

La distinzione tra reati ad evento naturalistico e reati di mera condotta in funzione di disciplina

di *Angelo Cocca*

Sommario: **1.** Introduzione – **2.1.** Il rapporto di causalità nella struttura del fatto oggettivo e teorie della causalità – **2.2.** La soluzione legislativa: artt. 40 e 41 c.p. – **2.3.** Il nesso di causalità nei reati omissivi – **2.4.** Sui limiti della condicio sine qua non: analisi e correttivi proposti; il caso dello zio e il nipote: possibili soluzioni – **3.1.** Il principio di offensività e il suo fondamento costituzionale – **3.2.** L’art. 49, II comma, c.p.: il reato impossibile quale fondamento, a livello di legislazione primaria, del principio di offensività: la concezione realistica del reato – **3.3.** Critiche alla concezione realistica del reato: tipicità e conformità al modello legale – **4.1.** La distinzione tra reati ad evento naturalistico e reati di mera condotta in funzione di disciplina: riflessi sulla struttura delle due categorie di reati – **4.1.2.** Segue. Riflessi sull’oggetto del dolo – **5.1.** Reati culturalmente motivati e art. 583 bis c.p.: l’eccezione alla “regola” - **5.2.** L’art. 583 bis c.p.: analisi della/e fattispecie – **5.3.** L’eccezione alla regola: la coscienza dell’offesa nella fattispecie di cui all’art. 583 bis c.p. – **6.** Rilievi conclusivi: la comunanza della formula assolutoria.

1. Introduzione: il concetto di “evento” nel sistema penale

Lo scopo del presente lavoro è quello di esaminare in un quadro sistematico la disciplina del rapporto di causalità (artt. 40 e 41 c.p.) ed il principio di offensività in concreto (art. 49, II co., c.p.), al fine di evidenziare gli aspetti salienti e problematici dei due istituti penali per poter, quindi, assegnare agli stessi il crisma di base legale alla cui stregua operare la distinzione -sinora dogmatica - tra reati ad evento naturalistico e reati di mera condotta; distinzione che importerà inevitabili conseguenze sul piano della struttura delle due categorie di illeciti e sul relativo oggetto del dolo.

La disamina si dipana lungo una direttrice che al tempo stesso distingue e accomuna gli artt. 40 e 41 c.p. da una parte e l’art 49, II co., c.p. dall’altra: la nozione di “evento”.

Il legislatore penale utilizza in più disposizioni questo termine senza però specificarne il significato, affidando pertanto questo compito all’attività dell’interprete. Sono state elaborate – come ampiamente noto - due possibili accezioni del concetto di evento: la concezione naturalistica (evento naturalistico) e quella giuridica (evento giuridico)¹. Nella prima l’evento è concepito quale

¹ANTOLISEI, *L’azione e l’evento nel reato*, Soc. An. Istituto editoriale scientifico, Milano, 1928, 73 ss.; ID., *L’evento e il nuovo cod. pen.*, in *Riv. it.*, 1932, 18; ID., *La disputa*

alterazione-modificazione del mondo esterno, elemento preveduto dalla norma incriminatrice come tipico, esteriore alla condotta e diverso da essa da un punto di vista logico e cronologico. Nella definizione di Antolisei² l'evento è "l'effetto naturale dell'azione che trovasi contemplato nel modello di reato configurato dal legislatore". Questo *quid* di consistente³ cui seguono conseguenze giuridico - penali può essere di natura quanto mai varia:⁴ fisiologica (es.: morte nell'omicidio o perdita di un arto nel delitto di lesioni), fisica (es.: il divampare delle fiamme nel delitto di incendio), psicologica (es.: lo stato di errore cui è indotto nella truffa chi compie l'atto di disposizione), patrimoniale (es.: l'ingiusto profitto e l'altrui danno nella truffa) alternativa⁵ (il perdurante e grave stato d'ansia, il fondato timore per la propria o altrui incolumità e l'alterazione delle proprie abitudini di vita nel delitto di atti persecutori).

La concezione giuridica, per contro, individua nell'evento l'offesa (lesione o messa in pericolo) all'interesse giuridicamente protetto dalla norma penale⁶; l'evento giuridico è, quindi, un'entità concettuale insita nella regola incriminatrice.

Di regola, nelle fattispecie criminose corredate dall'evento naturalistico, quest'ultimo coincide con l'evento giuridico; così nell'omicidio la conseguenza della condotta rilevante per il diritto è la morte del soggetto passivo che rappresenta, ad una, sia l'evento naturalistico sia quello giuridico (sotto forma di distruzione del bene vita). In alcune ipotesi di delitto con effetto naturalistico, tuttavia, può registrarsi una divergenza tra evento naturalistico e offesa all'interesse: si fa comunemente riferimento, a tal proposito, al delitto di automutilazione commesso per sottrarsi al servizio militare – fattispecie non più in vigore - (artt.158, 159 c.p.mil. p.) per notare come, mentre il risultato naturalistico del reato è costituito dalla mutilazione del proprio corpo, e, quindi, dalla lesione di un interesse che fa capo allo stesso soggetto agente, l'offesa – contenuto del reato - si profila nei riguardi di un interesse che è proprio dello Stato.⁷

sull'evento, in Riv. it., 1938, 3; GRISPIGNI, *L'evento come elemento costitutivo del reato*, in *Annali*, 1934, 857; SANTAMARIA, *Evento*, in *Enc. Dir.*, XVI, 1967, 118 ss.; STELLA, *La "descrizione" dell'evento*, Giuffrè, Milano, 1970; MAZZACUVA, *Evento*, in *Dig.*, IV, 1990, 445.

²ANTOLISEI, *La disputa sull'evento*, cit., 258; *ID.*, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Giuffrè, Milano, 1963, 166.

³GRISPIGNI, *L'evento come elemento costitutivo del reato*, cit., 857.

⁴ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., 226; GALLO, *Appunti di diritto penale, Vol. II, Parte I, La fattispecie oggettiva*, Giappichelli, Torino, 2007, 90; MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, Cedam, Padova, 2009, 171.

⁵ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte speciale -I*, Giuffrè, Milano, 2016, 161.

⁶GALLO, *Appunti di diritto penale*, cit., 2007, 90; DELITALA, *Il "fatto" nella teoria generale del reato*, Cedam, Padova, 1930, 164; MASSARI, *Il momento esecutivo del reato*, Jovene, Pisa, 1934, 45; VANNINI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Giuffrè, Milano, 1954, 120.; PANNAIN, *Manuale di diritto penale*, Utet, Torino, 1967, 324 ss; BECCARI, *La conseguenza non voluta*, Giuffrè, Milano, 1963, 55 ss.; PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2003, 348 s.; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., 229.; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 172.

⁷GALLO, *Il dolo. Oggetto e accertamento*, in *St. urb.*, 1951-52, 289-290

La distinzione in esame in tema di evento è inoltre funzionale alla nota contrapposizione tra reati ad evento naturalistico, per i quali il legislatore richiede, ai fini della tipicità, che la condotta produca un determinato risultato (es.: omicidio), e reati di pura condotta, che invece si perfezionano col semplice compimento della condotta tipica (es.: furto)⁸.

Così, per la concezione meramente naturalistica sarebbe individuabile tutta una serie di illeciti penali privi di evento; mentre per la concezione giuridica non esisterebbero reati senza evento perché il reato è, per definizione, un'aggressione, un'offesa ad un interesse rilevante per l'ordinamento e l'evento giuridico è una costante dell'illecito penale, che caratterizza tanto i reati ad evento naturalistico quanto quelli di mera condotta.

A questo punto, risulta fondamentale per l'interprete cercare quei segni, quei criteri che gli permettano di sciogliere l'anfibologia insita nel concetto di evento ed optare, di fronte al termine in questione rinvenuto in diverse disposizioni del codice penale, per l'accezione naturalistica ovvero per quella giuridica. Indicazioni decisive proverrebbero dalla tecnica espressiva adoperata dalla legge: ogni qualvolta il codice designa l'evento come un *quid* che è posto in relazione eziologica con la condotta così da costituire effetto della stessa, si dovrà attribuire alla parola il significato di evento naturalistico. Tale conclusione deve quindi ritenersi applicabile senz'altro agli artt. 40 e 41 c.p. disciplinanti il nesso di causalità: qui l'evento non può essere considerato in senso giuridico poiché quest'ultimo non può essere inteso quale conseguenza dell'azione od omissione dato che si riferisce al contenuto, alla sostanza dell'intero fatto di reato. Nei casi in cui non si pone un problema di causalità, è da preferire il profilo giuridico dell'evento: così, l'art. 43 c.p. non può non intendere l'evento in senso giuridico, pena, l'esclusione dal campo di applicazione dell'elemento psicologico del reato di tutti i delitti di mera condotta: l'assurdità della conclusione, pertanto, giustifica a pieno la scelta interpretativa in questione. Altro esempio di concezione giuridica dell'evento si rinviene nell'art. 49, II co., c.p. che, letto nel senso di escludere la rilevanza penale di un fatto conforme al tipo descrittivo e, nondimeno, inane rispetto all'offesa all'interesse tutelato dalla norma penale, trasporrebbe, sul piano del diritto positivo, il principio di offensività in concreto.

Dal momento che l'art. 49, II co., c.p. "la punibilità è altresì esclusa quando per la inidoneità dell'azione o per la inesistenza dell'oggetto di essa è impossibile l'evento dannoso o pericoloso" ipotizza una divergenza tra conformità al tipo descrittivo (tipicità) e realizzazione dell'offesa - es. di scuola è quello di colui che stacca un acino d'uva da una vite altrui e se ne impossessa -, l'evento preso in considerazione sarà ancora una volta quello giuridico poiché l'impossibilità cui si riferisce la norma ha ad oggetto l'effettiva aggressione (nella forma di effettiva lesione o semplice messa in pericolo) all'interesse protetto.

In ogni caso, in base ad una interpretazione storica e sistematica del concetto *de quo*, è preferibile privilegiare la nozione giuridica di evento, in quanto capace di investire

⁸GALLO, *Appunti di diritto penale*, cit., 84 ss.; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 173.

con la sua ampia portata tutti gli illeciti penali, non solo quelli ad evento naturalistico; così, seguendo questa traccia, l'interprete, ove non riesca a reperire *aliunde* un preciso significato alla parola evento, dovrà preferibilmente sposare la nozione giuridica a scapito di quella naturalistica⁹.

2.1. Il rapporto di causalità nella struttura del fatto oggettivo e teorie della causalità.

Il rapporto di causalità costituisce un istituto cardine della teoria generale del reato che da sempre anima le riflessioni di giuristi, criminologi e filosofi. La rilevanza penale del nesso causale, esigendo una connessione eziologica tra una condotta ed un certo risultato in vista ed in funzione della riferibilità di quest'ultimo ad un soggetto, ribadisce in toni icastici il principio della personalità della responsabilità penale nella sua accezione minima¹⁰ e pone la questione di delimitare la portata applicativa della "legge di causazione".

Da un punto di vista sistematico, il problema del nesso di causalità si presenta unicamente riguardo ai reati ad evento naturalistico: unicamente per questi avrebbe senso, bloccando la dinamica del fatto alla condotta, chiedersi se l'azione sia o meno causa dell'evento; è necessario, cioè, che tra la condotta e l'evento ci sia uno *jatus* e che i due elementi siano cronologicamente ed ontologicamente scissi¹¹. Questa impostazione trova riscontro nel dato normativo, riferendosi gli artt. 40 e 41 c.p. (il *corpus* della disciplina del nesso di causalità) all'evento nella sua accezione naturalistica in quanto conseguenza dell'azione od omissione.

Per ciò che concerne i reati di mera condotta, il problema della causalità è meramente eventuale: l'applicabilità degli artt. 40 e 41 c.p. è, infatti, subordinata alle concrete modalità di esecuzione del fatto¹². Peraltro, quest'ultima tesi imporrebbe – e in ciò

⁹GALLO, *Appunti di diritto penale*, cit., 91; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., 229s.; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 172s.; per una concezione giuridica dell'evento vedi CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, Il Mulino, Firenze, 1993, 96.

¹⁰MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 174.

¹¹MORSELLI, *Il problema della causalità nel diritto penale*, in *Riv. dir. pen.*, 1988, 881; ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Cedam, Padova, 1934; GRISPIGNI, *Il nesso causale nel dir. pen.*, in *Riv. it.*, 1935, 3; RANIERI, *La causalità nel dir. pen.*, Giuffrè, Milano, 1936; CAVALLO, *Il principio di causalità nel cod. pen.*, Jovene, Napoli, 1936; PUNZO, *Il problema della causalità materiale*, Cedam, Padova, 1951; AZZALI, *Contributo alla teoria della causalità nel diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1954; SINISCALCO, *Causalità*, in *Enciclopedia del diritto* v. VI, 1960, 639; NUVOLONE, *Osservazioni in tema di causalità nel diritto penale*, in *Studi in onore di F. Antolisei*, v. II, 1965, 375; STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1990; LICCI, *Teorie causali e rapporto di imputazione*, Utet, Napoli, 1996.; PATERNITI, *La causa del fatto reato*, Giuffrè, Milano, 1994.

¹²GALLO, *Appunti di diritto penale* cit., 94 ss.: l'Autore, a riguardo, pone l'esempio della realizzazione dell'ormai abrogata fattispecie del delitto di ingiuria commesso mediante comunicazione telegrafica o telefonica, con scritti o disegni diretti alla persona offesa (art. 594, II co., c.p.), evidenziando come l'esecuzione dell'illecito possa implicare – in concreto – una molteplicità di nessi causali dal momento – per esempio – dell'invio della lettera a contenuto offensivo, sino alla ricezione da parte del destinatario/soggetto passivo.

può già scorgersi, anche nel solo ambito della disciplina sul rapporto eziologico, come la distinzione tra reati ad evento e reati di mera condotta esiga un trattamento differenziato quantomeno a livello ermeneutico - , limitatamente a queste ipotesi, di interpretare la parola ‘evento’ nella sua accezione giuridica, quale intero fatto di reato. Ciò che conta è che, da un punto di vista di fattispecie astratte, il rapporto di causalità assurge ad elemento costitutivo dei soli reati ad evento naturalistico, non anche dei reati di mera condotta.

Inserito nella fenomenologia giuridica, lo studio del nesso di causalità mira a risolvere non tanto questioni logico/naturalistiche - estremamente impervio si presenterebbe il compito del giudice, e dell’interprete in generale-, bensì un problema di imputazione dell’evento in vista della formulazione di un giudizio di responsabilità penale.

In proposito, scartate le teorie c.d. *paracausali* o dell’*imputazione oggettiva*¹³, ha tentato di dare una soluzione al problema dell’imputazione la teoria della *causalità prossima*, secondo la quale al diritto non interessano le cause remote, ma solo quelle prossime (*in iure non remota causa sed proxima spectatur*). Formulata da Ortmann, questa tesi non sembra confacente ad un ordinamento giuridico che, sviluppato sul piano della tecnica, non può non predisporre strumenti per l’imputazione di un evento che abbia a cagionarsi a distanza di tempo rispetto alla condotta. Altra teoria destinata ad arricchire la letteratura in tema di causalità è quella della *causa efficiente*¹⁴, secondo cui la condotta è causa dell’evento quando lo ha prodotto, determinato indipendentemente dall’interferenza (eventuale) di altri fattori i quali, nell’ambito della serie causale, giocherebbero il ruolo di *accidenti* ovvero *fattori latenti*- es.: somministrazione di zucchero ad un soggetto affetto da diabete -.

Si arriva, così, alla teoria della *condicio sine qua non*¹⁵ la quale, per la sua carica semantica, ha ispirato successivi ed autorevoli insegnamenti come quelli relativi alle

¹³ Tra le più autorevoli, si annoverano quelle degli autori ROXIN e JACOBS secondo i quali l’accolto di un fatto ad un soggetto poggerebbe unicamente sul “superamento del rischio consentito” alla stregua della sfera di protezione della norma penale (*ratio legis*), in guisa che l’imputazione del fatto avvenga sulla base di un parametro oggettivo (appunto, il superamento del rischio consentito) il quale assurgerebbe a *tertium genus* tra il fatto oggettivo e l’elemento soggettivo, ripetendo - e qui starebbe il motivo principale per censurare dette costruzioni – le note costitutive della colpa: rappresentabilità ed evitabilità dell’evento, e rivelandosi, in definitiva, una artificiosa soluzione di problemi risolvibili con l’ausilio degli istituti tradizionali.

¹⁴ Elaborata e sostenuta dalla dottrina tedesca (BIRKMEYER, KHOLER, HORN, MAYER), tale teoria è stata sposata anche da alcuni autori italiani, tra cui STOPPATO, *L’evento punibile*, fratelli Drucker, Padova, 1898, 61 ss.

Il riferimento alla stessa si rinviene ancora in alcuni tracciati giurisprudenziali riguardo all’ipotesi di morte per esposizione all’amianto (vedi, Cass. n.7142/2011) ovvero nel caso di rottura della milza avvenuta in seguito a caduta, da parte del guidatore di un ciclomotore A, conseguente ad urto da parte del ciclomotore B (vedi Cass. n.2302/2011).

¹⁵ Enunciata per la prima volta da VON BURI e sostenuta, tra molti, anche da CARNELUTTI, *Teoria generale del reato*, Cedam, Padova, 1933, questa costruzione dogmatica si fonda, da un punto di vista epistemologico, sul giudizio c.d. controfattuale o anche teoria dell’eliminazione mentale (*sublata causa, tollitur effectus*).

teorie della *causalità umana*¹⁶ e della *causalità adeguata*¹⁷, tutte improntate al tentativo di correggere, o meglio, arricchire la loro matrice scientifica, al fine di evitare indebite e mal tollerate estensioni dell'area del penalmente rilevante.

Per giungere, così, alla teoria della *causalità scientifica*¹⁸, elaborata da Stella, la quale, utilizzando lo strumento delle *leggi scientifiche*¹⁹ al fine di reperire la condizione necessaria dell'evento, ha rappresentato, sin dagli ultimi anni dello scorso secolo – celebri sono le pronunce sul disastro di Stava, sul caso Franzese²⁰ e su quello di Porto Marghera – un granitico approdo della giurisprudenza nella individuazione e nell'accertamento del nesso di causalità.

2.2. La soluzione legislativa: artt. 40 e 41 c.p.

Delineate, seppur in modo estremamente conciso, le principali teoria sulla causalità, si tratta di vedere quale di questa (o di queste) costituisce la chiave interpretativa degli artt. 40 e 41 c.p.; occorre, in altre parole, accertare la traduzione della (o delle) teoria della causalità in norme giuridico – penali.

Per ciò che concerne la disposizione di cui all'art. 40, I co. c.p., è opinione sufficientemente condivisa quella per cui fosse intenzione dei redattori del Codice Rocco uniformare la *littera legis* alla teoria della *condicio sine qua non*²¹.

Il vero nodo ermeneutico è costituito, invero, dall'art. 41, II co. c.p., che dispone: “Le cause sopravvenute escludono il rapporto di causalità quando sono state da sole sufficienti a determinare l'evento”.

L'analisi del dato normativo, brillantemente condotta da Gallo²² e non riportabile in questa sede, conduce ad escludere che la norma *de qua* sia nel senso di accogliere

¹⁶ Partorita da ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., 1963, 243 ss., la tesi *de qua*, mutuando la lezione *ex art. 42*, comma I, c.p., afferma che l'evento può dirsi conseguenza della condotta quando costituisce la foce di una serie causale interamente *dominabile* dall'uomo e sulla quale lo stesso possa manifestare una completa *signoria*, in modo che ogni fattore eccezionale (preesistente, concomitante o sopravvenuto), “inquinando” la dinamica eziologica, avrebbe l'effetto di privare la condotta della qualifica di causa dell'evento.

¹⁷ Introdotta da VON KRIES e sostenuta da diversi autori italiani tra i quali GRISPIGNI, *Il nesso causale nel diritto penale*, cit., 22, tale impostazione tende a delimitare la portata della *condicio sine qua non*, prevedendo come la condotta sia causa dell'evento quando, in base ad una valutazione basata sull'*id quod plerumque accidit*, appare idonea, proporzionata, adeguata al risultato che ne discende, ed escludendo, così, la rilevanza causale dell'azione in ipotesi di fattori eccezionali concomitanti, simultanei o sopravvenuti.

¹⁸ STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, cit., 67 ss.

¹⁹ L'Autore precisa come per “leggi scientifiche” debbano intendersi le leggi universali e le leggi statistiche con coefficiente percentualistico prossimo alla certezza.

²⁰ In questa storica sentenza sul rapporto di causalità, le Sezioni Unite della Cassazione, accogliendo il criterio della condizione necessaria accertata per mezzo delle leggi universali o statistiche secondo il parametro dell'oltre il ragionevole dubbio, hanno dichiarato estranea all'ordinamento giuridico italiano la teoria causale dell'*aumento del rischio* sostenuta da DI GIOVINE, *Lo statuto epistemologico della causalità penale, tra cause sufficienti e condizioni necessarie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 634.

²¹ GALLO, *Appunti di diritto penale*, cit., 109; *Relazione ministeriale sul progetto definitivo*, n.58.

²² GALLO, *Appunti di diritto penale*, cit., 110 ss.

tanto la tesi della *causalità umana* quanto quella della *causalità adeguata*: entrambe, infatti, ai fini dell'esclusione del rapporto eziologico, non fanno differenza di sorta - contrariamente al dettato della legge - tra cause eccezionali preesistenti, simultanee e sopravvenute. Non si può, di contro, neppure sostenere un'estensione analogica dell'art. 41, II co., c.p. alle cause eccezionali preesistenti e simultanee - in linea di principio, l'operazione non troverebbe ostacoli nell'art. 25, II co., Cost., trattandosi, evidentemente, di analogia *in bonam partem* - dato che queste sono espressamente inserite nei commi I e III dell'art. 41 c.p. e deliberatamente sottratte alla disciplina del II comma.

Non resta, dunque, che leggere la disposizione in esame come puro limite/correttivo all'art. 40, I co., c.p.: ci dice, insomma, che, fondato l'impianto normativo del codice sulla teoria della *condicio sine qua non*²³, il nesso di causalità cessa di avere rilevanza giuridica in presenza di un fattore eccezionale sopravvenuto (es.: Tizio spara, ferendolo, a Caio il quale dopo pochi istanti viene ucciso da un frammento di meteorite che gli fracassa il cranio).

Ora, se la *condicio sine qua non* è la regola e l'art. 41, II co., c.p. l'eccezione, quest'ultima deve essere intesa in senso restrittivo e può ricomprendere solo il fattore *eccezionale* per antonomasia, quello *imprevedibile ed incalcolabile* alla stregua del massimo parametro offerto dal diritto penale: l'uomo della miglior scienza ed esperienza. *Rebus sic stantibus*, l'unico fattore eccezionale è quello sopravvenuto; se si ipotizza, infatti, un fattore eccezionale preesistente (es.: emofilia del soggetto passivo) si intuisce che l'ignoranza da parte di tutti di questa caratteristica è alquanto inverosimile (può facilmente essere conosciuta, ad esempio, dal medico curante della vittima) o comunque di estrema difficoltà quanto all'accertamento: l'ordinamento ha quindi scelto di non prenderla in considerazione ai fini dell'esclusione del rapporto di causalità.

In conclusione, si può affermare che la disciplina sul rapporto di causalità (artt. 40 e 41 c.p.) abbia introiettato il criterio della *condicio sine qua non*, salvo il correttivo espresso dal capoverso dell'art. 41 c.p. riguardante il fattore eccezionale per eccellenza: quello sopravvenuto.

2.3. Il nesso di causalità nei reati omissivi

Il problema del rapporto di causalità investe anche i reati omissivi²⁴, così come agevolmente si ricava dal testo dell'art. 40 c.p. che parla di azione od omissione quale causa dell'evento.

²³ Teoria che, dopo la "svolta copernicana" avvenuta nel caso del disastro di Stava e nel caso Franzese, è stata recepita pressoché unanimemente dalla giurisprudenza di legittimità nel senso di individuare la *condicio sine qua non* attraverso la sussunzione sotto le leggi scientifiche (leggi universali e leggi statistiche di grado probabilistico prossimo alla certezza). Sul punto vedi DOLCINI - MARINUCCI, *Codice penale commentato*, Wolters Kluwer, Milano, 2015, 512 ss.

²⁴ Sulla natura prettamente normativa dei concetti di azione ed omissione si rinvia a GALLO, *Appunti di diritto penale*, cit., 58 ss.

Puntualmente, il codice, al comma II del medesimo articolo, detta una regola che riguarda esclusivamente i reati omissivi e che recita: “Non impedire un evento che si ha l’obbligo giuridico²⁵ di impedire equivale a cagionarlo”.

Precisato come l’ambito di applicazione della questione eziologica circa la condotta omissiva riguardi solo i *reati omissivi impropri*²⁶ e come per questi valgano, salvo le precisazioni che ora si faranno, le medesime teorie (con relative problematiche) sulla causalità nei reati di azione, è da evidenziare la natura incriminatrice *ex novo* da parte dell’art. 40, II co., c.p. il quale, prevedendo (con l’ausilio di norme di parte speciale e di obblighi giuridici di scongiurare certi eventi) nuove fattispecie criminose, garantisce la rilevanza penale di comportamenti altrimenti estranei all’interesse del massimo presidio punitivo (es.: infermiere che, con volontà omicida, omette di somministrare l’insulina ad un paziente fortemente diabetico il quale trovi la morte per la mancata assunzione della sostanza).

Non è tutto. A ben vedere, l’art. 40, II co., c.p. mostra come le dinamiche eziologiche proprie dei reati attivi siano estranee alle fattispecie omissive improprie: per queste, la serie causale rilevante per l’interprete non riguarderà un’*effettiva causazione* (dovuta a forze fisiche che soggiacciono ad altrettante leggi naturali), bensì un *mancato impedimento*²⁷; una doppia natura, dunque, quella propria della norma *de qua*: incriminatrice e di disciplina del nesso di causalità dei reati omissivi impropri.

²⁵ In ossequio ai principi costituzionali di riserva di legge e tassatività, si ritiene che tale obbligo debba derivare dalla legge (o atti equiparati) o da un altro atto giuridico (contratto, regolamento, atto amministrativo) che trovi nella legge il suo fondamento; in merito, non senza accogliere gli echi dottrinari di matrice tedesca riguardo ai c.d. *obblighi di garanzia* – sul punto, vedi MANTOVANI *Diritto penale*, cit., 193 -, si è ritenuto che l’obbligo di impedire l’evento possa originarsi perfino da un mero stato di fatto come può essere l’obbligo di impedire il danno nel compimento di attività pericolose (art. 2050 c.c.); a ben vedere, tale regola di diritto civile va interpretata in chiave di diritto penale: essa, infatti, non fa che porre in capo al soggetto una facoltà di compiere attività pericolose, salvo adottare ogni misura idonea ad impedire il danno/evento. Il nesso causale non andrebbe, quindi, rinvenuto tra l’attività pericolosa e il danno/evento, bensì tra la violazione dell’obbligo a contenuto positivo (obbligo di impedire l’evento) e il danno stesso. Sul punto, GALLO, *Appunti di diritto penale*, cit., 129 ss.

²⁶ Categoria che si dipana lungo due direttrici: la prima ha ad oggetto fattispecie criminose che prevedono una condotta omissiva (violazione di un obbligo di *facere*) cui segue un evento naturalistico (es.: artt. 57 e 437, I e II co., c.p.); la seconda costruisce l’illecito commissivo mediante omissione attraverso l’operare combinato dell’art. 40, II c.p. e di una norma penale incriminatrice (es.: art. 575 c.p.), sulla base di un obbligo giuridico di impedire l’evento (es.: obbligo, da parte dell’infermiere, di impedire l’evento – morte del paziente prestando assistenza dovuta e somministrando i farmaci necessari). Per approfondimenti: GALLO, *Appunti di diritto penale*, cit., 124; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 193; GUARNIERI, *Causalità nell’omissione*, in *Annali*, 1934, 1005; GRISPIGNI, *L’omissione nel diritto penale*, Cedam, Padova, 1934; RISICATO, *La partecipazione mediante omissione a reato commissivo*, in *Riv. it.*, 1995, 1267 ss.; GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, Giuffrè, Milano, 1983, 97 ss.; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., 253.

²⁷ Da notare come, in tema di causalità nei reati omissivi impropri, la giurisprudenza abbia accolto, più o meno largamente, la nozione di ‘posizione di garanzia’. Per tutte, vedi Cass. n.23838/2007; Cass. n.38991/2010; Cass. n.34379/2011; Cass. n.49821/2012; Cass. n.39158/2013; Cass. n.5107/2014; Cass. n.31734/2014; Cass. n.46385/2015; Cass.

Si passa, così, brevemente ad enucleare le fasi che scandiscono l'accertamento del rapporto di causalità dei reati omissivi impropri così come configurato dalla norma penale di riferimento: si parte, innanzitutto, dall'osservazione dei fattori positivi che hanno condotto all'evento (es.: forte crisi epilettica manifestatasi per la non assunzione dei dovuti farmaci e che conduce alla morte del paziente per arresto cardiaco); il secondo passaggio logico-giuridico concerne la ricerca dell'obbligo giuridico di impedire l'evento – operazione che sarà più o meno agevole a seconda che l'obbligo positivo sia insito direttamente nella regola incriminatrice, ovvero sia da combinare (previa individuazione) con l'art. 40, II co., c.p. e con una fattispecie criminosa di parte speciale -; in terzo ed ultimo luogo, ragionando in termini controfattuali²⁸, bisogna accertare se l'azione prescritta, ove fosse stata posta in essere, avrebbe impedito l'evento verificatosi. Così, nel caso in cui l'evento abbia a verificarsi nonostante l'ottemperanza dell'obbligo positivo di impedimento, dovrà concludersi per l'esclusione del rapporto di causalità (e, quindi, della punibilità) del soggetto gravato dall'obbligo di *facere*²⁹.

2.4. Sui limiti della *condicio sine qua non*: analisi e correttivi proposti; il caso dello zio e il nipote: possibili soluzioni

Affidato al parametro della *condicio sine qua non* crisma di fulcro della disciplina del rapporto di causalità, è utile completare la relativa disamina citando alcune – per lo meno, le più importanti – costruzioni che, innestandosi sullo schema del Von Buri (arricchito, secondo lo schema proposto da Stella, e accolto dalla giurisprudenza, dall'utilizzo delle leggi universali o leggi statistiche con coefficiente percentualistico prossimo alla certezza) ne garantirebbero la generale validità ed applicabilità; il quadro sembrerebbe, così, completato dalla teoria della *causalità cumulativa*³⁰ e dalla

n.14145/2015; Cass. n.14142/2015; Cass. n.14007/2015; Cass. n.23171/2016; Cass. n.44327/2016; Cass. n.33609/2016; Cass. n.20050/2016; Cass. n.15639/2016.

²⁸ Anche la storica sentenza Franzese (Cass. Sez. Un. n.30328/2002) fa riferimento al criterio dell'eliminazione mentale con riferimento all'accertamento del nesso causale nei reati commissivi mediante omissione: "... lo statuto epistemologico del rapporto di causalità rimane sempre quello del "condizionale controfattuale", la cui formula dovrà rispondere al quesito se, mentalmente eliminato il mancato compimento dell'azione doverosa e sostituito alla componente statica un ipotetico processo dinamico corrispondente al processo doveroso, supposto come realizzato, il singolo evento, *hic et nunc verificatosi, sarebbe, o non, venuto meno, mediante un enunciato esplicativo coperto dal sapere scientifico del tempo*".

²⁹ In tema di accertamento del nesso causale nei reati omissivi impropri, si rinvia alle considerazioni sulla tensione tra causalità reale e causalità ipotetica di MARINUCCI, *Causalità reale e causalità ipotetica nell'omissione impropria*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, 2, 523.

³⁰ Si faccia l'esempio di Tizio e Caio i quali somministrano contemporaneamente e separatamente – si ipotizza che i due non abbiano agito in regime di concorso di persone – due identiche dosi di veleno, ciascuna delle quali di per sé letale, nel bicchiere da cui Sempronio beve. Si intuisce come, in questo caso, il solo del criterio della *condicio sine qua non* sia impotente: la condotta di Tizio, infatti, non è stata causa dell'evento perché questo si sarebbe comunque verificato per mano di Caio; stesso ragionamento può ripetersi per la condotta di Caio in riferimento a quella di Tizio. Ecco allora intervenire in senso dirimente

teoria della *causalità alternativa ipotetica*³¹ con l'ausilio delle quali l'interprete sarebbe in grado di rispondere esaustivamente a tutte le ipotesi (astrattamente individuabili) che pongano un interrogativo di tipo eziologico.

Esiste, a ben vedere, un caso (di scuola) che serpeggia sovente nella letteratura penalistica e che è stato oggetto di diverse (più o meno artificiose) e contrastanti soluzioni. Un nipote dissolto e malvagio, con volontà omicida e con l'intento di lucrare l'eredità, spinge lo zio anziano e malato a compiere un lungo e faticoso viaggio contando sulla possibilità che le fatiche del tragitto gli siano fatali; i piani criminosi del giovane vanno a buon fine e lo zio trova la morte alla fine del percorso. Una lettura rigorosa dell'episodio individuerebbe una condotta tipica, un evento tipico (morte dello zio), un nesso causale tra i due e, infine, il dolo d'omicidio: il nipote risponderebbe quindi di omicidio comune (art. 575 c.p.).

la teoria della *causalità cumulativa*, la quale professa come debba considerarsi causa dell'evento ogni condotta senza la quale il risultato non si sarebbe avverato, non considerando (nel senso di astrarre, eliminare mentalmente) il concorso di altra condotta che abbia specularmente e simmetricamente la stessa efficacia causale. Altro modo di presentarsi della *causalità cumulativa* sarebbe quello relativo all'ipotesi in cui due condotte convergano verso l'evento; il caso può dirsi opposto a quello appena analizzato (es.: Tizio e Caio, all'insaputa uno dell'altro – ancora una volta, si esclude che i due agiscano *ex art. 110 c.p.* –, somministrano a Sempronio una dose di veleno non letale. L'effetto congiunto delle due pozioni però è sufficiente a provocare la morte di Sempronio). Sia nel caso in cui le condotte si presentino simultanee oppure si susseguano nel tempo, chiederà l'ausilio dell'art. 41, I co. c.p. il quale nega l'esclusione del rapporto di causalità in ipotesi di intervento di cause preesistenti, simultanee e sopravvenute – nell'esempio, ciascun comportamento assurge contemporaneamente a condotta principale e a causa preesistente ovvero simultanea ovvero sopravvenuta -. Vedi GALLO, *Appunti di diritto penale*, cit., 133 s.; vedi anche Cass. n. 10763/1995: “in tema di nesso di causalità, quando i comportamenti di più soggetti concorrono su un piano di reciproca equivalenza a determinare l'evento, il giudizio sull'efficienza causale è distinto ed autonomo per ciascuna condotta. Nel concorso di cause equivalenti, ogni fattore è, infatti, *condicio sine qua non* dell'evento”.

³¹ La costruzione indaga sulla possibilità di imputare condotte illecite (astrattamente qualificabili in termini di *condicio sine qua non*) la cui efficacia eziologica è rimasta meramente ipotetica a causa dell'intervento di un altro fattore causale che ha provocato l'evento; es.: Tizio avvelena la borraccia di Caio il quale sta per compiere un faticoso tragitto nel deserto; Mevio, all'insaputa della condotta di Tizio, spara, uccidendolo, a Caio prima che quest'ultimo si abbeverasse alla borraccia corrotta. In questa (e in altre similari) ipotesi, l'impossibilità di imputazione di una condotta rimasta in una fenomenologia immaginaria deriva dalla necessità di considerare penalmente rilevante non già l'evento in astratto (morte *ex art. 575 c.p.*) bensì l'evento concreto *hic et nunc* considerato (quella morte di Caio avvenuta per ferimento da arma da fuoco da parte di Tizio). È chiaro, allora, come la teoria in questioni si fondi su un errore metodologico, ossia quello di concentrare la propria analisi sull'evento quale descritto dalla norma, invece che su quello dipanatosi nella realtà dei fatti. Sul punto vedi GALLO, *Appunti di diritto penale*, cit., 2007, 119 s.; STELLA, *La vitalità del modello della sussunzione sotto leggi*, in *Stella (a cura di)*, I saperi del giudice, 2004, 1; DOLCINI – MARINUCCI, *Codice penale commentato*, cit., 524 ss.; vedi anche Cass. n.10789/2009.

Proposta da Marinucci³², questa soluzione si rivela ben meno magnanima di quella avanzata da Morselli, il quale fa notare come nel caso in questione manchi *in toto* una *causalità materiale*, avendo il nipote malvagio “indotto” lo zio a compiere il viaggio tutt’al più incoraggiandolo ed accompagnandolo, senza manifestare un vero e proprio costringimento fisico e lasciando che la decisione della vittima avvenisse “in proprio”³³.

Notevolmente raffinata sul piano tecnico si presenta la tesi di Gallo il quale, richiamando l’intervento dell’art. 56 c.p. – si precisa come la norma in esame vada applicata non già a titolo di analogia (sarebbe tuttavia concessa perché *in bonam partem*), bensì in nome dell’interpretazione sistematica - al fine di evitare “la criminalizzazione di una mera intenzione concretatasi in un comportamento quanto mai vago, addirittura evanescente”³⁴, perviene alla non punibilità del nipote notando come il suo atteggiamento, non concretando – nell’ipotesi in cui non si approdi all’evento letale – delitto tentato per carenza della direzione non equivoca degli atti, non può, per il solo fatto della verifica della morte dello zio – e qui sta l’utilizzo della struttura del delitto tentato in chiave sistematica –, essere punito per omicidio comune³⁵.

³² L’Autore, nella risoluzione del caso proposto, considera decisivo il peso del dogma causale nel valutare la responsabilità del nipote. Sul punto, si rinvia a MARINUCCI, *Il reato come azione. Critica di un dogma*, Giuffrè, Milano, 1971.

³³ L’Autore fa notare come la sussistenza di una *causalità psichica* sia notoriamente discussa in dottrina, sostenendosi da più parti che atti di induzione debbano ritenersi privi di efficacia causale *ex art. 40 c.p.* nel momento in cui il soggetto passivo, pur sollecitato da altri, giunga ad assumere una consapevole ed autonoma deliberazione; l’autodeterminazione del soggetto, in altre parole, renderebbe penalmente irrilevante una causalità non materiale bensì psicologica; la volontà dello zio farebbe venir meno lo stesso fatto oggettivo di reato, innestando una autonoma e non rilevante penalmente serie causale. Sul punto, si rinvia a MORSELLI, *Il problema della causalità nel diritto penale*, cit., 882 ss.

³⁴ GALLO, *Appunti di diritto penale*, cit., 171 ss.

³⁵ Per meglio esplicitare: l’Autore parte da una contro-ipotesi: “supponiamo – dice – che la condotta di quel nipote che ha spinto la vittima designata non approdi all’evento letale. Tale condotta risulterebbe idonea perché avrebbe potuto inserirsi nella serie causale che poteva sfociare nella morte dell’incauto viaggiatore. L’intenzione omicida emerge da prove inconfutabili, tra cui, ad esempio, una confessione registrata. La carenza della direzione non equivoca degli atti impedisce però, che si possa chiamarlo a rispondere a titolo di tentativo. La condotta posta in essere non si profila, ad un osservatore esterno, né come atto di esecuzione, né come atto contestualmente prodromico a quest’ultimo.” A questo punto Gallo ricorre, per dare una regola all’esempio in cui lo zio muore, all’art. 56 c.p.: spiega che la direzione non equivoca consiste in un comportamento che appaia, ad un osservatore esterno, atto di esecuzione del delitto; tale non è il comportamento del nipote malvagio perché nessun osservatore esterno avrebbe mai potuto inferire nei di lui atti un contegno preordinato all’omicidio. Così, sarebbe contraddittorio per l’ordinamento ammettere che una condotta alla quale, se valutata in caso di mancato evento, non potrebbe darsi rilevanza a titolo di tentativo, divenga rilevante quando ne sia seguito l’evento. La conclusione dell’Autore è un innesto del requisito della direzione non equivoca degli atti di cui all’art. 56 c.p. sulle fattispecie ad evento naturalistico: per queste, la tipicità si fonda, oltre che sul rapporto eziologico, sulla nota della direzione non equivoca del comportamento realizzato.

Resta, infine, da annoverare, tra i tentativi di risolvere il peregrino caso dello zio e il nipote, quello di Roxin e Jakobs³⁶ i quali, inserendo l'episodio in esame all'interno della loro teoria sull'imputazione oggettiva (invero molto discussa), lo risolvono in modo semplice e lineare. Gli Autori, infatti, affermano la non punibilità del nipote perché, nel caso di specie, mancherebbe il *superamento del rischio consentito* (ricavabile dalla sfera di protezione della norma penale). Non avendo superato tale soglia, il giovane non ha posto in essere alcun fatto a lui imputabile da un punto di vista penale; mancherebbe, difatti, il *trait d'union* (appunto, il superamento del rischio consentito) tra la condotta e l'elemento soggettivo, indispensabile per dar vita ad un reato al completo dei suoi elementi costitutivi.

L'analisi dell'annoso caso dello zio e il nipote – s'è visto come la dottrina oscilla tra la irrilevanza penale del fatto e l'omicidio consumato – esaurisce la (sia pur breve) ricostruzione dei nodi fondamentali in materia di causalità; può passarsi adesso ad esaminare l'altro fondamentale termine del presente lavoro: il principio d'offensività (art. 49, II co., c.p.).

3.1. Il principio di offensività e il suo fondamento costituzionale

Espressione di un diritto penale ispirato a principi liberal-democratici, il *principio di offensività*³⁷ (*nullum crimen sine iniura*) scardina la concezione del reato quale violazione di un "dovere di fedeltà" allo Stato³⁸, richiedendo, per la configurazione dell'illecito penale, un *quid pluris* (in termini di *substantiam*) rispetto alla violazione della norma, e cioè un'offesa ad un interesse meritevole di tutela da parte del

³⁶ In proposito, vedi MORSELLI, *Note critiche sulla teoria dell'imputazione oggettiva*, in *Indice penale*, 2000, 24.

³⁷ Prima di addentrarsi nell'analisi del principio di offensività, giova ricordare come lo stesso non deve essere confuso con il tema della punibilità dei reati c.d. "bagatellari", vale a dire quegli illeciti penali caratterizzati dalla particolare "tenuità" del fatto e da un esiguo contenuto offensivo. Sul punto, vedi DONINI, *Teoria del reato, Una introduzione*, Cedam, Padova, 1996, 246 - per usare le parole dell'Autore: "*l'esiguità non è un mero criterio di individuazione della non offensività, ma una caratteristica di particolare tenuità di un'offesa sicuramente esistente*" -; PALIERO, "Minima non curat praetor". *Ipertropia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Cedam, Padova, 1985, 716; PANUCCI, *Il principio di offensività*, in TRAPANI - MASSARO, *Temi penali*, Giappichelli, Torino, 2013, 84 ss.

In merito, il Legislatore ha definitivamente, e con una norma di carattere generale, preso posizione sul tema della tenuità del fatto, introducendo, col il D.lgs. 28/2015, l'art. 131 bis c.p.

³⁸ Diritto che penetra *in interiore homine* è certamente quello di matrice nazionalsocialista, con tutte le conseguenze di disciplina che ne conseguono (punibilità del tentativo inidoneo e del reato putativo, stravolgimento e compressione delle scriminanti, ecc.). Per contro, il nostro ordinamento da un lato introietta nell'art. 49, II co., c.p. il principio di necessaria offensività, dall'altro identifica negli "atti idonei e diretto in modo non equivoco a commettere un delitto" la soglia minima di rilevanza penale. Per un approfondimento vedi BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Digesto italiano, Vol. XIX*, Torino, 1973, 82; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit. 203 ss.; ID, *Il principio di offensività nella Costituzione*, in *Scritti Mortati*, IV, Giuffè, Milano, 1977, 447; RIZ, *Lineamenti di diritto penale, parte generale*, Cedam, Padova, 2006, 78, ss.

legislatore penale³⁹; si pone, così, quale contrappunto al principio di materialità⁴⁰ (art. 25, II co., Cost.), ponendo la questione del suo accoglimento, o meno, a livello costituzionale.

La dottrina più attenta, invero, ha cercato di reperire la copertura costituzionale del principio di offensività in diverse disposizioni della Carta Fondamentale.

Si guarda, innanzitutto, all'art. 13 Cost. che, qualificando la libertà personale come *inviolabile* (salvo permetterne limitazioni *nei casi e nei modi previsti dalla legge*), giustificerebbe l'irrogazione della pena solo quale reazione dell'ordinamento ad un comportamento che desti un effettivo allarme sociale, offendendo un interesse penalmente rilevante; si passa, così, all'art. 25, II co., Cost. che, riferendosi al *fatto commesso*, lo identificherebbe non semplicemente (*rectius*: semplicisticamente) in una condotta che violi il precetto penale, bensì in un fatto che sia al tempo stesso carico di disvalore agli occhi dell'ordinamento; quindi, il combinato disposto degli artt. 25, II co., Cost. e 27, III co., Cost. che, determinando l'*actio finium regundorum*, in quanto a scopi perseguiti, tra sanzione penale e misura di sicurezza, non ammetterebbe una sanzione per un fatto inoffensivo proprio per evitare di assegnare alla pena la funzione preventiva – volta a colpire la mera pericolosità dell'agente – che è invece propria della misura di sicurezza; ancora, l'art. 27, III co., Cost. che, presupponendo, per la rieducazione del condannato, la percezione dell'antigiuridicità del proprio comportamento, contrasterebbe con un sistema che punisca fatti inoffensivi e assegni alla sanzione penale una funzione retributiva, frustrando, così, quella rieducativa della pena; infine, sarebbe contrario al generale parametro di cui all'art. 3 Cost. (principio di uguaglianza e ragionevolezza) punire

³⁹ Offesa che può manifestarsi come effettiva lesione (reato di danno) o come messa in pericolo (reato di pericolo); offesa - nel senso di evento giuridico – che può presidiare la tutela di un unico interesse (reato monoffensivo) o di più interessi (reato plurioffensivo); offesa che è polarizzata sul c.d. oggetto giuridico del reato (appunto, quell'interesse difeso dalla norma incriminatrice così da giustificare la sua applicazione ogni qualvolta si verifichi un comportamento che, ad una, replichi gli estremi della fattispecie astratta e offenda quell'interesse) da non confondere, a fini dogmatici, con l'oggetto materiale della condotta (entità fisica, concreta su cui cade la condotta tipica): per esplicitare la differenza utilizzando una facile equazione riferita al delitto di omicidio: oggetto giuridico del reato: oggetto materiale della condotta = distruzione del bene vita: corpo della vittima; per un approfondimento vedi ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Foro italiano, Torino, 1932, 553 ss.; CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Cedam, Padova, 1926, 51; TRAPANI, *La divergenza tra il voluto e il realizzato*, Giappichelli, Torino, 2006, 20 il quale precisa come alla configurazione dell'interesse penalmente rilevante concorrano tutti gli elementi che costituiscono ciascuna astratta figura criminosa; GALLO, *Appunti di diritto penale*, cit., 21 ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2009, 222; PADOVANI, *Diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2012, 86 ss.; ANGIOINI, *Contenuto e funzione del concetto di bene giuridico*, Giuffrè, Milano, 1983, 163 ss.

⁴⁰ Nel senso che così come non son punibili atteggiamenti criminosi restino confinati nella mente del soggetto, altrettanto non punibili sono quei fatti esteriori che, pur integrando il modello legale, non rechino un'offesa ad un interesse penalmente rilevante così da giustificare la *extrema ratio* della pena.

due soggetti per aver commesso fatti analoghi (da un punto di vista di integrazione della fattispecie criminosa) dei quali, però, uno sia inoffensivo⁴¹.

La natura costituzionale del principio di offensività, inizialmente professata a livello di letteratura giuridica, è stata consacrata anche dalla Corte Cost.⁴² la quale ha sviluppato il principio *de quo* seguendo due prospettive: l'offensività "in astratto" – la stessa assurgerebbe a vincolo per il legislatore a cui si impone di non elevare a rango di fattispecie criminose comportamenti non dotati in astratto di carica offensiva – e l'offensività "in concreto" – diretta, quest'ultima, al giudice al fine di orientarlo nel non qualificare reato (e non punire) il fatto che non abbia effettivamente leso o messo in pericolo l'interesse protetto dalla norma penale - ; con la conseguenza che, mentre un'eventuale carenza di offensività in astratto, da parte di una certa fattispecie, può fondare una questione di legittimità costituzionale per violazione degli artt. 3, 13, 25, II co. e. III co., 27, III co., Cost., l'accertamento, da parte del giudice, della mancanza di offensività in concreto impone un esito assolutorio (alla stregua dell'art. 49, II co., c.p., come si vedrà tra breve).

3.2. L'art. 49, II comma, c.p.: il reato impossibile quale fondamento, a livello di legislazione primaria, del principio di offensività: la concezione realistica del reato

Individuate le norme costituzionali ospitanti il principio di offensività, non resta che dirigere la ricerca al tessuto normativo del Codice Rocco.

Si sostiene ormai da tempo, e da parte di autorevole dottrina⁴³, come il principio di offensività (in concreto) trovi riconoscimento nell'art. 49, II co., c.p. che disciplina il *reato impossibile* escludendo la punibilità quando per l'inidoneità dell'azione (o per l'inesistenza dell'oggetto materiale della stessa) è impossibile il verificarsi dell'evento dannoso o pericoloso.

In base ad una prima interpretazione, l'art. 49, II co., c.p., assurgerebbe a mero "doppione negativo" dell'art. 56 c.p.⁴⁴. Nonostante ciò, la disposizione di cui all'art. 49, II co., c.p., non sarebbe passibile di *interpretatio abrogans* dato che conserverebbe, a livello sistematico, una sua funzione propria: non già quella di

⁴¹PANUCCI, *Il principio di offensività*, in TRAPANI-MASSARO, *Temi penali*, Giappichelli, Torino, 2013, 69 ss.; MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Giuffrè, Milano, 1974, 119 s.; MANTOVANI, *Il principio di offensività nella Costituzione*, in *Scritti Mortati*, IV, Milano, 1977, 449 ss.; ID, *Diritto penale*, cit., 186; FIORE, *Il principio di offensività*, in *Ind. Pen.*, 1994, 278 s.; NAPPI, *Guida al codice penale*, Giuffrè, Milano, 2008, 46 ss.; PADOVANI-STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose*, Il Mulino, Bologna, 1991, 90 s.

Contro la dignità costituzionale del principio di offensività vedi ZUCCALA', *Sul preteso principio di necessaria offensività*, in *Studi Delitala*, Giuffrè, Milano, 1984, 1700; VASSALLI, *Considerazioni sul principio di necessaria offensività*, in *Studi Pioletti*, Giuffrè, Milano, 1982, 659s.

⁴² Sent. n. 265/2005

⁴³ Su tutti, vedi GALLO, *Appunti di diritto penale*, cit., 24 ss; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 208.

⁴⁴ In tal senso ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., 499 ss.; ROMANO, *Commentario sistematico al codice penale, Vol. I*, Giuffrè, Milano, 2004, 511 ss.

escludere la punibilità – a questa soluzione si perverrebbe, infatti, ragionando *ex art.* 56 c.p. -, bensì quella di permettere l’applicazione delle misure di sicurezza (artt. 49, II co., e 202, II co., c.p.)⁴⁵. Da questa impostazione si ricaverebbe la specularità degli artt. 49, II co., c.p. da una parte e 56 c.p. dall’altra: a seconda della presenza o meno del requisito dell’idoneità, il fatto sarebbe qualificato come tentativo punibile (art. 56 c.p.) ovvero come reato impossibile, non punibile *ex art.* 49, II co., c.p.

La tesi proposta, però, offre il fianco a diverse censure che ne rivelano l’inattendibilità e l’incapacità di inquadrare correttamente, a livello sistematico, il reato impossibile.

In primo luogo, da un punto di vista “topografico” ci si chiede che senso avrebbe per il Legislatore enunciare in negativo (mediante l’art. 49, II co., c.p.) ciò che successivamente ed analiticamente è definito in positivo (all’art. 56 c.p.).

In secondo luogo, si può notare come quella tra i due istituti sia una falsa simmetria: il fulcro definitorio del delitto tentato è costituito dagli “atti” idonei, mentre l’art. 49, II co. c.p., fa chiaramente riferimento – e non potrebbe pensarsi ad una semplice “svista” del Legislatore nell’utilizzo del linguaggio - ad una “azione” inidonea, indicando, così, un agire criminoso non abortito nell’esecuzione, bensì condotto a termine.

Inoltre, la tesi criticata non riuscirebbe a “salvare” l’autonomia dell’art. 49, II co., c.p. aggrappandosi al fatto che, alla stregua di tale norma, il giudice può comminare misure di sicurezza; ragionando in questi termini si perverrebbe, invero, a conseguenze paradossali che mostrano – più di ogni altra critica – la fallacia della costruzione che vuole delitto tentato e reato impossibile quali facce di una stessa medaglia. Infatti, poiché l’art. 56 ha ad oggetto solo i delitti, mentre l’art. 49, II co., c.p. comprende sotto il proprio alveo applicativo anche le contravvenzioni (la rubrica recita: reato impossibile), confrontando le due disposizioni si perverrebbe ad una conclusione assurda: gli atti idonei e diretti in modo non equivoco a commettere una contravvenzione, non essendo ricompresi nella struttura dell’art. 56 c.p. – e non si dubita di questo -, sarebbero esenti da qualsiasi sanzione penale; atti non idonei a commettere una contravvenzione, concretando un reato impossibile, incorrerebbero (o potrebbero incorrere) in misure di sicurezza: verrebbe, insomma, irragionevolmente sanzionato proprio il comportamento meno grave, restando impunito quello più grave⁴⁶.

⁴⁵ Il reato impossibile, secondo un’ulteriore classificazione, sarebbe annoverato tra i “quasi reati” per i quali l’art. 202, II co., c.p. permette la comminazione di misure di sicurezza, previo accertamento della *pericolosità sociale* dell’agente, pur non essendo il fatto preveduto dalla legge come reato. Nell’ambito dei “quasi reati”, oltre alla fattispecie di cui all’art. 49, II co., c.p., andrebbero annoverate quelle di accordo criminoso ed istigazione a delinquere non seguiti dalla commissione del reato cui l’accordo e l’istigazione erano finalizzati (art. 115, II e IV co., c.p.). Vedi in proposito, VASSALLI, *Quasi reato*, in *Enc. Dir.*, Vol. XXXVIII, Giuffrè, Milano, 1987, 35 ss.

⁴⁶ GALLO, *Appunti di diritto penale*, Vol. III, *Le forme di manifestazione del reato*, Giappichelli, Torino, 2003, 92 ss; NEPPI MODONA, *Reato impossibile*, in *Dig. Disc. pen.*, Vol. XI, Utet, Torino, 1996, 262 s.; TRAPANI, *La divergenza tra il voluto e il realizzato*, cit., 96 il

Decostruita la tesi che vorrebbe l'art. 49, II co., c.p. quale "rovescio" del delitto tentato⁴⁷, può finalmente cogliersi il ruolo nevralgico rivestito dalla regola in questione nell'ambito del sistema penale. Essa recepirebbe, tramutandola in regola, la concezione "realistica" del reato che concepisce quest'ultimo quale unione tra la conformità al tipo descrittivo (tipicità) e offesa (nella forma della lesione o della messa in pericolo) all'interesse protetto dalla norma penale, professando la non punibilità nell'ipotesi di divergenza tra la prima e la seconda⁴⁸.

La concezione realistica dell'illecito penale ha il pregio di conferire autonomia sistematica all'art. 49, II co., c.p. e di adattarsi perfettamente alla lettera della disposizione la quale incentra la fattispecie del reato impossibile sull'inidoneità dell'azione rispetto alla verifica dell'evento (giuridico) dannoso o pericoloso, con conseguente non punibilità per l'agente che, commettendo un fatto conforme ad una figura criminosa di parte speciale, tuttavia non leda (o metta in pericolo) l'interesse protetto dalla norma (formalmente) violata.

L'eco dell'impostazione in questione non è affatto estraneo ad alcuni importanti orientamenti giurisprudenziali⁴⁹.

quale pone esattamente in evidenza come la riferibilità del tentativo ai soli delitti sia esclusivamente il frutto di una ben precisa scelta normativa, non essendovi alcuna preclusione *in rerum natura* alla configurabilità di "atti idonei e diretti in modo non equivoco" a commettere una contravvenzione.

⁴⁷ Se non bastasse l'argomentazione sopra svolta, si può facilmente coglierla distinzione tra delitto tentato e reato impossibile ricorrendo a degli esempi di scuola che evidenziano il diverso campo di applicazione dei due istituti: si pensi al tradizionale esempio del furto dell'acino d'uva; in tal caso, la condotta dell'agente rappresenta un vero reato impossibile *ex art. 49, II co., c.p.* poiché il fatto, pur corrispondente al modello legale di cui all'art. 624 e 625 n. 2 c.p., si rivela concretamente inoffensivo dell'altrui patrimonio - è, infatti, impossibile il verificarsi dell'evento (giuridico) dannoso o pericoloso - dato l'irrisorio valore economico della cosa sottratta. Si consideri, invece, il caso in cui un soggetto venga sorpreso di notte in piedi su un masso appoggiato al muro di cinta di una villa, mentre cerca di raggiungere con le mani il bordo per aggrapparsi e scavalcare, senza tuttavia riuscirci perché il muro è oltremodo alto. In questa ipotesi, gli atti posti in essere non integrano ancora il delitto di cui all'art. 614 c.p. poiché solo prodromici rispetto all'accesso nell'altrui abitazione; essi, inoltre, pur potenzialmente diretti a commettere il delitto in questione, sono del tutto inidonei a permettere all'agente di scavalcare il muro di cinta e ad introdursi nel luogo di privata dimora contro la volontà del titolare dello *ius excludendi*; di conseguenza, la non punibilità discenderà non già dall'art. 49, II co., c.p., bensì dall'art. 56 c.p., non essendosi realizzata la soglia minima di rilevanza penale che vuole la combinazione di "atti idonei e diretti in modo non equivoco a commettere un delitto". Si consideri, da ultimo, il caso in cui il soggetto venga sorpreso e fermato dalle Forze dell'Ordine mentre, di notte, sta adoperando una scala che gli permetterebbe di valicare il suddetto muro di cinta ed introdursi, in definitiva, nell'altrui abitazione. Qui gli atti compiuti sono assolutamente idonei oltre diretti in modo non equivoco a commettere violazione di domicilio, con conseguente punibilità alla stregua degli artt. 56 e 614 c.p.

⁴⁸ GALLO, voce *Dolo*, in *Enc. Dir.*, Vol. XIII, Giuffrè, Milano, 1964, 784; CARACCIOLI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Cedam, Padova, 2005, 399 ss; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 204 s; NEPPI MODONA, *Reato impossibile*, cit., 299 ss.

⁴⁹ Vedi in proposito Corte Cost., 26 marzo 1986, n. 62 secondo cui " *poiché nel nostro ordinamento vige il principio di offensività, alla cui luce - sia esso, o meno, di rango costituzionale - ogni interpretazione di norme penali va condotta, è compito del giudice, e*

non obbligo del legislatore, stabilire, valendosi degli strumenti ermeneutici che il sistema offre e, primo fra tutti, dell' art. 49 comma secondo c.p. (c.d. reato impossibile), se una concreta fattispecie sia idonea o meno ad offendere i beni giuridici tutelati dalle normative in discussione, al fine di determinare, in concreto, la soglia del penalmente rilevante; entro la quale al giudice stesso spetta, comunque, graduare la pena in ragione della gravità del reato e delle circostanze"; nell'ambito della giurisprudenza di legittimità vedi, ex multis, Cass., S. U. pen., 24 giugno 1988, n. 9973 in cui si precisa che "In tema di stupefacenti, scopo dell' incriminazione delle condotte previste dall' art. 73 D.P.R. n.309 del 1990 è quello di combattere il mercato della droga, espellendolo dal circuito nazionale poiché, proprio attraverso la cessione al consumatore viene realizzata la circolazione della droga e viene alimentato il mercato di essa che mette in pericolo la salute pubblica, la sicurezza e l'ordine pubblico, nonché il normale sviluppo delle giovani generazioni. Ne consegue che, avendo, nel nostro ordinamento, la nozione di stupefacente natura legale – nel senso che sono soggette alla normativa che ne vieta la circolazione tutte e soltanto le sostanze specificamente indicate negli elenchi appositamente predisposti – la circostanza che il principio attivo contenuto nella singola sostanza oggetto di spaccio possa non superare la cosiddetta "soglia drogante", in mancanza di ogni riferimento parametrico previsto per legge o per decreto, non ha rilevanza ai fini della punibilità del fatto. (Nell' enunciare tale principio, la S. C. ha ritenuto, in una fattispecie di illecita detenzione e vendita di sostanza stupefacente contenente mg. 13.4 di eroina – base, che l' inidoneità dell' azione, relativamente alle fattispecie previste dall' art. 73 D.P.R. n. 309/1990, vada valutata unicamente avuto riguardo ai beni oggetto della tutela penale, individuabili in quelli della salute pubblica, della sicurezza e dell' ordine pubblico e della salvaguardia delle giovani generazioni, beni che sono messi in pericolo anche dallo spaccio di dosi contenenti un principio attivo al di sotto della soglia drogante"; Cass. Sez. III pen., 14 maggio 1997, n.7719; "L' espressione giuoco "d' azzardo" (art. 721 c.p.) ha un significato univoco che non può includere il giuoco di "scala quaranta" fatto tra amici con posta in gioco irrisoria. (Fattispecie relativa ad annullamento senza rinvio, perché il fatto non sussiste, di sentenza di condanna, ex artt. 718 – 720 c.p. per avere gli imputati giocato in un bar a scala quaranta con la posta in gioco di una consumazione)"; Cass. Sez. V pen. 26 gennaio 2000, n. 3336, in Riv. pen., 2001, 273, in cui si precisa che la contraffazione grossolana, non punibile ex art. 49, II co., c.p. in quanto fatto inoffensivo, è soltanto quella che ci concreta in una imitazione così ostentata e macroscopica per il grado di incompiutezza, da non poter ingannare nessuno; Cass. Sez. II pen., 3 aprile 2008, in CED Cass.,rv. 239783 secondo cui "in tema di commercio di prodotti con segni falsi, perché il falso possa essere considerato innocuo e grossolano e, dunque perché il reato possa essere ritenuto impossibile, occorre che le caratteristiche intrinseche del prodotto e del marchio che con esso si identifica siano tali da escludere immediatamente la possibilità che una persona di comune avvedutezza e discernimento possa essere tratta in inganno: tale giudizio va formulato con criteri che consentano una valutazione "ex ante" della riconoscibilità "ictu oculi" della grossolanità della falsificazione"; Cass. Sez. VI pen., 14 maggio 2003, n. 37016, in Riv. Pen., 2004, 1128: "Nel delitto di autocalunnia la ritrattazione dell' incolpazione è idonea ad elidere l' offensività dell' azione solo se interviene senza soluzione di continuità con la presentazione della falsa denuncia e nel medesimo contesto, prima cioè che l' amministrazione della giustizia sia in qualche modo sviata od ostacolata; in tal caso viene meno il carattere lesivo della stessa condotta auto calunniatrice per inidoneità dell' azione ai sensi dell' art. 49 c.p.". Il delitto di autocalunnia, infatti, mira a tutelare soltanto l' interesse ad una celere e corretta amministrazione della giustizia, diversamente dalla calunnia (art. 368 c.p.) che è invece posto a tutela anche della reputazione ed onore dell' incolpato; Cass., Sez. VI. n.33835/2014 in tema di coltivazione di droga: "... proprio nella individuazione del compimento della azione tipica nel singolo caso, va applicata la regola di necessaria sussistenza della "offensività in concreto"; ovvero, pur realizzata l' azione tipica, dovrà escludersi la punibilità di quelle condotte che siano in concreto inoffensive".

3.3. Critiche alla concezione realistica del reato: tipicità e conformità al modello legale

Si è detto che la concezione realistica (incorporata, secondo i suoi sostenitori, nell'art. 49, II co., c.p.) concepisce il reato quale sommatoria tra la corrispondenza al tipo descrittivo (tipicità) e l'offesa all'interesse che quella stessa norma mira a proteggere.

In tal guisa strutturata, la teoria *de qua* non è andata esente da critiche; è stato affermato, così, che, essendo ciascuna fattispecie criminosa dotata di una sua intrinseca carica offensiva grazie alla combinazione di tutti gli elementi che la compongono, costituirebbe una contraddizione del sistema ammettere la configurabilità di un fatto concreto che sia tipico e, al tempo stesso, inoffensivo e non punibile. Per di più – si dice – la concezione realistica del reato sarebbe non solo infondata da un punto di vista di teoria generale, ma persino foriera di pericoli in ordine all'uguaglianza dei consociati di fronte alla legge penale: essa, infatti, finirebbe per far dipendere l'applicazione della pena non più da un "freddo" giudizio di corrispondenza tra fatto concreto e fattispecie, quanto da un autonomo (e potenzialmente discrezionale) giudizio assiologico che rischierebbe di consegnare all'arbitrio del giudice sia l'individuazione dell'interesse tutelato, sia i canoni di valutazione dell'offesa allo stesso (moralì, sociali, religiosi ecc.) con inevitabile obliterazione del principio di legalità.

In ordine alla prima censura, è da dire come, pur recando ciascuna fattispecie criminosa (in ossequio al principio di offensività "in astratto") un contenuto offensivo, non può non considerarsi come quella del Legislatore è in ogni caso un'attività di *normazione* che, in base alle costanti ed imprescindibili caratteristiche di una disposizione giuridica⁵⁰, deve presentare i parametri di generalità, astrattezza e ripetibilità; se questo è vero, è facile capire come sia proprio la struttura della disposizione penale a rendere inesigibile un'attività di regolazione dei comportamenti umani che possa prendere in considerazione ogni minima e particolareggiata sfumatura dei possibili accadimenti concreti⁵¹. Se non si accettasse questo "effetto distorsivo minimo", ci si dovrebbe arrendere ad una delle due conclusioni: affrontare un panorama legislativo ipertrofico, caratterizzato dalla spropositata quantità (e lunghezza, in termini espositivi) di regole, ovvero considerare sempre e comunque lacunoso (data l'impossibilità di regolare *ex ante* ogni possibile sfaccettatura del reale) qualsiasi sistema normativo.

Diviene, così, perfettamente (e legittimamente) ipotizzabile una divaricazione tra una previsione legislativa ed il concreto svolgimento dei fatti che nella prima dovrebbe essere ricompreso; in altri termini, non può escludersi *tout court* la

⁵⁰MODUGNO, *Lineamenti di diritto pubblico*, Giappichelli, Torino, 2008, 26 s.

⁵¹ La questione è affrontata anche nell'ambito della filosofia del diritto, riguardo al rapporto tra la fenomenologia giuridica e quella naturalistica; come fa notare RESTA, *Diritto vivente*, Editori Laterza, Bari, 2008, 31 s. il voler cercare, da parte del Legislatore, di ricomprendere ogni comportamento umano al di sotto della regola di diritto sarebbe come ... "*confinare il fiume in uno stagno*".

possibilità che nella realtà fattuale si verificano situazioni che, pur riproducendo lo schema legale elaborato sulla base dell'*id quod plerumque accidit*, si rivelino inoffensivi rispetto all'interesse protetto dalla norma.

Quanto alla obiezione circa la presunta pericolosità della dissociazione tra tipicità ed offensività – la stessa, come sopra evidenziato, condurrebbe ad un'eccessiva discrezionalità del giudice circa la ricostruzione e la valutazione dell'interesse protetto dalla norma -, la sua debolezza argomentativa viene svelata non appena si analizza il concetto di *oggetto giuridico del reato*, il quale, lungi dall'essere un'entità dai confini fumosi e labili, è ricavabile da tutti e ciascuno gli elementi costitutivi della fattispecie criminosa, senza possibilità che nella sua individuazione concorrano fattori esterni ed "inquinanti"; lo stesso vale per la nozione di offesa penalmente rilevante, la quale si identificherà solo in un disvalore perpetrabile attraverso le specifiche modalità imposte dal tipo descrittivo. In un sistema del genere, non trovano, quindi, spazio i paventati arbitri pretori, poiché compito del giudice è quello di accertare la conformità del fatto alla fattispecie, e, in seguito, valutare l'offensività del fatto in ordine all'interesse desumibile dalla stessa fattispecie criminosa, senza avvalersi di regole di giudizio *extra* giuridiche.

Si sostenuto, a questo punto, che, se l'interesse protetto va ricavato dall'intima struttura della fattispecie, costituirebbe una contraddizione logica (prima che giuridica) ipotizzare un fatto che sia al contempo tipico ed inoffensivo. La critica in esame sostiene che, poiché il Legislatore delinea una data fattispecie incriminatrice al fine di proteggere – minacciando una sanzione penale – un certo interesse, non sarebbe logicamente possibile ammettere la configurabilità di un fatto conforme alla fattispecie (tipico) e, tuttavia, non offensivo. L'offesa costituirebbe essa stessa requisito di tipicità, sicché il fatto inoffensivo sarebbe non punibile semplicemente per la mancata integrazione del "tipo", senza scomodare l'art. 49, II co., c.p.⁵².

Anche quest'ultima tesi, pur suggestiva, non sembra aver carattere risolutivo; in generale, tutte le obiezioni avanzate alla concezione realistica del reato ruotano, più o meno consapevolmente, attorno al concetto di "tipicità". È questo che occorre chiarire per ben comprendere la concezione realistica del reato e, quindi, la portata dell'art. 49, II, co., c.p.

A ben vedere, il nodo della questione sta, forse, nel mantener ben separati due diversi piani: quello della mera corrispondenza del fatto al modello legale (tipicità formale) e quello della *sussumibilità* del fatto stesso al di sotto della fattispecie incriminatrice (tipicità sostanziale o in senso stretto).

⁵² Per una disamina delle critiche mosse alla concezione realistica del reato vedi ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, Giuffrè, Milano, 1995, 514; PETROCELLI *L'antigiuridicità*, Cedam, Padova, 1959, 142; NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Cedam, 1982, 419 s.; ID, *Recensione a* NEPPI MODONA, *Il reato impossibile* in *Ind. Pen.*, 1967, 47 s.; STELLA, *Teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. it. Dir. e Proc. Pen.*, 1973, 3.; PANUCCI, *Il principio di offensività*, in TRAPANI-MASSARO, *Temi penali*, cit., 86 ss.; FIANDACA- MUSCO, *Diritto penale*, cit., 487; PAGLIARO, *Principi di diritto penale, parte generale*, Giuffrè, Milano, 2003, 229 e 422.

In base alla concezione realistica, la non punibilità *ex art. 49, II, co., c.p.* deriva dalla mancata realizzazione dell'offesa nonostante la conformità al tipo descrittivo della fattispecie incriminatrice. Orbene, nessuno dubita che il fatto inoffensivo sia non conforme alla fattispecie nel senso di non essere sussumibile sotto la stessa in vista dell'applicazione della sanzione penale⁵³. Il che equivale a dire che il fatto non offensivo, siccome non punibile, è solo apparentemente (o, se si vuole, formalmente) tipico, ma sostanzialmente atipico.

L'art. 49, II co., c.p., alla luce delle considerazioni appena svolte, deve essere letto quale conferma di stretto diritto positivo del ruolo che l'offesa riveste nella sistematica del reato: essa è elemento essenziale, di tipicità, requisito "ulteriore" di fattispecie e di conformità del fatto alla fattispecie, appartenente al momento oggettivo del reato, senza il quale lo stesso non può dirsi perfezionato e la pena non può essere irrogata.

Se ne può inferire che l'art. 49, II co., c.p. non fa che disciplinare un'ipotesi di atipicità, a causa della divergenza tra conformità al modello legale e ed evento giuridico (offesa all'interesse tutelato dalla norma penale); è proprio dal suddetto difetto di tipicità che la norma⁵⁴ fa discendere la non punibilità dell'agente.

4.1. La distinzione tra reati ad evento naturalistico e reati di mera condotta in funzione di disciplina: riflessi sulla struttura delle due categorie di reati

⁵³ Per una distinzione tra tipicità formale e tipicità sostanziale vedi VASSALLI, *Considerazioni sul principio di offensività*, in *Scritti in memoria di U. Pioletti*, Giuffrè, Milano, 1982, 670; vedi anche, per quanto concerne il concetto della antigiuridicità, GALLO, *Appunti di diritto penale*, cit., 29 ss. laddove l'Autore ricostruisce il concetto di antigiuridicità formale (l'unica antigiuridicità ammessa) ivi ricomprendendo non solo la conformità al modello legale, ma anche la concreta realizzazione dell'offesa.

⁵⁴ Anche se non strettamente attinente all'oggetto dell'indagine, non può non farsi un (se pur brevissimo) riferimento alla seconda parte dell'art. 49, II co., c.p. che disciplina il reato impossibile per *insussistenza materiale dell'oggetto*". L'istituto, che, invero, va a completare l'art. 49, II co., c.p. quale valvola di sicurezza dell'intero ordinamento penale, viene da taluni (vedi PANUCCI, *Il principio di offensività*, in TRAPANI-MASSARO, *Temi penali*, cit., 91 ss.) letto quale fattispecie esterna all'art. 56 c.p., - nel senso di escludere la punibilità di quei fatti che, se pur idonei in base ad un giudizio *ex ante*, si rivelino in concreto ed *ex post* inoffensivi per carenza dell'oggetto materiale della condotta, *ergo*, incapaci di produrre l'offesa propria del tentativo, vale a dire la messa in pericolo dell'interesse tutelato dalla norma che presenta la corrispondente fattispecie di delitto consumato -; da altri (GALLO, *Appunti di diritto penale*, Vol. III, *Le forme di manifestazione del reato*, Giappichelli, Torino, 2003, 95 ss.) interpretato quale mero supporto ermeneutico alla struttura del tentativo - nel senso che costituirebbe lettera implicita dell'art. 56 quella per cui il delitto tentato sia escluso nei casi di inesistenza *in rerum natura* dell'oggetto materiale della condotta, cosicché l'art. 49, II co. c.p. fungerebbe da ausilio interpretativo dell'art. 56 c.p. nei casi di inesistenza assoluta (l'inesistenza meramente occasionale dell'oggetto della condotta configurerebbe, per l'Autore, tentativo a tutti gli effetti) dell'oggetto materiale, al fine di pervenire ad una conclusione (la non punibilità dell'agente) alla quale l'interprete arriverebbe, ma ben meno agevolmente, anche servendosi solo dell'art. 56 c.p. -; da altri ancora (ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., 497 s.) ritenuto una norma *ad abundantiam* - in guisa che sancire la non punibilità per inesistenza dell'oggetto materiale della condotta equivale a disciplinare, da parte dell'art. 49, II co. c.p., (seconda parte) un'ipotesi di non idoneità dell'azione *ex art. 56 c.p.* - .

Dopo aver esaminato gli aspetti fondamentali del principio di offensività (art. 49, comma II, c.p.) e, prima ancora, del rapporto di causalità (artt. 40 e 41 c.p.), si tratta di considerare i due istituti congiuntamente, al fine di instaurare un'analisi combinata, sullo sfondo del sistema penale, la quale giunga ad individuare gli ambiti di applicazione degli stessi.

Iniziando dalla disciplina della causalità, s'è detto che gli artt. 40 e 41 c.p. trovano applicazione soltanto con riferimento ai reati ad evento naturalistico dato che l'evento cui si riferiscono gli artt. 40 e 41 c.p. è da intendere nell'accezione naturalistica, elidendo per ciò stesso qualsivoglia possibilità di riferire le suddette norme ai reati di mera condotta⁵⁵, sprovvisti, per definizione, dell'evento naturalistico.

Il passo successivo dell'analisi è l'individuazione di un'intera categoria di reati che sia "esclusivamente" riconducibile all'art. 49, comma II, c.p. (principio di offensività).

A ben vedere, il principio di offensività, nella sua veste di elemento capace di escludere la rilevanza penale di un certo fatto (offensività in concreto), può trovare applicazione solo con riferimento ai reati di mera condotta. Per questi solamente è ipotizzabile una divergenza tra tipicità (nel senso di sussumibilità del fatto al di sotto della fattispecie incriminatrice) e mera conformità al tipo legale⁵⁶. L'art. 49, II co.,

⁵⁵ Come si è già osservato trattando la causalità, la questione eziologica si presenta, per i reati di mera condotta, a seconda delle concrete e particolari modalità di realizzazione del fatto. Come scrive GALLO, *Appunti di diritto penale*, cit., 94 s. – l'A. si riferisce ad una fattispecie ormai abrogata - "l'art. 594 c.p. al secondo comma prevede una forma di realizzazione complessa del delitto di ingiuria, attraverso comunicazione telegrafica o telefonica, o con scritti o disegni, diretti alla persona offesa. Se invio a taluno una lettera a contenuto offensivo, dal momento in cui imbuco la lettera, la realizzazione del reato dipende da una molteplicità di nessi causali. Così, in una vicenda criminosa di furto, tra due segmenti della condotta tipica si possono inserire dei passaggi causali. Si pensi al riguardo, alla sottrazione di cosa mobile effettuata mediante l'uso di una calamita o, comunque di un congegno meccanico (per non parlare della gazza ladra addestrata al furto). La differenza tra i due tipi di fattispecie risiede nella circostanza che, mentre nei reati con evento naturalistico l'esistenza del nesso causale è richiesta dalla stessa struttura della figura criminosa, nei reati di mera condotta la rilevanza di un rapporto di causalità è meramente eventuale e dipende dalle concrete modalità di esecuzione del fatto. In altra parole si può affermare che, dall'angolo visuale della problematica offerta dalla necessità di accertare un rapporto causale, la distinzione tra reati con evento naturalistico e reati di mera condotta è valida soltanto se riferita a fattispecie astratte".

In concreto, in presenza di un delitto di ingiuria o di furto possiamo imbatteci in un problema di causalità tra i vari tronconi dell'azione: tuttavia, ingiuria e furto rimangono reati di mera condotta. Il fatto tipico coincide con una condotta che non annovera uno o più nessi causali tra i suoi elementi costitutivi essenziali".

⁵⁶ Non a caso l'esempio di scuola che la manualistica utilizza per illustrare il principio di offensività è quello di Tizio che stacca un acino d'uva altrui e se e impossessa. E' questa un'ipotesi di reato impossibile per carenza di offensività che si serve di una fattispecie di mera condotta (furto, art. 624 c.p.). A ben vedere, tuttavia, la problematica dell'applicabilità del principio di offensività ai reati ad evento naturalistico, ricalca il ragionamento proposto da Gallo (illustrato nella nota precedente) sull'applicabilità della disciplina della causalità ai reati di mera condotta: un giudizio di offensività di un fatto conforme ad una fattispecie

c.p. non si applica, e non può trovare applicazione con riferimento ai reati ad evento naturalistico: questi, al completo di tutti gli elementi indicati dalla fattispecie criminosa, sono perfetti e perciò punibili. Per questa categoria di reati, la conformità al modello legale coincide sempre con la tipicità.

Le conclusioni in questione derivano dal fatto che l'evento naturalistico, quell'elemento tipico concepito dal legislatore in funzione della sua consistenza percepibile nel mondo naturale, catalizza o produce l'offesa all'interesse protetto dalla norma penale⁵⁷; per le fattispecie ad evento naturalistico, quindi, non è necessario quel *quid pluris* costituito dall'aggressione all'interesse contemplato dalla norma per colmare lo scarto tra conformità al tipo legale (tipicità formale) e sussumibilità del fatto al di sotto della fattispecie criminosa (tipicità sostanziale, o in senso stretto). Questa diastasi, dunque, è configurabile soltanto per i reati di mera condotta, ai quali resterà applicabile la norma di cui all'art. 49, comma II, c.p., che appunto disciplina un'ipotesi di divergenza tra conformità al tipo legale e tipicità in senso stretto a causa della mancata realizzazione dell'evento-offesa all'interesse protetto dalla norma penale, con conseguente non punibilità dell'agente.

Da questa impostazione, la quale, in termini applicativi, si propone di riferire la disciplina della causalità (artt. 40 e 41 c.p.) ai reati ad evento naturalistico e il principio di necessaria offensività (art. 49, II co., c.p.) ai reati di mera condotta non è senza conseguenze sul piano sistematico.

Ne deriva una ulteriore differenziazione tra le due categorie di illeciti penali dal punto di vista della struttura stessa del reato.

I reati ad evento naturalistico risulteranno composti dalla condotta tipica, dal nesso (o rapporto) di causalità, dall'evento naturalistico, dall'elemento soggettivo, con

corredata di evento naturalistico potrà instaurarsi soltanto con riferimento alle concrete e particolari modalità di esecuzione del fatto. Si pensi all'ipotesi di colui che, in preda ad un *raptus* di follia piromane, scatena un fuoco di vaste dimensioni nel bel mezzo di un deserto. In questo caso, pur davanti ad una fattispecie ad evento naturalistico (incendio, art. 423 c.p.) sembra palese l'esclusione della punibilità dell'agente, a causa della non offensività in concreto, pur avendo realizzato tutti gli estremi dell'art. 423 c.p. La costruzione dogmatica ivi proposta sulla riferibilità degli artt. 40 e 41 c.p. e dell'art. 49, comma II, c.p. rispettivamente ai reati ad evento naturalistico e ai reati di mera condotta vuole essere, nelle intenzioni di chi scrive, un sentiero di cui servirsi per percorrere gli istituti analizzati, non già una catena volta a comprimere le norme giuridiche in concetti e costruzioni aprioristici rispetto al dato normativo.

⁵⁷ Nella maggior parte dei casi di reato ad evento naturalistico, quest'ultimo catalizza l'offesa nel senso che la realizza, la consuma. Così, nel delitto di omicidio (575 c.p.) l'evento- morte del soggetto passivo integra l'offesa all'interesse che la norma protegge, ossia la distruzione del bene vita. In altre ipotesi, invero marginali, l'evento naturalistico non coincide con l'offesa all'interesse tutelato dalla norma penale, bensì la produce o determina, nel senso di porsi quale causa scatenante l'offesa all'interesse protetto dalla norma penale. Si richiama a tal proposito un esempio illuminante -già citato nell'*incipit* del presente lavoro - di GALLO, *Il dolo. Oggetto e accertamento*, cit., 289 s. che considera il delitto (non più in vigore) di automutilazione commesso per sottrarsi al servizio militare (artt. 157, 158 c.p. mil. p.) rilevando che "*mentre l'evento naturalistico di questo reato è costituito dalla mutilazione del proprio corpo, e quindi dalla lesione di un interesse che fa capo allo stesso soggetto agente, l'offesa si profila nei riguardi di un interesse che è proprio dello Stato*".

l'esclusione delle scriminanti (che, secondo la teoria c.d. bipartita, costituiscono elementi 'negativi' del fatto).

Volendo riportare quanto detto utilizzando una semplice equazione risulta che:

$$R.E.N. = C + N.C. + E.N. + Sogg. - S.^{58}$$

Per ciò che concerne invece i reati di mera condotta, la loro struttura sarà data dall'aggregazione della condotta, dell'offesa all'interesse protetto dalla norma penale (indispensabile ai fini dell'integrazione dell'elemento obiettivo del reato), dell'elemento soggettivo, con l'esclusione delle scriminanti. Anche per questa categoria di reati ci si può servire di un'equazione che riassume quanto sopra detto:

$$R.M.C. = C + O + Sogg. - S.^{59}$$

4.1.2. Segue. Riflessi sull'oggetto del dolo

Non è tutto. L'applicabilità ai reati ad evento naturalistico ed ai reati di mera condotta rispettivamente della disciplina sulla causalità (artt. 40 e 41 c.p.) e del principio di offensività (art. 49, comma II, c.p.), oltre che sulla struttura dell'illecito penale, incide inevitabilmente sull'oggetto del dolo.

Quest'ultimo, come è noto, costituisce il principale e generale criterio di imputazione soggettiva per i delitti. Ciò risulta dall'art. 42 c.p. il quale dispone al comma II: "Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come delitto se non l'ha commesso con dolo, salvi i casi di delitto preterintenzionale o colposo espressamente preveduti dalla legge".

L'art 43 c.p., di seguito, offre la definizione di delitto doloso: "Il delitto è doloso, o secondo l'intenzione, quando l'evento dannoso o pericoloso che è il risultato dell'azione od omissione e da cui la legge fa dipendere l'esistenza del delitto, è dall'agente preveduto e voluto come conseguenza della proprie azione od omissione".

Come si è già chiarito all'inizio del presente lavoro, l'evento cui fa riferimento l'art. 43 c.p. deve essere inteso nell'accezione 'giuridica' quale sinonimo di intero fatto di reato. Inoltre, il dolo, come si ricava dalla stessa nozione legislativa, consta, da un punto di vista strutturale, di due principali componenti psicologiche: *volontà e rappresentazione*.

Fatte le debite precisazioni, si può affermare che dal combinato disposto dell'art. 43, comma I, alinea I, c.p. e dall'art. 47, comma I, c.p. (letto *a contrario*) risulta che il dolo altro non è che 'volontà e rappresentazione del fatto oggettivo di reato'.

⁵⁸ Legenda: R.E.N.= reato ad evento naturalistico; C = condotta; N.C.= Nesso di causalità; E.N.= evento naturalistico; Sogg.= elemento soggettivo del reato; S.= scriminanti.

⁵⁹ Legenda: R.M.C.= reato di mera condotta; C = condotta; O = offesa all'interesse protetto dalla norma penale; Sogg.= elemento soggettivo del reato; S = scriminanti.

Si può tornare a questo punto all'ulteriore differenziazione tra reati ad evento naturalistico e reati di mera condotta dovuta all'impostazione offerta, e che concerne, stavolta, appunto l'oggetto del dolo.

Nei reati ad evento naturalistico, l'agire doloso da parte da parte dell'agente sarà integrato dalla volontà e rappresentazione della condotta, dalla rappresentazione dell'evento naturalistico e, infine, dalla rappresentazione delle (eventuali) ulteriori note appartenenti alla fattispecie criminosa. Il nesso causale rientrerà nell'oggetto del dolo (sotto forma di rappresentazione) qualora lo stesso sia specificamente delineato e descritto dalla fattispecie criminosa (come, ad es. nella truffa); in quel caso, sarà considerato a tutti gli effetti quale ulteriore nota che contraddistingue la stessa fattispecie.

Si può, anche per il dolo, chiedere l'ausilio di una rappresentazione grafica:

$$\text{O.D.R.E.N.} = (\text{v.r.})\text{C} + (\text{r.})\text{E.N.} + (\text{r.})\text{U.N.}^{60}$$

Per quanto riguarda invece i reati di mera condotta, il dolo sarà costituito dalla volontà e rappresentazione della condotta, dalla rappresentazione dell'offesa (indispensabile, quest'ultima, ai fini dell'integrazione del momento oggettivo) e, infine, dalla rappresentazione delle ulteriori- se vi sono - note di fattispecie.

Avremo quindi:

$$\text{O.D.R.M.C.} = (\text{v.r.})\text{C} + (\text{r.})\text{O} + (\text{r.})\text{U.N.}^{61}$$

Come si può notare, l'offesa all'interesse tutelato dalla norma penale rientra nell'oggetto del dolo (*rectius*: della rappresentazione) per i soli reati di mera condotta – in base a tale costruzione, peraltro, si può affermare che l'evento (giuridico) di cui all'art. 43 c.p., alinea I, indichi non solo l'offesa quale sinonimo di intero fatto oggettivo di reato ma anche, se pur per una sola categoria di reati, l'offesa all'interesse protetto dalla norma penale, il disvalore del fatto - con esclusione, pertanto, di quelli ad evento naturalistico. Questo perché il principio di offensività, dal quale si ricava che l'offesa all'interesse protetto dalla norma penale deve, a pena di non punibilità dell'agente ex art. 49, comma II, c.p., far parte della struttura, e più precisamente del momento oggettivo del reato (di mera condotta), non si applica ai reati ad evento naturalistico. Per questi, la rappresentazione dell'offesa – lungi dall'essere *tout court* estromessa dalla struttura del dolo - è sostituita da quella che ha ad oggetto l'evento naturalistico; non si vuole, cioè, negare la necessità, ai fini dell'integrazione dell'elemento soggettivo, della rappresentazione dell'offesa da

⁶⁰ Legenda: O.D.R.E.N.= oggetto del dolo per i reati ad evento naturalistico; (v.r.) = volontà e rappresentazione; (r.)= rappresentazione; C = condotta; E.N.= evento naturalistico; U.N.= ulteriori note di fattispecie.

⁶¹ Legenda: O.D.R.M.C.= oggetto del dolo per i reati di mera condotta; (v.r.) = volontà e rappresentazione; (r.) = rappresentazione; C = condotta; O = offesa all' interesse protetto dalla norma penale; U.N.= ulteriori note di fattispecie.

parte dell'agente anche per i reati ad evento naturalistico. A ben vedere, per questa categoria di illeciti penali, la rappresentazione del disvalore del fatto è, per così dire, "mascherata" e "latente": la rappresentazione volta all'evento naturalistico integra altresì la rappresentazione dell'offesa o, al limite, della causa scatenante la stessa, in quelle ipotesi criminose, invero marginali, in cui l'evento naturalistico non coincide con l'offesa, bensì la determina, produce⁶².

L'impostazione presentata tenta di offrire, così, una risposta in termini di disciplina applicabile alla distinzione (sinora meramente) dogmatica tra reati ad evento naturalistico e reati di mera condotta, con riflessi sulle rispettive strutture dell'illecito penale ed, in definitiva, sull'oggetto del dolo⁶³.

5.1. Reati culturalmente motivati e art. 583 bis c.p.: l'eccezione alla "regola"

Si tratta di verificare, a questo punto, se nel sistema penale sia rinvenibile un'eccezione o deroga all'impostazione sopra illustrata che, in quanto tale, possa confermare la "regola" posta a nucleo centrale del lavoro tutto. Eccezione che riguarderà, in particolare, l'elemento soggettivo del reato e, quindi, l'oggetto del dolo.

Per far ciò, è necessario dirigere l'attenzione ad una categoria di reati che negli ultimi decenni, a causa, soprattutto, dei massicci flussi migratori che hanno provocato in Italia e negli altri paesi europei la commistione di diverse culture e religioni, ha formato oggetto di particolare interesse da parte della dottrina e della giurisprudenza. Si allude ai c.d. "reati culturalmente motivati (o orientati)". Demandando ad altre letture per quanto concerne la nozione penalmente rilevante di cultura ed il rapporto tra ordinamento penale e quest'ultima⁶⁴, si può definire, in generale, il reato

⁶² A tal proposito si richiama l'attenzione a quanto detto nella nota n.57.

⁶³ Per ciò che concerne l'oggetto del dolo, è da dire che la tesi sostenuta in questa sede si discosta (se pur parzialmente) da quella appartenente alla dottrina maggioritaria, soprattutto per quanto riguarda la rappresentazione, da parte dell'agente, dell'offesa all'interesse protetto dalla norma penale. Vedi, in proposito, ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., 293 ss.; FIANDACA – MUSCO, *Diritto Penale*, cit., 345 ss; FIORE, *Diritto penale, parte generale*, Utet, Torino, 2008, 235 ss.; GALLO, *Appunti di diritto penale, Vol. II, Parte II, L'elemento psicologico*, Giappichelli, Torino, 2001, 13 ss; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 303 ss.

⁶⁴ MASSARO, *Reati a movente culturale o religioso*, in TRAPANI-MASSARO, *Temi penali*, cit., 114 ss; BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, Giuffrè, Milano, 2010, 15 ss; TAYLOR, *Primitive culture. Researches into the Development of Mythology, Philosophy, Religion, Art and Custom*, London, 1871.

All'inizio del nuovo millennio, è stata formulate, nel Preambolo della 'Dichiarazione universale dell'UNESCO sulla diversità culturale del 2001, quella che, allo stato, è la più importante definizione di cultura giuridicamente rilevante a livello internazionale: "La cultura dovrebbe essere considerata come un insieme dei distinti aspetti presenti nella società o in un gruppo sociale quali quelli spirituali, materiali, intellettuali, ed emotivi, e che include sistemi di valori, tradizioni e credenze insieme all'arte, alla letteratura e ai vari modi di vita".

Si ricorda, inoltre, come nella ampia nozione di cultura si ricomprende quell'elemento che da sempre caratterizza in modo imperante ogni assetto culturale e sociale tanto da assurgere, per alcuni, a categoria a sé stante rispetto alla nozione di cultura: la *religione*.

culturalmente motivato come un *fatto che è considerato penalmente rilevante dall'ordinamento giuridico del gruppo culturale di maggioranza, ma che corrisponde ad un comportamento lecito nell'ambito del contesto socio-culturale e giuridico del gruppo culturale a cui appartiene o fa riferimento il soggetto agente*. Più tecnicamente, si può delineare il concetto *de quo* come il reato il cui movente⁶⁵ trae origine e ragiond'essere dal modello culturale o religioso cui appartiene o fa riferimento il soggetto agente; movente che, in quanto tale, non rileva nella fattispecie criminosa, ma che potrebbe, almeno in via d'ipotesi, incidere sul giudizio di imputazione soggettiva: ciò in ragione della difficoltà in cui verserebbe l'agente nel (ri)conoscere l'antigiuridicità del proprio comportamento, ma, soprattutto, l'offensività dello stesso⁶⁶.

L'indagine prosegue avendo a mente quest'ultimo profilo, riguardo a quello che può considerarsi il reato culturalmente motivato per antonomasia: il delitto di pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili (art. 583 bis c.p.).

5.2. L'art. 583 bis c.p.: analisi della/e fattispecie

La legge 9 gennaio 2006 n.7 (Disposizioni concernenti la prevenzione e il divieto delle pratiche di mutilazione genitale femminile) ha corredato l'ordinamento penale italiano di una nuova fattispecie delittuosa: l'art. 583 bis che così dispone: "Chiunque, in assenza di esigenze terapeutiche, cagiona una mutilazione degli organi genitali femminili è punito con la reclusione da quattro a dodici anni. Ai fini del presente articolo, si intendono come *pratiche mutilazione degli organi genitali femminili*, la clitoridectomia, l'escissione e l'infibulazione e qualsiasi altra pratica che cagioni effetti dello stesso tipo".

Il comma II prevede: "Chiunque, in assenza di esigenze terapeutiche, provoca, al fine di menomare le funzioni sessuali, lesioni agli organi genitali femminili diverse da quelle indicate al primo comma, da cui derivi una malattia del corpo o della mente, è punito con la reclusione da tre a sette anni. La pena è diminuita fino a due terzi se la lesione è di lieve entità".

Quindi, il comma III: "La pena è aumentata di un terzo quando le pratiche di cui al primo e secondo comma sono commesse a danno di un minore ovvero se il fatto è commesso per fini di lucro".

Ad opera dell'art. 4 della legge 1ottobre 2012, n.172 che ha ratificato la Convenzione di Lanzarote del 2007 per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale è stato inserito l'attuale IV comma in base al quale: "La condanna ovvero l'applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'art. 444 del codice di procedura penale per il reato di cui al presente articolo comporta, quando il fatto sia commesso dal genitore o dal tutore, rispettivamente:

⁶⁵ Per una distinzione dogmatica tra scopo, movente e motivo nel diritto penale vedi MASSARO, *Reati a movente culturale o religioso*, in TRAPANI-MASSARO, *Temi penali*, cit., 116 ss.

⁶⁶ MASSARO, *Reati a movente culturale o religioso*, in TRAPANI-MASSARO, *Temi penali*, cit., 129.

1. la decadenza dall' esercizio della responsabilità genitoriale;
2. l'interdizione perpetua da qualsiasi ufficio attinente alla tutela, alla curatela e all'amministrazione di sostegno".

A chiusura, il comma V: "Le disposizioni del presente articolo si applicano altresì quando il fatto è commesso all' estero da cittadino italiano o da straniero residente in Italia, ovvero in danno di un cittadino italiano o di straniero residente in Italia. In tal caso il colpevole è punito a richiesta del Ministro della Giustizia".

Inserito nel sistema penale, l'art. 583 bis c.p. si presenta quale *lex specialis* rispetto alla fattispecie di lesione personale (artt. 582 e 583 c.p.); assurge, inoltre, a paradigma di reato culturalmente orientato proprio a causa dei, se pur impliciti, riferimenti a dei comportamenti invalsi in alcune tradizioni culturali di matrice soprattutto musulmana⁶⁷.

Fatte le debite precisazioni di carattere introduttivo, può passarsi all'analisi della fattispecie di cui all' art. 583 bis. c.p.

Iniziando dall'oggetto *giuridico* del reato in esame, si deve ritenere, ad una lettura che tenga conto di tutti e ciascuno degli elementi della fattispecie, che l'interesse che la norma mira a tutelare ha una struttura complessa: esso concerne sia l'integrità fisica della donna – il che, tra l'altro, trova conferma nella collocazione del reato nel capo I del Titolo XII, tra i delitti contro la vita e l'incolumità individuale e, in particolare, nella sua posizione "topografica" che lo vede seguire il delitto di lesione personale (artt. 582 e 583 c.p.) -, sia il suo benessere psico-sessuale - per le gravi ed inevitabili ripercussioni di natura psicologica, emotiva e relazionale cui è soggetta la donna che subisce dette pratiche, in relazione, soprattutto, al fatto che la donna-soggetto passivo del reato si troverebbe a vivere in un contesto culturale che condanna e depreca le pratiche stesse, etichettandole come barbariche e nocive -, sia, infine, la dignità della donna e il suo diritto all'autodeterminazione – poiché le condotte in esame si risolverebbero in un controllo esterno, culturalmente motivato, sulla vita e la libertà sessuale della donna -⁶⁸.

Quanto all'oggetto *materiale* delle condotte incriminate dalla norma, esso è costituito dagli organi genitali femminili. È da ritenere che la legge si riferisca soltanto agli organi genitali *esterni*, costituiti, secondo la scienza medica, dal monte

⁶⁷BONILINI-CONFORTINI, *Codice penale commentato*, Utet, Torino, 2009, 2541 ss. *Nella lingua giuridica araba si impiegano i termini khafd okhifad per indicare le pratiche di mutilazione genitale femminile. Si parla altresì di taharah che significa purificazione, poiché tali mutilazioni si ispirano ad una istanza di purificazione per coloro che le subiscono. Le pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili sono molto diffuse in vari Paesi di religione musulmana, in particolare nel Sudan, nella Somalia e nell' Egitto. Sono altresì praticate in alcuni Paesi arabi come lo Yemen, gli Emirati Arabi Uniti, il Bahrain, il Qatar, l'Oman, nonché in diversi Paesi asiatici musulmani come l'Indonesia, la Malesia, il Pakistan e l'India.*

⁶⁸CRESPI-FORTI-ZUCCALA', *Commentario breve al codice penale*, Cedam, Padova, 2008, 1529; BONILINI-CONFORTINI, *Codice penale commentato*, cit., 2542 s.

di Venere, dalle grandi labbra, dalle piccole labbra, dal clitoride, dal vestibolo della vagina, dai bulbi del vestibolo, dalle ghiandole vestibolari e dall'imene⁶⁹.

L'art. 583 bis c.p. contempla, a ben vedere, due autonome e distinte fattispecie delittuose, entrambe dolose e ad evento naturalistico: la prima, di mutilazione (comma I), la seconda, di lesione (comma II).

Sia il primo comma dell'art. 583 bis (mutilazione degli organi genitali femminili) sia il secondo comma (lesione degli organi stessi) presentano il sintagma "in assenza di esigenze terapeutiche". Si tratta, da un punto di vista dogmatico, di un elemento positivo di fattispecie costruito, però, negativamente⁷⁰. Ai fini dell'integrazione delle fattispecie le esigenze terapeutiche dovranno mancare in base ad una valutazione della scienza medica. Ne deriva che le esigenze terapeutiche sussistono quando la mutilazione o la lesione siano praticate nell'interesse della salute della donna, quindi allo scopo di prevenire o curare uno stato patologico, come avviene nel caso di asportazione dei tessuti dei genitali esterni per rimuovere cellule tumorali o cisti ostruttive del canale vaginale⁷¹.

Inoltre - come si può notare - da un punto di vista di teoria generale del reato, entrambe le fattispecie considerate sono causalmente orientate (o a forma libera)⁷²: la condotta non è descritta per note interne e specifiche - come accade, invece, nei reati a forma vincolata, tra i quali si annovera, ad esempio, il delitto di truffa (art. 640 c.p.) - ma rileva solo in quanto prodromica alla realizzazione dell'evento naturalistico di fattispecie (la mutilazione degli organi genitali femminili, per ciò che riguarda il comma I, e la lesione agli stessi, in riferimento al comma II).

Tra gli elementi della fattispecie di lesione agli organi genitali femminili (comma II) figura il dolo specifico costituito dal "fine di menomare le funzioni sessuali". Come si è rilevato da parte della dottrina⁷³ si tratterebbe, alla luce del panorama culturale che la norma, se pur implicitamente, prende in considerazione, di una previsione inappropriata: invero, il finalismo che statisticamente determina le operazioni sugli organi genitali femminili è assai complesso e non può essere compreso se non alla luce del significato rituale ed identitario radicato nei gruppi culturali all'interno dei quali sono invalse dette pratiche. Non può affermarsi che tali rituali siano compiuti allo scopo specifico di menomare le funzioni sessuali, quanto, piuttosto, allo scopo

⁶⁹AA. VV., *Anatomia umana*, II, Milano, 1987, 628.

⁷⁰ Per una compiuta definizione, vedi GALLO, *Appunti di diritto penale*, cit., 145; Così, in tema di oggetto del dolo, in entrambe le fattispecie dell'art. 583 bis c.p. l'agente dovrà rappresentarsi la mancanza delle esigenze terapeutiche.

Contra CRESPI-FORTI-ZUCCALA', *Commentario breve al codice penale*, cit., 1529 e BONILINI-CONFORTINI, *Codice penale commentato*, cit., 2544 per i quali la mancanza delle esigenze terapeutiche assurgerebbe a speciale elemento negativo del fatto.

⁷¹BONILINI-CONFORTINI, *Codice penale commentato*, cit., 2544.

⁷²GALLO, *Appunti di diritto penale*, cit., 84 ss.

⁷³FORNASARI, *Mutilazioni genitali femminili e multiculturalismo: premesse per un discorso giuspenalistico*, in *Legalità penale e crisi del diritto, oggi*, a cura di BERNARDI-PASTORE-PUGIOTTO, Giuffrè, Milano, 2008, 186 ss.; MASSARO, *Reati a movente culturale o religioso*, in TRAPANI-MASSARO, *Temi penali*, cit., 127 s.; BONILINI-CONFORTINI, *Codice penale commentato*, cit., 2544.

di far conoscere e riconoscere una differenza, o tratto peculiare, della condizione femminile, conosciuta e riconosciuta da colei che ne è investita (per meglio dire: colei che ne è vittima) e dagli altri. Si denuncia perciò, con riguardo al dolo specifico di cui al comma II, un approccio legislativo miope che non ha saputo indagare bene sulle finalità proprie che animano i gruppi culturali presso i quali si praticano le condotte incriminate dall'art. 583 bis c.p.

Il comma III prevede poi, per entrambi i delitti, due circostanze aggravanti speciali consistenti nell'aver commesso il fatto a danno di un minore o per fini di lucro.

Quanto alla prima, deve ritenersi che essa sia destinata ad operare nella maggior parte dei casi di mutilazione o lesione agli organi genitali femminili poiché le pratiche in questione sono eseguite nella quasi totalità dei casi su donne di giovane età, appena prima del matrimonio (celebrato in età precoce, ben al di sotto della soglia della maggiore età) o, addirittura, nei primi giorni di vita, al fine di consacrare l'ingresso, da parte della neonata, all'interno della comunità di riferimento⁷⁴.

L'aggravante del fine di lucro, dal canto suo, troverà applicazione nei confronti di quei soggetti che, dotati o meno di una qualificazione in ambito sanitario, pongano in essere le pratiche incriminate allo scopo di ottenere un vantaggio economicamente apprezzabile.

Il quarto comma, da ultimo introdotto, prevede che la condanna o l'applicazione della pena su richiesta delle parti (c.d. patteggiamento) per il reato commesso dal genitore o dal tutore espliciti i suoi effetti nei rapporti di diritto privato, determinando, rispettivamente, la perdita della potestà genitoriale e l'interdizione perpetua da qualsiasi ufficio attinente alla tutela, alla curatela e all'amministrazione di sostegno.

Infine, l'ultimo comma garantisce la perseguibilità, per i delitti esaminati, del cittadino italiano che si trovi all'estero, dello straniero residente in Italia, di colui che commetta il fatto in danno di un cittadino italiano o di straniero residente in Italia. In tal caso il colpevole sarà punito a richiesta del Ministro della Giustizia.

La legge 9 gennaio 2006 n.7 ha introdotto, infine, l'art. 583 ter c.p. che prevede: "La condanna contro l'esercente una professione sanitaria per taluno dei delitti previsti dall'art. 583 bis importa la pena accessoria dell'interdizione dalla professione da tre a dieci anni. Della sentenza di condanna è data comunicazione all'Ordine dei medici chirurghi e degli odontoiatri".

La norma, in un ottica di rigorosa repressione dei comportamenti analizzati, tenderebbe a disincentivare la *medicalizzazione* delle pratiche di mutilazione e lesione di organi genitali femminili, nella convinzione che tale medicalizzazione finirebbe per legittimare implicitamente le pratiche stesse.

Infine, la prevista comunicazione della sentenza di condanna all'Ordine dei medici chirurghi e degli odontoiatri è volta a consentire le iniziative sanzionatorie disciplinari, tenendo conto che l'art.18 del codice di deontologia medica del 2016

⁷⁴BASILE, *La nuova incriminazione delle pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, 681.

statuisce che “i trattamenti che incidono sull’integrità psico-fisica sono attuati al fine esclusivo di procurare un beneficio clinico alla persona”.

5.3. L’eccezione alla “regola”: la coscienza dell’offesa nelle fattispecie di cui all’art. 583 bis c.p.

Chiosata brevemente la norma *de qua*, è possibile svolgere il ragionamento sui reati culturalmente motivati, in particolare sull’art. 583 bis c.p., in riferimento alla coscienza dell’offesa da parte dell’agente che, spinto da un movente culturale, ponga in essere delle mutilazioni o lesioni agli organi genitali femminili.

Come si è visto, l’impostazione che abbina, in termini di diritto positivo applicabile, la disciplina sulla causalità (art. 40 e 41 c.p.) e il principio di offensività in concreto (art. 49, comma II, c.p.) rispettivamente ai reati ad evento naturalistico e ai reati di pura condotta, incide sulla struttura delle due categorie di reati e, conseguentemente, sull’oggetto del dolo.

Così, per ciò che concerne l’oggetto del dolo nei reati ad evento naturalistico, questo sarà costituito dalla condotta (oggetto di volizione in senso stretto), dall’evento naturalistico (oggetto di rappresentazione) e dalle ulteriori ed eventuali note che caratterizzano la fattispecie incriminatrice (oggetto anch’esse di rappresentazione). Si è detto inoltre, che la rappresentazione dell’evento naturalistico integrerebbe la coscienza dell’offesa o, al limite, la coscienza della causa scatenante l’offesa in quelle ipotesi, marginali, in cui l’evento naturalistico non catalizza, bensì produce l’offesa stessa⁷⁵.

Partendo da queste premesse e considerando il profilo della coscienza del disvalore del fatto, da parte dell’agente, nelle fattispecie delineate dall’ art. 583 bis (che -si ricorda - sono ad evento naturalistico), se ne inferirebbe che la rappresentazione dell’evento naturalistico/mutilazione degli organi genitali femminili o dell’evento naturalistico/lesione degli organi stessi (da cui derivi una malattia del corpo o della mente) realizzerebbe, ad una, la coscienza dell’offesa a quell’interesse a struttura complessa che, come si è visto sopra, integra l’oggetto *giuridico* dei delitti di cui all’art. 583 bis c.p.

Il discorso, pur in perfetta coerenza con la tesi sostenuta nel capitolo precedente, rischierebbe di peccare di semplicismo, apparendo oltremodo “asettico”, ove non si tenesse in debita considerazione il profilo caratterizzante le fattispecie di cui all’art. 583 bis c.p., vale a dire la loro natura di ‘reati culturalmente motivati’.

Il dissidio tra modelli culturali, invero, gioca un ruolo fondamentale nella configurazione della coscienza dell’offesa all’ interesse tutelato dall’ordinamento penale.

Si pensi al caso in cui le mutilazioni o lesioni agli organi genitali femminili siano poste in essere da un soggetto che faccia riferimento o appartenga al modello culturale di matrice italiana. Sarebbe problematico invocare, da parte dell’agente, la mancanza della coscienza dell’offesa. Invero, il caso in esame si attagierebbe

⁷⁵ Vedi nota n.57.

perfettamente al ‘paradigma’ di dolo configurato in questo lavoro per i reati ad evento naturalistico.

Il quadro è destinato a mutare inevitabilmente allorché le pratiche in questione siano poste in essere da un soggetto persuaso, a causa del modello culturale di riferimento, dall’alto significato morale e/o sociale e/o religioso delle pratiche in questione, o, addirittura, convinto di agire nell’interesse della vittima⁷⁶. È facile intuire come in questa ipotesi non basterebbe la rappresentazione dell’evento naturalistico ad integrare la coscienza dell’offesa/disvalore del fatto: il modello culturale al quale l’agente conforma il proprio agire è tale da tramutare in “bene” qualcosa che per il nostro ordinamento è “male”.

Il dolo delle fattispecie in esame e, *sub specie*, la consapevolezza dell’offesa, richiede di essere arricchito da un *quid pluris* idoneo ad indicare la coscienza, da parte del soggetto agente, del “significato negativo” del comportamento posto in essere.

Muovendo dal presupposto per cui un “contrasto culturale” (e, dunque, una possibile rilevanza del modello culturale) sia logicamente ipotizzabile solo in riferimento a interessi giuridici che trovano immediata rispondenza nel contesto socio-culturale cui si “ispira” un certo ordinamento, si può affermare che affinché lo straniero agisca rappresentandosi di offendere l’interesse tutelato dalla norma *de qua* secondo le valutazioni proprie dell’ordinamento “ospitante”, è necessario (e sufficiente) che lo stesso si rappresenti *i modelli di comportamento* che quell’ordinamento pretende vengano rispettati e, quindi, le *aspettative di comportamento* consolidate nel contesto culturale e sociale che fa da sfondo al reato commesso⁷⁷. L’agente dovrà, quindi, essere consapevole della riprovevole considerazione, da parte del modello culturale italiano, delle pratiche di cui all’ art. 583 bis c.p. e, di conseguenza, della generale aspettativa, da parte del modello stesso, di astinenza dal porre in essere quelle pratiche, ritenute abiette e dannose.

In questo modo si recupera – sia pur con specifico riferimento alla norma *de qua* - l’idea che la consapevolezza dell’offesa si risolva in definitiva nella coscienza di una “dannosità sociale” intesa come difformità dal quel parametro rappresentato dal modello culturale generalmente osservato e riconosciuto dai consociati.

I confini ristretti entro i quali è ipotizzabile un’esclusione del dolo per mancata rappresentazione dell’offesa possono risultare di più facile individuazione

⁷⁶PITCH, *Il trattamento giuridico delle mutilazioni genitali femminili*, in *Quest. giust.*, 2001, 3, 506, che, in tema di mutilazioni genitali femminili osserva come i genitori che ricorrono alle pratiche in questione non pensano certo di “far male” alle loro figlie, essendo per contro persuasi di agire per il loro bene: le ragazze non mutilate, infatti, rischiano l’isolamento dalla comunità di appartenenza, non troveranno marito e, in definitiva, non sono considerate veramente donne.

⁷⁷MASSARO, *Reati a movente culturale o religioso*, in TRAPANI-MASSARO, *Temi penali*, cit., 154.

In base all’impostazione seguita nel presente lavoro, vien da se che, come è logico ritenere, il discorso in esame, specificamente dedicato al reato di cui all’ art. 583 bis., si applichi a tutti i reati ad evento naturalistico che siano anche ‘culturalmente orientati’.

precisando il “meccanismo di funzionamento” del requisito in questione. Sarebbe fuorviante ritenere che la coscienza dell’offesa vada accertata “in positivo” ai fini dell’affermazione della sussistenza del dolo: è piuttosto la sua assenza che “in negativo” esclude l’elemento soggettivo (per usare una formula dal forte contenuto semantico: la volontà cattiva) conducendo alla inevitabile assoluzione perché “il fatto non costituisce reato”. Sembrerebbe pienamente condivisibile l’opinione per cui l’art. 49, comma II, c.p., nel sancire la non punibilità del reato impossibile per l’inidoneità dell’azione, abbia introdotto una semplificazione del meccanismo di giudizio in ordine all’accertamento dell’offesa all’interesse tutelato dalla norma penale⁷⁸. Se, dunque, il meccanismo in questione governa l’accertamento dell’offesa sul piano dell’elemento oggettivo, non si vede perché non debba trovare applicazione anche in riferimento all’elemento soggettivo, *sub specie* all’accertamento della consapevolezza dell’offesa.

Con queste esplicazioni, può dirsi formulata l’eccezione alla “regola” posta in precedenza in tema di oggetto del dolo dei reati ad evento naturalistico; eccezione che, in quanto tale, conferma la regola stessa.

6. Rilievi conclusivi: la comunanza della formula assolutoria

Come si è visto, il presente lavoro ha dapprima indagato sulla dicotomia che, a livello di significato, si cela dietro il concetto di “evento”; si è poi passati alla disamina dei due istituti centrali del lavoro stesso: il rapporto di causalità (artt. 40 e 41 c.p.) e il principio di necessaria offensività in concreto (art. 49, comma II, c.p.); quindi, si è elaborata la tesi che utilizza la disciplina sulla causalità e il principio di offensività per (tentare di) dare una risposta, in termini di diritto positivo applicabile, alla distinzione dogmatica che contrappone i reati ad evento naturalistico ed i reati di mera condotta: ne sono derivati effetti a livello di struttura delle due categorie di reati e, in definitiva, di oggetto del dolo. Infine, l’indagine ha solcato la peculiare tipologia dei ‘reati culturalmente motivati’, per poi concentrare l’attenzione a quello che può essere definito come il reato di pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili di cui all’art. 583 bis c.p. Da ultimo, si è formulata una deroga all’impostazione offerta che concerne la coscienza dell’offesa nelle fattispecie disciplinate dalla norma *de qua*. Posta l’eccezione alla “regola”, può dirsi chiuso il cerchio. Un’ultima considerazione, che guardi sempre al sistema penale, può essere avanzata al fine di accomunare – finora ci si è sforzati di separare (con argomenti, si spera, plausibili) le due categorie in esame – i reati ad evento naturalistico e quelli di mera condotta. A ben vedere, l’ordinamento penale conferisce, nell’economia del

⁷⁸GALLO, *Appunti di diritto penale*, cit., 2007, 28 non si tratterebbe di un’inversione dell’onere della prova, che avrebbe poco senso nel processo penale, “*ma di una regola dell’accertamento comune ad ogni ricerca che miri a stabilire “come le cose sono andate”:* a fare cioè della storia. Quando la materia è dominata dall’*id quod plerumque accidit*, si adempie ad ogni corretto canone di analisi storica facendo proprie le conclusioni che nascono dall’applicazione di tale principio. Solo allorché emergano dati dai quali sia possibile desumere che nel concreto le cose sono andate diversamente da come discenderebbe dal principio ci si dovrà chiedere se vi sia eccezione alla regola”.

fatto di reato, lo stesso peso tanto al nesso di causalità quanto all'offesa; la mancanza di entrambi gli elementi, infatti, dà luogo al venir meno dello stesso *fatto oggettivo*, escludendo, pertanto, qualsivoglia indagine circa l'elemento soggettivo del reato. Tale affermazione troverebbe un puntuale riscontro nell'ordinamento processuale che assegnerebbe ad entrambe le ipotesi la medesima formula assolutoria - considerata, secondo una *communis opinio*, quella che più di tutte "spazza" via ogni ombra di colpevolezza dell'imputato e lo "riabilita" agli occhi dell'opinione pubblica - per la quale "il fatto non sussiste".