

CAPITOLO 1

IMPUTABILITA' E REATO

1. SEMEIOTICA GENERALISTA DEL REATO: L'ELEMENTO OGGETTIVO E L'ELEMENTO SOGGETTIVO

Una trattazione che si proponga di delineare un quadro sinottico della semeiotica generalista del reato non può prescindere da una definizione dello stesso. Il reato è quel fatto o accadimento umano alla cui realizzazione l'Ordinamento giuridico riconnette una sanzione penale¹. In altri termini, *la nozione di reato è determinata non dalla natura dei fatti in questione, ma in funzione delle conseguenze giuridiche che il legislatore riconnette ai fatti medesimi*².

Sotto il profilo del soggetto attivo (autore del fatto illecito), distinguiamo il reato proprio da quello comune. Il primo può essere commesso solo da determinati soggetti che rivestono una particolare qualità o qualifica soggettiva che lo pongono in un particolare rapporto col bene oggetto di tutela. Tale "posizione" può essere naturalistica (è il caso della madre nell'infanticidio) o giuridica (per es. il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio nei delitti contro la pubblica amministrazione). Il legislatore ricorre alla forma di reato proprio quando risulta funzionale a specifiche esigenze; con essa, infatti, l'Ordinamento giuridico prevede una tutela rafforzata nei confronti di particolari interessi e beni giuridici. La *ratio* sottesa sembra, dunque, riconducibile alla natura privilegiata del bene giuridico oggetto di protezione, che può essere lesa non da chiunque, ma da parte di un soggetto che si pone in un particolare rapporto col bene giuridico tutelato o l'interesse protetto dalla norma.

Tale categoria di reato si differenzia dal reato comune, che può essere commesso da chiunque indipendentemente dallo *status*, da condizioni, posizioni, qualifiche soggettive e qualità personali (un tipico esempio è quello dell'omicidio).

Come già detto, quando si parla di reato proprio e reato comune si deve far riferimento al soggetto attivo del reato ossia l'autore del fatto illecito (colui che pone in essere un fatto

¹ Cfr. Nozione in senso formale o giuridico che si limita ad indicare i fatti costituenti reato per un determinato ordinamento positivo.

² A. PONTI, *I principali delitti contro la Pubblica Amministrazione*, 2002, Halley editrice, pag. 13

antigiuridico, una condotta astrattamente ipotizzata dal legislatore). Il soggetto attivo nel reato proprio è definito *intraneus* (intraneo); il soggetto che, invece, è sprovvisto di una qualifica soggettiva, uno status, una condizione, una posizione è chiamato *extraneus* (estraneo).

Distinguiamo, poi, il reato “proprio esclusivo” dal reato “proprio non esclusivo”. Il primo si ha quando il fatto costituisce reato solo se commesso dall’*intraneus*, mentre è penalmente irrilevante se commesso da chi non possiede la qualifica, quindi il fatto non costituisce sempre reato ed è il possesso della qualifica che determina la stessa antigiuridicità del fatto, il quale, si ripete, se commesso da soggetto senza qualifica non costituisce illecito penale (es. il reato di l’incesto ex art. 564 c.p. può essere commesso solo dai soggetti che posseggono una particolare qualità, se tale non è posseduta non esiste altro tipo di reato; il reato di falsa testimonianza ex art. 372 c.p. può essere commesso solo da chi ha assunto la qualifica di testimone). Il secondo si ha quando il fatto è penalmente illecito indipendentemente dal suo autore, il fatto commesso è quindi sempre reato, ma il possesso della qualifica comporta un mutamento del titolo del reato, acquista un “nomen iuris” e una gravità diversi dall’ipotesi comune (ad es. appropriarsi indebitamente di denaro o cosa mobile altrui di cui si abbia il possesso se commessa da un pubblico ufficiale integra il reato di “peculato” ex art. 314 c.p., mentre se commessa da un “privato” integra il reato di “appropriazione indebita” ex art. 646 c.p., l’uccisione di un neonato se commessa dalla madre costituisce infanticidio” ex art. 578 c.p., mentre se commessa da altro soggetto costituisce “omicidio” ex art. 575 c.p.).

In relazione alla struttura, invece, è reato ogni fatto umano attribuibile al soggetto³ lesivo di un bene giuridicamente tutelato, la cui sanzione (corrispondente ad una pena ritenuta proporzionale alla rilevanza del bene giuridico) svolge la funzione di rieducazione del condannato. Nella struttura del reato distinguiamo, innanzitutto, gli elementi essenziali da quelli accidentali. Gli elementi essenziali, presupposti indefettibili per l’esistenza del reato, sono: l’elemento oggettivo (il fatto materiale) e l’elemento soggettivo (ovverosia il nesso psichico tra azione ed evento). Tra gli elementi accidentali (la cui presenza influisce solo ed esclusivamente sull’entità della pena) ritroviamo, invece, le circostanze attenuanti e quelle aggravanti.

³ Cfr. Principio di materialità

Elementi essenziali del reato sono l'elemento oggettivo e quello soggettivo. L'elemento oggettivo è costituito dalla condotta umana, dall'evento naturalistico e dal rapporto di causalità che lega la condotta all'evento. L'elemento soggettivo è costituito, invece, dall'atteggiamento psicologico del soggetto agente richiesto dall'Ordinamento per la commissione di un reato. Può essere composto dal dolo, dalla colpa o dalla preterintenzione⁴. Per condotta umana s'intende sia l'azione sia l'omissione posta in essere dal soggetto agente: laddove l'azione è costituita da qualsiasi movimento dell'uomo che modifica la realtà; mentre per omissione è da intendersi il non porre in essere una determinata azione che per legge andava compiuta.

Per la sussistenza del reato, occorre, quindi, che vi sia il nesso psichico intercorrente tra il soggetto attivo e l'evento lesivo (il singolo atto deve necessariamente imputarsi alla volontà dell'autore del fatto: l'azione dev'essere cosciente e voluta⁵). Tale nesso psichico o colpevolezza psicologica è il presupposto del principio di *responsabilità penale* sancito dalla nostra Costituzione all'art. 27 co. 1⁶ e costituisce commisurazione della sanzione penale. Il suddetto principio stabilisce che solo ed esclusivamente l'autore del reato è chiamato a rispondere dell'illecito commesso, a differenza di quanto accade negli illeciti civili. Secondo la Corte Costituzionale⁷ la nozione di 'responsabilità penale' si connota per l'elemento della colpevolezza e nell'accezione di fatto proprio e colpevole. Sotteso al carattere della responsabilità penale è il convincimento che gli uomini abbiano il pieno controllo dei propri comportamenti. Si ricordi che nel nostro Ordinamento penale è esclusa l'imputazione a titolo di responsabilità oggettiva (l'attribuzione di un illecito penale a un soggetto sulla base del rapporto di causalità tra la sua condotta e l'evento offensivo conseguente, senza che a costui possa essere addebitato dolo o colpa), tranne nei casi previsti dalla legge (reati di stampa; reati preterintenzionali; reati aggravati dall'evento). A riguardo, secondo la Dottrina maggioritaria⁸ la previsione di casi di responsabilità oggettiva dipende da due motivi: uno di natura sostanziale (la consapevolezza dell'autore di un certo fatto che la legge gli ascrive anche conseguenze non volute, dovrebbe generare un fattore inibente della criminalità), l'altro di natura processuale, in quanto la stessa responsabilità

⁴ Si veda Cfr. art. 43 c.p. (che discorre delle tre *species* di elemento soggettivo).

⁵ Si tratta della così detta 'colpevolezza psicologica' che raccoglie in un'unica nozione sia il dolo sia la colpa.

⁶Cfr. art. 27 co. 1 Cost.: principio della "responsabilità penale".

⁷ Corte Cost., sent. n. 1085/88: "L'attribuire una sanzione penale presuppone che l'autore del fatto materiale abbia agito almeno a titolo di colpa; altrimenti verrebbe meno il legame tra il fatto e l'agente e con esso il principio della responsabilità penale".

⁸S. D. MESSINA, G. SPINNATO, *Diritto penale. Manuale breve*, Giuffrè, Milano, pag. 139

oggettiva consente di eliminare difficoltà probatorie nei casi in cui risulti complicato l'accertamento del dolo o della colpa.

Orbene, perché venga applicata una sanzione penale è necessario che *la commissione del fatto antiggiuridico possa essere personalmente rimproverata dall'autore ed i criteri sui quali si fonda il rimprovero sono definiti dalla dottrina col termine 'colpevolezza' e nel linguaggio della Costituzione 'responsabilità personale'*⁹. La dottrina penalistica italiana ha individuato il collegamento tra il comma 1 ed il comma 3 del summenzionato articolo di legge, che sancisce il finalismo rieducativo della pena (la necessità di educare al rispetto delle regole della convivenza postula che il soggetto manifesti un atteggiamento psicologico in contrasto con l'ordinamento, che il fatto sia rimproverabile)¹⁰.

Ma gli studiosi del diritto penale si dividono in due categorie. C'è chi afferma¹¹ che la responsabilità oggettiva da rischio totalmente illecito (in linea col principio della personalità della responsabilità penale di cui all'art. 27 Cost.) richiede pur sempre la prevedibilità dell'evento.

Altra dottrina¹², piuttosto isolata e ripresa dalla Giurisprudenza (in seguito alla sent. della Corte costituzionale n. 364/88), sostiene la tesi secondo la quale l'evento non voluto andrebbe ricondotto all'inosservanza della legge penale e, quindi, a titolo di colpa specifica. A riguardo, le Sezioni Unite della Suprema Corte¹³ (in un caso riconducibile all'art. 586 c.p. – “Morte o lesioni in conseguenza di un altro reato”) hanno sancito che si può ben parlare di ‘responsabilità oggettiva’ ogniqualvolta *l'evento ulteriore sia collegato al reato base e rimproverabile all'agente sotto la forma della colpa in concreto*.

In questo contesto, in Dottrina sono state sviluppate altre teorie relative all'individuazione delle cause che hanno portato alla realizzazione della fattispecie lesiva. Le varie teorie hanno portato ad un assunto per il quale non tutte le condizioni e gli antecedenti comportamentali che precedono il fatto sono da considerarsi nesso causale tra l'evento ed il reato, ma lo sono solo quelli in mancanza dei quali il reato non sarebbe stato

⁹ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, pag. 287.

¹⁰ S. D. MESSINA, G. SPINATO, *Manuale breve. Diritto Penale*, Giuffrè Ed., pag. 125.

¹¹ Cfr. par. 7.1., A. PAGLIANO, M. PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale. Parte speciale. Vol. 1*, Giuffrè, Milano, 2008.

¹² M. LEONE, *Il diritto penale nel tempo. Aspetti costituzionali del principio di irretroattività*, Jovene, Napoli, 1980.

¹³ SS.UU., Cass. Pen., sent. n. 22676/09.

compiuto¹⁴. Ed infatti, è condizione dell'evento solo quella che si può considerare necessaria e sufficiente al prodursi del fatto lesivo. A riguardo, la Cassazione¹⁵ chiamata ad esprimersi sul reato di calunnia, ha ritenuto *che è necessario, perché si realizzi il dolo di calunnia, che colui che falsamente accusa un'altra persona di un reato abbia la certezza dell'innocenza dell'incolpato, in quanto l'erronea convinzione della colpevolezza della persona accusata esclude l'elemento soggettivo, da ritenere integrato solo nel caso in cui sussista una esatta corrispondenza tra il momento rappresentativo (ossia, la sicura conoscenza della non colpevolezza dell'accusato) ed il momento volitivo (ossia, la intenzionalità dell'incolpazione)*. Si è, inoltre, precisato che *la piena consapevolezza, da parte del denunciante, dell'innocenza della persona accusata è esclusa quando la supposta illiceità del fatto denunciato sia ragionevolmente fondata su elementi oggettivi, connotati da un riconoscibile margine di serietà e tali da ingenerare concretamente la presenza di condivisibili dubbi da parte di una persona di normale cultura e capacità di discernimento, che si trovi nella medesima situazione di conoscenza¹⁶*.

¹⁴Teoria della *conditio sine qua non*.

¹⁵Cfr. Cass. Pen. Sez. 6, n. 17992 del 02/04/2007, dep. 10/05/2007, Rv. 236448.

¹⁶Cfr. Cass. Pen. Sez. 6, n. 46205, del 06/11/2009, Rv. 245541; Sez. 6, n. 27846, del 10/06/2009, Rv. 244421; Sez. 6, n. 3964 del 06/11/2009, Rv. 245849

1.1. L'ELEMENTO SOGGETTIVO DEL REATO: IL DOLO E LA COLPA

Dolo e colpa integrano la colpevolezza psicologica e tipicizzano il fatto incriminato. L'art. 42 del nostro Codice penale statuisce che l'elemento psicologico caratterizzante i delitti è il *dolo* (che costituisce la regola), mentre per le contravvenzioni è sia il *dolo* sia la *colpa*. Il dolo, forma tipica di colpevolezza, sussiste quando l'agente ha commesso il fatto con coscienza e volontà ed è in grado di prevedere le conseguenze giuridiche della sua azione od omissione. Quindi *rappresenta il normale criterio dell'imputazione soggettiva del reato e solo lentamente si affermò nella criminalistica e nella prassi legislativa e giurisprudenziale la colpa come elemento di imputazione*¹⁷.

La colpa (che costituisce l'eccezione) si ha, invece, quando l'autore del fatto illecito – pur agendo con volontà – non è in grado di prevedere le conseguenze giuridiche del fatto che ben può ascriversi a negligenza, imprudenza, imperizia o inosservanza di leggi. La preterintenzione¹⁸, infine, rappresenta il dolo misto a colpa: l'agente agisce con volontà, ma è cosciente di commettere un altro reato diverso da quello prodottosi con la sua azione.

In prima battuta, queste affermazioni possono sembrare superficiali e perciostesso si necessita di approfondire i concetti di dolo e colpa. Invero, il dolo è concepito, dunque, dalla dottrina del Diritto penale come *la “cattiva volontà” del soggetto agente ed è contrapposto alla colpa che manifesta un'assenza di una reale volontà in capo a chi commette il reato e che, piuttosto, esprime una violazione delle regole cautelari*¹⁹. L'evento, conseguenza dell'azione od omissione, è voluto dall'agente.

E' bene premettere che il dolo può presentare un'intensità differente in relazione al grado di consistenza della componente rappresentativa e/o volitiva. Di tale componente deve tener conto il Giudice nella commisurazione della pena (cfr. art. 133 c.p., che rapporta la gravità del reato anche all'intensità dello stesso)²⁰.

¹⁷ Cfr. A. M. CASALE, . P. DE PASQUALI, M. S. LEMBO, *Profili criminali e psicopatologici del reo*, Maggioli Ed., 2014, pag. 17.

¹⁸L'unico caso di delitto preterintenzionale codificato è costituito dall'omicidio preterintenzionale di cui all'art. 584 c.p.

¹⁹V. LUSA, *La valutazione dell'iter criminis e l'esatta configurazione del reato. Un esempio? E' possibile giuridicamente configurare, o meno, il reato di femminicidio?*, Guida al diritto, 2017.

²⁰G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, 2009, pag. 321.

Fatta questa doverosa premessa, passiamo, ora, ad esaminare le forme di dolo (elemento costitutivo del fatto illecito e forma più intensa con cui può realizzarsi). La forma più grave è il dolo diretto od intenzionale: colui che agisce assume un comportamento voluto.

Abbiamo poi:

- il dolo eventuale od indiretto, quando da parte dell'agente v'è la consapevolezza che la propria condotta potrebbe sfociare in un fatto illecito. L'autore del fatto si rappresenta, dunque, la commissione di un reato come conseguenza possibile diretta ad altri scopi e ciononostante agisce accettando il rischio di cagionare dette conseguenze (c.d. teoria dell'accettazione del rischio);
- il dolo generico o c.d. "dolo tipico", che si ha quando il soggetto agente vuole realizzare la condotta tipica incriminata dalla norma (un esempio tipico è l'omicidio);
- il dolo specifico, alla previsione ed alla volontà si aggiunge il perseguimento di un fine ulteriore (ad esempio l'arricchimento in seguito ad un furto);
- di danno (l'agente genera un danno ad un bene tutelato giuridicamente);
- di pericolo (il soggetto agente ha l'intenzione di danneggiare o minacciare il bene protetto dalla norma);
- iniziale (il dolo sussiste nel momento iniziale della condotta criminosa);
- concomitante, quando il dolo persiste anche dopo il compimento di una condotta criminosa;
- successivo, quando il dolo si manifesta solo in seguito alla condotta criminosa.

Tra le forme graduate di dolo ritroviamo il dolo premeditato: a seconda dell'intensità del dolo stesso, distinguiamo la *premeditazione* o reato di proposito dal *reato d'impeto*. La premeditazione si ha quando il colpevole cura nei minimi particolari i dettagli dell'esecuzione del reato. Il secondo avviene ogniqualvolta la decisione di commettere un reato è del tutto improvvisa. Per quanto concerne la 'colpa', invece, si va dalla "colpa cosciente" alla "colpa incosciente". La colpa cosciente si caratterizza dalla colpa incosciente, in quanto l'autore del fatto prevede il risultato offensivo, ma ritiene che tale risultato non si verificherà come conseguenza della propria azione od omissione. La previsione della colpa cosciente, tuttavia, non esaurisce la mancanza di volontà dell'evento²¹ (elemento essenziale che si rinviene nella disposizione normativa di cui

²¹ La colpa è configurabile anche con riferimento a illeciti penali che difettino anche di un evento in senso naturalistico, in quanto può concretizzarsi anche nella mancanza di volontà e/o rappresentazione di uno o più elementi del fatto tipico.