

QUESITI

MARCELLO GALLO

Qualcosa sulle circostanze personali di esclusione della pena

Lo scritto esamina le circostanze personali di esclusione della pena analizzandone particolarità e caratteristiche.

Something about personal circumstances of exclusion of the sentence

The paper examines the personal circumstances of exclusion of the sentence by analyzing its particular features and characteristics.

1. Questa riflessione nasce da uno scambio di battute con l'amico Alfredo Gaito. Parlavamo della punibilità e Gaito, a conforto dell'opinione che non la considera elemento costitutivo essenziale del reato, fa il caso di chi, conoscendone la fonte, riceve cosa proveniente da sottrazione indebita commessa dal figlio a danno del padre. Il figlio non è punibile (art. 649, I comma, lett. b. c.p.). Ciononostante, tutti riterranno realizzato il presupposto della provenienza da delitto dell'oggetto materiale della condotta, requisito indispensabile perché si integri la ricettazione. Sul punto non c'è discussione. Dunque, può esserci reato senza punibilità: la punibilità, insomma, non è componente del fatto, in tutto e per tutto illecito, caratterizzato da una causa personale di esclusione della pena. E le cose stanno indubbiamente a questo modo. Altrettanto indubbio, però, che fermarci ad una terminologia puramente e semplicemente descrittiva non ci aiuta a comprendere il nesso fra fatto penalmente antiggiuridico e punibilità. Partiamo, allora, da una messa a punto del significato che attribuiamo, in linguaggio specialistico, a certe parole. Punibilità, elemento della struttura del reato, sta ad indicare almeno due cose nettamente diverse. Il senso che possiamo dare al termine riguarda a sua volta il senso che diamo a "reato". Se questo è inteso come istituto giuridico, vale a dire come insieme di norme che regolano una certa porzione di realtà, effettiva o come tale pensata, dalla punibilità non possiamo prescindere - in fin dei conti reato val quanto fatto punibile. A conclusione ben diversa dobbiamo arrivare se la punibilità è vista non come caratteristica dell'istituto, ma come componente del fatto che sta al centro dell'istituto stesso - ne rappresenta lo scheletro, l'ossatura portante. Da questo punto di vista dobbiamo riconoscere che la punibilità non è elemento costitutivo del fatto - proprio al contrario, ne rappresenta la conseguenza, e tutti sanno che l'effetto non il segmento, frazione della causa. Percorribili entrambe le strade: personalmente preferisco la seconda, che evita il tautologismo della prima, di quella, cioè, che in modo

particolarmente vistoso offre come conclusione il punto di partenza e viceversa.

2. Il codice parla di “*circostanze di esclusione della pena*” (artt. 59 IV comma e 119 c.p.) e, sembra indifferentemente, di circostanze di esclusione della punibilità (sempre all’art. 59 IV comma c.p.). vedremo che le due formulazioni sono assolutamente equivalenti: entrambe stanno a significare che, in presenza di determinati fatti o situazioni, l’assoggettabilità alla sanzione penale non sorge. Un primo dato veramente importante, direi decisivo: non è che la punibilità sia estinta, l’assoggettabilità a sanzione penale che la sostanzia nemmeno sorge, è negata in partenza. Teniamolo sempre presente, perché è da questo dato che bisogna partire per rendersi conto di come funzioni una “*circostanza*” del genere. Ancora una messa a punto: il ricorso alla parola “*circostanze*” non deve trarre in inganno; anche se siamo abituati, o perlomeno inclini, a identificare nelle circostanze quegli elementi eventuali della fattispecie criminosa che, lungi dal precludere il formarsi della “*conseguenza-punibilità*”, aggravano o alleggeriscono la pena comminata ed inflitta per un certo reato. Comminata, questa pena, perché l’efficacia delle circostanze che l’aggravano o la diminuiscono è prevista in astratto da regola che si innesta su quella incriminatrice; applicata perché questi elementi rilevano nella determinazione della pena in concreto – naturalmente sempre nell’ambito della previsione generale ed astratta.

Altre scarnificazioni di quella che sarebbe, in base a criteri puramente lessicali, la portata dell’espressione. Verificatisi determinati eventi, situazioni o processi fattuali, la punibilità sorta o che potrebbe sorgere è, a seconda dei casi, cancellata o impedita. Anzi può accadere che lo stesso *nomen iuris* contrassegni, a seconda dei casi, tanto la vicenda incentrata sull’azzeramento della punibilità già pienamente realizzata, quanto quella imperniata sulla punibilità potenziale, quella che dipende dal *si vera sint exposita*. Si pensi all’amnistia, che estingue la punibilità, tanto se interviene prima che dopo la sentenza di condanna. E qui va sottolineata, per inciso, la profonda differenza rispetto alla morte dell’imputato, estintiva della punibilità, cioè della potenzialità della pena se si verifica prima della condanna passata in giudicato, estintiva della pena, del dovere di eseguire la pena da virtuale a divenuta reale, se si verifica dopo, quando, cioè, non siamo più in presenza di persona per la quale vale il principio della impossibilità di ritenerla colpevole in mancanza di pronuncia definitiva. Azzardo una possibile spiegazione del perché di questa diversa disciplina. L’amnistia è atto proprio e caratteristico del potere che giudica non

perseguibili fatti di reato commessi entro un certo periodo di tempo, quindi è significativa di una benevola, temporanea, valutazione dei comportamenti presi in considerazione; la morte del reato, invece, è evento cagionato dalle più disparate cause, che, ad ogni modo, non risentono per nulla di sopravvenuta modulazione, diversa e meno severa, di condotte maturate entro un certo limite cronologico. Questione, insomma, di paternalismo di uno Stato geloso dei propri giudizi.

Ora, queste vicende sono espressamente regolate da puntuali previsioni codicistiche - così come è oggetto di disciplina, da questo punto di vista esaustiva, altra fondamentale causa che impedisce il prodursi della punibilità: la mancanza di un elemento positivo costitutivo del fatto incriminato. Ne concludo che situazioni come quelle regolate dai citati artt. 59 e 199, non vanno messe assieme a tutte le altre, espressamente previste dalla legge penale, aventi l'effetto di precludere la punibilità. Saranno, allora, diversamente da quelle sopra menzionate, situazioni o dati contestuali alla realizzazione del fatto che sarebbe conforme alla descrizione, al tipo enunciato da una disposizione incriminatrice. Fuori da tecnicismi più o meno involuti, vien da dire che queste circostanze riguardano il modo con cui si sviluppa una condotta tipica o la tipicità dell'autore di questa condotta, al contrario di quelle che investono condotte storicamente realizzate o almeno pensate come tali. Un'indicazione precisa sul come queste circostanze si comportino rispetto al fatto ci viene dall'art. 119 c.p.: *“le circostanze soggettive le quali escludono la pena per taluno di coloro che sono concorsi nel reato hanno effetto soltanto riguardo alla persona a cui si riferiscono. Le circostanze oggettive che escludono la pena hanno effetto per tutti coloro che sono concorsi nel reato”*.

3. Soggettive ed oggettive: a costo di ripetermi, ricordo, una volta di più, che questa contrapposizione interessa modalità del fatto e modi di essere dell'autore del fatto, siano, questi ultimi, presi o no in considerazione da prescrizioni che, direttamente ed immediatamente, li riguardino. Regola ermeneutica che va tenuta sempre presente quella di ragionare come se il legislatore evitasse, di norma, ripetizioni e ridondanze. A ciascun dettato normativo, dunque, il suo. Chiaro e netto, allora, il perimetro segnato dall'art. 119. La regola investe segmenti fattuali che, torno a dire, caratterizzano il fatto o chi è individuato come autore del fatto, in ogni caso però contestuali al fatto.

La prima idea cui il lessico legislativo rinvia è che soggettive siano le circostanze di esclusione della pena strutturate in modo da presentare elementi, tratti psicologici interiori al complesso intellettuale e volitivo dell'agente. Tali

sarebbero, ad esempio, le circostanze scriminanti rispettivamente previste dagli artt. 52 e 54 c.p.: legittima difesa e stato di necessità. Entrambe caratterizzate dalla condotta di chi è “*costretto...*”. A rigore, di costrizione si può parlare solo a proposito di chi è consapevole della situazione, del dato esterno, del prospettarsi nel mondo fenomenico di un qualcosa che ragionevolmente lo coarta ad un certo fare o non fare. Ma le cose non stanno a questo modo. C'è una regola che svuota completamente di interiorità psichica i termini dai quali questa interiorità potrebbe desumersi. Il I comma dell'art. 59 c.p. dispone: “*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*”. Quanto basta per ritenere che il complesso fenomenico da cui nasce la “*costrizione*” implichi conoscenza da parte di chi a questo insieme è esposto.

Su come va letta, all'art. 119 c.p., la contrapposizione “*circostanze soggettive-circostanze oggettive*” ho già avuto più volte occasione di pronunciarmi. Circostanze oggettive, a mio avviso, quelle che con la loro presenza fanno sì che il fatto cui ineriscono non possa essere alla stregua dell'intero, complessivo ordinamento giuridico, considerato illecito: al massimo ci saranno, per l'autore del comportamento in questione, effetti negativi di valenza puramente disciplinare. L'antigiuridicità, diciamo così, globale, quella che si proietta dall'insieme normativo sull'insieme dei destinatari, è esclusa. Soggettive, per contro, le circostanze che fanno venir meno l'illiceità penale, ma lasciano sussistere la possibilità di contrasto con regole appartenenti a settori dell'ordinamento diversi da quello penale. Per tutte, si pensi allo stato di necessità, unica attenuante prevista per l'illecito c.d. extracontrattuale. Dico così perché solo quale attenuante può essere intesa una modalità di realizzazione del fatto in forza della quale l'ordinaria sanzione del risarcimento del danno è alleggerita in soggezione ad indennità la cui misura è rimessa all'equo apprezzamento del giudice. Sempre in proposito, va tenuto presente che, a seconda che la circostanza di esclusione della pena sia oggettiva ovvero soggettiva si avrà, nel primo caso, l'impossibilità di opporre legittima difesa a chi agisce ai sensi degli artt. 52 c.p. e 2044 c.c. mentre ci si difende legittimamente nei confronti di chi realizza il comportamento che sarebbe costitutivo di reato o che comunque cagiona un danno ingiusto ai sensi dell'art. 54 c.p. o dell'art. 2045 c.c.

Quale che sia l'effetto delle circostanze che abbiamo sopra distinto a seconda che escludano in maniera assoluta o settorialmente l'antigiuridicità del fatto cui ineriscono, si tratta sempre di modalità di realizzazione del fatto che altrimenti risulterebbe tipico.

Riguardano l'essenza di questo fatto dal punto di vista della misura, dell'intensità con cui esso contrasta a precisi disposti normativi. Tutt'altra faccenda quella degli elementi che disegnano un particolare modo di essere dell'autore del comportamento conforme al modello normativo. La punibilità vien meno tanto nel caso del figlio che sottrae una cosa mobile al padre quanto nella reazione di chi si trova costretto ad agire dal pericolo di un danno grave alla persona propria o altrui: stesso effetto, ma avvertiamo subito la profonda differenza che intercorre tra ciò che cagiona la non punibilità nella prima delle due vicende evocate rispetto a ciò che, sempre cagionando non punibilità, caratterizza la seconda. Avvertiamo questa significativa, nettissima differenza perché avvertiamo che le due circostanze agiscono sul fatto in maniera che più che distinguerle le contrappone. Verificatasi la prima, il figlio che ruba al padre, il fatto in se stesso si presenta carico di tutto il disvalore che contrassegna il furto - solo lo specifico rapporto che lega l'agente al soggetto passivo del fatto spiega il motivo per cui il figlio che ha rubato al genitore non è punito: la punibilità del fatto non è minimamente toccata - prevalgono le ragioni suggerite dalla relazione fra ladro e derubato. Ritorno a quel che ho anticipato più sopra: non si può considerare allo stesso modo quanto riguarda la non punibilità del fatto rispetto a quanto determina la non punibilità dell'autore del fatto. In questo caso l'agente, anche se non può essere punito, ha posto in essere un comportamento che, salva la conseguenza della non punibilità, ci si presenta completo delle caratteristiche di una condotta penalmente rilevante - penalmente rilevante, con tutte le conseguenze che ciò importa, chiunque l'abbia commessa, a meno che l'agente, autore o partecipe, si trovi in una particolare situazione personale. La non punibilità della persona caratterizzata da note espressamente indicate dalla legge, non punibilità limitata solo alla persona a cui queste caratteristiche si riferiscono, discende direttamente ed immediatamente dal discorso normativo: possiamo dire che fino a questo punto, l'art. 119 c.p. non arreca elementi nuovi rispetto a quanto puntualmente ed espressamente stabilito da altre regole. Tutto sommato il disposto dell'art. 119 c.p. sarebbe certamente utile, ma non necessario. Una lettura attenta dei singoli enunciati positivi ci porterebbe a un risultato in tutto e per tutto coincidente con quanto sancito dalla norma in questione. Conclusione la cui correttezza dipende però da ciò che intendiamo quando leggiamo che tali circostanze hanno effetto solo rispetto alla persona cui si riferiscono. Indubbiamente è sancito che questa persona non sia "*punita*" e metto le virgolette perché dovremo precisare più appresso il significato, meglio: i significati che assume il termine punibilità. Per il momento, limitiamoci

a constatare che a cagione di circostanza personale chi possiede le caratteristiche richieste da tale circostanza va esente, da tutte o se non da tutte, dalle più salienti conseguenze sanzionatorie. Punto e basta. Assolutamente sopra le righe estenderne la portata oltre quanto il linguaggio normativo grammaticalmente e sintatticamente ci impone. La regola concerne la persona e soltanto la persona. Il giudizio di disvalore sulla condotta posta in essere non è in alcun modo alterato dalla circostanza personale.

4. Consideriamo a questo punto, e sono veramente tante, le fattispecie che tra i loro elementi costitutivi annoverano un elemento normativo, un elemento cioè costruito da un sostrato fattuale qualificato dal contrasto con regole richiamate dalla proposizione qualificante e ovviamente distinte da questa. Quanto al penale, pensiamo alla ricettazione, la cui narrativa fa da sfondo alla conversazione con Gaito, o, ancora, al favoreggiamento sia reale che personale. Comportamenti descritti facendo ricorso nel primo caso alla provenienza da delitto dell'oggetto materiale dell'azione, nel secondo ponendo la commissione di un delitto di particolare gravità quale presupposto della condotta che integra il reato in parola. Per il civile è sufficiente evocare il fondamentale, quasi onnicomprensivo, art. 2043 c.c.: qui l'elemento normativo "*danno ingiusto*" si dilata fino a coprire tutti i pregiudizi patrimoniali e un buon numero di pregiudizi non patrimoniali cagionati in violazione a regole cui è fatto espressamente rinvio - regole che infrante, rendono ingiusto il danno da altri sofferto. La circostanza personale in forza della quale non è punibile chi ha posto in essere il comportamento che fa da premessa immancabile alla condotta penalmente incriminata, o rilevante quale illecito extracontrattuale, non fa sì che questo comportamento cessi di essere penalmente illecito se rappresenta violazione di un comando penale o comunque antiggiuridico se è in violazione di altro precetto.

E qui che l'individuazione della categoria "*circostanze personali di esclusione della pena, della punibilità*" trova la sua ragion d'essere e dispiega la funzione che oltre gli apparenti confini delle proposizioni normative in cui figurano, queste circostanze svolgono. Mi sembra superfluo, dati i criteri metodologici cui cerco di attenermi, avvertire che questa funzione non si sprigiona da un'intrinseca forza concettuale, ma è il prodotto di volontà normativa cui, altrimenti, si dovrebbe riconoscere solo capacità evocativa, finalità di descrizione puramente letteraria. La forza delle cose si fa invece sentire. Dico "*forza delle cose*" e non c'è contraddizione con quanto ho sempre pensato e ripetutamente scritto. Che il concetto debba derivare dalla regola e non la regola dal

concetto è principio dal quale chi fa il mestiere delle leggi non può allontanarsi: se se ne allontana, il rischio è di prodursi in una pura e semplice fabulazione. Che non vuol dire scendere ad un livello più basso di quello che il suo lavoro esige: vuol dire soltanto che da studioso del diritto si trasforma in cultore e vessillifero di ideologia, magari avviata a diventare diritto, ma che per il momento diritto non è. Fermo questo assioma, però, una realtà alla quale non si sfugge. La norma giuridica è, essa stessa, un fatto. La dicotomia “*essere-dover essere*” regge quando corre tra le cose come stanno, e, tra queste cose, un posto di tutto rilievo spetta alla legge positiva e alla legge naturale, insomma, tra la legge in vigore e quella che si vorrebbe ci fosse.

La legge positiva proietta, scaglia il suo precetto al futuro, ma è scandita al presente: non è un dovere, ma un “*è dovuto*”. Il paziente lettore, uno dei miei tre o quattro lettori, mi perdonerà questa digressione dal piglio predicatorio: ma, a parte la considerazione che non di rado la digressione è preziosa quanto, e forse più, del tronco da cui ramifica - Luciano Canfora e, su tutt'altro registro, Alessandro Piperno insegnano - desidero che sia chiaro ciò che intendo quando parlo di prescrizioni che, pur non espressamente enunciate, nascono da precisi *dicta* normativi, non da una capacità espansiva conaturata al concetto. Sono regole positive né più e né meno di quelle oggetto di esplicite prescrizioni. La logica dell'ermeneutica, passo successivo all'esegesi, impone che l'ordinamento giuridico sia letto e trattato come tale: che significa complesso, non semplice ammasso, di regole. Queste regole debbono essere coordinate, legate l'una all'altra in un tutto organico. Accadrà qualche volta, anzi molto spesso, che su tal via ci si trovi costretti a gratificare chi detiene il potere di normazione di ragionevolezza e finalità che gli possono essere del tutto estranee - ma tant'è: se non ci sottoponiamo al giogo di questa premessa, forse la norma base logico-intellettualistica della pura dottrina del diritto, si fa poco cammino, tutt'al più un cammino paragonabile a quello del lettore di un almanacco di buone intenzioni e di consigli impartiti come viene viene.

5. Tornando al tema specifico, che cosa intendiamo dire quando affermiamo che le circostanze personali di esclusione della pena sono costituite da particolarità ontologiche, da caratteristiche che definiscono la personalità giuridica dell'agente, mentre circostanze oggettive sono quelle che concernono il comportamento, da chiunque posto in essere.

Soffermiamoci sulla precisione concettuale del dettato codicistico. A proposito delle circostanze, elementi eventuali rispetto al fatto di reato, l'articolo 118

menziona quelle che concernono i motivi a delinquere, l'intensità del dolo e il grado della colpa come distinte da quelle che riguardano la persona a cui si riferiscono. Queste ultime, siano elementi eventuali che aggravano o diminuiscono la pena ovvero dati fattuali che escludono la punibilità della condotta cui ineriscono sono appunto circostanze personali, rilevanti cioè non perché costituite da dati psicologici presenti nella struttura del fatto tipico, ma perché delineano la figura dell'agente indipendentemente, sul piano oggettivo fattuale, quindi, descrittivo da quello che è il fatto di per se considerato, senza riguardo alla persona che lo pone in essere. Ci chiediamo a questo punto se l'estraneità delle circostanze personali di esclusione della pena rispetto al fatto tipico implichi soltanto netta distinzione tra come è disegnato l'autore del fatto e come è disegnato il fatto stesso. Ora, nel mondo delle regole, il regolato, tipico in quanto strutturato in un certo modo, da questa sua tipicità riceve una valorizzazione che lo accompagna in ogni possibile effetto disposto dalla regola. Tipica la condotta rispetto alla descrizione normativa, segmento della proposizione condizionante le conseguenze previste dalla norma incriminatrice: è come dire che la condotta stessa è illecita, qualifica negativa che fa un tutt'uno con la fisicità del fatto cui si innesta - sempre uguale, perfettamente realizzato chiunque ne sia autore.

Prima dell'antigiuridicità discendente dalla presenza nel fatto storicamente consumato di tutti gli elementi positivi e dall'assenza di quelli negativi, c'è l'antigiuridicità che nasce dal fatto oggettivo che ne risulta investito, caricato di disvalore dalla pura e semplice conformità al tipo descrittivo: e si badi, non è un espediente volto ad aggirare, attraverso la sottolineatura di caratteristiche diverse da quelle solitamente ritenute rilevanti, le difficoltà che incontra la dottrina dell'antigiuridicità obiettiva. Non è cioè una sorta di scappatoia che permetta in qualche modo di far fronte alla domanda, altrimenti destinata a restare senza convincente risposta, su quale sia il criterio positivo distinto dalla norma incriminatrice alla cui stregua debba ritenersi obiettivamente antigiuridico il comportamento circoscritto alle sole note del fatto materiale non influendo su tale giudizio tanto gli elementi psicologici richiesti per l'imputazione del fatto ad un certo soggetto quanto le caratteristiche personali del soggetto stesso. È sufficiente la conformità alla previsione normativa di un comportamento preso in considerazione per le sole note storicamente, sensorialmente accertabili sia per osservazione diretta (azione) sia per relazione (omissione). Conformità frutto di un giudizio che individua e bolla un certo comportamento nella sua oggettività perché visto dai fattori di produzione normativa come lesivo di un interesse, di un valore che si intende difendere.

E qui vorrei che non ci fossero dubbi. Non mi rifaccio ad una costruzione puramente intellettualistica come, ad esempio, quella classica della dottrina tedesca che vede la norma così come enunciata svolgersi lungo due tempi: prima quello della valutazione, poggiato tutto su elementi oggettivi, poi quello della comunicazione indispensabile per trasmettere ai destinatari del precetto il risultato della valutazione e il conto che di questa si deve trarre per decidere del proprio comportamento e che, pertanto, non può fare a meno di fattori psicologici quali il dolo e la colpa. Costruzione quanto mai raffinata che risponde alle regole generali della normazione nella parte in cui afferma, ma che non può essere seguita quando assegna a dolo e colpa il solo ruolo di necessari veicoli del comando e li considera estranei all'oggetto della valutazione effettuata dalla regola. Malgrado il fascino di cui è dotata, si deve riconoscere che la teorica in questione si muove su un piano di assoluta irrealtà quando afferma che la valutazione normativa cade solo su componenti oggettive: dolo e colpa esprimerebbero soltanto l'inevitabilità del riferimento alla coscienza e volontà del destinatario del precetto, ma sfuggirebbero alla valutazione normativa. Asserto, quest'ultimo, confutato dalla stessa distinzione fra dolo e colpa, dalla diversità di pena che ne discende, e, forse ancor più significativa dalla irrilevanza penale che molto spesso spetta alla realizzazione meramente colposa di una condotta rilevante solo se sorretta da dolo. Innegabili le due funzioni svolte dalla norma incriminatrice. La funzione valutativa nasce dal peso attribuito a eventi fattuali, ma non si ferma ad essi: va oltre e si riferisce anche alle componenti soggettivo-psicologiche che la regola disegna come rilevanti. Naturalmente a ciò deve aggiungersi che ci fermiamo alla prima fase del momento valutativo perché, come vedremo, da questo si producono effetti che vanno oltre quello della punibilità. Nessuno tocchi Caino: ma non uccidere è comando assoluto e l'uccisione di un uomo è sempre contraria a questo comando. Le ragioni per cui Caino non può essere toccato, non annullano né alleggeriscono le ragioni per cui è delitto il fatto da lui commesso. Ragioni che non vengono meno quali che siano i motivi soggettivi che rendono impunito l'agente.

6. Comprendiamo, allora come non sia contraddittorio ritenere punibile, illecita l'azione o l'astensione da una condotta positivamente accertabile e al tempo stesso dichiarare non punibile l'autore del fatto in questione. A certe condizioni è esclusa la punibilità dell'agente, ma ciò non ha a che fare con le ragioni che rendono punibile il fatto da quest'agente commesso. Vengono meno le conseguenze sanzionatorie che direttamente fanno capo alla persona

che si è comportata in un determinato modo: impregiudicate però le conseguenze che riguardano il fatto stesso, indipendentemente da come è trattato l'autore del fatto. Conseguenze del puro e semplice fatto, privo delle componenti psicologiche e di tutto quanto compone il profilo dell'agente: si compendiano in una qualifica che è la conseguenza primaria, di fondo, del comportamento descritto dalla norma incriminatrice. Proprio a cagione di questa tipicizzazione il fatto si carica di un disvalore che lo rende di per sé contrario al diritto. Ed è conseguenza che non si risolve in valenza puramente logico-simbolica. È conseguenza che si realizza nel mondo retto dalle regole di un preciso, ben individuato ordine: tutte le volte che una disposizione incriminatrice si riferisce, facendone elemento costitutivo di fattispecie, alla valutazione, come illecito, di un comportamento completo di tutti gli elementi positivi oggettivi, non contrassegnato dalla presenza di elementi che per contro debbono mancare, il comportamento è preso in considerazione, è giuridicamente rilevante per la sola determinante corrispondenza al modello che la norma incriminatrice ci fornisce affinché si possa sussumere il comportamento storicamente realizzato o pensato come tale sotto il modello stesso - più esattamente: sotto il modello nella parte in cui delinea la condotta nel suo modo di essere puramente esterno, obiettivo. È sufficiente che il comportamento al quale si rinvia risulti illecito: a ciò basta la pura e semplice conformità al tipo obiettivo descritto.

Ho richiamato più sopra come spie del paradosso in forza del quale si ritiene penalmente rilevante una condotta il cui autore è, per sue caratteristiche personali, non punibile, ho richiamato, dicevo, la ricettazione e il favoreggiamento. Paradosso solo apparente. Antigiuridico è certamente il comportamento seguito da sanzione che cade su chi questo comportamento ha posto in essere: ma la sanzione immediatamente e direttamente aggressiva del patrimonio giuridico della persona cui è comminata, applicata, non è l'unico dato che, una volta assodato, ci permette di qualificare illecito il fatto che funziona da condizione della sanzionabilità. Il giudizio normativamente motivato è più complesso, più articolato. C'è, senza dubbio, il meccanismo attivato dalla realizzazione del fatto condizionante la sanzione - quella, ripeto, che incide direttamente sul patrimonio giuridico del soggetto. Ma l'ordine normativo conosce altri modi per esprimere - meglio: per consentire - la valutazione negativa di un fatto, anche se l'autore del fatto stesso non è soggetto a punibilità. L'onda sollevata da condotta oggettivamente conforme al tipo normativo è onda lunga che batte non solo su chi ne è immediatamente direttamente raggiunto, su chi, in quanto autore del fatto, è soggetto a sanzione, ma è fenome-

no che si fa valere anche quando tra gli elementi costitutivi di questo fatto troviamo un elemento normativo, elemento che non si comprende se non si fa riferimento alla valutazione discendente da altra regola che entra in gioco unicamente per definire un segmento della fattispecie della cui integrazione si fa questione. Fuori dal penale, ma sempre in strettissima relazione con il penale, si pensi all'art. 2043 c.c. cui ho fatto già cenno. A qualificare ingiusto il danno, elemento essenziale del fatto narrato da questa norma - più esattamente: a qualificare ingiusta la condotta attiva od omissiva che ha cagionato il danno - occorre che l'azione o l'omissione siano contrarie ad un dovere nel primo caso a contenuto negativo (non commettere...) nel secondo a contenuto positivo (fa'...). Se questo dovere è posto da una norma incriminatrice penale non è necessario che l'ipotesi criminosa cui si fa riferimento sia integrata in ciascuno dei suoi elementi: è sufficiente una condotta obiettivamente conforme alla descrizione normativa dei tratti oggettivi sensorialmente o per relazione percepibili. Decisamente importanti, allora, le conseguenze che si traggono da questa lettura a proposito della risarcibilità del danno non patrimoniale. A conti fatti, si potrebbe anche concludere che, più o meno, quando si tratta di danno patrimoniale, il risultato sarebbe stato lo stesso anche ad una lettura condotta facendo riferimento alla pura e semplice inosservanza di un dovere giuridico, quale ne sia la fonte. Questo, ripeto, se si tratta di pregiudizio patrimoniale: le cose cambiano e il cerchio della responsabilità si allarga quando pensiamo al danno non patrimoniale oggetto di ristoro solo a condizione che a cagionarlo sia un fatto criminoso o la lesione di un diritto costituzionalmente garantito. Questo vale sia per il penale che per il civile, anche in ipotesi di condotta caratterizzata da un contesto che secondo massime di esperienza fa pensare che sia stata posta in essere per legittima difesa. Anche qui si tratta di accertare se l'offesa, alla quale si reagisce sia "*ingiusta*". Qualora il criterio, alla cui stregua definiamo l'*"ingiustizia"*, sia una norma che ipotizza un fatto di reato, si tratta sempre di verificare se la condotta posta in essere risponda o meno ai requisiti di tipicità oggettiva. La risposta affermativa ci permette di considerare integrato il requisito fondamentale della difesa legittima: quello che dà il nome e scolpisce l'essenza della scriminante. Ci si difende legittimamente solo quando si agisce per scongiurare un'offesa ingiusta. Facoltà, questa dell'impedibilità, diciamolo incidentalmente, che costituisce la sanzione basilare prevista dall'ordinamento: autorizzazione ad un comportamento che spetterebbe agli organi espressamente deputati alla prevenzione di danni cagionati da violazione di precisi doveri, ma nel caso concreto impossibilitati ad adempiere alla funzione. Come si vede, le conseguenze della qualifica di

illiceità propria al fatto oggettivo, frazione del fatto completo di tutti gli elementi che lo costituiscono, tanto positivi che negativi, sono assai numerose e soprattutto assai rilevanti. E non discendono, queste conseguenze, da concetti modellati per l'opportunità, la convenienza di una costruzione dogmatica che, dall'esterno, dia compiutezza all'ordine normativo. Nascono, come già detto, dalla logica del sistema che realisticamente distingue fra autore del fatto e fatto realizzato: ciò che caratterizza l'agente molto spesso non si rispecchia nell'azione e viceversa.

7. Ho parlato, fino a questo momento, di esclusione della punibilità e per punibilità ho inteso, genericamente, assoggettabilità a sanzione penale e per sanzione penale, quella che formalmente dichiarata tale, incide direttamente sul patrimonio giuridico dell'autore di un fatto previsto dalla legge come reato. Partenza, mi pare, corretta, ma i cui punti di arrivo vanno specificati. Innanzitutto, va chiarita la premessa da cui si sviluppa l'argomentazione successiva. Conseguenze del reato che limano capacità giuridica e capacità di agire della persona che lo ha commesso sono, in via diretta, sia le pene che le misure di sicurezza. La punibilità segna un'area nella quale si iscrive soltanto la prima o anche la seconda.⁹ Ritengo, per ragioni che ho più volte esposto, che il sistema si riferisca ad entrambe. Sottolineo: il sistema. Perché è il sistema che conta: la semantica va sempre tenuta presente ed è buona regola non scostarsene. Non è, però, decisiva.

Prendiamo l'art. 85 c.p.: *“nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se, al momento in cui lo ha commesso, non era imputabile. È imputabile chi ha la capacità di intendere e di volere”*. L'articolo 88, precisa che: *“non è imputabile chi, nel momento del fatto, era per infermità, in tale stato di mente da escludere la capacità di intendere o di volere”* ora, le persone così caratterizzate, socialmente, pericolose sono per definizione soggette a misura di sicurezza ex art. 222 c.p.. La non punibilità dichiarata a cagione di *“infermità psichica”* concerne solo l'assoggettabilità a pena - non

⁹ Si noti al riguardo la precisione semantica e concettuale dei disposti codicistici. All'art. 88 è stabilita la non imputabilità di chi al momento del fatto era “per infermità” in tale stato di mente da escludere la capacità di intendere o di volere. Dove è chiaro che non è detto che la malattia che esclude la capacità di intendere o di volere rilevi solo quando sia di natura psichica. Se la patologia non è mentale si avrà allora esclusione della punibilità intesa tanto come esclusione della pena che esclusione della misura di sicurezza. L'art. 222 restringe il campo ed esige come condizione della misura di sicurezza una infermità “psichica”. Non trova applicazione quando la malattia che esclude la capacità di intendere o di volere non è malattia mentale - del tutto irragionevole infatti sarebbe stato disporre *tuot cuort* la misura di sicurezza se l'incapacità dipendesse da malattia non psichica. Sia chiaro, però, che ciò che nego è il collegamento, per così dire, di principio, tra fatto compiuto da chi si trova nella condizione prevista

comprende l'assoggettabilità a misura di sicurezza. Ma che accade se la non punibilità è proclamata per la presenza di una circostanza di esclusione inerente alla persona dell'agente, diversa dalla incapacità di intendere e di volere, per esempio nel caso regolato dall'art. 649 c.p.. Pensiamo, ancora, per migliore comprensione del sistema alle ipotesi in cui la punibilità vien meno per effetto di particolare posizione giuridica disciplinata dal diritto pubblico: è il caso delle cosiddette immunità sostanziali, sia assolute sia relative. Non è chi non veda come sarebbe assurdo da un lato esonerare dalla pena la persona titolare di posizione giuridica di particolare rilievo, dall'altro mantenerla pur sempre esposta a misura di sicurezza. La contraddizione che nascerebbe da una regolamentazione così orientata è ancor più vistosa quando si tenga presente che la misura di sicurezza tendenzialmente è più gravosa della pena: come limite cronologico ha solo la cessazione dello stato di pericolosità - oltre che naturalmente, in caso di misure personali, la morte della persona assoggettata alla misura. Quanto alle misure patrimoniali, gli effetti della confisca sopravvivono all'evento luttuoso.

A questo punto la punibilità si disegna come due cerchi concentrici: il primo, quello più vasto, comprende tanto l'esclusione della pena che l'esclusione della misura di sicurezza, il secondo più ristretto la sola esclusione della pena. Effetto, quest'ultimo, ravvisabile solo quando l'esclusione della punibilità è accompagnata dalla previsione dell'applicabilità nel caso specifico di misura di sicurezza.

dall'art. 222 e l'assoggettabilità a misura di sicurezza. C'è sempre da considerare il disposto dell'art. 202: quello che, agli effetti delle misure di sicurezza, considera particolare condizione fondante la pericolosità sociale.