il "dolo" (così come stabilito espressamente, non a caso, nell'ordinamento italiano dall'art. 59 comma 4 c.p.); mentre, ritenendola "elemento negativo" del requisito dell'"antigiuridicità", detto errore, incidendo su un requisito "esterno" al "fatto tipico", comporterebbe (il che non sarebbe a mio avviso comunque corretto)¹¹ – almeno a volere essere coerenti con le premesse¹² – la (erronea) rappresentazione della "liceità" di un comportamento viceversa "illecito" sia oggettivamente che soggettivamente, traducendosi quindi non in un "errore sul fatto tipico" (limitato, secondo i tripartiti, ai suoi soli requisiti "positivi") ma in un vero e proprio "errore sul divieto", "scusabile" quindi solo se "inevitabile", ossia "incolpevole" (ai sensi, nell'ordinamento italiano, dell'art. 5 c.p.).

Se dunque, considerando le cause di giustificazione "elementi negativi" del

¹⁰ Secondo l'art. 59 comma 1 c.p., infatti, «Le circostanze che [...] escludono la pena sono valutate a favore dell'agente *anche se da lui non conosciute, o da lui per errore ritenute inesistenti*».

¹¹ Nel senso che la rappresentazione della presenza dei presupposti di fatto di una causa di giustificazione, non importa se solo erroneamente supposta ovvero anche oggettivamente esistente, non si accompagna necessariamente anche con la rappresentazione della "liceità" del proprio comportamento si veda GALLO M., *Diritto penale*, cit., 433.

¹² Come è il caso di Welzel e dei welzeliani di stretta osservanza, che riconducono questa situazione ad un "errore di proibizione". Non mi sembra viceversa coerente con le premesse teoriche da cui muove quella parte della dottrina tripartita post-welzeliana di lingua o di ascendenza culturale tedesca che, ravvisando una "similitudine strutturale" nell'oggetto dell'errore tra la supposizione erronea dei presupposti "di fatto" di una causa di giustificazione e l'errore sugli elementi che costituiscono "in positivo" la descrizione del "fatto di reato", ritengono applicabile la stessa disciplina dell'"errore sul tipo" di illecito, con conseguente *esclusione* anche in questo caso del "dolo", quantomeno in via "analogica".

“tipo di illecito”, esse debbono oggettivamente “mancare” perché si abbia il “fatto oggettivo” di reato, soggettivamente essere “non rappresentate” perché si abbia il “dolo” e di cui deve assolutamente “mancare” la “prova” per l’affermazione processuale dell’esistenza di un fatto di reato al completo dei suoi requisiti costitutivi, ciò significa, logicamente, che le cause di giustificazione debbono essere considerate *strutturalmente* “*elementi negativi a contenuto positivo*”, algebricamente rappresentabili - come detto - con la formula - (+ X).

2. *Gli elementi negativi a contenuto negativo. Il ruolo delle “presunzioni”*. A questo punto si impone però una domanda: esistono, nella struttura del “fatto tipico” di reato, accanto agli “elementi positivi a contenuto positivo”, agli “elementi positivi a contenuto negativo” e agli “elementi negativi a contenuto positivo”, anche requisiti *strutturalmente* qualificabili come “elementi negativi a contenuto negativo”?

La domanda, che a mio parere merita risposta affermativa, consente, come subito vedremo, di risolvere nel modo più logico tutta una serie di problemi che da tempo costituiscono oggetto di attenta riflessione dommatica (e sistematica) da parte della dottrina penalistica.

Dal punto di vista strutturale, gli “elementi negativi a contenuto negativo”, in quanto rappresentabili algebricamente con la formula - (- X), sono logicamente quelli di cui deve *oggettivamente* “mancare la mancanza” per l’affermazione dell’esistenza del “tipo oggettivo”, *soggettivamente* essere “non rappresentata la mancanza” per l’esistenza del “dolo” e di cui deve *processualmente* “mancare la prova” della loro “mancanza”, sia sotto l’aspetto oggettivo che soggettivo, per potere ritenere una persona autore del fatto di reato.

L’obiezione che si potrebbe a questo punto immediatamente porre è che, siccome, dal punto di vista logico, due negazioni si elidono reciprocamente, parlare di “mancanza di mancanza” di qualcosa significherebbe in realtà, alla fine, richiederne la effettiva “presenza”: algebricamente infatti - (- X) è uguale a + X. Con la inevitabile conseguenza che il c.d. “elemento negativo a contenuto negativo”, risolvendosi allora in un vero e proprio “elemento positivo” (“a contenuto positivo”), nell’analisi degli elementi costitutivi del fatto di reato perderebbe qualunque “autonomia”, oltre che logica, “sistematica”.

A questo proposito, occorre tuttavia notare come, nell’accertamento di determinati “fatti di reato”, *per come sono strutturati* non è la “positiva” presenza di una certa situazione di fatto a determinare l’integrazione dell’illecito e quindi a “fondare” la punibilità del suo autore ma, tutt’al contrario, la sua

“mancanza” ad “escluderla”. Il che significa, ragionando *ex adverso*, come, per “fondare” in questi casi la responsabilità dell’autore del fatto, sia logicamente necessaria la verifica della *situazione opposta*, ossia appunto la “mancanza della mancanza” di quell’elemento. Situazione, dunque, da non confondere con la “mancanza” di un elemento negativo ma “a contenuto positivo”, come avviene per le cause di giustificazione, posto che in questo caso è la “mancanza della presenza” (- [+ X]) di un certo elemento che “fonda”, non: “esclude”, la punibilità.

Diversità di conseguenze determinata proprio dal *diverso “contenuto”* delle due specie di “elementi negativi”, rispettivamente “a contenuto positivo” e “a contenuto negativo”, ossia di elementi che, pur essendo entrambi “negativi” *in senso proprio* - ossia elementi che *si aggiungono*, sia pure con “valenza negativa”, agli elementi “positivi”, *appartenendo quindi anch’essi alla “struttura” del “fatto tipico di reato”* -, si muovono tuttavia in direzioni non solo diverse ma addirittura *opposte* (secondo una rappresentazione algebrica, rispettivamente - [+ X] e - [- X]): nel senso che, *per “fondare” la punibilità*, nel caso dell’elemento “negativo a contenuto positivo” occorre la “mancanza della sua “presenza” (come per le scriminanti); mentre, nel caso dell’elemento “negativo a contenuto negativo”, occorre la “mancanza” della sua “mancanza”.

Per intendere correttamente la “funzione” svolta dagli “elementi negativi a contenuto negativo” nell’economia dell’illecito, occorre preliminarmente sottolineare come, nella *tecnica di costruzione* del “fatto di reato” e della, più ampia, “fattispecie di punibilità” (comprensiva anche delle eventuali condizioni obiettive di punibilità, della conoscenza o conoscibilità del disvalore penale del fatto e della imputabilità del suo autore)¹³, il legislatore faccia assai spesso ricorso al *meccanismo della “presunzione”* dell’esistenza di un certo elemento necessario per la punibilità; “presunzione”, in genere fondata su quelle “massime di esperienza” fondamentali ai fini della semplificazione dell’onere probatorio e quindi della “regola di giudizio” utilizzabile dal giudice ai fini dell’obbligo di motivazione. “Presunzione” ovviamente *iuris tantum*, in quanto “superabile” dalla - positiva - “prova contraria” dell’“inesistenza” dell’elemento di cui si presume l’esistenza¹⁴.

¹³ Più precisamente, per l’integrazione della “fattispecie di punibilità”, accanto alla presenza di un “fatto di reato” al completo dei suoi requisiti costitutivi, oggettivi e soggettivi, occorre la positiva presenza delle eventuali condizioni di punibilità e, *in negativo*, l’ignoranza inescusabile (= derivata da colpa) di violare la norma incriminatrice e la mancanza di quelle situazioni tassativamente previste dal codice penale come “cause di esclusione” dell’imputabilità.

¹⁴ *Infra*, par. 5.

Si pensi ad es., fra gli “elementi positivi” della “fattispecie di punibilità” di cui il legislatore “presume” l’“esistenza”, alla “coscienza e volontà” della condotta, requisito del fatto di reato “presunto” sulla base di massime di esperienza – nel senso che, per l’affermazione di responsabilità, non se ne deve dare la prova positiva dell’esistenza –, sempre che dagli atti del giudizio non emerga almeno un principio di prova della presenza di situazioni, costitutive di elementi negativi-impeditivi – come la forza maggiore, il costringimento fisico e l’incoscienza involontaria –, da cui possa viceversa desumersi la sua mancanza. E ancora si pensi alla “conoscenza o conoscibilità del disvalore penale” del fatto che si commette, requisito “presunto” fino a che non si dimostri l’ignoranza inevitabile della norma incriminatrice; e lo stesso vale per l’“imputabilità”, elemento della fattispecie di punibilità “estraneo” al fatto di reato, “presunta” fino a che non si provi l’esistenza di una delle situazioni, *tassativamente* previste dal legislatore nel codice penale, che la escludono. Ma si pensi anche al criterio soggettivo di imputazione della c.d. “colpa specifica”, in cui la “presunzione” di “prevedibilità” di un evento costitutivo di un reato colposo insita nella inosservanza di una “norma” scritta a finalità cautelare, e dunque *in astratto*, può essere “superata” dalla prova positiva della “imprevedibilità” e/o “inevitabilità” dell’evento *concretamente* realizzato ai sensi dell’art. 45 c.p.¹⁵; o ai c.d. “reati aggravati dall’evento”, in cui è insito nel fatto-base la “presunzione” del “pericolo” di verificazione dell’ulteriore evento aggravatore (da intendere come evento “naturalistico”) e quindi della sua “prevedibilità” *in astratto*, presunzione ancora una volta “superabile” laddove l’evento aggravatore sia *in concreto* “imprevedibile” e/o “inevitabile” alla stregua di quanto stabilito, ancora una volta, dall’art. 45 c.p.

3. *Presunzioni ed elementi negativi a contenuto negativo nei reati di pericolo presunto.* Il ruolo fondamentale svolto dal meccanismo della “presunzione *iuris tantum*” si riscontra anche con riferimento alla categoria degli “elementi negativi a contenuto negativo”, ossia di cui deve “mancare la mancanza”, nella

¹⁵ In generale, sul significato e la portata dell’art. 45 c.p. come “valvola di sicurezza” idonea ad escludere qualunque tipo di responsabilità penale nel caso in cui il fatto di reato realizzato non rientri nella sfera soggettiva di “dominabilità” da parte del suo autore, conformemente a quanto disposto dall’art. 27 comma 1 Cost., si rimanda a TRAPANI, *La divergenza*, cit., 78-84. A differenza però da quanto ritenuto da autorevole dottrina (PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, 9^a ed., Milano, 2020, 358 ss.), l’art. 45 c.p., stabilendo espressamente che «Non è punibile chi ha commesso il fatto per caso fortuito o per forza maggiore», deve essere letto nel senso che non è la positiva “prevedibilità” ed “evitabilità” del fatto di reato a “fondare” la punibilità, ma, *in negativo*, è la sua concreta “imprevedibilità” ed “inevitabilità” ad “escluderla”.

dinamica della loro previsione. “Presunzione”, infatti, qui “superabile” dalla “prova contraria” della “presenza della mancanza” di quell’elemento: in una parola, dalla “positiva dimostrazione” in sede processuale della sua “mancanza”, con conseguente “esclusione” della punibilità.

Come esempio paradigmatico di quanto stiamo dicendo, si pensi alla struttura e alla posizione sistematica del requisito del “pericolo” nella tipologia di reati – non a caso da sempre oggetto di vivace e approfondita discussione – c.d. di “pericolo presunto”.

Autorevole dottrina ha acutamente visto nel “pericolo”, di cui in questi casi si “presume” l’esistenza, un requisito *in mancanza* del quale verrebbe meno, “in concreto”, l’“offesa” contenuto del reato, con conseguente sua mancata integrazione *ex art. 49 comma 2 c.p.* (c.d. “reato impossibile”)¹⁶.

Se tuttavia il “reato” è teoricamente definibile come “*fatto offensivo*” dell’interesse tutelato dalla norma incriminatrice che lo prevede e, a sua volta, l’interesse specificamente tutelato da una qualunque norma incriminatrice – ossia la sua *ratio* identificabile con lo “scopo politico” dell’incriminazione¹⁷ – si ricava dall’*insieme di tutti, indistintamente, gli elementi costitutivi* del fatto di reato da essa descritto, che ne *delimitano* in tal modo l’ambito della tutela in quanto tutti necessari alla produzione della risposta sanzionatoria¹⁸, ne con-

¹⁶ GALLO M., *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969, 5-9. Tale tesi è oggi sostanzialmente accolta dalla giurisprudenza ormai consolidata della Corte costituzionale, che viene in tal modo a superare quelle prese di posizione che avevano viceversa escluso *tout court* la legittimità costituzionale dei reati di pericolo presunto, appunto per violazione del principio costituzionale di “offensività” (per la loro incostituzionalità BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1977, XIX, 86-87). Al contrario, la “presunzione del pericolo” nei reati di pericolo presunto è viceversa intesa ancora oggi come “presunzione assoluta”, ossia *iuris et de iure*, da buona parte della dottrina e della prassi giudiziale (quest’ultima tendenzialmente “fedele”, tra l’altro, al principio di “politica giudiziaria” palesemente *contra Constitutionem*, in particolare al suo art. 13, – principio non scritto ma generalmente praticato – che, tra due possibili interpretazioni, deve essere “privilegiata” quella “a sfavore” dell’indagato-imputato). In dottrina, nel senso che, nei reati di pericolo c.d. “presunto”, la presunzione del pericolo non sia superabile dalla “prova contraria” della “mancanza del pericolo” (in concreto), a meno di non vanificare la stessa *ratio* politico-criminale di questo modello di incriminazione come “forma anticipata” di tutela, quantomeno nei settori in cui questa tecnica di tutela appare come l’unica efficacemente utilizzabile, vedi per tutti, in dottrina, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 4^a ed., Bologna, 2001, 180-184.

¹⁷ Della tutela di un certo interesse come dello “scopo ragionevole” perseguito dal legislatore nella previsione di una qualunque norma incriminatrice parla esplicitamente, da ultimo, GALLO M., *Diritto penale*, cit., 553 ss.

¹⁸ Posto che è dall’insieme di *tutti* gli elementi costitutivi del reato, oggettivi e soggettivi, positivi e negativi, che discende un certo tipo e *quantum* di pena criminale, ossia la *specifica conseguenza* – e quindi “dimensione” – giuridica ricollegabile a quel fatto; con la logica conseguenza che ogni norma incriminatrice tutela un distinto interesse, ossia ha una sua specifica *ratio*. In questo senso, fondamentale, GALLO M., *Diritto penale*, cit., 207 ss. Per ulteriori approfondimenti sul punto si rimanda a TRAPANI, *La diver-*

segue che qualunque “elemento” che comunque contribuisce alla “dimensione offensiva” dell’illecito, in via diretta o indiretta (nel senso, in particolare, che la sua “presenza” *fonda* la punibilità e la sua “mancanza” la *esclude*), *deve logicamente fare parte del “fatto di reato” come suo “requisito costitutivo”*. Dove il problema diventa allora solo vedere *come* ciascun elemento costitutivo operi nel “fatto di reato”; ossia, quale è la sua corretta “collocazione sistematica” nella “struttura” dell’illecito. Il che dipende, da un lato, dalla “natura” dell’elemento, se positivo o negativo, dall’altro, dal suo “contenuto”, se positivo o negativo.

Da queste considerazioni, discende allora come non possa, neppure teoricamente, ipotizzarsi la realizzazione di un “tipo” di reato ma “non offensivo”, ossia la “dissociazione” tra “tipicità” e “offensività”: l’offesa *non* è infatti un *elemento “sostanziale”, di “contenuto”, che si aggiunge* a quelli “*formalmente*” previsti nella “descrizione” del “fatto di reato”¹⁹. Ciò non significa però (come viceversa ritiene parte della dottrina)²⁰ che, laddove un fatto corrisponda nel suo aspetto esclusivamente “formale” – direi meglio: meramente “esteriore” e quindi, alla fine, solo “apparentemente” – allo “schema tipico” di un reato, lì ci sia *necessariamente anche l’offesa* all’interesse “astrattamente” tutelato dalla norma incriminatrice che lo prevede. In realtà, se un “tipo di illecito” è tale perché, *nella sua astratta previsione normativa*, è “offensivo” di un certo interesse – offesa che coincide con la “*ratio*” dell’incriminazione (ossia con lo “scopo politico” della norma) –, un fatto “concreto” per risultare “tipico” alla stregua di quella norma deve *anche esprimere la stessa offesa “in concreto”*, ossia essere riconducibile alla stessa “*ratio* di tutela” per cui il legi-

genza, cit., 26, 35, 334. Diversa è viceversa, come noto, la posizione della dottrina dominante che vede nel “bene giuridico” un *quid* preesistente alla incriminazione, che fungerebbe anche da “limite di incriminazione” per lo stesso legislatore, per cui diversi reati potrebbero tutelare lo stesso bene giuridico, distinguendosi solo per le diverse “modalità di lesione” (un esempio potrebbe essere rinvenuto nei “delitti contro la vita”). A ben vedere, tuttavia, mi sembra che, così ragionando, si confondano due piani che debbono rimanere viceversa assolutamente distinti, ossia il piano “ontologico-naturalistico” e quello della “valutazione-qualificazione normativo-giuridica” (o, in altri termini, l’“oggetto di valutazione” e la “valutazione dell’oggetto”). Un “bene pre-giuridico”, che ha un suo valore sociale (magari anche di morale sociale) assume rilevanza *normativa* come “bene giuridico” *solo se e nei limiti* in cui l’ordinamento giuridico o una sua branca (ad es. il diritto penale) lo assuma come specifico oggetto di tutela (nel caso dell’ordinamento penale, attraverso il tipo e il *quantum* di pena criminale previsti per la sua “offesa”).

¹⁹ Così viceversa, ad es., MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, 5^a ed., Padova, 2007, 180; parlano dell’offesa come “elemento costitutivo del fatto penalmente rilevante” MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di Diritto penale*, cit., 220 e 255 ss.

²⁰ In questa direzione si muovono viceversa, fra gli altri, STELLA, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, 28-34; ROMANO M., *Commentario sistematico al codice penale*, vol. I (artt. 1-84), 3^a ed., Milano, 2004, 514. Nello stesso senso, in precedenza, sostanzialmente anche PETROCELLI, *L’antigiuridicità*, 4^a ed., Padova, 1966, 142.

slatore ha previsto quel certo fatto come “illecito penale”, esprimendone il “significato normativo”. “*Ratio*” della norma incriminatrice che è costituita appunto dal *prevenire l’offesa ad un certo interesse*, ritenuto “meritevole” di tutela, “vietando” o “comandando” una certa condotta. Corretto è dunque dire che un fatto non è “tipico”, più precisamente: “conforme al tipo”, se non è altresì “concretamente offensivo” dell’interesse protetto; ma *non* è altrettanto corretto affermare che l’offesa all’interesse tutelato è comunque *sempre inevitabilmente compresa* nella “astratta” descrizione del fatto (nel senso che il legislatore non può avere previsto la descrizione di un fatto di reato che non sia altresì sempre offensiva di un certo interesse). Se viceversa, *sia pure eccezionalmente* rispetto a quell’*id quod plerumque accidit* che sta alla base di qualunque “presunzione”, manca in concreto l’offesa, significa che quel fatto concreto non è riconducibile alla “*ratio*” dell’incriminazione e dunque non è – già alla stregua di una corretta “interpretazione teleologica” della norma incriminatrice – *giuridicamente* qualificabile come “tipico”.

A ben vedere, la – errata – separazione tra “tipicità” e “offensività” deriva, ancora una volta, dalla confusione, spesso operata, tra il piano “naturalistico”, ossia l’“oggetto della qualificazione giuridica” (come potrebbe essere anche l’“evento naturalistico” che rappresenta *solo uno* dei requisiti essenziali, oltretutto non sempre presente, del fatto oggettivo di reato), e il piano “normativo”, ossia la “qualificazione giuridica dell’oggetto” (come l’“evento giuridico”, rappresentato dall’“offesa all’interesse tutelato” dalla norma incriminatrice, che si ricava viceversa da *tutti* – e solo – i requisiti essenziali del fatto di reato e che non può mai mancare in nessun tipo di illecito).

Così, ritornando alla categoria dei reati di “pericolo presunto”, occorre anzitutto sottolineare come il “pericolo” di cui si presume l’esistenza non vada riferito – come viceversa comunemente si fa – all’“offesa” (posto fra l’altro che l’offesa all’interesse oggetto di tutela logicamente consiste *sempre nella sua effettiva “lesione”* e non nella sua semplice “messa in pericolo”)²¹, ma – come avviene nei reati di pericolo concreto (nei casi in cui il pericolo si riferisca ad un *quid successivo* rispetto alla condotta)²² – ad un “evento naturalisti-

²¹ Se infatti ogni norma incriminatrice tutela un interesse specifico e detto interesse si ricava dall’insieme di tutti gli elementi essenziali del fatto di reato, ne consegue logicamente che, se il reato è l’offesa di questo interesse, l’offesa non può teoricamente consistere in un mero “pericolo di lesione” dell’interesse protetto, ma solo nella sua “effettiva lesione”. Ciò che può *variare*, a ben vedere, è infatti *solo la “struttura”* dell’interesse oggetto di tutela (alla individuazione del quale può contribuire, ad es., anche una situazione di pericolo di verifica di un evento naturalistico). In questo senso GALLO M., *Diritto penale*, cit., 454; TRAPANI, *La divergenza*, cit., 340 e nota 148.

²² Per la diversa posizione che l’elemento del “pericolo” può presentare nella “struttura tipica” dei reati

co” *estraneo* tuttavia al “fatto oggettivo” di reato (la cui effettiva verifica *non* è quindi richiesta ai fini dell’integrazione dell’illecito) e collegato alla condotta da un mero nesso di “causabilità” (ossia appunto di - quantomeno apprezzabile - “possibilità di causazione”)²³.

Inteso in questi termini, dunque, il “pericolo concreto” di verifica di un “evento naturalistico” esterno rispetto al fatto “tipico” e oggetto di “presunzione” nei reati di “pericolo presunto”, *contribuendo* anch’esso alla individuazione della dimensione “offensiva” (e quindi alla “*ratio*” dell’incriminazione) di questa particolare tipologia di illeciti penali, rappresenta logicamente, nella loro “struttura”, un “elemento essenziale” del “fatto tipico”, anche se - almeno a prima vista - indubbiamente peculiare; in particolare, un “elemento negativo a contenuto negativo”, di cui deve cioè “mancare la mancanza” per la integrazione del reato (algebricamente - [- X]).

Più specificamente, ciò significa allora che, per l’integrazione del “fatto di reato” di c.d. “pericolo presunto”, sul piano “*oggettivo*” deve, in concreto (ossia nella situazione oggetto della concreta imputazione), “mancare” la “mancanza del pericolo”. Per cui se, viceversa, è “*presente*” la “*mancanza*” del pericolo *in concreto* (ossia manchi in concreto *quel* pericolo che *contribuisce* a costituire - senza però esaurirla²⁴ - la “*ratio*” dell’incriminazione) *non si è realizzato il fatto “oggettivo” di reato.*

Affinché poi, sul piano “*soggettivo*” (= dell’imputazione soggettiva del fatto), ci sia “*dolo*”, occorre la “mancata rappresentazione” della “mancanza del pericolo”. Per cui se, viceversa, il soggetto agente - positivamente - “*si rappresenta*” la “*mancanza*” del pericolo *in concreto non c’è il “dolo”*²⁵.

Sul piano processuale della “*prova*”, a sua volta, conformemente alla logica del meccanismo “presuntivo” (che dispensa il giudice dal motivare sull’esistenza di un certo elemento necessario per pervenire ad una valida condanna), occorre, *in assoluto*, la “*mancata prova della mancanza*” del “pericolo in concreto” (sia sul piano oggettivo che soggettivo); per cui, al contra-

di “pericolo concreto” vedi GALLO M., *I reati di pericolo*, cit., 2-5.

²³ Definisce il “pericolo sotto il profilo naturalistico” non come “probabilità” (sul piano matematico o statistico) ma come “apprezzabile grado di possibilità di un evento temuto” GALLO M., *I reati di pericolo*, cit., 2.

²⁴ Ciò, dal momento che, come detto in precedenza, l’interesse tutelato, ossia la *ratio* dell’incriminazione, si ricava dall’*insieme di tutti* gli elementi costitutivi del reato e *non* solo da uno o più elementi (come appunto, nel nostro caso, l’“elemento negativo a contenuto negativo”).

²⁵ La “rappresentazione della mancanza” di un “elemento negativo a contenuto negativo” del fatto di reato, in quanto *esclude* il dolo, non va ovviamente confusa con la “rappresentazione della mancanza” di un “elemento positivo costruito negativamente” che, trattandosi appunto di elemento “positivo”, è viceversa necessaria per l’*esistenza* del dolo.

rio, la “*prova positiva della mancanza*” dell’elemento del “pericolo in concreto” *esclude la responsabilità* dell’imputato. Al concetto di “elemento negativo” in senso proprio dal punto di vista “sostanziale” corrisponde qui dunque, con perfetto parallelismo, quello di “prova negativa” (da intendere, più precisamente, come “*mancanza di prova*”)²⁶ sul piano “processuale”. Piuttosto, ci si deve a questo punto chiedere qual è, in presenza di un elemento negativo a contenuto negativo (come il “pericolo in concreto”), il “*quantum di prova*” necessario per *escludere* la responsabilità dell’imputato. Non mi sembra che, per l’esclusione della condanna, occorra la piena prova positiva “al di là di ogni ragionevole dubbio” della mancanza di quell’elemento²⁷. Infatti – essendo comunque l’elemento “negativo a contenuto negativo” un elemento “negativo in senso proprio” – se deve, conseguentemente, *in assoluto* “mancare la prova della mancanza” di quel certo elemento, *basta allora la semplice insinuazione del “dubbio” sulla sua “mancanza”* (o, il che è lo stesso, trattandosi dell’altra faccia della medaglia, l’insinuazione del “dubbio” sulla sua “presenza”), nel nostro esempio: il dubbio sulla mancanza del pericolo in concreto, per “escludere” la responsabilità dell’imputato.

Dalle considerazioni sin qui svolte, e ricapitolando, si desume che, nella “*struttura*” del “fatto” dei reati c.d. di “pericolo presunto”, elemento costitutivo, idoneo a “fondarne” la “punibilità”, non è la positiva “presenza” del “pericolo” (come nei reati c.d. di “pericolo concreto”, con i quali, se così fosse, i reati c.d. di “pericolo presunto” finirebbero sostanzialmente per identificarsi)²⁸, ma, *in negativo* e quindi preceduta dal segno “meno”, la “mancanza” del-

²⁶ Utilizza viceversa il concetto di “prova negativa” come sinonimo di “prova positiva della mancanza” del pericolo per escludere l’“offensività” del fatto in concreto e quindi l’integrazione del reato di pericolo presunto ex art. 49 comma 2 c.p. CATENACCI, *I reati di pericolo presunto fra diritto e processo penale*, in Dolcini-Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. II, Milano, 2006, 1440-1442. In realtà, facendo qui l’Autore riferimento alla – positiva – “*prova contraria*” rispetto alla “presunzione di pericolo” (pericolo – a mio avviso – da intendere viceversa, propriamente, come “elemento negativo a contenuto negativo” del fatto di reato di pericolo presunto), è allora dommaticamente preferibile chiamarla, non “prova negativa”, ma “*prova positiva a contenuto negativo*” (in quanto avente come “contenuto-oggetto”, appunto, la “*mancanza del pericolo*”).

²⁷ *Contra*, sottolineando la necessità di una piena “prova negativa” – intesa come (positiva) “prova contraria” (*retro*, nota 26) – della “mancanza del pericolo” “*al di là di ogni ragionevole dubbio*” ai fini dell’esclusione della punibilità, CATENACCI, *I reati di pericolo presunto*, cit., 1439 e 1441. La piena prova positiva della mancanza “al di là di ogni ragionevole dubbio” è viceversa richiesta, ai fini però della condanna e non del proscioglimento, per gli “elementi positivi a contenuto negativo” in quanto elementi comunque “positivi” e quindi di “addebito” su cui si fonda l’“imputazione”.

²⁸ Se infatti fosse anche qui necessaria la prova positiva – magari “piena” – della presenza in concreto del pericolo si finirebbe per determinare l’applicazione della fattispecie di responsabilità per il reato di pericolo presunto *al di fuori* dei “limiti logici” (e “politici”) per cui il legislatore la ha prevista, consistenti in una sostanziale “semplificazione” della “regola di giudizio” e del conseguente “obbligo di motivazio-

la sua “mancanza” (algebricamente, - [-]); formula però che - sulla base della *apparentemente logica* considerazione che due negazioni si elidono in una affermazione - non può però risolversi, come abbiamo visto, nella “positiva presenza” di quell’elemento, a meno di non scivolare, ancora una volta, nella (sempre presente) *confusione* tra elementi “negativi in senso proprio” ed elementi “positivi”, non importa poi se a contenuto “positivo” o “negativo”. Confusione che, come detto, porterebbe fra l’altro all’assurda conclusione, sul piano di una corretta “interpretazione sistematica”, della *identificazione* tra i reati di pericolo “presunto” e i reati di pericolo “concreto” nei quali, come è noto, per potersi parlare di integrazione del “fatto di reato”, l’elemento del “pericolo” deve essere *oggetto di “prova positiva”* “al di là di ogni ragionevole dubbio”. Breve: con riferimento agli “elementi negativi costruiti negativamente”, non è la loro “positiva presenza” a “fondare” la punibilità, ma la “mancanza della loro mancanza”; e quindi, *a contrario*, la “presenza della loro mancanza” ad “escluderla”.

4. *Presunzioni ed elementi negativi a contenuto negativo nella colpa specifica e nei reati aggravati dall’evento.* Nella stessa “logica presuntiva”, quale ulteriore esempio paradigmatico di “elemento negativo a contenuto negativo”, si pone poi anche il requisito della concreta “prevedibilità” del fatto realizzato, “prevedibilità presunta” in quella “inosservanza di legge” - e dunque “in astratto”, data la struttura di qualunque “norma” - che sta alla base del criterio soggettivo di imputazione della colpa c.d. “specificata”. Posto infatti che anche detta “presunzione di prevedibilità”, per sua natura “astratta”, può essere “superata” dalla “prova contraria” della “imprevedibilità” del fatto “concretamente” realizzato, come si argomenta sistematicamente dalla presenza nell’ordinamento penale dell’art. 45 c.p.²⁹, ne consegue che la *concreta “prevedibilità”* è un elemento di cui, per l’integrazione del fatto di reato colposo,

ne” da parte del giudice, non adempiendo dunque alla sua specifica “funzione” giuridica.

²⁹ Sulla rilevanza del “caso fortuito” ex art. 45 c.p. ai fini della ricostruzione del criterio soggettivo di imputazione della “colpa specifica” vedi GALLO M., *Diritto penale*, cit., 502-504. Nel senso che la disposizione dell’art. 45, prevedendo la “non punibilità” di *qualunque fatto di reato - a qualunque titolo di responsabilità imputato* - se commesso per “caso fortuito” o “forza maggiore”, ossia se in concreto “imprevedibile” o “inevitabile” alla stregua del parametro di un uomo medio *eiusdem conditionis*, costituisce la regola “di chiusura” del sistema dell’imputazione “soggettivo-personale” nell’ordinamento penale italiano, TRAPANI, *La divergenza*, cit., 78-84 (vedi anche *retro*, nota 15). La dottrina dominante non riconosce viceversa all’art. 45 c.p. questa funzione “centrale” nel sistema, come disposizione in grado di escludere la punibilità - per mancata integrazione del “tipo” di illecito - in tutti i casi in cui il fatto di reato realizzato non sia in concreto “dominabile” dal suo autore.

deve “mancare la mancanza”, ossia, strutturalmente, un “elemento negativo a contenuto negativo”. Ciò significa, in altre parole, che, per “fondare” la punibilità di un fatto di reato a titolo di “colpa specifica”, occorre la “mancanza” della “mancanza della prevedibilità” (in concreto), ossia la “mancanza della imprevedibilità”. In conseguenza, non è, “in positivo”, la “prevedibilità” del fatto concretamente realizzato a “fondare” la punibilità a titolo di colpa specifica (posto che, se così fosse, non ci sarebbe più alcuna differenza con la colpa generica) ma, al contrario, “in negativo”, la sua “imprevedibilità” in concreto ad “escluderla”. Rilevanza della “imprevedibilità” come situazione la cui presenza determina la mancanza della colpa specifica e quindi l’esclusione della punibilità espressamente prevista, nell’ordinamento italiano (come detto), dall’art. 45 c.p. A ben vedere, anzi, se la “presunzione” ha qui ad oggetto la “prevedibilità in astratto” dell’evento-fatto vietato con la conseguenza che la sua “prevedibilità in concreto” deve essere un requisito di cui deve allora “mancare la mancanza”, l’“imprevedibilità” del fatto concretamente realizzato come “causa di non punibilità” espressamente e *autonomamente* prevista dall’art. 45 c.p. rappresenta, propriamente, un “elemento negativo-impeditivo” dell’“elemento negativo a contenuto negativo” costituito dalla sua “prevedibilità in concreto”, dal momento che è la “presenza” della “imprevedibilità in concreto” ad *impedire* la integrazione del requisito della “prevedibilità in concreto” quale elemento di cui deve “mancare la mancanza”.

Posto poi, a sua volta, che la colpa specifica si basa sull’inosservanza di una norma giuridica “a finalità preventiva” con riferimento ad eventi del “tipo” di quello che si è in concreto verificato, ossia sulla “prevedibilità in astratto” della realizzazione di fatti di un certo tipo tuttavia “prevenibili”, sempre “in astratto”, osservando quella particolare regola scritta di diligenza, ciò significa, a ben vedere, che alla “prevedibilità” dell’evento da prevenire “presunta” nell’inosservanza della norma a finalità cautelare corrisponde logicamente, sul piano oggettivo, una situazione di “pericolo” con riferimento ad un evento di quel “tipo”, “pericolo” sempre “presunto”³⁰. Onde, alla fine, si può ancora

³⁰ Che la condotta colposa integri sempre una situazione di “pericolo” con riferimento ad un evento “naturalistico”, *interno* o *esterno* al fatto di reato non importa (rispettivamente, a seconda che si tratti di reato colposo ad evento naturalistico ovvero di mera condotta), è affermazione comune in dottrina. Per tutti, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 502-518, *passim*. Si noti poi come la formula della “colpa presunta” sia generalmente utilizzata in dottrina *in maniera impropria*, ossia non con riferimento alla violazione di una regola di condotta legislativamente costruita per evitare un evento prevedibile del “tipo” - e quindi appunto “in astratto”, secondo la logica connessa alla struttura di una qualunque regola normativa - di quello che si è in concreto verificato, *ma alla violazione di una qualunque regola giuridica*, anche penale, da cui sia comunque derivato un evento previsto dalla legge come costitutivo di un reato colposo.

una volta concludere nel senso che *anche* la inosservanza della norma giuridica a finalità cautelare che sta alla base della c.d. colpa specifica può essere ricondotta alla logica del “pericolo presunto”³¹.

Alla stessa logica di “presunzione del pericolo” risponde a sua volta anche la categoria dei reati c.d. “aggravati dall’evento”. Nella astratta figura del c.d. “fatto di reato-base” è infatti con ogni evidenza insito l’elemento del “pericolo” di verificazione di un evento (naturalistico) del tipo di quello “aggravatore”, pericolo di cui pertanto si “presume” l’esistenza. Che sia così, si desume logicamente dalla considerazione che, se il fatto del reato-base non fosse, secondo *l’id quod plerumque accidit*, già astrattamente portatore *in sé* del “pericolo” di verificazione di “quel” particolare tipo di evento (aggravatore) previsto dalla norma incriminatrice e “ulteriore”, e quindi “estraneo”, rispetto allo stesso fatto-base non si potrebbe razionalmente spiegare perché il legislatore abbia previsto espressamente, sempre in astratto, proprio “quel” particolare tipo di evento naturalistico – e non altri – come “probabile” (meglio: “possibile in modo apprezzabile”) conseguenza della condotta costitutiva del fatto-base³². Muovendo da questa prospettiva, è allora facile ravvisare nella struttura dei reati aggravati dall’evento una *forte analogia* con la struttura della colpa specifica (ovviamente nei soli casi in cui l’evento aggravatore sia altresì costitutivo di un delitto colposo come ad es. avviene con gli eventi naturalistici di morte o di lesione). Ora, posto che ad una situazione di “pericolo” oggettivo di verificazione di un evento corrisponde la sua “prevedibilità”, ne consegue che, nella struttura del reato aggravato dall’evento, illecito previsto da una fattispecie incriminatrice *autonoma e diversa* rispetto a quella del reato-base³³, la con-

³¹ Anche se qui non c’è ovviamente alcuna relazione con le problematiche specificamente connesse ai “reati di pericolo presunto”, posto che la “norma giuridica” la cui inosservanza costituisce in colpa l’autore del fatto può essere non solo una norma “incriminatrice” – il che avviene quando la situazione di “pericolo presunto” è contenuta in un fatto di reato “contravvenzionale” (si pensi alle contravvenzioni in materia di prevenzione di infortuni sul lavoro) – ma anche una norma di “diritto punitivo amministrativo” (come avviene per la maggioranza delle violazioni previste dal codice della strada); purché, ovviamente, si tratti sempre di norme che hanno la finalità di “prevenire” eventi del “tipo” di quello che si è in concreto verificato, costitutivo di un delitto colposo (in genere, omicidio colposo o lesioni colpose).

³² Nel caso in cui, viceversa, un certo fatto preveduto dalla legge come “delitto doloso” creasse non in astratto, *ma solo per le sue concrete modalità di realizzazione* una situazione di “pericolo” con riferimento agli eventi naturalistici di morte o di lesioni, l’ordinamento italiano prevede – come disposizione “di chiusura” dei delitti contro la vita e l’incolumità personale – l’art. 586 c.p.

³³ Che l’evento aggravatore costituisca *elemento essenziale* di una diversa figura di reato rispetto a quello base e non una sua circostanza aggravante è dimostrato dalla considerazione sistematica che, se così non fosse, l’art. 42 comma 3 c.p. non avrebbe più alcun ambito applicativo autonomo (se non in casi marginali) rispetto al criterio soggettivo di imputazione delle aggravanti di cui all’art. 59 comma 2 c.p.; ciò anche considerando che, storicamente, sono stati sempre i reati aggravati dall’evento a essere ricondotti

creta “prevedibilità” dell’evento aggravatore costituisce un “elemento negativo a contenuto negativo”, nel senso che - per l’integrazione dell’illecito c.d. aggravato - ne deve “mancare la mancanza”. Ciò significa che la punibilità è esclusa laddove venga provata, nel caso concreto, la “presenza della mancanza” della “prevedibilità” dell’evento c.d. aggravatore, ossia la sua concreta “imprevedibilità”, come fra l’altro espressamente stabilito dall’art. 45 c.p.

5. *L’elemento negativo a contenuto negativo come oggetto di prova contraria rispetto alla presunzione.* Un’ultima puntualizzazione, ma della massima importanza. Proprio in quanto elementi appartenenti alla “struttura” del “fatto tipico di reato”, non v’è dubbio che *anche gli “elementi negativi a contenuto negativo”*, al pari degli altri elementi essenziali-costitutivi della struttura del fatto di reato (positivi, a contenuto positivo o negativo, negativi a contenuto positivo), *rientrano sicuramente, in sede giudiziale, tra i “fatti” che costituiscono “oggetto di prova”* ai sensi dell’art. 187 c.p.p. Ciò significa anzitutto che la “presunzione” su cui si basano non può logicamente che essere una “presunzione relativa”, ossia *iuris tantum*, superabile cioè da quella “*prova contraria*” ammissibile per tutti, *indistintamente*, gli elementi essenziali del “fatto di reato” (art. 495 comma 2 c.p.p.); “prova contraria” che, data la struttura di elemento di cui, per l’esistenza del reato, deve “mancare la mancanza”, non può che consistere nella prova *positiva* della “presenza della mancanza” (ad es. la prova della mancanza in concreto del pericolo nei reati di pericolo presunto o dell’imprevedibilità in concreto dell’evento aggravatore nei reati aggravati dall’evento). Il che conferma altresì come, solo riconoscendo, in presenza di meccanismi “presuntivi”, la logica esistenza di “elementi negativi a contenuto negativo”, sia possibile affermare che - nel sistema penale - le “presunzioni” non possono che essere “relative” e mai “assolute” essendo queste ultime, per definizione, insuscettibili di prova contraria.

Scendendo poi, più in particolare, alla “collocazione sistematica” degli “elementi negativi a contenuto negativo” nell’ambito dei “fatti” che possono legittimamente costituire “oggetto di prova” *ex art. 187 c.p.p.*, gli “elementi negativi a contenuto negativo”, per la loro natura intrinseca, non sono riconducibili al concetto - processuale - di “imputazione” (*ex art. 417 lett. b c.p.p.*), non trattandosi di “elementi di addebito” che, in quanto tali, “*fondano*” la “punibi-

sotto l’ambito applicativo dell’art. 42 comma 3 c.p., specialmente quando tale disposizione era indicativa di un’ipotesi di “responsabilità oggettiva”. Per la dimostrazione, in particolare, della riconducibilità della tipologia dei “delitti dolosi aggravati da una conseguenza non voluta” sotto lo schema normativo del “delitto preterintenzionale” di cui all’art. 43 si rimanda a TRAPANI, *La divergenza*, cit., 312-315.

lità”, requisiti di cui si deve pertanto fornire la (piena) “prova positiva” della loro esistenza «al di là di ogni ragionevole dubbio» (art. 533 comma 1 c.p.p.); e di cui l’onere della prova mancante o insufficiente va pertanto a carico dell’accusa. In quanto viceversa comunque riconducibili alla categoria generale degli “elementi negativi” in senso stretto, la cui “mancanza” è cioè necessaria per l’integrazione del “fatto di reato” e quindi per “fondare” la “punibilità” del suo autore, anche gli “elementi negativi a contenuto negativo” sono allora riferibili al *concetto di “punibilità”* di cui all’art. 187 c.p.p., in quanto elementi del “fatto di reato” la cui “presenza” la “*esclude*”³⁴, onde la sicura, in quanto

³⁴ All’art. 187 c.p.p., e in particolare al requisito della “punibilità” per ammettere la “prova contraria” nei reati di pericolo presunto, fa riferimento anche CATENACCI, *I reati di pericolo presunto*, cit., 1436 ss. Mi sembra tuttavia che il ragionamento dell’Autore segua un *iter* argomentativo non risolutivo laddove non si muova dalla premessa – logica prima ancora che dommatica – che la “presunzione di pericolo” costituisca il fondamento di un vero e proprio “elemento negativo a contenuto negativo” della “struttura” dello stesso “fatto di reato” (rappresentato dalla “mancanza della mancanza” del “pericolo”) e quindi, in quanto suo requisito essenziale, per sua “natura” necessariamente (possibile) “oggetto di prova” *contraria*. Altrimenti ragionando, infatti, una volta che – correttamente – si afferma che non ci può essere “tipicità” senza “offesa” all’interesse protetto, interesse desumibile da *tutti e solo* gli elementi costitutivi del fatto di reato (*retro*, par. 3), non si saprebbe dove poggiare, sul piano strettamente dommatico, quella “*relativizzazione*” della “presunzione” del pericolo attraverso l’ammissione della “prova contraria” – come “diritto” dell’indagato-imputato – ritenuta dallo stesso Autore indispensabile per rendere “conciliabili”, armonizzandole, le – opposte – “esigenze di tutela” politico-criminali che stanno dietro alla tecnica dei reati di pericolo presunto con le “esigenze di garanzia” di coloro che ne sono indicati come autori. Piuttosto, e sempre con riferimento al “diritto alla prova contraria” (quale specifica espressione del “diritto di difesa”), occorre anche risolutamente sottolineare come non sia affatto corretta l’affermazione che appartenga alla “disponibilità esclusiva” dell’indagato-imputato il potere di fornire la prova della mancanza del pericolo in concreto (in quanto “parte interessata” alla sua verifica processuale) affinché detta prova possa considerarsi processualmente “rilevante”. Non si deve infatti confondere, come viceversa spesso si fa in dottrina, tra “onere della prova” e un – (preteso, in quanto ritenuto “correlativo”, ma) *normativamente inesistente* – “potere di disposizione” della prova, nel senso che spetterebbe *in via esclusiva* alla parte onerata fornire la prova di qualunque fatto giuridicamente rilevante “favorevole” alla propria posizione processuale (ANDRIOLI, *Appunti di procedura penale*, Napoli, 1965, 261 ss., spec. 264-265); per cui, nel processo penale, le prove “a carico” dell’imputato le dovrebbe fornire la pubblica accusa (per superare la “presunzione di innocenza”) mentre quelle “a discarico” la difesa (per pervenire all’assoluzione o alla improcedibilità). Il principio dell’“onere della prova”, che vale anche nel processo penale, è viceversa esclusivamente finalizzato a stabilire *su quale “parte processuale”*, accusa o imputato, graverà il “rischio” della “mancata prova” di un certo “elemento” appartenente alla “fattispecie di punibilità”, condizionando conseguentemente la “regola decisoria” (CORDERO, *Procedura penale*, 9^a ed., Milano, 2012, 987-997): nel senso, in particolare, che la mancata prova – “al di là di ogni ragionevole dubbio” – degli elementi che “fondano” la punibilità andrà a carico dell’accusa, mentre la mancata prova – anche sulla base della semplice “insinuazione del dubbio” – degli elementi che la “escludono” andrà a carico dell’imputato. Con la conseguenza che la parte onerata, pur non avendo il “potere di disposizione esclusivo” della prova favorevole alle sue pretese, ha pur sempre un “*interesse di fatto*” a fornirla in quanto parte che se ne avvantaggerebbe (interesse che si traduce nel c.d. “onere di allegazione”). Ciò significa allora che, se una prova è stata *validamente*, e quindi *legittimamente*, acquisita nell’ambito di un processo – si noti: di qualunque tipo (penale, civile o amministrativo) –, questa prova deve essere sempre presa in considerazione e quindi “utilizzata” dal

logica, ammissibilità della “prova contraria” della “presenza” della loro “mancanza”; in particolare sottolineandosi come sia sufficiente, come *quantum* di prova, *anche l’insinuazione del semplice “dubbio”* (come si argomenta, in generale, per *tutte* le situazioni la cui presenza “esclude” la punibilità, dagli artt. 529-531 c.p.p., posto che si può condannare *solo* quando c’è la prova positiva della colpevolezza dell’agente “al di là di ogni ragionevole dubbio”); con la conseguenza che l’onere dell’assoluta mancanza di prova sull’esistenza degli “elementi negativi” - a prescindere dal loro “contenuto”, positivo o negativo e quindi anche nel caso degli “elementi negativi costruiti negativamente” - va sempre a carico dell’imputato.

giudice ai fini della decisione (art. 526 comma 1 c.p.p.), *indipendentemente* da chi sia la parte che la ha introdotta nel processo (e anche se andasse contro il suo interesse processuale). Che l’“iniziativa” di una certa prova possa provenire da qualunque parte processuale - e persino dal giudice (art. 507 comma 1 c.p.p.) - trova a sua volta una esplicita - e significativa - conferma, sul piano normativo-giuridico, nello stesso codice di procedura penale all’art. 358, laddove si prevede che il pubblico ministero ha il “*dovere*” di svolgere «*altresì accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini*» e quindi, in ultima analisi, di apportare al processo le eventuali prove a favore dell’imputato (tanto che si parla del p.m. come “organo di giustizia” - sul punto si veda *amplius* TRAPANI, *Dal pubblico ministero “giudice” al pubblico ministero organo amministrativo di giustizia?*, in *Studi in onore di Marcello Gallo. Scritti degli allievi*, Torino, 2004, 337-339 - e non meramente di “accusa” come nei modelli processuali *adversary*).