

LA DIFESA DELLA PUNIBILITÀ QUALE ELEMENTO AUTONOMO DEL REATO¹

di Giovanni Cocco

Abstract. *Il saggio costituisce un momento della costruzione di una teoria della punibilità come quarto elemento del reato, in particolare procedendo ad una analisi critica delle concezioni che si oppongono a siffatto inquadramento dogmatico e delle soluzioni alterative proposte.*

SOMMARIO: Le critiche alla punibilità. – 2. La affermazione come valore assoluto del principio *nullum crimen sine poena*. – 3. La difesa della punibilità quale elemento autonomo del reato. Cenni alla teoria della norma penale. – 4. La estraneità alla problematica del principio della certezza della pena. – 5. La (non) punibilità come strumento di tutela dei beni giuridici. – 6. Il mito del diritto penale minimo. – 7. Il ruolo della politica criminale. – 8. La proposta della rimessione al giudice della scelta di non punire. – 9. La preferibilità di tecniche di degradazione legislativa del reato. – 10. Conclusioni.

1. Le critiche alla punibilità.

La punibilità come (quarto) elemento della teoria generale del reato² e la introduzione di figure di cause di non punibilità sopravvenuta di valenza generale, in particolare legate alla riparazione del danno (*Wiedergutmachung*), si imbattono ancor oggi in una netta opposizione da parte di rilevanti posizioni dottrinali, che, per il vero, ci paiono troppo nettamente distinguere la materia in esame dalla questione della riforma del sistema sanzionatorio. Alla progressiva dilatazione dell'area dei fatti non puniti e delle ipotesi in cui la punizione è condizionata «da fatti e comportamenti estranei e/o successivi al reato stesso»³ si imputa di rappresentare una manifestazione

¹ Il saggio è destinato agli scritti in onore di Alfonso M. Stile, in cui viene pubblicato senza le note bibliografiche qui presenti.

² Al tema dedicammo un lavoro monografico COCCO G., *L'uso della punibilità nella modernizzazione del diritto penale*, 2ª ed. provv. Cagliari, novembre 2001, 1-250, il cui approfondimento, più recentemente, ci ha condotto ad individuare il fondamento della soluzione dogmatica accolta nel *principio di sussidiarietà*: COCCO G., *La punibilità quarto elemento del reato*, in COCCO G., *Punibilità e pene*, Padova, 2009, 106 ss..

³ STORTONI, *Premesse ad uno studio sulla 'punibilità'*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 399 ss.; STORTONI, *Profili sistematici delle cause estintive*, in *Ind. pen.*, 1989, 43; inoltre, FIANDACA, *Concezione e modelli di diritto penale tra legislazione, prassi giudiziaria e dottrina*, in PEPINO (a cura di), *La riforma del diritto penale*, Milano, 1993, 22 ss.; DONINI, voce *Teoria del reato*, in *Dig. disc. pen.*, v. XIV, Torino, 1999, 420.

del processo di attenuazione della corrispondenza reato-pena, cioè della mancata considerazione della applicazione della pena come conseguenza necessaria della previsione legislativa di precetti normativamente minacciati da pena (secondo il noto schema di matrice illuministica), e quindi di costituire una vera e propria *truffa delle etichette*, perché nasconde l'interesse a non rinunciare allo strumento penale anche laddove appaia palesemente inutile sia per la natura bagatellare dell'illecito sia per ragioni di politica criminale.

Si afferma che solo una lettura superficiale della normativa in questione consente di intravedervi l'affermazione del principio di *extrema ratio*, mentre la realtà è che il legislatore non depenalizza né decriminalizza ma esclusivamente non è irrogata la sanzione. La ragione di siffatto snaturamento del diritto penale viene individuata in una sorta di corrispondenza biunivoca con la ipertrofia del sistema penale conseguente all'offerta di una tutela qualificata ad una varietà sempre maggiore di beni giuridici, o meglio di interessi, di cui viene esasperata la rilevanza per giustificare l'intervento penale; contro cui si oppone che, in linea di principio, la discussione sulla punibilità deve svolgersi esclusivamente a monte della opzione per la tutela penalistica⁴.

In verità, tale tesi distingue le cause di non punibilità ascrivibili direttamente all'area dell'antigiuridicità del fatto⁵ (ad es. il § 158 StGB tedesco che prevede la ritrattazione dalle false dichiarazioni), o considerabili come cause di estinzione della offesa (ad es. l'art. 641 c.p.), le quali, non solo rendono inapplicabile la sanzione, ma cancellano il fatto di reato, ovviamente non la sua realtà fenomenica ma la sua offensività. Dalle ipotesi in cui, invece, è preminente il profilo di esclusione della pena, in particolare quelle in cui benefici sanzionatori vengono offerti in cambio dell'autodenuncia e/o della delazione dei correi, che evidenziano in particolare la riduzione del diritto penale a mero scopo. Con l'effetto che la perdita di connessione tra reato e pena, dovendosi misurare l'efficacia del diritto penale nel momento della irrogazione della sanzione⁶, lascia il diritto penale spoglio e privo di dignità, addirittura privo della ragion d'essere; sopravvivendo esclusivamente la sua funzione simbolica⁷, la riprovazione della condotta viene racchiusa nella mera configurazione della fattispecie, mentre la valutazione della necessità della sanzione viene devoluta all'arbitrio del giudice.

Secondo tale critica perde ogni interesse lo scopo del diritto penale, che divenuto alla fine del settecento mezzo per il raggiungimento del fine, e successivamente

⁴ STORTONI, *Profili costituzionali della non punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 644; PULITANÒ, *La non punibilità di fronte alla Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 1983, I, 1811; FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, Milano, 1999, 438.

⁵ FONDAROLI, *Illecito penale*, cit., 438 ss.; sulla scia di BINDING, *Die Normen und ihrer Übertretung*, Meiner, Leipzig, 4 vol., dal 1872 al 1920 [nuova ed., Aalen, 1991], 117 (n. 8); BINDING, *Das bedingte Verbrechen*, in *Strafrechtliche und strafprozessualische Abhandlungen*, I, *Strafrecht*, München, Leipzig, 1915, 125 ss..

⁶ STORTONI, *Premesse*, cit., 409 ss..

⁷ DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, 412; MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 2ª ed., 2000, 113 ss.; FONDAROLI, *Illecito penale*, cit., 442.

«mezzo per ogni fine che si affermi dal punto di vista politico»⁸, acquista nel nuovo corso la natura di mero scopo perdendo ogni confine⁹, in altre parole lo scopo della fattispecie penale è già raggiunto per avere contrassegnato il fatto con la *etichetta penale*¹⁰, che dunque viene usata non per irrogare la pena ma per conseguire altri risultati: tutelare gli interessi della vittima con il risarcimento del danno, la riparazione dell'offesa, la presunta reintegrazione dello *status quo ante*; rimpinguare le casse dello Stato; dirigere le coscienze attraverso la descrizione dei comportamenti vietati; sedare simbolicamente l'allarme generato dai fenomeni generalizzati che mettono a repentaglio la pacifica convivenza dei cittadini¹¹; l'ammissione di colpevolezza da parte dell'autore; la pena concordata¹². Istituti talvolta differenziati e più spesso confusi tra loro, che si inseguono e sovrappongono in una logica utilitaristica.

Mentre l'offesa rimane inalterata, stigmatizzata dalla permanenza sulla carta del precetto penale¹³: nessuna dignità resta all'offesa, vuoto simulacro di un diritto penale virtuale. Si contesta lo stesso uso della concezione illuminista del danno sociale, non per selezionare i beni giuridici da tutelare penalmente, ma ai fini della applicazione della sanzione, attribuendo rilievo in positivo al momento successivo al fatto in cui l'autore pone in essere condotte ulteriori volte a eliminare gli effetti dannosi del comportamento criminoso così riconciliandosi con la società turbata dalla commissione del reato¹⁴.

In particolare contro il riconoscimento dell'ammissibilità di un giudizio autonomo sulla necessità-bisogno e/o meritevolezza di pena, cui ricollegare la punibilità¹⁵, si obietta che un legislatore prudente, consapevole del significato del ricorso alla sanzione criminale, debba effettuare il giudizio di meritevolezza e/o di necessità della pena al momento della creazione della fattispecie di reato: l'opzione di criminalizzazione deve essere effettuata «soltanto se il comportamento è tale da meritare realmente la pena e soltanto se la pena – quella pena stessa che viene scelta, con quell'entità, con quei determinati limiti edittali – risulta rigorosamente necessaria»¹⁶; tale scelta deve rispondere a precisi criteri di offesa ai beni giuridici, perché il reato non è altro che il complesso di tutti gli elementi costituenti l'insieme dei

⁸ NAUCKE, *I confini del diritto penale. Abbozzo del problema in sette tesi*, in BORRÉ, PALOMBARINI (a cura di), *Il sistema sanzionatorio e le alternative di tutela*, Milano, 1998, 101 ss..

⁹ SGUBBI, *I reati in materia di sicurezza e igiene del lavoro: connotati del sistema*, in MONTUSCHI (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza*, Torino, 1996, 260; HASSEMER, *Warum und zu welchem ende strafen wir?*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1997, 317.

¹⁰ SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, Bologna, 1990, 18; FONDAROLI, *Illecito penale*, cit., 536.

¹¹ FONDAROLI, *Illecito penale*, cit., 20.

¹² Da ult. in tema CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli, 2009.

¹³ FONDAROLI, *Illecito penale*, cit., 542.

¹⁴ FONDAROLI, *Illecito penale*, cit., 17.

¹⁵ FONDAROLI, *Illecito penale*, cit., 31.

¹⁶ ROMANO M., *'Meritevolezza di pena', 'bisogno di pena' e 'teoria del reato'*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 39 ss..

cd. presupposti della sanzione e quest'ultima rappresenta la conseguenza della commissione del fatto minacciato di pena¹⁷.

Meritevolezza e bisogno di pena sono dunque per queste tesi la connotazione autentica del diritto penale; sono i principi costituzionali posti a salvaguardia dei diritti fondamentali dell'uomo e della libertà personale ad esigere che sia considerato meritevole di pena soltanto un comportamento per prevenire il quale vi sia un effettivo bisogno della pena medesima¹⁸, in sua assenza si deve ricorrere a forme di tutela diverse da quella penale ed, inoltre¹⁹, nel momento della inflizione in concreto della pena l'analisi della sua funzione può solo condizionare il tipo ed il *quantum* della sanzione da applicare ma non condurre a non punire²⁰.

La pretesa di far derivare istituti di riduzione della pena o di non punibilità sopravvenuta da tipiche esigenze di prevenzione generale si scontra per tale tesi con la necessità di soddisfare tali esigenze con la effettività del diritto penale sostanziale, che va perseguita attraverso un sistema processuale capace di garantire l'infedeltà della condanna e della pena e di assicurare la rappresentazione della capitolazione del reo di fronte all'ordinamento e, dunque, in grado di tradursi in un messaggio dissuasivo e persuasivo²¹. Si imputa, in definitiva, alla elaborazione di un diritto penale non più interessato alla applicazione della sanzione, il disinteresse a creare reati per cui la punizione abbia un significato. D'altra parte, allo smarrimento del senso della previsione della pena nella forma e nella misura necessarie per la tutela dei beni giuridici nei casi in cui abbisognano di protezione contro determinati turbamenti²², si ricollega l'assenza di ogni sforzo di individuazione della funzione stessa della pena e per distinguere l'illecito penale dall'illecito amministrativo²³.

Il corretto uso dello strumento penalistico imporrebbe, invece, che la scelta dell'assoggettamento o meno alla sanzione penale avvenga una volta per tutte al momento della descrizione del precetto, effettuando una selezione rigorosa dei beni giuridici meritevoli di tutela penale e delle modalità di aggressione degli stessi secondo i principi di frammentarietà e di *extrema ratio*²⁴, giungendo alla creazione di un *diritto*

¹⁷ ROMANO M., *Meritevolezza di pena*, cit., 46; DONINI, *Teoria del reato*, cit., 222; FONDAROLI, *Illecito penale*, cit., 37.

¹⁸ ROMANO M., *Meritevolezza di pena*, cit., 42; STORTONI, *Profili costituzionali*, cit., 644; FONDAROLI, *Illecito penale*, cit., 38.

¹⁹ Con un corollario non da tutti condiviso: ROMANO M., *Meritevolezza di pena*, cit., 50 ss..

²⁰ FONDAROLI, *Illecito penale*, cit., 40.

²¹ PADOVANI, *Il nuovo codice di procedura penale e la riforma del codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, II, 933 ss.; DONINI, *Selettività e paradigmi della teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 382 ss.; FONDAROLI, *Illecito penale*, cit., 554.

²² Von LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht 'Marburger Programm' (1882/1883)* [trad. it., *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Milano, 1962], 32.

²³ FONDAROLI, *Illecito penale*, cit., 23.

²⁴ PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 419 ss., 431 ss.; SGUBBI, *Il reato*, cit., 89; MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., 9 ss.; SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in *Storia d'Italia*, XIV, *Legge Diritto Giustizia*, Torino, 1998, 547 ss..

*penale minimo*²⁵. In tale contesto la irrogazione della sanzione, predeterminabile e proporzionata, deve essere la naturale conseguenza dell'integrazione del reato²⁶, a cui si può rinunciare, come strumento eccezionale e marginale, solo in casi specifici e per precise ragioni di politica criminale non riguardanti il tipo astratto di illecito ma, pur previste da una disciplina di carattere generale, legate alle peculiarità del caso concreto²⁷.

2. La affermazione come valore assoluto del principio *nullum crimen sine poena*.

Il nostro punto di vista è specularmente contrario: Di fronte all'eccesso di criminalizzazione in astratto deve arretrare non solo l'idea di certezza ma anche l'idea di retribuzione assoluta quale criterio di valenza generale²⁸. Va ricordato che «la prevenzione generale è ... una forma di controllo sociale che agisce essenzialmente in modo *virtuale*, affidandosi *in primis* alla recezione del precetto da parte del suo destinatario, secondo il modulo della deterrenza e/o della convalida normativa. Si tratta quindi di una tecnica che, sul piano dell'efficienza, appare programmaticamente limitata da un complesso di condizioni non sempre empiricamente verificabili. Ma la sua inefficienza relativa rappresenta, oltre che il suo limite, il suo valore intrinseco ... una considerazione in termini *finali* rovescia la prospettiva, ed impone di considerare l'inefficienza relativa di un sistema penale fondato sulla prevenzione generale come inscindibilmente connesso ad uno spazio di libertà e ad una concezione personalistica dell'uomo»²⁹.

In vero, dietro al rifiuto della non punibilità (sopravvenuta o meno) vi è, in modo palese o occulto, la affermazione come valore assoluto del principio *nullum crimen sine poena*³⁰, vale a dire che «*praeceptum legis* e la *sanctio legis* sono elementi non soltanto essenziali ma indissociabili della legge penale, come di ogni altra legge, non potendosi concepire sanzione senza precetto e precetto senza sanzione»³¹, che non corrisponde però né a principi storicamente affermati dal diritto penale liberale, né a

²⁵ FERRAJOLI, *Il diritto penale minimo*, in *Dei delitti e delle pene*, 1983, f. 3, in part. 519 ss.; FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 8ª ed., 2004, *passim*; FERRAJOLI, *Per un diritto penale minimo*, in PEPINO (a cura di), *La riforma del diritto penale*, Milano, 1993, 65 ss.; FIANDACA, *Quando proibire e perché punire? Ragioni di 'concordia discors' con Luigi Ferrajoli*, in GIANFORMAGGIO (a cura di), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Torino, 1993, 263 ss.; PADOVANI, *Un percorso penalistico*, in GIANFORMAGGIO (a cura di), *Le ragioni del garantismo*, cit., 307 ss..

²⁶ FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 419.

²⁷ STORTONI, voce *Estinzione del reato e della pena*, in *Dig. disc. pen.*, v. IV, Torino, 1994, 345; FONDAROLI, *Illecito penale*, cit., 544.

²⁸ DONINI, *Non punibilità e idea negoziale*, in *Ind. pen.*, 2001, 1050 ss..

²⁹ PADOVANI, *L'utopia punitiva*, Milano, 1981, 261-262.

³⁰ PISAPIA G.D., *La non punibilità speciale*, in *Studi Art. Rocco*, Milano, v. II, 1952, 364 ss..

³¹ Così ROCCO Art., *Sul concetto di diritto penale obbiettivo*, in *Opere giuridiche*, v. III, Roma, 1932, 328; ROCCO Art., *Sul cosiddetto carattere sanzionatorio del diritto penale*, in *Giur. it.*, 1910, 40 ss.; ROCCO Art., *La pena e le altre sanzioni giuridiche*, in *Opere giuridiche*, v. II, Roma, 1932, 454; ROCCO Art., *L'oggetto del reato*, in *Opere giuridiche*, v. I, Roma, 1932, 68; PETROCELLI, *Reato e punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, 669 ss..

postulati di diritto penale razionale, né ad imprescindibili esigenze di politica criminale, e che sembra confondere il piano logico: non v'è precetto senza sanzione³², con la conseguenza che manca l'illecito nei casi di non punizione³³, con il piano ontologico della necessità politico-criminale di sanzionare tutto ciò che viene definito reato.

Si tratta di un errore non solo di attuabilità pratica ma anche teleologico³⁴, in quanto lo stato contemporaneo «persegue obiettivi di orientamento culturale e di tutela dei beni giuridici, ispirando il suo intervento a criteri di sussidiarietà e di finalità rieducativi-risocializzanti della pena», cosicché se la pena ha obiettivi differenti dalla mera riaffermazione dei valori violati e dalla compensazione delle colpe, «deve essere o comunque deve poter essere disapplicata tutte le volte in cui la sua esecuzione primaria appaia inutile rispetto alle finalità di intervento» o, comunque, deve essere applicata in modo tale da assicurare la sussidiarietà dell'intervento penale.

A fronte dell'uso autonomo della punibilità va, dunque, rilevato un fenomeno di spiritualizzazione o formalizzazione della discussione intorno a categorie di teoria generale: norma, precetto e sanzione³⁵, che si traduce in una visione formalistica del reato in funzione dell'applicazione indefettibile, quanto meno in astratto, delle sanzioni tipiche del diritto penale, a cui si unisce anche una più generale critica all'impostazione analitica della teoria tripartita del reato, che, ricercando una nota di disvalore non riducibile al solo contrasto formale con la legge penale, apre la strada alla considerazione di istituti che stanno ai margini delle scelte relative alla definizione del divieto, giacché lo stesso procedimento valutativo cui è assoggettato il fatto tramite l'antigiuridicità sembra dare ingresso a situazioni ed interessi che, quando non in grado di fondare un giudizio di liceità per l'intero ordinamento, sollecitano la categorizzazione come *condizioni ulteriori della punibilità*, a cui vanno ricondotti istanze ed interessi estrinseci rispetto alle scelte di incriminazione ma tali da paralizzarne l'efficacia, che attengono dunque alla materia penale seppure non alla materia del divieto³⁶.

³² ROCCO Art., *Sul concetto*, cit., 328.

³³ Così PETROCELLI, *Reato e punibilità*, cit., *passim*; PETROCELLI, *Principi di diritto penale*, Padova, 1944, 200; PORZIO, *Considerazioni in tema di cause di non punibilità*, in *Temi nap.*, 1958, 162; KUNTER, *Tipicità e punibilità come elementi legali del reato*, in *Riv. pen.*, 1951, 349.

³⁴ DONINI, *Non punibilità*, cit., 1051; conf. a ROXIN, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, in ROXIN, *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin-New York, 1973, 1 ss..

³⁵ Per PETROCELLI, *Reato e punibilità*, cit., 669 s., «la questione dei rapporti fra reato e punibilità è strettamente connessa, come è noto, a quella dei rapporti fra precetto e sanzione. Il distaccare la *punibilità* dal *reato* non è altrimenti possibile se non escludendo la stretta organica connessione fra precetto e sanzione ... L'inderogabilità della correlazione fra posizione di un divieto e minaccia della sanzione ... costituisce, quindi, ciò che è proprio ed essenziale dell'illecito».

³⁶ DI MARTINO, *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Milano, 1998, 14; anche ANTONINI, *Contributo alla dommatica delle cause estintive del reato e della pena*, Milano, 1990, 97 ss., prospetta una rappresentazione parallela di cause di giustificazione e cause estintive e di non punibilità sopravvenuta.

La sostanza delle critiche all'uso autonomo della punibilità sembra, in ultima analisi, riconducibile alla posizione secondo cui «non esiste giudizio di disapprovazione giuridica, che non si concretizzi in una sanzione»³⁷.

Paradigmatico delle posizioni normativiste il pensiero di Arturo Rocco, secondo cui il rapporto fra reato e pena, in quanto rapporto di carattere logico fra precetto giuridico e sanzione giuridica quali parti essenziali ed indissolubili della legge penale, costituisce il codice fondamentale di lettura del diritto penale³⁸. Rocco nega che la punibilità possa considerarsi uno degli elementi (requisiti) del reato, essa sarebbe «invece nient'altro che la stessa conseguenza giuridica (pena) assunta come condizione di esistenza del fatto giuridico che la genera; ciò che, evidentemente significa definire la causa di un fenomeno mediante il fenomeno stesso che ne costituisce l'effetto»³⁹. Peraltro, lo stesso Rocco⁴⁰ afferma che necessaria e sufficiente alla norma è la semplice *possibilità giuridica della sanzione*, perché «senza di essa non potrebbe ... esercitare la sua funzione determinante la volontà umana, mentre con essa già attua la coazione psicosociale e quindi la *funzione preventiva* del diritto, senza che sia immancabilmente necessario, a tal uopo, l'uso effettivo della coazione fisica». Poiché «la coazione fisica, *in potenza*, non è che la *minaccia*, cioè la *sanzione*; la coazione fisica in atto è invece l'esecuzione della minaccia, cioè l'*applicazione della sanzione*», ne deriva che «il precetto non è mai indipendente dalla sanzione, ma può essere indipendente dalla effettiva applicazione della medesima», e riconosce che tale regola ha una valenza relativa ed ammette eccezioni costituite da ipotesi normative ad efficacia paralizzante della sanzione penale, espresse non solo in norme negative del precetto⁴¹ ma anche in norme negative della sanzione che non negano il precetto, tra cui quelle che prevedono cause estintive che dichiarano che il comando di punire deve venire meno anche solo temporaneamente al verificarsi di un altro fatto.

3. La difesa della punibilità quale elemento autonomo del reato. Cenni alla teoria della norma penale.

Contro questa posizione occorre premettere che l'equazione illecito penale = pena, pare strettamente legata alla pena intesa come sacrificio della libertà personale, concezione che, però, trova significative correzioni nel nostro ordinamento da quasi trent'anni, si pensi in particolare agli interventi normativi posti in essere con la l. n.

³⁷ PAGLIARO, *Fatto, condotta illecita e responsabilità obiettiva nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 628; PAGLIARO, *Il fatto di reato*, Palermo, 1960, 43 ss.; ROCCO Art., *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale. Contributo alle teorie generali del reato e della pena*, Roma, 1913, 60 s.; MASSARI, *Le dottrine generali del diritto penale*, Napoli, 1930, 65 ss.; ALIMENA, *Le condizioni di punibilità*, Milano, 1938, 3 ss.; PETROCELLI, *Reato e punibilità*, cit., 669.

³⁸ ROCCO Art., *L'oggetto del reato*, cit., p. 67; ROCCO Art., *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale.*, cit., 151 ss.; PETROCELLI, *Reato e punibilità*, cit., 673.

³⁹ ROCCO Art., *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, cit., 151 ss..

⁴⁰ ROCCO Art., *L'oggetto del reato*, cit., 70 ss..

⁴¹ DI MARTINO, *La sequenza infranta*, cit., 21.

689/1981, tra cui la negazione della conversione della pena pecuniaria in pena detentiva (art. 102) (C. cost. 16.11. 1979, n. 131) e la previsione di una causa di estinzione del reato che si fonda sull'applicazione di una sanzione sostitutiva alla detenzione (art. 77)⁴².

D'altra parte, è forte la richiesta di un ampliamento del ventaglio degli strumenti sanzionatori penali attraverso l'introduzione di nuovi tipi di pena che sacrificino diritti diversi dalla libertà personale⁴³. Pertanto, il *nullum crimen sine poena* potrebbe essere semplicemente eluso costruendo le ipotesi di (o meglio: le condotte con cui si guadagna la) non punibilità sopravvenuta come una peculiare tipologia di sanzione penale sostitutiva di quella detentiva, sul modello di quanto proposto per il risarcimento del danno dal AE-WGM, che neutralizzerebbe le obiezioni ad un diritto penale senza pena.

Il che evidenzia la debolezza intrinseca della concezione formalistica, che, oltretutto, sembra una inammissibile trasposizione nella teoria generale del reato della teoria generale del diritto e delle norme kelseniana, da cui pare derivare l'istanza di fondo del carattere formale delle norme giuridiche e del carattere altrettanto formale della relazione fra reato e pena⁴⁴. Infatti, già in punto di teoria generale della norma giuridica si evidenzia che la condizione di riconoscimento di una norma come giuridica non è la sanzione, che pure le attribuisce una efficacia rafforzata, ma la appartenenza al sistema, cioè la sua validità intesa quale «riferibilità di quella norma ad una delle fonti di produzione normativa riconosciute come legittime»⁴⁵, la sanzione decide in tale prospettiva della efficacia del precetto ma non della sua validità. Mentre, la posizione di enunciati contenenti proposizioni prescrittive primarie e la previsione di conseguenze sfavorevoli in relazione alla loro violazione costituiscono elementi essenziali per il riconoscimento del carattere di giuridicità di un ordinamento, cioè di un insieme di norme⁴⁶. La previsione della pena, delle misure di sicurezza e del risarcimento del danno non patrimoniale da reato⁴⁷, esprime la caratteristica dell'ordinamento penale, che, dunque, è caratterizzato da proposizioni prescrittive che determinano fondazione, modificazione ed estinzione di quel tipo di sanzione. Tale definizione, peraltro, se consente di identificare e delimitare l'ambito della penalità, non dice nulla su come le singole norme qualificate penali possano produrre gli effetti corrispondenti alle funzioni predette e, d'altra parte, solo con riguardo all'ordinamento penale nel suo complesso si può sostenere con sicurezza che ad ogni proposizione

⁴² STORTONI, *Premesse*, cit., 421-422.

⁴³ STORTONI, *Premesse*, cit., 422, che in particolare fa riferimento alle proposte, fin dal *Convegno De Nicola* di Lecce nel 1977, di creare nuove pene di tipo interdittivo rispetto ad attività economiche ed al suggerimento di trasformare in pene principali alcune pene accessorie.

⁴⁴ DI MARTINO, *La sequenza infranta*, cit., 15.

⁴⁵ BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Torino, 1958, 206 ss..

⁴⁶ BOBBIO, *Teoria*, cit., 207; DI MARTINO, *La sequenza infranta*, cit., 70.

⁴⁷ PAGLIARO, *Principi di diritto penale, Parte Generale*, Milano, 8ª ed., 2003, 221.

prescrittiva corrisponde una sanzione (positiva o negativa), indipendentemente dal contenuto della stessa prescrizione⁴⁸.

Quando si passi, invece, a considerare la norma nell' (e non dell') ordinamento penale, resta aperta la questione dei rapporti tra sanzione e singola norma, giacché la tesi che identifica il reato con il fatto punibile traspone meccanicamente la conclusione riferibile all'ordinamento penale come tale allo specifico e strutturalmente diverso ambito delle norme penali incriminatrici. Condivisibilmente si afferma, pertanto, che la questione deve essere affrontata in termini generali e, cioè, con riguardo al complesso delle proposizioni prescrittive penali, dunque anche a quelle modificative ed estintive, e non solo con riguardo alle norme incriminatrici⁴⁹.

D'altra parte, le norme estintive (tali da un punto di vista dinamico in relazione alle fattispecie con cui entrano in rapporto) possono essere considerate da un punto di vista statico come norme costitutive di una sanzione positiva, la quale in termini strettamente funzionali determina una situazione nella quale al precetto incriminatore non segue alcuna sanzione. Insomma si può concludere che «la fenomenologia strutturale di una norma – singolarmente considerata – si incardina sulla successione al precetto primario, indifferentemente, di una sanzione negativa, positiva, od anche di nessuna sanzione»⁵⁰, cosicché la possibilità – alla luce della teoria generale del diritto – di norme penali prive di sanzione scardina indubbiamente la loro tradizionale considerazione come precetti sanzionati con il tipo di sanzione penale, costruita del resto sul modello della norma incriminatrice e non su quello della norma penale in senso lato.

Assume, dunque, centrale importanza anche nella materia penale l'alternativa possibile tra sanzione positiva e negativa, che «può essere compresa solo considerando, unitamente e contestualmente alla struttura delle norme penali, anche il contenuto e soprattutto la funzione⁵¹; ma se è agevolmente comprensibile che funzione e contenuto precettivo mutino da norma a norma, non diversamente si deve ritenere per la struttura della norma che rappresenta il precipitato tecnico della sua funzione, ne consegue la sterilità di ogni indagine sui rapporti fra precetto e sanzione nella norma penale focalizzata sulla struttura ed indifferente a funzione e contenuto della stessa. Inoltre, sulla base della indissolubilità della sequenza non è possibile individuare, né il contenuto del comando, né quale sia la norma incriminatrice (o norma comando), né, più in generale, tutte le norme penali inerenti alla costituzione ed esclusione, modificazione ed estinzione della rilevanza penale di un fatto in senso lato, in quanto la distinzione tra parte precettiva e sanzione nulla dice in ordine a ciò che fonda la punibilità (che cosa sia quell'illecito che viene punito)⁵², al contenuto della pena, ai

⁴⁸ Si tratta della riedizione del noto assunto secondo cui non esiste una materia penale propriamente detta poiché il diritto penale si identifica per il tipo di sanzione comminata in relazione ad un accadimento e non per una qualche peculiare struttura di quest'ultimo: DI MARTINO, *La sequenza infranta*, cit., 72.

⁴⁹ DI MARTINO, *La sequenza infranta*, cit., 73.

⁵⁰ DI MARTINO, *La sequenza infranta*, cit., 74.

⁵¹ DI MARTINO, *La sequenza infranta*, cit., 76.

⁵² DONINI, *Illecito e colpevolezza nella imputazione del reato*, Milano, 1991, 131 ss..

modi e criteri di commisurazione ed, in ultima analisi, all'indissolubilità del rapporto precetto sanzione⁵³. Pertanto, oltre alla riferibilità del binomio precetto/sanzione non alla singola norma ma alla natura penale di un complesso di norme, la proposizione *non v'è reato senza pena* appare viziata per la non identità tra precetto penale ed illecito penale e tra sanzione *tout court* e sanzione negativa⁵⁴.

Il binomio precetto sanzione non rappresenta il codice ermeneutico ed il fondamento del concetto di reato e dei rapporti di questo con la punibilità, ma presuppone piuttosto tale concetto o, comunque, la previa individuazione di una norma qualificabile non solo come genericamente penale ma anche come specificamente incriminatrice⁵⁵. Ne consegue la piena ammissibilità delle norme non sanzionate, ad esempio di quelle definitorie.

D'altra parte, se la circostanza che una norma ricollega a un fatto una delle pene principali o, nei casi previsti, una misura di sicurezza, decide della natura di reato di siffatto illecito, non esclude però che il reato possa essere anche oggetto (cioè costituire il contenuto di un precetto primario) di una norma non incriminatrice. Ad esempio: quando una norma disciplini la modificazione del *quantum* di pena in relazione alle circostanze concrete di commissione del fatto descritto dalla fattispecie incriminatrice si tratta di una norma penale circostanziale; mentre quando una norma disponga la inapplicabilità della pena «è teoreticamente possibile che tale inapplicabilità risulti dal fatto che il precetto primario della norma incriminatrice viene a costituire il precetto primario di un'altra norma penale che prevede una sanzione *positiva*; cosicché si concreti una fattispecie di estinzione del *tipo di sanzione*, senza che ciò incida sulla *penalità* della norma incriminatrice e quindi del carattere di illecito penale del fatto da essa descritto, né sulla *penalità* della norma a sanzione *positiva*»⁵⁶. In quest'ultimo caso la difficoltà sta nel distinguere le ipotesi in cui il venir meno della sanzione penale debba ricollegarsi al difetto di uno degli elementi costitutivi dell'illecito penale oppure all'intervento della norma, autonomamente operante, che realizza la fattispecie estintiva della conseguenza penale di volta in volta interessata, interrogativo a cui non si può rispondere con gli strumenti formali della teoria delle norme, ma richiede la considerazione, di volta in volta, del contenuto delle singole fattispecie incriminatrici, delle ragioni dell'incriminazione e della struttura della fattispecie di non punibilità.

4. La estraneità alla problematica del principio della certezza della pena.

D'altra parte, fuori luogo con riguardo alla punibilità quale elemento autonomo del reato è il riferimento alla certezza della pena, argomento sottolineato fin dall'illuminismo e sempre attuale: il passaggio dalla fase edittale a quella giudiziale è determinato dalla necessità di asseverare la minaccia, mostrando così la *credibilità* del

⁵³ DI MARTINO, *La sequenza infranta*, cit., 80.

⁵⁴ DI MARTINO, *La sequenza infranta*, cit., 79 ss..

⁵⁵ DI MARTINO, *La sequenza infranta*, cit., 78.

⁵⁶ DI MARTINO, *La sequenza infranta*, cit., 83.

sistema, la pena perde la propria «capacità di motivazione, di guida e di orientamento ... se nello stadio dell'infrazione ... non riesce ad adempiere, nei fatti, alla sua funzione di prevenzione generale ... attraverso l'applicazione di *tutte* le leggi penali sentite in astratto come giuste, a conferma visibile dell'intangibilità dell'ordinamento nel suo insieme, e non solo in una sua qualche parte»⁵⁷.

È evidente ciò che distingue la materia da noi esaminata dall'oggetto dei principi in questione, spesso richiamati fuori luogo, essi infatti si riferiscono alla ipotesi della minaccia della legge in fatto delusa, mentre noi trattiamo della previsione normativa, correlata alla incriminazione del fatto illecito, di elementi da cui dipenda la condizione della sua punibilità o della sua non punibilità. È questo il punto: occorre distinguere tra la prudenza legislativa, cioè tra la previsione incriminatrice, con la descrizione del fatto illecito e la comminatoria edittale, e gli interventi successivi al reato e relativi alla applicazione e esecuzione della pena; ma è chiaro che la cd. non punibilità o l'uso della punibilità che andiamo approfondendo rientra nel primo ambito e non nel secondo.

Di grande interesse a tal proposito la polemica tra Carrara e Röder, il teorico della pena emendatrice o correzionalista, che vede il grande toscano respingere l'attribuzione dell'opinione di Feuerbach «da me cento volte combattuta come erronea, che il fondamento della legittimità della irrogazione di una *pena* si trovi nella precedente *minaccia* fattane dal legislatore a chiunque delinqua»⁵⁸. Lo stesso Carrara⁵⁹ enuclea i termini di una relativa autonomia della punibilità rispetto al reato: nelle situazioni in cui «circostanze speciali dimostrino che l'applicare l'ordinario rigore della pena in un dato caso, quantunque consentaneo a giustizia, produrrebbe alla società un danno maggiore di quello che non le derivi dal lasciare impunito o dal punire meno quel reo, nasce un conflitto fra la esigenza della rigorosa giustizia e le esigenze dell'ordine esterno. Sarebbe giusto applicare la pena ordinaria; ma ciò recherebbe un disordine maggiore di quello che nascerà dall'omettere o moderare la punizione»; e, in particolare, propone un sistema di cause politiche o estrinseche di modificazione della pena che fonda sulla prospettiva utilitaristica di protezione della società⁶⁰. Osserva infatti che «se la ragione di punire avesse a suo fondamento la giustizia assoluta, questa dovrebbe farsi perisse il mondo ... Ma la giustizia penale non è un criterio limitativo del giure penale. Il suo fondamento è la *tutela del diritto*: ed in ogni opera di difesa entra sempre il calcolo comparativo del male maggiore e del male minore ... Dunque il bene maggiore dei consociati può essere causa di deflettere dal rigore della giustizia: e da questo fonte medesimo può nascere una serie di cause che si dicono *estrinseche* alla pena; le quali impongono la cessazione, o la modificazione della medesima per ragioni che sono inerenti piuttosto al suo ultimo *fine*, ed al suo *fine* immediato nel tempo stesso, anziché alla sua *natura*»⁶¹. «La giustizia sarebbe ferita quando sotto il pretesto di pubblico bene si aumentasse, oltre il suo prescritto, la pena;

⁵⁷ MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Jus*, 1974, 483.

⁵⁸ CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale 1859*, rist. Bologna, 1993, 374.

⁵⁹ CARRARA, *Programma*, cit., § 703.

⁶⁰ CARRARA, *Programma*, cit., §§ 712 ss..

⁶¹ CARRARA, *Programma*, cit., § 704.

perché in quella sta il *limite* del diritto di punire. Ma non si offende nel caso inverso; appunto perché essa non è che un limite: essa cioè interviene nel magistero penale onde *impedire* che si punisca ove esso lo vieta, ma non per *imporre* che si punisca sempre ove essa lo comanda, se al suo comando non risponde il bisogno della tutela giuridica, o l'obbedirvi espone a pericoli maggiori il diritto che si vuol proteggere»⁶².

La *modificazione della pena* si fonda, dunque, in ultima analisi, sulla stessa prospettiva che giustifica l'uso dello strumento penale⁶³, e si distinguono cause indeterminabili, che non possono essere previste in astratto dal legislatore e, pertanto, rientrano nel potere di grazia, e cause determinabili, che possono ricondursi a condizioni uniformi del rapporto fra pena e pubblico bene e, dunque, appaiono definibili a priori⁶⁴. In quest'ultimo caso «tutto è preordinato dalla legge: la quale si è determinata ad accogliere siffatte mitiganti non per ragioni di giustizia, ma per ragioni di pubblica utilità. Essendo così ordinate dalla legge parrebbe che venissero sotto cotesto rapporto ad avere il carattere di cause giuridiche. Pure le mantengo col Carmignani nella classe delle estrinseche o politiche, perché tale è la loro genesi razionale»⁶⁵. Tra esse Carrara cita la quietanza dell'offeso nei delitti di azione privata⁶⁶, ad esempio l'adulterio, in cui si concede alla remissione dell'offeso l'autorità di far cessare la pena, non per un principio di giustizia, ma per motivi di ordine pubblico⁶⁷.

D'altro canto, va chiarito che il significato della funzione generalpreventiva del precetto penale non può essere reso dalla mera successione della sanzione al reato ma deve raccordarsi anche al contenuto del precetto e, dunque, alla dimensione offensiva dell'illecito commesso. Lo stesso riconoscimento di eccezioni a tale necessità, già presente in Rocco, in assenza di un chiarimento sul suo significato, con l'impossibilità

⁶² CARRARA, *Programma*, cit., § 705.

⁶³ DI MARTINO, *La sequenza infranta*, cit., 37; critico sulla posizione della scuola classica MAIELLO, *La clemenza tra dommatica e politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 1056.

⁶⁴ CARRARA, *Programma*, cit., §§ 708 ss..

⁶⁵ CARRARA, *Programma*, cit., § 708.

⁶⁶ CARRARA, *Programma*, cit., § 712.

⁶⁷ Il coevo cod. Zanardelli del 1889 contiene, in effetti, qualificandole come cause di esenzione della pena numerose cause di non punibilità sopravvenuta previste nel codice vigente. L'art. 133 prevedeva la esenzione da pena per i fatti di banda armata di chi, prima dell'ingiunzione dell'autorità o della forza pubblica, o immediatamente dopo, disciolga la banda o impedisca che la banda commetta il delitto per il quale era formata e di chi, non avendo partecipato alla formazione o al comando della banda, prima della detta ingiunzione, o immediatamente dopo, si ritiri senza resistere, consegnando o abbandonando le armi. L'art. 134 prevedeva analogo istituto per il delitto di cospirazione ivi previsto a favore di chi receda dal concerto prima che si cominci l'esecuzione del delitto e prima che sia iniziato il procedimento; e l'art. 216 per la ritrattazione della falsa testimonianza. Nell'art. 233 si prevedeva la esenzione da pena per il p.u. che abbia procurato o facilitato l'evasione per negligenza o imprudenza se nel termine di tre mesi dalla evasione, procuri la cattura degli evasi o la presentazione degli stessi all'autorità. L'art. 262 prevedeva analogo istituto per il *colpevole* dei delitti previsti nel capo della falsità in monete ed in carte di pubblico credito il quale riesca, prima che l'autorità ne abbia notizia, a impedire la contraffazione, l'alterazione o la circolazione delle monete contraffatte o alterate. L'art. 352 prevedeva, infine, l'esenzione da pena per il *colpevole* dei delitti violenza carnale, atti di libidine violenti, corruzione di minorenni, o ratto che contragga matrimonio con la persona offesa.

di comprenderne le ragioni ed i criteri sostanziali di individuazione⁶⁸, lascia il campo aperto ad incisivi interventi sulla sequenza reato pena tali da incrinare la presunta necessità. Cosicché, infranto il principio, si deve riconoscere una articolazione del sistema penale basata non semplicemente sulla dialettica precetto-sanzione ma sulla ispirazione all'idea di scopo, ben presente⁶⁹ quando si evidenzia che in un diritto penale razionale di scopo possono esservi numerose e plausibili ragioni che facciano apparire conveniente soprassedere alla punizione. In altre parole si deve riconoscere al sistema penale la natura di *strumento di controllo sociale* e non di mero meccanismo sanzionatorio neutrale rispetto alle conseguenze, ed un diritto penale orientato alle conseguenze non può che presentarsi in permanente contiguità con le condizioni del suo ritrarsi⁷⁰.

5. La (non) punibilità come strumento di tutela dei beni giuridici.

In proposito merita di essere richiamato il pensiero di Padovani⁷¹ sulle figure codicistiche di non punibilità sopravvenuta, che bene possono fondarsi sull'idea del diritto penale come strumento di tutela dei beni giuridici e svolgere la stessa funzione della norma incriminatrice violata ponendosi l'obiettivo di assicurare una efficace protezione del medesimo interesse. Si tratta non di una funzione autonoma, dunque, ma strettamente connessa alla logica della dissuasione originaria, in tal senso si rileva che tali tecniche di incoraggiamento che «non esauriscono ma integrano la tecnica sanzionatoria penale», «si muovono parallelamente alle tecniche sanzionatorie di tipo afflittivo» e «sono dirette a stimolare da parte del reo o un arresto della condotta criminosa ... ovvero esprimono un significato antitetico rispetto a quello manifestato dalla condotta criminosa»⁷². Disposizioni di tale genere non solo non contraddicono le basi del diritto penale illuministico ma vi aderiscono perfettamente, poiché l'idea di prevenzione generale da esso espressa non è connessa ad una deterrenza cieca (nella buona sostanza espressa dall'applicazione matematica del *nullum crimen sine poena*) ma ad una dissuasione funzionale alla salvaguardia, diremmo con termini contemporanei, di beni giuridici la cui lesione costituisce il danno sociale intorno a cui deve gravitare il reato. L'idea fondamentale di assicurare la protezione di posizioni essenziali per il pacifico mantenimento dell'assetto sociale consiglia «di adattare la tutela, ove possibile,

⁶⁸ DI MARTINO, *La sequenza infranta*, cit., 21.

⁶⁹ ROMANO M., *Meritevolezza di pena*, cit., 50.

⁷⁰ DI MARTINO, *La sequenza infranta*, cit., 22.

⁷¹ PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze. 'Premio' e 'corrispettivo' nella dinamica della punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 407 ss..

⁷² BRICOLA, *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, in *Diritto premiale e sistema penale (atti del convegno di Como 1981)*, Milano, 1983, 126; anche PALAZZO, *La recente legislazione penale*, 3^a ed., Padova, 1985, 191.

al comportamento del reo successivo al reato, stimolando la reintegrazione di un interesse non irrimediabilmente offeso»⁷³.

L'effetto è di rafforzare l'aspetto della prevenzione connesso alla tutela dei beni giuridici: ultimo scopo del diritto penale, di fronte al quale passa in secondo piano l'indebolimento della deterrenza originaria⁷⁴, che costituisce solo un mezzo (per quanto rilevante) per raggiungere quello scopo⁷⁵. In ultima analisi la previsione normativa della non punibilità prende atto che la minaccia edittale ha raggiunto, seppur tardivamente, l'obiettivo originario con l'effetto di rendere inutile la pena: da un lato, infatti, la sua applicazione ribadisce l'efficacia della legge (funzione esemplare) giacché la sola minaccia della pena è risultata idonea a indurre il reo a tornare sui suoi passi; dall'altro, tale condotta sopravvenuta convalida l'interesse offeso agli occhi dei consociati, essendosi piegato lo stesso offensore alla necessità di garantirlo.

Sul piano dell'orientamento culturale, infine, la non punibilità che segue le condotte di reintegrazione dell'interesse offeso pare financo più significativa che non la condanna per i corrispondenti reati⁷⁶. Anche sotto il profilo dei valori costituzionali che fondano e limitano l'intervento punitivo⁷⁷ non sono censurabili le cause di non punibilità a carattere restitutorio, le quali «corrispondono pienamente alle esigenze della prevenzione generale correlata alla tutela dei beni giuridici, lo Stato non premia, ma riconosce e prende atto che tali esigenze sono state in definitiva, realizzate»⁷⁸.

Per richiamare le istanze illuministiche sulla pena giusta, concetto che precede culturalmente e logicamente quello della pena certa, l'uso della non punibilità sopravvenuta può essere necessaria per prevedere la pena nella misura e nella forma necessaria e sufficiente per la tutela dei beni giuridici, dunque giusta, contro specifiche forme di aggressione, laddove sia l'inflessibile applicazione della sanzione detentiva, sia la radicale depenalizzazione non soddisfino per eccesso o per difetto. In questione è evidentemente la comminatoria edittale, ribadiamo, non la individualizzazione (con la applicazione e la esecuzione) della pena. A valutazioni differenti sotto il profilo politico criminale si prestano utilizzazioni, per così dire, occasionali della non punibilità sopravvenuta, più o meno avulse dalla fattispecie incriminatrice e dall'offesa a cui deve essere correlata, quali talune ipotesi di cd. condono e di legislazione dell'emergenza, sollecitate per l'appunto da necessità contingenti (incapacità strutturale del sistema a fronteggiare l'abusivismo, esigenze finanziarie, etc.), la cui manifesta irragionevolezza ne può comportare la illegittimità costituzionale; il punto di crisi della punibilità è, dunque, costituito «dalla sua utilizzazione come *merce di scambio*, in corrispettivo di

⁷³ PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze*, cit., 407; PADOVANI, *L'utopia punitiva*, cit., 9.

⁷⁴ Attribuito da PROSDOCIMI, *Profili penali del postfatto*, Milano, 1982, 298, alla circostanza che «l'agente sa preventivamente che avrà comunque a disposizione un mezzo di salvataggio *in extremis*».

⁷⁵ PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze*, cit., 407.

⁷⁶ PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze*, cit., 408.

⁷⁷ BRICOLA, *Legalità e crisi: l'art. 25, commi 2° e 3°, della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70*, in *Quest. crim.*, 1980, 229 s.; FLORA, *Il ravvedimento del concorrente*, Padova, 1984, 168 ss.; PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze*, cit., 411; PALAZZO, *La recente*, cit., 360 ss.; STORTONI, *Profili costituzionali*, 649 s..

⁷⁸ PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze*, cit., 412.

vantaggi che l'ordinamento si proponga di raggiungere su piani eccentrici rispetto all'offesa o al senso della punizione»⁷⁹.

A fronte della complessità delle questioni in campo, pertanto, oggi non può essere (sempre che lo sia mai stato) un utile strumento di lettura della teoria generale del reato il modulo formale del rapporto fra precetto e sanzione, con i suoi corollari secondo cui non può darsi un reato che non sia al contempo un fatto punibile, con la conseguente riduzione delle vicende della punibilità a due schemi: o si tratta di un dato di mero fatto relativo alla punibilità in concreto irrilevante ai fini della costruzione dei cardini oggettivi e soggettivi della responsabilità penale; o non v'è reato perché non v'è la previsione di una sanzione in astratto.

La critica all'uso della punibilità esaminata – pur suggestiva nel suo riferirsi al primato del giudizio di meritevolezza e/o bisogno della pena effettuato al momento della creazione della fattispecie incriminatrice – pare viziata già sul piano dogmatico da una petizione di principio persino evidente. Non si comprende perché nell'ambito della valutazione positiva della meritevolezza e/o bisogno di usare lo strumento penale e, dunque, di prevedere una fattispecie incriminatrice, il legislatore non possa contestualmente ritenere di utilizzare la condizioni oggettive di punibilità o, in particolare, le cause di non punibilità sopravvenute, per il caso che alla condotta illecita seguano delle contro condotte valutate meritevoli di considerazione in tale contesto.

Sul punto è condivisibile la censura all'identificazione costante e necessaria dell'ambito del divieto con l'ambito della sanzione⁸⁰, che sottolinea la centralità nella formulazione del tipo astratto di reato della prospettiva dei valori, e quindi della prevenzione generale indotta mediante l'orientamento etico-sociale rispetto alla previsione della sanzione, ed in ultima analisi del significato anche simbolico del diritto penale, dalla cui critica muovono invece i propri passi le tesi contrarie alla autonomia della punibilità, e rileva che, così come «dopo la concreta commissione di un reato, possono esservi subito o intervenire in seguito molte ragioni per le quali non pare opportuno nonostante tutto punire il suo autore», «la stessa cosa può accadere anche nella formulazione di un tipo astratto di reato»⁸¹. In altre parole, se la pena è la conseguenza del reato, non è legittima la trasposizione dell'effetto nella causa: non è il carattere della sanzione ad essere costitutivo della natura del precetto, ma è nella tutela dei beni giuridici «l'essenziale natura originaria dell'ordinamento penale così come nella loro offesa è l'essenza dell'illecito penale»⁸².

Va, dunque, criticata⁸³ la posizione⁸⁴ che, facendo dipendere la qualificazione del fatto dalla sua sanzione, postula una concezione esasperatamente imperativistica della norma, in cui la mancanza della pena si risolve, in ultima analisi, nell'inesistenza

⁷⁹ PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze*, cit., 411 ss..

⁸⁰ PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze*, cit., 411 ss..

⁸¹ ROMANO M., *Meritevolezza di pena*, cit., 48; ROMANO M., *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 55 ss..

⁸² MOLARI, *Reato contro il patrimonio non punibile e delitto di calunnia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1957, 191 ss..

⁸³ Così STORTONI, *Premesse*, cit., 406.

⁸⁴ PETROCELLI, *Reato e punibilità*, cit., *passim*.

del precetto. Tuttavia, non riteniamo condivisibile ascrivere le scelte legislative di porre il divieto esclusivamente al piano dei valori, relegando alla sfera della mera opportunità pratica la scelta di non punire (a determinate condizioni) effettuata già nella formulazione del tipo astratto di reato. In termini generali, dunque, può ben concepirsi una situazione in cui il tipo astratto di illecito così come previsto nella fattispecie di reato appaia al legislatore necessitare della minaccia (e, a seguire, della inflizione e della esecuzione della sanzione della pena), e contestualmente – senza che tale valutazione sia contraddetta – si ritenga di dovere prevedere la non punibilità sopravvenuta in presenza condotte, successive all’integrazione del fatto illecito, volte ad eliminare il pericolo o il danno causato, in ipotesi in aggiunta a ulteriori misure afflittive nei confronti dell’autore dell’illecito.

D’altra parte, l’impostazione del *nullum crimen sine poena* non ha (e non può avere) nulla da obiettare a quelle fattispecie di reato già richiamate costruite da due segmenti di cui uno commissivo e l’altro omissivo, in cui la sanzione colpisce una condotta dannosa o pericolosa a cui non segua entro un certo termine una contro azione riparatoria, giacché in tal caso l’effettuazione della controcondotta nei termini esclude la stessa integrazione della fattispecie di reato e, dunque, non si può parlare di non punibilità sopravvenuta; o, alla sostituzione della pena detentiva con la sanzione effetto della somma di una contro condotta utile ai fini della tutela dei beni giuridici lesi o messi in pericolo dalla condotta incriminata (e già spesso di per sé di natura afflittiva per l’autore dell’illecito) ed eventuali ulteriori misure afflittive (per tutte il pagamento di una somma di denaro). Sembra allora che le obiezioni alla non punibilità sopravvenuta finiscano per essere non di contenuto, come si pretende, ma di forma, con ciò perdendo ogni validità, giacché sotto quest’ultimo profilo non si vede quali principi di ordine superiore e in particolare di natura costituzionale impediscano di prevedere – come da sempre avviene nei codici penali continentali – le cause di non punibilità sopravvenuta⁸⁵.

6. Il mito del diritto penale minimo.

Nella presente situazione a dovere essere assoggettata a critica è, in vero, non tanto la teorizzazione del cd. diritto penale minimo, quanto la pretesa di farne seguire precetti di politica legislativa, trattandosi di un *mito vivente*⁸⁶.

D’altra parte, occorre evidenziare⁸⁷ il nesso esistente fra la criminalità punita (il diritto penale dei fatti) e l’ideale di un codice minimo, la popolazione carceraria in

⁸⁵ VASSALLI, voce *Cause di non punibilità*, in *Enc. dir.*, vol. VI, Milano, 1960, 609 ss..

⁸⁶ Duro DONINI, *La riforma della legislazione penale complementare: il suo significato ‘costituente’ per la riforma del codice*, in DONINI (a cura di), *La riforma della legislazione complementare. Studi di diritto comparato*, Padova, 2000, 9 ss., «chi ha pensato di diventare legislatore di un ordine conchiuso di razionalità intrasistemica, ha sognato un microcosmo, il suo *game-boy* da tavolo, una realtà virtuale».

Italia (in media con il panorama carcerario europeo⁸⁸): è costituita per l'80 % da extracomunitari e tossicodipendenti, condannati per la commissione di reati – a parte quelli specifici legati allo statuto penale degli immigrati – di natura predatoria o di attentati contro la proprietà e spaccio di droghe pesanti che appartengono sicuramente al cd. *diritto penale classico*. Con riguardo a tali soggetti il carcere, prima che di castigo, svolge una funzione di controllo sociale e neutralizzazione della pericolosità, come del resto appare necessario verso i tipi d'autore dotati di maggior capacità criminale, cosicché il diritto penale minimo può dirsi realizzato nei fatti: pochi e selezionati tipi d'autore, poche tipologie criminose.

Il restante diritto penale, invece, assume un significato soprattutto simbolico e censorio, poiché si censura il fatto mentre l'autore non ha bisogno di essere neutralizzato mediante la sanzione criminale. Sembra che l'inflazione penalistica esistente sia destinata fin da principio a restare virtuale, a stigmatizzare i fatti ed indulgere verso gli autori, il diritto penale del carcere o della pena eseguita non può essere più minimo di come è attualmente, apparendo illusorio che il carcere possa avere diversi ospiti rispetto a quelli attuali, l'eccezione dunque «è la punibilità (la sua concreta attuazione), non il contrario di essa (il suo eventuale venir meno)»⁸⁹. Pertanto, poiché non si può negare che il diritto penale simbolico e censorio risponde in misura rilevante anche a bisogni sociali di protezione, a domande reali di tutela e di stigmatizzazione, il problema da risolvere non è rappresentato dalla eliminazione indiscriminata dei reati, quanto dalle modalità di soddisfazione della pressante domanda sociale di penalità riguardo a fatti propri di una criminalità che non può fisiologicamente conoscere la destinazione carceraria. È indiscutibile che l'ordinamento minaccia la pena per troppi fatti, ben oltre ogni possibilità di effettiva repressione, ma già le ragioni teleologiche della nascita delle comminatorie tengono conto della necessità che le sanzioni edittali non vengano applicate, come imposto dalla stessa finalità rieducativa/risocializzante, con l'unica precauzione che all'assenza di pene criminali o di sanzioni primarie non deve accompagnarsi il nulla sanzionatorio⁹⁰.

Si deve, dunque, rilevare che «la più straordinaria esperienza contemporanea della penalità non consiste nella delegittimazione *democratica* del diritto penale perché simbolico, perché non si applica o non conosce giudicati o esecuzione: ma tutt'al contrario nella sua legittimazione in quanto non si applica»⁹¹. In particolare, con riferimento alle incriminazioni finalizzate a organizzare il ruolo sociale dei destinatari in aree di contesto lecito di base (vale a dire attività non illecite in sé ma in quanto inosservanti della relativa regolamentazione): beni strumentali, beni funzionali, reati

⁸⁷ Così PAVARINI, *Per un diritto penale minimo: 'in the books' o 'in the facts'?* Discutendo con Luigi Ferrajoli, in *Dei delitti e delle pene*, 1998, n. 3, 149 ss.; PAVARINI, *La criminalità punita*, in *Storia d'Italia, Annali*, n. 12, *La criminalità*, a cura di VIOLANTE, Torino, 1997, 981 ss..

⁸⁸ PAVARINI, *La criminalità punita*, cit., 1027.

⁸⁹ DONINI, *Non punibilità*, cit., 1038.

⁹⁰ Così DONINI, *La riforma*, cit., 55; DONINI, *Non punibilità*, cit., 1046.

⁹¹ DONINI, *La riforma*, cit., 42.

di pericolo astratto o di mero comportamento, ecc.⁹², va evidenziato che «lo stesso scopo della stessa norma penale in questi casi, non essendo quello di vietare in modo assoluto comportamenti intollerabili e ben individuati, né di tutelare una vittima che non c'è, ma di indicare le forme e i mezzi organizzativi ai quali chi riveste un certo ruolo deve conformare positivamente l'assetto della propria attività, *sconta in partenza l'idea di un reato non punito*»⁹³. In questa materia è conforme allo scopo dell'incriminazione che, dopo la violazione si possa arrivare alla non punibilità, la stessa idea della certezza della pena pare fuori luogo in siffatto contesto, all'eccesso di criminalizzazioni in astratto deve corrispondere una *disapplicazione finalizzata* delle pene comminate⁹⁴, che può in particolare manifestarsi con la degradazione dell'illecito da penale in amministrativo. Anche *de iure condendo* può concordarsi che a fronte di una estesa penalizzazione si può spezzare la catena dell'assimilazione sanzionatoria dei nuovi precetti ai vecchi solo riconoscendo che tutela penale non vuole indefettibilmente dire sanzione più seria o più efficace o necessariamente più dura, ma se mai più simbolica (prevenzione generale positiva e retribuzione) o più personalizzata (prevenzione speciale), e per ciò più bisognosa di garanzie in quanto esposta a tentazioni irrazionali⁹⁵.

7. Il ruolo della politica criminale.

Nel dibattito sui limiti dell'intervento penale – dalla crisi di legittimazione del diritto penale evidenziata dagli abolizionisti⁹⁶, alle polemiche sulle pene detentive brevi⁹⁷ e più in generale sulle alternative alla detenzione⁹⁸, alla questione della depenalizzazione delle fattispecie bagatellari ed, in particolare, della non punibilità sopravvenuta e della *Wiedergutmachung* come terzo binario del sistema sanzionatorio – assume un ruolo di primo piano il riferimento alla politica criminale che rinvigorisce l'analisi giuridica affiancando l'altrimenti sterile tecnicismo giuridico⁹⁹.

In tale prospettiva possono meglio comprendersi – rispetto alle posizioni critiche nei confronti della non punibilità sopravvenuta – complessità e pluralità di interrogativi che si intersecano l'un l'altro al momento della posizione del precetto condizionando le rispettive risposte. Non vi è solo la questione delle condotte meritevoli di tutela penale e, dunque, del se incriminare, e, per converso, delle

⁹² COCCO G., *Beni giuridici funzionali versus bene giuridico personalistico*, in *Studi Marinucci*, I, Milano, 2006, 167 ss..

⁹³ DONINI, *Non punibilità*, cit., 1046.

⁹⁴ DONINI, *Non punibilità*, cit., 1047 ss..

⁹⁵ Così DONINI, *La riforma*, cit., 59.

⁹⁶ FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 233 ss.; FIANDACA, MUSCO, *Perdita di legittimazione del diritto penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 23 ss..

⁹⁷ PADOVANI, *L'utopia punitiva*, cit., *passim*.

⁹⁸ DOLCINI, PALIERO, *Il carcere ha alternative?*, Milano, 1989.

⁹⁹ ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, Berlin-New York, 2^a ed., 1973, *passim*; DI MARTINO, *La sequenza infranta*, cit., 23.

condotte non meritevoli e bisognose (o non più) di pena, riguardo a cui si pone la questione della abrogazione e della depenalizzazione. Sempre in termini generali, si può e talvolta si deve – in particolare laddove la scelta di incriminare venga effettuata, per così dire, con larghezza – verificare se sussistano situazioni riferibili al tipo di illecito (pensiamo in particolare ai reati a tutela anticipata o che tutelano beni funzionali) che possano richiedere la rinuncia alla pena pur dopo la violazione del precetto nel caso vengano conseguiti gli obiettivi posti con la sua previsione; ed in caso di risposta positiva, dalla stessa previsione in cui si cristallizza (con la fattispecie incriminatrice) la scelta originaria di intervento del diritto penale possono essere contemplate, in termini generali e astratti, le condizioni per la non punibilità del fatto illecito; oppure, in previsioni generali riferite a tipologie omogenee di incriminazioni (ad es. reati contro il patrimonio), può essere prevista la non punibilità in presenza dell'intervento di specifiche (contro)condotte utili alla tutela dei beni giuridici, o che tengano conto di beni giuridici confliggenti con le ragioni dell'incriminazione. In questa fase si può anche ritenere utile agli scopi dell'incriminazione condizionare la punibilità all'intervento successivo al fatto di reato di ulteriori eventi (condizioni oggettive di punibilità) che confermino o aggravino gli effetti lesivi della condotta o che diano un ruolo ad ulteriori beni giuridici in conflitto con le ragioni della tutela.

Insomma, si tratta di una risposta più articolata in una prospettiva orientata agli scopi ed al contempo protesa alla applicazione del principio di *extrema ratio*, che si muove su un piano autonomo dalla classica sequenza reato pena. Va sottolineato che la possibilità o meno di dare una risposta a queste ulteriori problematiche nella costruzione del reato può influenzare la stessa scelta di incriminare o meno un fatto, vale a dire che senza la previsione della non punibilità in determinate situazioni può essere necessario/opportuno escludere la stessa incriminazione del fatto. La risposta agli interrogativi di politica criminale influenza direttamente, dunque, il compito, tipicamente dogmatico, della elaborazione di una teoria del diritto penale, che deve tenere conto degli obiettivi della politica criminale attuale, da cui può derivare anche una sconfessione del ruolo di eccezione comunemente attribuito alle cause di non punibilità sopravvenuta ed, in termini più ampi, all'uso della punibilità. L'esame di settori del diritto penale sempre più ampi fa apparire in verità insostenibile tale attribuzione, ci troviamo di fronte a legislazioni speciali disciplinanti esaustivamente specifiche materie¹⁰⁰ riguardo alle quali la valutazione della eccezionalità della non punibilità sopravvenuta non può avere come unico termine di paragone il dato meramente formale costituito dal (fin troppo) ovvio principio che in materia di norme incriminatrici la pena è per definizione la regola, ma va effettuata tenendo conto che in siffatte specifiche ed in sé concluse materie la dialettica repressione/non punibilità è già nel diritto positivo costante e astrattamente prevista¹⁰¹. In altre parole, in tali casi l'uso della non punibilità (e segnatamente della non punibilità sopravvenuta) appare

¹⁰⁰ Come, ad es., le previsioni citate in materia di edilizia e urbanistica, di lavoro, ma anche in materia di armi (art. 8, l. n. 895/1967, e art. 10, l. n. 36/1990).

¹⁰¹ DI MARTINO, *La sequenza infranta*, cit., 27.

già ora per niente eccezionale ma costituisce la modalità ordinaria della scelta (non del se, ma) di come sanzionare.

E se ciò vale *de iure condito* a maggior ragione si può pensare ad un sistema penale in cui la non punibilità sopravvenuta costituisca una modalità ordinaria, e non solo in specifici settori della legislazione speciale, del come punire. Su queste posizioni, del resto, sembra ormai attestarsi anche dottrina da sempre ostile (per numerosi aspetti, condivisibilmente) nei confronti della cd. clemenza anomala, consapevole della tendenza verso un aumento dei cd. meccanismi negoziali che, con etichette sostanziali o processuali, fisiologicamente scambiano la punibilità con condotte susseguenti al reato poste in essere dall'autore. Cosicché, abbandonati i panni dei censori dello *scandaloso traffico di indulgenze*, si passa all'analisi realistica dell'uso dello strumento della non punibilità, non solo nel campo tradizionale del diritto penale del bene giuridico, ma anche in quei settori del diritto penale contemporaneo che investono solo in termini mediati interessi meritevoli di tutela penale. Di conseguenza si ammette la specificità di questi settori del diritto penale riguardo ai quali non possono riproporsi tutti i principi tradizionali¹⁰² e si ipotizza, al fine di garantire maggiore certezza del diritto e credibilità e tenuta del sistema penale, la previsione codicistica di una norma di carattere generale che inquadri la sostanza strutturale del fenomeno, vale a dire il legame tra sanatoria amministrativa dell'illecito ed improcedibilità del reato¹⁰³.

Nell'ottica politico-criminale si comprendono, inoltre, le distinzioni tra previsioni cofunzionali alla tutela del bene e sintoniche rispetto ai principi, previsioni cofunzionali alla tutela del bene e diatoniche rispetto ai principi, e previsioni non funzionali alla tutela del bene e pertanto sempre diatoniche rispetto ai principi¹⁰⁴. Nelle prime si includono, ad es., le cause di non punibilità sopravvenute contenute nel cod. Rocco fondate sulla reintegrazione dell'offesa cagionata con il reato; nelle seconde la legislazione premiale in materia di antiterrorismo, volta a premiare condotte di collaborazione finalizzate ad aiutare la attività investigativa e la ricerca delle prove e, dunque, svincolate dall'offesa, ma che possono apportare un contributo alla tutela estrema del bene; nella terza i cd. condoni. Risulta, conseguentemente possibile, per il diverso sostrato criminologico che le caratterizza, considerare eccezionali sotto il profilo politico-criminale le ipotesi di non punibilità in misura inversamente proporzionale alla vicinanza delle stesse alla tutela del bene giuridico e ai principi tradizionali del diritto penale, e tradurre siffatte valutazioni in termini normativi in fattispecie alquanto differenti sia nella struttura sia, correlativamente, nella relazione teleologica con le fattispecie incriminatrici di riferimento¹⁰⁵.

Un approccio strettamente dogmatico, d'altro canto, non è in grado di spiegare perché cause di non punibilità sono previste per determinate fattispecie e non per altre e, più radicalmente, non è in grado di comprendere gli schemi di tutela del bene

¹⁰² INSOLERA, *L'estinzione delle contravvenzioni in materia di sicurezza e di igiene del lavoro (artt. 19-25, d. lgs. 19 dicembre 1994, n. 758)*, in MONTUSCHI (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza*, Torino, 1996, 442.

¹⁰³ INSOLERA, *I 'moderni condoni' tra prassi legislative e codificazioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1304 ss..

¹⁰⁴ DI MARTINO, *La sequenza infranta*, cit., 30.

¹⁰⁵ DI MARTINO, *La sequenza infranta*, cit., 30 ss..

giuridico insiti nelle fattispecie munite di clausola di non punibilità e, dunque, nemmeno può svolgere la essenziale funzione critica del sistema approntato dal legislatore.

8. La proposta della rimessione al giudice della scelta di non punire.

Interessante in tema un intervento¹⁰⁶ che approfondisce l'utilizzo della non punibilità con riguardo agli illeciti penali di minore rilievo individuati nelle ipotesi contravvenzionali e quelle delittuose di scarsa offensività proponendo soluzioni diverse da quelle da noi elaborate, invece di istituti legati alla comminatoria edittale, la rimessione al giudice della scelta di non punire quale estremo strumento della individualizzazione/applicazione della pena, che sfocia per l'appunto nella non applicazione. Nel quadro di una riflessione sui rapporti fra le varie forme di illecito, si nota che i principi del diritto penale sono strettamente correlati con il sacrificio (almeno in potenziale subordine) della libertà che esso comporta, cosicché una diversificazione del sistema sanzionatorio consente di rimodellare autonomamente lo statuto penale degli illeciti, con la precisazione, peraltro, che il sacrificio della libertà deve essere sempre contemplato come risorsa estrema, altrimenti viene meno l'autonomia sanzionatoria del diritto penale rispetto all'amministrativo. In particolare, di fronte alla scelta legislativa di mantenere la figura delle contravvenzioni, ritenute un compromesso fra l'area penale e quella amministrativa, da qualificarsi come illeciti qualitativamente omogenei alle violazioni amministrative, si ritiene che tale diversificazione consenta di operarne una distinzione più razionale con i delitti a cui deve riservarsi «la previsione di fatti dotati di autonomia funzionale, offensivi di benifinali e costruiti secondo tipologie differenziate di disvalore delle modalità colpose rispetto a quelle dolose, con relative, distinte cornici edittali. Alle contravvenzioni, invece, si potrà opportunamente riservare l'incriminazione di illeciti di mera condotta (soprattutto, ma non solo, omissivi puri o misti), dove la logica strumentale dell'incriminazione è prevalente, tale da orientare il *fatto* verso beni-scopo, radicando l'offesa su schemi di pericolo astratto, assorbendo la ragion d'essere dell'illecito in un progetto preventivo e organizzativo che attenua l'esigenza di una differenziazione *tipizzante* tra forme dolose e colpose»¹⁰⁷.

Dunque, si propone un diritto penale a doppia velocità, che rende possibile l'attuazione – in osservanza del principio di *extrema ratio* – di istituti di *degradazione* dell'illecito penale minore verso l'area extrapenale, tali da consentire l'utilizzo di un apparato più duttile di pene – tutte comunque orientate alla risocializzazione o alla rieducazione con facoltà per il condannato di rifiutarle – con l'attribuzione di una necessaria discrezionalità controllabile nella scelta tra sanzioni penali e amministrative affidata alla giurisprudenza. Anche con riferimento a numerose ipotesi delittuose la cui

¹⁰⁶ DONINI, *Teoria del reato*, cit., 241 ss.; DONINI, *La riforma*, cit., in part. 52 ss..

¹⁰⁷ DONINI, *Teoria del reato*, cit., 242.

realizzazione concreta possa apparire di rilievo minimale, si propone di affidare al giudice la scelta in concreto fra il penale o l'amministrativo (o semplicemente il lecito), auspicando che l'intera teoria del reato recepisca con consapevolezza il significato di queste tecniche di collegamento e degradazione tra diverse antigiuridicità (o tra illeciti di diversi rami dell'ordinamento).

In tale prospettiva si propone in particolare di demandare al giudice¹⁰⁸ l'estromissione dall'area dell'illecito penale, alla luce dei principi di proporzione e di sussidiarietà, non solo dei comportamenti inoffensivi ma anche di quelli di estrema esiguità lesiva, almeno fin tanto che si ricorrerà a forme di astrazione del pericolo, affermando, tuttavia, che «solo l'affermarsi di una vera *cultura della discrezionalità* – equidistante sia dalla diffidenza preconcepita verso la magistratura da un lato, che da un disimpegnato *laissez faire*, da una clemente pigrizia del giudice dall'altro – può consentire di conciliare razionalità e utilità del disegno legislativo con la legittimità e controllabilità delle decisioni giudiziari»¹⁰⁹. Per superare lo scacco alla sussidiarietà causato dalla sanzione penale di appropriazioni indebite di qualsiasi entità o di qualsiasi abuso d'ufficio – che non trova adeguati correttivi nella concezione realistica del reato, la quale si rivolge comunque ai fatti inoffensivi, mentre l'urgenza quotidiana della selezione in concreto della tutela concerne le microlesioni – si segnala la necessità di individuare criteri giuridici (*guidelines*), che superino le riserve in termini di certezza del diritto e di creazione di spazi di discrezionalità *de minimis*, le quali rendano operativa in materia di microlesioni una rinuncia alla pena da parte del giudice sia con riguardo alle fattispecie di pericolo astratto che a molti reati di più significativo spessore penale. In particolare si contesta la demonizzazione dei reati del primo tipo, esistenti da secoli nella loro modellistica di base, e si preferisce *sporcarsi le mani* per governare siffatta specie tenacemente vitale attribuendo il detto potere al giudice.

Tra le soluzioni proposte operativamente vi è la ammissione della prova liberatoria della non pericolosità *ex ante* delle condotte senza autorizzazione ma tenute in osservanza dei parametri o dei presupposti per il suo rilascio (con riferimento a ragioni accertate dal contravventore al tempo della realizzazione della condotta o, comunque, accertabili all'epoca da parte degli organi amministrativi), per evitare la sanzione della mera disobbedienza. Mentre si contesta¹¹⁰ che possa attribuirsi rilievo agli elementi conoscibili solo a posteriori, perché in tal caso si trasforma l'essenza di siffatti reati di mera condotta pericolosa in reati con evento di pericolo.

Per quelle figure, invece, che non sono convertibili neppure ad una lettura teleologica che valorizzi la non pericolosità *ex ante* della condotta secondo un tradizionale giudizio *a base parziale* di prognosi postuma¹¹¹ si propone l'assoggettamento, quanto meno, a correttivi sostanziali o processuali capaci di trasformarle in illeciti amministrativi quando elementi di segno favorevole al soggetto

¹⁰⁸ DONINI, *Teoria del reato*, cit., 243.

¹⁰⁹ DONINI, *Teoria del reato*, cit., 244 ss..

¹¹⁰ DONINI, *Teoria del reato*, cit., 248 ss..

¹¹¹ Come ad es. le fattispecie ostacolo incentrate sulla prevenzione di comportamenti seriali, quelle organizzatorie e di scopo, delle quali tale giudizio contraddice lo scopo.

escludano il bisogno di una punizione con esclusive finalità generalpreventive e che si riveli superata dai fatti la esigenza di prevenzione speciale, in presenza di condizioni positive quali, ad es., la neutralizzazione di ogni pericolosità residua, il pagamento delle sanzioni amministrative, le condotte collaborative sopravvenute, il ripristino della legalità; e di condizioni negative quali la mancanza di recidiva specifica, il carattere non organizzato della violazione, ecc.. La tecnica per consentire in questi casi la non punibilità, secondo tale dottrina¹¹², può essere costituita da forme di oblazione discrezionale, sanatorie condizionate, messe in mora che sospendono temporaneamente l'esercizio dell'azione penale, sino a giungere a forme più dirette di discrezionalità dell'esercizio dell'azione penale riguardo ai reati contravvenzionali, con una riforma mirata dell'art. 112 Cost..

Quanto al profilo della valorizzazione dell'esiguità, che non attiene alla fattispecie in astratto, e non è dunque risolvibile con la depenalizzazione, bensì alla realizzazione dell'offesa che in concreto sia particolarmente tenue e riscontrata da una colpevolezza altrettanto modesta, tale da annullare ogni esigenza specialpreventiva richiedente l'intervento dei tipici strumenti penalistici, si afferma che consentire la rinuncia alla pena costituisce un corollario del principio di sussidiarietà a livello applicativo¹¹³, da perseguirsi con l'utilizzazione di criteri ulteriori rispetto a quelli utilizzati per i reati di scopo unitamente alla particolare lievità della lesione o della colpevolezza.

In particolare, in tema di riforma della legislazione penale complementare, analoghe considerazioni sono svolte¹¹⁴ per i casi in cui si ritenga imprescindibile o venga reiterata una strutturazione della fattispecie ancorata a schemi di controllo preventivo, inosservanza di ordini e provvedimenti, norme in bianco con rinvio a fonti sublegislative future, violazioni di cautele, reati-ostacolo, di pericolo indiretto, offensivi di beni strumentali molto arretrati, ecc., nei cui confronti si evidenzia la opportunità, da un lato, di uno statuto che disciplini tali fattispecie in modo differenziato dal modello principale costruito per i delitti di evento o di pericolo concreto, e, dall'altro, della adozione di criteri di ulteriore selezione offensiva o di gravità volti a limitare l'intervento della sanzione penale, quali, ad es., la previsione di eventi condizionali di pericolo concreto, la rilevanza penale della sola ripetizione della condotta tipica, l'introduzione di ipotesi di esclusione della punibilità in assenza di pericolosità concreta *ex ante* o di non punibilità della colpa lieve, nonché l'uso di tecniche giudiziali di *degradazione* dell'illecito in presenza di condotte sopravvenute che escludano il bisogno di pena (ad es. regolarizzazioni, riparazioni, adozione di programmi di impresa tali da eliminare i rischi insiti nella violazione contestata, etc.). Quest'ultima soluzione è ritenuta¹¹⁵ *conforme allo scopo* di varie incriminazioni non volte a reprimere ma a prevenire le condotte irregolari, al punto che – come accade in caso di

¹¹² DONINI, *Teoria del reato*, cit., 249 ss.

¹¹³ DONINI, *Teoria del reato*, cit., 250.

¹¹⁴ DONINI, *La riforma*, cit., 50 ss..

¹¹⁵ DONINI, *La riforma*, cit., 51.

adempimento delle prescrizioni antinfortunistiche – il raggiungimento dello scopo preventivo elimina la ragion d'essere della pena.

Si pensa ¹¹⁶, infine, a tecniche di degradazione giudiziale attraverso elementi di personalizzazione connessi (non tanto a una riscrittura legale del fatto, ma) a condotte dell'autore, in particolare sopravvenute: Condoni condizionati a prestazioni *personali*; sospensione condizionali strutturate in modo analogo; oblazioni discrezionali con prescrizioni impartite all'autore dell'illecito; allargamento di ipotesi di riparazione e mediazione fra autore e vittima; figure di esiguità subordinate anche a comportamenti o condizioni personali dell'autore del fatto, etc.; ovvero alla organizzazione dell'impresa nella quale si inserisce la condotta del singolo (v. il modello del *compliance program*). Insomma, ad assumere un ruolo centrale è l'idea di un reato non punito, non l'idea di un autore *impunito* ovvero senza sanzione, apparendo necessario e sufficiente che segua una sanzione diversa dalla detentiva.

9. La preferibilità di tecniche di degradazione legislativa del reato.

Per parte nostra, alle soluzioni di degradazione giudiziale preferiamo l'uso di tecniche di degradazione del reato di natura legislativa, poste da previsioni che in termini generali ricolleghino la non punibilità a controcondotte volte alla tutela dei beni giuridici, senza che vi sia qualsiasi rimessione a valutazioni discrezionali del giudice, poiché è la fattispecie di non punibilità a tipicizzare le ipotesi rilevanti a tal fine ed il giudice compie la sua abituale opera di sussunzione del caso concreto nella fattispecie astratta.

Centrale appare, comunque, l'idea della previsione di reati a cui non consegue la sanzione criminale, soluzione senz'altro attuabile con riguardo a quelle collettività – come quelle del vecchio continente – che poggiano su solide basi giuridiche e, dunque, subiscono l'effetto generalpreventivo della pena indipendentemente dalla concreta applicazione della sanzione criminale (detentiva) minacciata e che riconoscono il principio di sussidiarietà.

Del resto, ponendosi in una prospettiva assiologica, è ravvisabile una diversità tra gli elementi da ascrivere, rispettivamente, alla punibilità ed al reato¹¹⁷, come confermano le distinzioni tra l'ambito del precetto e quello della sanzione, basata sull'assunto che il reato come fatto punibile nel suo contenuto di illiceità prescinde dalla sanzionabilità¹¹⁸. In tal senso possono ricordarsi quelle posizioni dottrinali secondo cui la qualificazione del fatto come illecito penale non trova la sua ragione nella conseguenza di tale qualificazione, cioè nella punibilità, ma al contrario il legislatore sanziona penalmente ciò che valuta criminoso, cosicché la sanzione viene a dipendere dal reato, dal quale attinge giustificazione e legittimazione, un rapporto

¹¹⁶ DONINI, *La riforma*, cit., 54-55.

¹¹⁷ DI MARTINO, *La sequenza infranta*, cit., 113.

¹¹⁸ ROMANO M., *Meritevolezza di pena*, cit., 51.

ulteriormente equilibrato da valutazioni inerenti alla punibilità, che non possono tuttavia contraddirlo o snaturarlo; «il fatto illecito come descritto dalla norma incriminatrice diviene sempre più l'unico punto di riferimento sicuro su cui elaborare la dogmatica penale. È anzi rispetto alle scelte ed ai contenuti che esso esprime che occorre riferirsi nella valutazione delle vicende connesse alla punibilità se si vuole evitare che, attraverso la disciplina di quest'ultima, si possano inficiare i principi su cui si fonda la costruzione della fattispecie penale»¹¹⁹.

In verità, rovistando nel baule che raccoglie gli arnesi dogmatici – vecchi e nuovi – messi in campo dalla dottrina per analizzare la materia, non è difficile rinvenire strumenti appropriati per l'opera che si vuole intraprendere, ciò che a noi interessa però, non è solo la coerenza dogmatica, per il vero non difficile da conseguire in un campo in cui non vi sono vincoli legislativi, ma è realizzare uno strumento che possa anche soddisfare le esigenze del diritto penale contemporaneo. Pertanto, pare condivisibile l'invito a seguire in modo coerente e fino al limite delle potenzialità applicative – in particolare superando i confini dei reati contro il patrimonio – la via praticata con la *tätige Reue* dal legislatore austriaco¹²⁰. Le prospettive che la introduzione di norme di natura generale che prevedano fattispecie di non punibilità sopravvenuta dischiude rispetto alla razionalizzazione della presenza di tale istituto nel sistema, soprattutto in ordine alla decisiva contrazione dell'uso della pena detentiva in materia di illeciti di pericolo astratto o a tutela anticipata, debbono a nostro avviso far superare le riserve avanzate riguardo ad un uso generalizzato della stessa che non faccia distinzione tra le tipologie di beni tutelati¹²¹ e la conseguente preferenza per la valutazione di volta in volta della opportunità di dare risposta con la non punibilità sopravvenuta ai problemi suscitati dalle singole previsioni incriminatrici di specifiche tipologie di offesa ai beni tutelati.

In vero il riferimento alla peculiare natura degli illeciti nei cui confronti porre una previsione di natura generale supera quanto meno in parte le riserve in questione; d'altra parte, rappresentando le scelte di non punibilità sopravvenuta l'altra faccia della medaglia delle scelte di incriminazione, di cui debbono mutuare le regole, non si vede perché non possano scriversi norme generali per tipologie di reati, in particolare per quelli a tutela anticipata, che articolino risposte sanzionatorie combinate negative/premiali non limitate a singole fattispecie ma relative a gruppi omogenei di fattispecie. Si vuol dire che affrontare il problema della non punibilità sopravvenuta non per singole fattispecie ma in termini generali per fattispecie strutturate omogeneamente può condurre ad un più meditato approfondimento di quelle tecniche di incriminazione considerate una caratteristica della legislazione penale post moderna o post industriale: in primo luogo, sul piano dell'individuazione dei beni tutelabili anticipatamente; inoltre, con riguardo alla costruzione delle fattispecie incriminatrici in

¹¹⁹ STORTONI, *Premesse*, cit., 423; ANTONINI, *La funzione*, cit., 68.

¹²⁰ ROXIN, *La posizione della vittima nel sistema penale*, in *Ind. pen.*, 1989, I, 14; GIULIANI, *Brevi note sul rapporto fra anticipazione della tutela in materia economica, extrema ratio ed opzioni sanzionatorie*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1995, 762.

¹²¹ DI MARTINO, *La sequenza infranta*, cit., 242.

funzione di una tutela anticipata di tali beni; infine, rispetto alle sanzioni utilizzabili al riguardo. Un discorso unitario sulla problematica favorisce certamente la fuoriuscita dalle secche della polemiche tra penalizzazione e non penalizzazione, con l'individuazione di strumenti idonei a scongiurare fin dove possibile l'uso della sanzione detentiva che riteniamo il vero obiettivo da perseguire.

10. Conclusioni.

In conclusione si può dire che le critiche all'uso della non punibilità sopravvenuta, che propongono in alternativa la riduzione del diritto penale ad ipotesi estremamente limitate, cadono con il fallimento del loro obiettivo; nella attuale situazione, così ragionando si finisce per non apportare alcun contributo critico alla costruzione del diritto penale post moderno¹²², anzi si combatte una guerra contro lo strumento più efficace che, pure con molta fatica, dottrina e legislazione continentale sono state fin qui capaci di mettere in campo contro il proliferare dei reati di pericolo astratto e contro (ma il problema è differente) le fattispecie bagatellari e non solo¹²³.

A nostro avviso, la strada della non punibilità sopravvenuta va seguita proprio per lo sconquasso che provoca sul tradizionale sistema sanzionatorio penale, ormai inadeguato alle esigenze della modernità. La non punibilità sopravvenuta unita alla applicazione di sanzioni non detentive può costituire, infatti, una utile tecnica di amministrativizzazione che può intervenire direttamente sulla parte speciale con l'inserimento, per l'appunto, di cause di esclusione della punibilità *post delictum*, in ragione del *ritorno alla legalità* da parte dell'autore e della reintegrazione del bene giuridico leso¹²⁴, ed, al contempo, può costituire una *tecnica di penalizzazione* nel senso di consentire la previsione di reati di pericolo in settori in cui i tradizionali reati di danno presentano difficoltà operative, evitando tuttavia almeno parte delle censure mosse a tali fattispecie. Nella scelta fra sanzione penale e sanzione amministrativa deve infatti rilevare, in primo luogo, il grado di anticipazione della tutela del bene giuridico, distinguendosi tra illeciti di *lesione* (o di *danno*) e illeciti di *pericolo*, nonché fra illeciti di pericolo *concreto* e illeciti di pericolo *astratto*¹²⁵, cosicché seguire tale strada pare

¹²² COCCO G., *Beni giuridici funzionali*, cit., 167 ss..

¹²³ V. le eccezioni di illegittimità relative all'art. 570 per la mancata previsione di una causa di estinzione del reato in conseguenza della riconciliazione dei coniugi: ZAGREBELSKY, *Relazione conclusiva*, in VASSALLI G. (a cura di), *Problemi generali di diritto penale, contributo alla riforma*, Milano, 1982, 19.

¹²⁴ PALIERO, *'Minima non curat praetor'*. *Ipertropia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, 440 s..

¹²⁵ DOLCINI, *Depenalizzazione e tipologia delle sanzioni*, in *Temi*, 1977, 394.

conforme ai principi in tema di scelta tra sanzioni penali e sanzioni amministrative¹²⁶, in particolare ai criteri di proporzionalità e sussidiarietà¹²⁷.

La previsione delle cause di non punibilità sopravvenuta valorizza proprio il ruolo sussidiario della previsione penale ed in particolare della sanzione detentiva, in quanto consente la composizione sul piano amministrativo (o civile) della violazione dei precetti di natura preventiva. Insomma, il meccanismo della causa di non punibilità sopravvenuta rappresenta uno strumento necessitato in presenza della scelta politica di mantenere fermo l'uso della minaccia della pena detentiva con riguardo ai reati di pericolo astratto, in quanto consente di differenziare dalle condotte di lesione dei beni sostanziali, sul piano della comminatoria, le condotte non dannose per il bene (o lesive di beni funzionali) seguite da un attivo porsi in regola che elimini gli effetti della condotta inosservante. E, d'altra parte, può presentare il vantaggio, rispetto alla depenalizzazione *tout court*, di impedire arbitrarie scelte amministrative nella fase di esercizio dell'azione punitiva, da assoggettarsi comunque al vaglio della magistratura penale.

Inoltre, le cause di non punibilità sopravvenuta possono rendere, in assenza di un fenomeno di adesione per legittimazione acquisita nel tempo, più agevole l'accettazione da parte dei consociati¹²⁸ della tutela anticipata di beni sopraindividuali di recente valorizzazione penalistica, senza ricorrere a misure draconiane di cui peraltro è nota l'inefficacia sul piano della prevenzione generale. Non condividiamo, pertanto, la critica¹²⁹ a tale strumento fondata sulla difficile identificazione, negli illeciti in considerazione, dello specifico oggetto di tutela, il quale, pur potendosi delineare sullo sfondo, sarebbe trascurato per soddisfare variegate esigenze organizzative, con la conseguente evanescenza del bene giuridico, solo apparentemente superabile con la costruzione di beni fittizi, strumentali o intermedi di riferimento, e che ritiene la materia in esame sottratta ad una prospettiva premiale connotata dalla regressione dell'offesa.

Infine, la causa di non punibilità può perseguire, coerentemente allo scopo di tutela dei beni giuridici, obiettivi estranei ai beni funzionali direttamente tutelati dalla fattispecie incriminatrice: ad esempio, perseguendo la tutela di beni sostanziali finali di cui la fattispecie incriminatrice pone una tutela anticipata.

¹²⁶ V. circolare della Presidenza del Consiglio 19.12.1983; DOLCINI, *Depenalizzazione*, cit., 371 s.; PADOVANI, *La distribuzione di sanzioni penali e sanzioni amministrative secondo l'esperienza italiana*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 952 ss.; PALAZZO, *I criteri di riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative*, in *Ind. pen.*, 1986, 35; PALAZZO, *La recente*, cit., 106 ss..

¹²⁷ Corte cost. 23(25).10.1989, n. 487, intende il principio di proporzionalità «non soltanto quale proporzione tra gravità del fatto e sanzioni penali bensì, anche e soprattutto, quale *criterio generale* di congruenza degli strumenti normativi rispetto alle finalità da perseguire».

¹²⁸ In tema di consenso sociale ROMANO M., *Legislazione penale e consenso sociale*, in *Jus*, 1985, 413 ss.; PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 849 ss.; MUSCO, *Consenso e legislazione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 80 ss..

¹²⁹ INSOLERA, *I 'moderni condoni'*, cit., 1309.

Si pensi, ad esempio, alla possibilità di prevedere, quale causa di non punibilità sopravvenuta, la demolizione dell'immobile abusivo in materia edilizia¹³⁰, il cui fondamento va ricercato in scelte di politica criminale estranee alla caduta della lesione procurata con l'illecito, individuato nel fatto di costruire senza concessione e non nella tutela del territorio¹³¹. Orbene, la previsione di una causa di non punibilità sopravvenuta legata alla ottemperanza dell'ordine di demolizione del sindaco o, comunque, ad una condotta ripristinatoria effettuata entro termini predeterminati (con l'aggiunta eventualmente del pagamento di una pena pecuniaria), può consentire di fuoriuscire dal ristretto ambito della salvaguardia del bene funzionale, in quanto, se la tutela penale della funzione di controllo della attività edilizia non ha più ragione di essere ove in sede competente si ratifichi l'opera non preventivamente assentita, essa dovrebbe parimenti perdere significato ove l'ordine territoriale a cui tale controllo è preordinato venga volontariamente ripristinato dal contravventore nel termine impostogli. Egualmente in materia di illeciti ambientali occorre, a nostro avviso, riconoscere come causa di non punibilità sopravvenuta il risanamento dei siti inquinati.

La (non) punibilità costituisce in sostanza un modo dogmaticamente corretto per dare una opportuna risposta alle peculiarità dei reati in considerazione, con un trattamento sanzionatorio che ne rimarchi la sostanziale differenza dagli illeciti lesivi di beni e non conduca, con la inevitabile (ed auspicabile) mancata esecuzione della sanzione detentiva, a un ulteriore depotenziamento della efficacia di prevenzione generale della minaccia della sanzione.

¹³⁰ Previsione già avutasi con l'art. 8 *quater* d.l. n. 146/1985, che attribuisce a tale evento efficacia estintiva con il limite temporale della data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto.

¹³¹ La Corte cost., ord. 29.3.1989, n. 167, evidenzia infatti che nemmeno la demolizione del manufatto abusivo elimina l'antigiuridicità del fatto in quanto «la violazione di legge si è già perpetrata con il solo fatto della costruzione senza concessione», e che pur nell'ipotesi di demolizione si deve richiedere l'accertamento sindacale della doppia conformità ai sensi dell'art. 13, l. n. 47/1985, per ottenere l'estinzione della contravvenzione, «altrimenti si introdurrebbe il principio secondo cui la semplice eliminazione delle conseguenze del reato, o addirittura la condotta che ne fa cessare la permanenza, elimina l'illecito».