

MODULO DI PRINCIPI DI DIRITTO PENALE

Principio di Legalità

Scopo: Vincolare l'esercizio di ogni potere alla legge quale massima espressione del principio democratico

Quattro corollari del principio di legalità

1. Riserva di legge
2. Tassatività
3. Irretroattività
4. Divieto di analogia

1) Riserva di legge:

Art 25, comma 2, Costituzione

Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso.

Art. 1 codice penale

Nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite.

Antico brocardo latino = *nullum crimen sine lege* ossia nessun crimine senza una legge (ne consegue che nessun fatto umano può essere punito a livello penalistico se prima quel comportamento non è considerato come punibile).

L'art. 1 del codice penale si occupa però anche della pena in quanto sono due gli aspetti rilevanti: il comportamento che va sanzionato e la sanzione. Ciascuno deve essere previsto per legge altrimenti si cadrebbe nell'arbitrio.

La Riserva di legge può essere assoluta o relativa

- Riserva di legge assoluta = alla legge spetta in esclusiva ogni regolamentazione della materia in ogni suo particolare
- Riserva relativa di legge = alla legge spetta il compito di delineare le scelte di fondo e poi alle fonti normative secondarie spetta il compito di specificare i dettagli tecnici

Esempio: la legge indica che l'utilizzo di sostanze dopanti costituisca un divieto, mentre i decreti ministeriali indicano quali sono le sostanze che possono qualificarsi come dopanti.

Per cui la fonte primaria indica la scelta di fondo, mentre la fonte secondaria ne disciplina il dettaglio tecnico.

- Il principio di legalità dei reati è soggetto alla riserva di legge relativa
- Il principio di legalità della pena è soggetto alla riserva di legge assoluta

Il concetto di legge ricomprende:

- legge ordinaria del parlamento
- decreto legislativo
- decreto legge

2) Tassatività:

Il principio di tassatività comporta che il comportamento che è ascrivibile ad un fatto punibile deve essere indicato in termini chiari e precisi in modo tale da non potersi avere dubbio sull'eventuale punibilità di comportamenti simili ma non uguali, impedendo per altro il soggettivismo del giudice nonché il ricorso all'analogia.

Il fatto punibile va indicato in ogni elemento costitutivo sia soggettivo che oggettivo.

Esempio: reato di furto ex art. 624 c.p.

Chiunque s'impadronisce della cosa mobile altrui, sottraendola a chi la detiene, al fine di trarne profitto per sé o per altri, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da centocinquantaquattro euro a cinquecentosedici euro.

Agli effetti della legge penale, si considera cosa mobile anche l'energia elettrica e ogni altra energia che abbia un valore economico

L'interpretazione della legge penale poiché incide sulla libertà personale è rigida, l'ordinamento giuridico si fonda sul principio che "tutto ciò che non è vietato è lecito". Questo principio come abbiamo visto non è tuttavia applicabile in materia civile, ove è prevista la punibilità in termini risarcitori di chiunque cagioni ad altri, con dolo o colpa, un danno ingiusto (art. 2043 c.c.).

3) Irretroattività:

Art. 2 Successione di leggi penali

Primo comma: *Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge del tempo in cui fu commesso, non costituiva reato.*

Ne consegue che se dopo la commissione del fatto cambia la legge e questa è meno favorevole, in ogni caso non si può applicare.

Il divieto di retroattività opera non solo riguardo alla legge sostanziale ma anche nei riguardi della legge processuale, poiché si viene puniti non solo attraverso la norma sostanziale, ma anche attraverso la norma del procedimento con il quale si accertano le ragioni della punibilità.

Secondo comma: *Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore non costituisce reato; e, se vi è stata condanna, ne cessano la esecuzione e gli effetti penali.*

Sarebbe invero contraddittorio ed irragionevole continuare a punire l'autore di un fatto che ora è tollerato dalla società

Attenzione, può accadere che la norma cronologicamente posteriore non abroghi interamente quella originaria ma semplicemente ne ridefinisca il contenuto dando vita al fenomeno della successione delle leggi nel tempo. In questo caso la nuova norma ritaglia un'area della prima, ma con l'aggiunta di elementi integrativi che ne disciplinano l'ambito di applicazione, per cui in assenza di questi elementi integrativi il comportamento sarebbe comunque punibile.

Principio di offensività

Nel nostro ordinamento ad oggi manca una norma che esplicitamente enunci il principio di offensività. Lo si riconosce come principio immanente al sistema penale.

Parte della dottrina lo desume dall'art. 49 per il quale la punibilità è esclusa quando per la inidoneità dell'azione e per l'inesistenza dell'oggetto di essa è impossibile l'evento dannoso.

Non può esservi reato senza l'effettiva lesione o la messa in pericolo del bene giuridico!

Si è assistito poi dagli anni settanta alla costituzionalizzazione del principio di offensività: le norme chiave sono l'art. 25 comma 2 e l'art. 27 comma 1 e 3.

Il reato non si fonda su di un mero atto di infedeltà allo Stato, ma di un fatto socialmente dannoso un fatto oggettivamente lesivo.

Il principio si delinea sotto un duplice aspetto:

1) *funge da criterio di conformazione legislativa dei fatti punibili* OFFENSIVITA' IN ASTRATTO
Esso impegna il legislatore a costruire fattispecie incriminatrici che dal punto di vista strutturale incorporino un'offesa a uno o più beni giuridici

2) *si atteggia a criterio giuridiziaro – interpretativo* OFFENSIVITA' IN CONCRETO
Impegna il giudice in sede applicativa a qualificare come reati soltanto fatti che siano anche in concreto idonei ad offendere beni giuridici.

La distinzione tra OFFENSIVITA' IN ASTRATTO ed OFFENSIVITA' IN CONCRETO è stata affermata anche dalla Corte Costituzionale

Offensività in astratto= La norma deve esprimere in astratto un contenuto lesivo o comunque la messa in pericolo del bene giuridico;

Offensività in concreto= il giudice deve accertare che il fatto abbia effettivamente leso il bene o l'abbia messo in pericolo.

Il principio di offensività subordina l'applicazione della norma incriminatrice all'offesa del bene giuridico protetto; con esso si vuole evitare di punire la mera disubbidienza.

Per offesa si deve intendere sia la lesione del bene (nocumento effettivo) che la messa in pericolo (nocumento potenziale).

Gli autori che maggiormente hanno sostenuto l'importanza del principio di offensività, sono coloro che hanno elaborato la c.d. concezione realistica del reato, il quale quindi può esistere nei limiti in cui realmente offenda un bene giuridico.

Il principio di offensività si rivolge *in primis* al legislatore imponendogli di prevedere reati che puniscono fatti non realmente offensivi ed in seconda battuta al giudice che deve verificare che un fatto arrechi realmente offesa ad un determinato bene giuridico.

In sostanza il principio opera su due piani: il legislatore deve prevedere fattispecie che esprimano in astratto un contenuto lesivo che dovranno poi essere verificate nel caso di specie dal giudice.

La Corte Costituzionale si è occupata del principio di offensività nel 1986 rinvenendo il suo fondamento nell'art. 49, comma 2 del C.P. e non nella Costituzione.

La mancanza di offensività non costituisce questione di costituzionalità ma implica un giudizio di merito devoluto al giudice ordinario.

La sentenza in ogni caso esortava i giudici ad interpretare le norme incriminatrici nell'ottica del principio di offensività.

Con la pronuncia 30/2007 la Corte Costituzionale sostiene che il principio di offensività si rivolge anche al legislatore e non solo all'interprete. Per tanto se da un lato il giudice è tenuto ad accertare in concreto se vi sia stata o meno offesa al bene giuridico, dall'altro lato il legislatore deve prevedere norme incriminatrici che sanzionino fatti realmente offensivi.

Invero un reato che punisce la mera disobbedienza e che non tutela alcun bene giuridico collide con il principio di offensività che trova tutela anche costituzionale negli articoli 13 e 25, comma 2, della Costituzione.

Non esiste una pronuncia della Corte che si sia diffusamente soffermata sulla genesi costituzionale del principio indicando sistematicamente le norme dalle quali trae origine, tuttavia un accenno ai cardini costituzionali si rinviene proprio nella pronuncia 30/2007.

Se si aderisce alla teoria realistica del reato (secondo cui l'offesa è un elemento tipico della fattispecie) allora è ovvio che ritenere che ai fini della consumazione i perfezionamento del reato è indispensabile anche l'offesa. Rimanendo invece legati alla nozione di antigiuridicità in senso formale, si deve escludere che l'offesa sia elemento della fattispecie essendo sufficiente che il fatto corrisponda alla fattispecie incriminatrice.

ELEMENTI RILEVANTI DEL REATO

Reato = ogni fatto umano al quale la legge ricollega una sanzione penale

- **È di creazione legislativa (art. 25 comma 2)** in quanto le fonti secondarie possono soltanto contribuire a specificare elementi già legislativamente predeterminati nel loro nucleo essenziale
- **È di formulazione tassativa** perchè la legge deve fissare con la maggiore determinatezza possibile i fatti che costituiscono reato
- **Ha carattere personale** (art. 27 comma 1) non solo nel senso che è vietata ogni forma di responsabilità per fatto altrui, ma altresì che si risponde per fatto proprio colpevole

Elementi completamente diversi dalla responsabilità civilistica ove

- L'illecito può essere di creazione di una fonte secondaria
- Non esiste il principio di determinatezza per individuare le fattispecie vietate, anzi dominano i principio o clausole generale (tipo buone fede ecc...)
- È ammessa le responsabilità oggettiva o per fatto altrui

Il reato è un fatto umano che aggredisce un bene giuridico ritenuto meritevole di protezione da un legislatore che si muove nel quadro di valore costituzionali, sempre che la misura dell'aggressione sia tale da far apparire inevitabile il ricorso alla sanzione penale, giacchè ogni altra sanzione sarebbe inefficace (FIANDACA – MUSCO).

Il dolo

Il dolo, assieme alla colpa ed alla preterintenzione costituisce uno dei coefficienti soggettivi di imputazione del reato.

Ai sensi dell'art. 43 c.p. *L'evento è doloso quando è dall'agente **preveduto e voluto** come conseguenza della sua azione od omissione.*

Alla volontà quindi si contesta di aver voluto un qualcosa che non si doveva volere in quanto antigiuridico.

La coscienza del disvalore

E' da capire se il dolo oltre alla rappresentazione ed alla volizione (preveduto e voluto), richiede anche la coscienza dell'offesa dell'interesse protetto.

La giurisprudenza, tranne rare eccezioni, ritiene che l'antigiuridicità del fatto non costituisce elemento del dolo, nel senso che ai fini della punibilità, non si richiede la coscienza del disvalore del fatto commesso da parte del reo (anche recentemente Cassazione 15885/2007).

Nel passato (1976) qualche pronuncia ha dato rilevanza non solo alla previsione ed alla volontarietà, ma anche alla coscienza dell'antigiuridicità, come consapevolezza della lesione degli interessi tutelati. Si era ritenuto che *il dolo consiste nel porre in essere volontariamente l'azione vietata con previsione dell'evento lesivo e con consapevolezza dell'antidoverosità dell'azione stessa.*

Si avrebbe questa equazione: *il dolo è elemento costitutivo dell'illecito e quindi l'illecito non si configura se non c'è il dolo; a sua volta l'antigiuridicità è elemento costitutivo del dolo e quindi il dolo (e di conseguenza il fatto tipico) non si può configurare se non c'è coscienza dell'antigiuridicità.* Così non è!

Stante l'art. 5 c.p. il dolo si esaurisce solo nella coscienza e volontà del fatto materiale non richiedendosi anche la coscienza del disvalore del fatto.

L'intensità del dolo

Tradizionalmente l'intensità del dolo si configura in tre modalità. ***Dolo intenzionale, Dolo diretto, Dolo eventuale.***

Da precisare che la diversa intensità ha valore non solo ai fini del **momento sanzionatorio** posto che l'art. 133 c.p. annovera tra i suoi criteri anche quello dell'intensità del dolo, ma anche sul crinale del momento **genetico del reato** in quanto per alcuni delitti il reato si manifesta solo laddove il coefficiente doloso si configuri in una data modalità (es. abuso di ufficio che prevede il dolo intenzionale).

Dolo intenzionale: si ravvisa quando si agisce allo scopo preciso di realizzare il risultato lesivo stigmatizzato nel precetto. In questa forma di dolo la volontà assume un ruolo dominante e centrale (FINADACA). Esempio di dolo intenzionale è l'abuso di ufficio ex art. 323 c.p.

La giurisprudenza maggioritaria ritiene indispensabile che il pubblico ufficiale o l'incarico del pubblico servizio agisca intenzionalmente avendo come preciso obiettivo quello di cagionare danno a terzi o procurare a se o ad altri un vantaggio ingiusto, essendo dunque incompatibile nell'abuso di ufficio il dolo diretto ovvero eventuale. (Cass 33844/2008; 35814/2007).

Ne è seguita l'assoluzione di colui che attraverso la sua condotta abbia perseguito in via primaria l'interesse pubblico, risultando nei fatti irrilevante il concorrente ma accessorio scopo di favorire un soggetto privato. In un caso il rilascio illegittimo di un certificato di agibilità di un complesso turistico alberghiero è stato riconosciuto non penalmente rilevante poiché si è ritenuto che la finalità pubblica di incentivare il flusso turistico del paese avesse assorbito qualsiasi altra finalità perseguita. *Rimane impregiudicato che il perseguimento del pubblico interesse non vale ad escludere, sotto il profilo dell'intenzionalità, il dolo allorché rappresenti una mera elusione con la quale venga mascherato l'obiettivo reale della condotta (Cass. 23421/2010).*

Dolo diretto: il dolo è diretto ogniqualvolta l'agente si rappresenta con certezza gli elementi costitutivi della fattispecie incriminatrice e si rende conto che la sua condotta sicuramente l'integrerà.

In questo caso l'evento danno costituisce uno strumento necessario per realizzare lo scopo prefissato (per intascare il premio assicurativo faccio esplodere la nave con i passeggeri a bordo).

Dolo eventuale: è il dolo di chi agisce non al fine di provocare un evento lesivo, bensì in vista di uno scopo differente, rappresentandosi l'eventualità che il proprio comportamento dia vita ad altre conseguenze illecite ed accetta il rischio di cagionarle. In questa forma di dolo la rappresentazione assume un ruolo dominante e centrale (FIANDACA).

La configurabilità del dolo eventuale ha come presupposto che il soggetto agisca senza la volontà di commettere il reato in quanto se così fosse vi sarebbe dolo intenzionale; In sostanza egli deve rappresentarsi la commissione di un reato soltanto come conseguenza possibile di una condotta diretta ad altri fini.

Es. Alfa si sente disturbato da alcuni schiamazzi e lancia un bottiglia di vetro, pur prevedendo che potrebbe colpire qualcuno.

E' al confine con la colpa cosciente di cui all'art. 61 n. 3 c.p. .

FIANDACA sottolinea che l'atteggiamento psicologico interiore manifestato dal soggetto si avvicina il più possibile ad una presa di posizione della *volontà capace di influire sullo svolgimento degli accadimenti*. A questa esigenza risponde la *teoria dell'accettazione del rischio* secondo cui ***perché si configuri il dolo eventuale non basta la rappresentazione mentale della concreta possibilità di verifica dell'evento (plausibile anche nella colpa cosciente), ma è necessario che l'agente faccia seriamente i conti con questa possibilità di verifica e ciononostante decida di agire.***

Per contro laddove l'agente si rappresenti l'evento lesivo ma confidi nella sua concreta non verifica si avrà colpa cosciente.

Per cui il dolo eventuale si distingue dalla colpa cosciente in quanto *il primo consiste nella rappresentazione della concreta possibilità della realizzazione del fatto, con accettazione del rischio, (e quindi volizione), mentre la seconda consiste nella astratta possibilità della realizzazione del fatto, accompagnata dalla sicurezza e dalla fiducia che in concreto non si realizzerà. (Cass. 11222/2010).*

Casistica tra dolo eventuale e colpa cosciente

Danno a pedoni nella circolazione stradale: Solitamente la giurisprudenza in questi casi ritiene applicabile il reato colposo al più aggravato dalla previsione.

1) Tuttavia proprio per scongiurare l'aggravarsi di una situazione che stava degenerando, il Tribunale di Roma decide di inaugurare una diversa impostazione valorizzando il dolo e non più la colpa.

Nel 2009 infatti il tribunale di Roma condanna a titolo di dolo un soggetto che avendo litigato con la fidanzata aveva superato a forte velocità alcuni semafori rossi uccidendo un passante.

Il giudice ha ritenuto che l'agente, tenendo questo comportamento, si è rappresentato il rischio di incidenti anche con possibili e gravi conseguenze, eppure ha tenuto consapevolmente quella condotta.

2) In altro caso un giovane guidando ubriaco un'auto potente, ha ucciso un passante. In questo caso la giurisprudenza non ha ravvisato il dolo eventuale ma la colpa cosciente in quanto la disponibilità di un'auto potente, lo stato di ebbrezza e la compagnia di altri ragazzi sull'auto avevano di fatto ingenerato una sorta di onnipotenza sulla base della quale il giovane era certo che la sua condotta non avrebbe di certo cagionato danni ad altri in quanto confidava nella sua capacità di guidatore.

Inoltre lo stato di alterazione poteva anestizzare l'accettazione del rischio poiché l'ubriachezza mal si concilia con uno stato cosciente di accettazione del rischio.

Importante è quindi indagare quale fosse al momento del fatto l'atteggiamento psicologico dell'agente, ossia se questi era sicuro di poter evitare l'evento, ovvero se sperava solo di poterlo evitare.

Il dolo colpito a metà via dall'errore e il dolus generalis

L'evento lesivo dell'agente può verificarsi attraverso un susseguirsi di condotte che generano un iter causale diverso da quello originariamente voluto, agendo il reo nella erronea convinzione di aver già raggiunto l'obiettivo antigiuridico perseguito.

Si parla di dolo colpito a mezzo via o in itinere dall'errore: per esempio un agente colpisce più volte la vittima e credendo che sia morta lo occulta in un sacco di plastica, ma in realtà al momento dell'occultamento la vittima era ancora viva e muore a causa del soffocamento.

L'impostazione classica riteneva applicabile il *dolus generalis* secondo cui l'errore che interviene nell'esecuzione del reato non rileva.

Si tratta di un istituto mutuato dal diritto canonico secondo cui il soggetto doveva comunque essere ritenuto responsabile dell'evento in quanto aveva comunque ottenuto il fine che si era prefissato. (*versari in re illicita imputantur omnia que sequuntur ex delicto*).

Per cui il dolo che aveva mosso inizialmente l'agente permane ed investe anche la successiva fase della condotta senza che si sia assolutamente tenuto in conto che l'ulteriore attività del reo è stata determinata dall'erroneo convincimento di aver già causato l'evento.

A ben vedere il *dolus generalis* mal si concilia con gli elementi del dolo ossia volontà e rappresentazione in quanto nell'ultimo atto vengono a mancare, con la conseguenza che non si può non tener conto dell'errore che investe la sfera psicologica dell'agente (errore sul fatto) che per sua natura esclude il dolo.

Devono nella fattispecie in esame essere distinte due ipotesi, ciascuna sorretta da un autonomo coefficiente psicologico.

- La prima sorretta dal dolo che si arresta allo stadio di tentato omicidio
- La seconda sorretta dalla volontà di realizzare un evento diverso ma che di fatto integra l'evento voluto *ab origine* che non si era realizzato con la prima condotta. Risponderà quindi di omicidio colposo laddove vi siano gli estremi della colpa.

Per la Cassazione (**Cassazione 16976/2003**), che ripudia il *dolus generalis*, l'erronea rappresentazione della realtà (la presunta morte della vittima), determina il venir meno del dolo, essendo viziato il processo volitivo.

Anche in precedenza la madre che annegava il piccolo ma che trovava la morte solo per soffocamento nel sacchetto di plastica in cui era stato inserito venne condannata stigmatizzando il vulnus volitivo del dolo e quindi per tentato omicidio ed omicidio colposo.

La colpa

Ai sensi dell'art. 43 c.p. *il delitto colposo ricorre quando l'evento anche se preveduto non è dall'agente voluto e si verifica a causa di negligenza, imperizia imprudenza, ovvero per inosservanza di leggi regolamenti ordini o discipline.*

La norma quindi nel delineare gli elementi strutturali del delitto colposo richiama requisiti:

- *di natura psicologica (assenza di volontà dell'evento) requisito negativo*
- *di natura normativa (violazione di regole cautelari)*

Per cui: ***assenza di volontà ma violazione di regole cautelari la cui osservanza avrebbe impedito l'evento***

Requisito negativo: Quindi alla volontà si imputa non di aver prodotto l'evento lesivo, bensì non di averlo impedito tenendo un comportamento adeguato.

Quindi elemento centrale di distinzione rispetto il dolo è la mancanza della volontà dell'evento.

Se dunque la punizione a titolo di dolo si giustifica in ragione della volontà di cagionare l'evento che è stato oggetto di rappresentazione prima di essere integrato, nei reati colposi la punizione non è riconducibile alla volontà, per definizione mancante, né in ragione della rappresentazione. Infatti l'eventuale previsione da vita solo ad una aggravante ex art. 61 numero 3.

Requisito positivo: la fattispecie criminosa deve essere stata cagionata a causa di negligenza, imperizia imprudenza, ovvero per inosservanza di leggi regolamenti ordini o discipline.

La colpa si basa quindi sul raffronto tra il comportamento tenuto dall'agente e quello che si sarebbe dovuto tenere secondo le regole di cautela del caso di specie.

Tuttavia si sostiene che pur reputando indispensabile la violazione di una regola di condotta cautelare, ai fini della configurazione della fattispecie criminosa, sia necessaria anche l'esigibilità della condotta doverosa che avrebbe evitato l'evento lesivo.

Ne consegue che le conseguenze criminose che derivano dal delitto colposo devono poter essere prevedibili ed evitabili alla luce del contegno esigibile dal soggetto che ha concretamente agito. Se il fatto è imputabile al caso fortuito nessun rimprovero può essere addebito all'agente anche secondo quanto affermato dalla **Corte Costituzionale 364/1988**.

Per cui dalla norma si ricavano tre requisiti:

- l'assenza di volontà
- la violazione di regole cautelari
- l'esigibilità della condotta che avrebbe impedito l'evento

Nessuno infatti può essere chiamato a rispondere penalmente per conseguenze che non siano da lui prevedibili ed evitabili e che fuoriescano quindi dalla sfera di signoria dell'agente.

La rilevanza del principio dell'affidamento nei reati colposi

In tema di colpa assume un rilievo importante *l'affidamento sull'altrui operato in caso di attività concorrenti oggettivamente rischiose.*

Infatti vi sono attività umane in cui vi sono una pluralità di persone che concorrono per il raggiungimento di uno scopo comune ma in capo ai quali gravano obblighi diversi nel senso che ciascuno è tenuto all'osservanza delle rispettive norme cautelari tutelando solo parzialmente il bene giuridico.

In questi casi il problema della colpa va generalmente risolto sulla base del principio dell'affidamento nel corretto comportamento degli altri soggetti, sicchè la responsabilità colposa andrà circoscritta in capo a colui che ha violato le proprie regole cautelari. (vedi attività pluridisciplinari d'equipe come i medici durante un operazione; ovvero recentemente anche in tema di circolazione stradale – caso del sorpasso del motociclista della colonna ferma e l'auto svoltava perché altro automobilista gli concedeva il passaggio).

Casi in cui il principio non si applica:

Il principio dell'affidamento però non ha valore assoluto in quanto laddove il soggetto si rappresenti o avrebbe potuto rappresentarsi l'altrui comportamento scorretto o pericoloso (ricorrendo alle proprie conoscenze) e non abbia impedito l'evento, risponderà anche lui per la violazione della regola cautelare.

Il principio dell'affidamento inoltre non opera laddove il soggetto per la sua posizione di coordinamento o di controllo doveva attivarsi ed impedire le inesattezze altrui.

Il principio dell'affidamento non si applica e non può essere invocato da chi non rispetta le sue regole cautelari. In sostanza in caso di delega di funzioni all'interno di un complesso organizzato il delegante che non abbia esercitato un controllo sull'operato del delegato non può invocare l'omesso rispetto della regola di condotta da parte del delegato in quanto a sua volta è in colpa per non aver colposamente esercitato il controllo che gli avrebbe permesso di accorgersi che si sarebbe potuto verificare l'evento lesivo.

La responsabilità oggettiva

L'art. 42 c.p. intercetta la responsabilità oggettiva quale possibile criterio di imputazione sia pure nei soli casi previsti dalla legge.

La responsabilità oggettiva ricorre nel caso di imputazione del fatto senza che sia necessario l'accertamento del dolo ovvero della colpa, esaurendosi nel mero nesso causale tra l'azione e l'evento.

Essa sussiste quando un fatto delittuoso viene posto a carico del soggetto attivo del reato a prescindere dalla sussistenza di un nesso psichico tra la condotta e l'evento.

Questa norma codificata nel 1930 e quindi prima della Costituzione, all'indomani dell'entrata in vigore di quest'ultima ha ingenerato nella dottrina dubbi di conformità all'art. 27 che scolpisce il principio della personalità della colpa intesa in senso di responsabilità personale colpevole.

Nel 1988 con la sentenza 364 la Corte Costituzionale ha affermato la piena valorizzazione costituzionale della categoria della colpevolezza nel sistema penale.

La Corte ha infatti sostenuto espressis verbis il rango costituzionale del principio della colpevolezza secondo cui l'art. 27 della Costituzione statuisce che ***nel nostro ordinamento penale possono avere ingresso solo forme di responsabilità personale e colpevole***. Come si desume comma 3 dell'art. 27 che attiene alla finalità rieducativa della pena; la finalità rieducativa verrebbe frustrata qualora la pena fosse inflitta ad un soggetto che non essendo almeno in colpa non ha certo bisogno di essere rieducato.

La Corte nella medesima pronuncia, stante il rango costituzionale del principio di colpevolezza, ha però sottolineato che ***solo la responsabilità oggettiva pura è bandita dall'ordinamento penale*** ossia quella riguardante gli elementi costitutivi della fattispecie di reato, ma non anche gli elementi accessori e meno significativi che danno vita ad una c.d. responsabilità oggettiva spuria (*vedi ad esempio le circostanze aggravanti atteso che le circostanze sono elementi accidentali e non costitutivi della fattispecie di reato*).

CONCORSO DI PERSONE NEL REATO

L'istituto del concorso di persone nel reato disciplina i casi nei quali più persone concorrono alla realizzazione di un medesimo reato.

Esiste una differenza tra concorso di persone nel reato e reati associativi (es. associazione a delinquere finalizzata al traffico di stupefacenti).

- I reati associativi presuppongono un *vincolo stabile* tra i soggetti ed un programma criminoso riferito ad un insieme indeterminato di fatti delittuosi.
- Il concorso di persone determina invece un *vincolo di natura occasionale* circoscritto alla realizzazione di uno o più fatti delittuosi determinati.

Il concorso può essere *eventuale* ovvero *necessario* (es. reati di rissa, corruzione...)

Le fattispecie incriminatrici di parte speciale sono tutte modellate sulla figura dell'autore singolo. Essi quindi non solo direttamente applicabili a quei concorrenti che apportano sì un contributo alla realizzazione del fatto, ma che da solo non è sufficiente ad integrare la figura di reato.

Per cui le norme del codice in tema di concorso di persone assolvono proprio alla funzione di rendere punibili coloro che hanno posto in essere comportamenti che altrimenti non lo sarebbero in base alla singola norma incriminatrice.

In questo senso le norme sul concorso di persone integrano le disposizioni di parte speciale del codice! Il concorso criminoso può essere concepito in relazione all'apporto dei singoli soggetti (teoria della differenziazione) ovvero in modo omogeneo (teoria unitaria)

Il legislatore del 1930 realizzando un'inversione di tendenza rispetto al codice Zanardelli del 1889, ha optato per il modello della *tipizzazione unitaria* basata sul criterio dell'*efficienza causale*!

L'art. 110 del c.p. dispone che "*quando più persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita*".

Quindi tutti coloro che partecipano alla realizzazione di una fattispecie criminosa, purché abbiano apportato un contributo qualsiasi, ma dotato di rilevanza causale rispondono allo stesso modo.

Tuttavia il legislatore, come del resto ha fatto in tema di tentativo di reato, non ha rotto completamente i ponti con il passato in quanto all'art. 114 del c.p. ha previsto che "*il giudice qualora ritenga che l'opera prestata da talune persone che sono concorse nel reato abbia avuto minima importanza nella preparazione od esecuzione del reato, può diminuire la pena*".

L'art. 114 sembra codificare la distinzione tra partecipazione primaria o secondaria alla fattispecie criminosa collettiva.

L'art. 110 da alcuni viene ritenuto non rispettoso del principio costituzionale della responsabilità personale, almeno colposa, in quanto non tiene conto di una distinzione tra gli apporti causali dei correi i quali vengono tutti assoggettati alla stessa pena a prescindere dal grado di incidenza della loro partecipazione.

Struttura del concorso criminoso

Il concorso di persone nel reato presuppone quattro elementi:

- 1) pluralità di agenti
- 2) la realizzazione della fattispecie criminosa
- 3) il contributo di ciascuno dei soggetti
- 4) l'elemento soggettivo

1) pluralità di agenti: il concorso si configura anche se taluno dei concorrenti non è punibile per ragioni inerenti alla sua persona (es. per difetto di dolo o per mancanza di imputabilità)

Questa soluzione si ricava agevolmente dall'art. 112 nel quale si specifica che gli aggravamenti di pena si applicano anche se taluno dei partecipanti al fatto non è imputabile o non è punibile

Similmente l'art. 119 dispone che le circostanze soggettive le quali escludono la pena per taluno di coloro che sono concorsi nel reato, hanno effetto solo per quanto riguarda la persona cui si riferiscono.

Per cui ***il concorso di persone prescinde dall'imputabilità dei concorrenti***

2) la realizzazione della fattispecie oggettiva di un reato: i contributi di ciascuno dei concorrenti devono confluire nella realizzazione comune di una fattispecie di reato; quale ruolo ciascun partecipante rivesta è ininfluente in quanto il fatto può essere realizzato da più coautori, ovvero da un singolo autore con l'ausilio di complici, ovvero da più soggetti ciascuno laddove ciascuno si limita a porre in essere una frazione del fatto tipico.

Sempre in applicazione dei principi generali, non è necessario che il fatto collettivo giunga a consumazione, ma è sufficiente che la realizzazione del fatto comune si traduca in atti idonei diretti in modo non equivoco a commettere un delitto (concorso di persone del delitto tentato).

L'esigenza minima che si siano almeno integrati gli estremi del delitto tentato si evince indirettamente dall'art. 115 c.p. secondo il quale salvo che la legge disponga altrimenti nessuno è punibile

A) per il semplice fatto di essersi accordato con altri qualora all'accordo non segua la messa in atto del fatto programmato

B) per il semplice fatto di aver istigato qualcuno qualora questi poi non compia il reato.

Tuttavia siccome sia l'accordo che l'istigazione presuppongono pericolosità sociale, l'art. 115 c.p., attribuisce al giudice la facoltà di applicare misure di sicurezza.

La norma sottolinea "*salvo che la legge disponga altrimenti*". Infatti vi sono delle ipotesi nelle quali anche la semplice istigazione è punita anche se l'istigato poi non commette il fatto delittuoso.

(Es. l'istigazione alla corruzione.)

3) contributo dei soggetti:

Tipologia dei contributi: concorso materiale e concorso morale

Concorso materiale: il concorrente interviene personalmente nella serie degli atti che danno vita all'elemento materiale del reato.

Autore: colui che compie gli atti esecutivi

Coautore: chi interviene nel compimento degli atti esecutivi del reato

Ausiliatore/complice: chi si limita ad apportare un qualsiasi aiuto materiale che abbia una rilevanza causale nella realizzazione del fatto che costituisce reato

Concorso morale: Il contributo del partecipe può anche manifestarsi sotto forma di impulso psicologico ad un reato materialmente commesso da altri.

Nel concorso morale si è soliti distinguere tra:

- Il determinatore : chi fa sorgere in altri un proposito criminale prima inesistente
- L'istigatore: colui che si limita a rafforzare in altri un proposito criminoso già esistente

La rilevanza penale dell'istigazione si desume dall'art. 115 Comma 3 c.p. stabilendo la non punibilità dell'istigazione rimasta sterile. Questa norma riconosce quindi implicitamente che quando l'istigazione viene accolta ed il reato viene commesso, l'istigatore risponde a titolo di concorso.

NB contro l'utilizzabilità dei criteri della idoneità ex ante, valgono le stesse considerazioni fatte per il concorso materiale di persone.

Come è da escludere il concorso materiale in mancanza di una condotta che, considerata ex post, risulti avere almeno agevolato in concreto la commissione del delitto, similmente non può esservi complicità morale a prescindere da una effettiva influenza sulla psiche dell'esecutore materiale del reato.

4) l'elemento soggettivo del concorso criminoso

Ciascuna condotta di partecipazione deve essere sorretta da un corrispondente requisito psicologico. Occorrono due elementi:

- la coscienza e volontà del fatto criminoso
- un *quid pluris* ossia la coscienza e la volontà di concorrere con altri al medesimo fatto criminoso

L'accordo con gli altri correi può avvenire tramite previo accordo, ovvero con accordo contestuale al fatto criminoso, ovvero come semplice adesione all'opera di un altro che ne rimane ignaro.

Per contro se più soggetti operano tutti all'insaputa uno dell'altro non ci troveremo di fronte ad un'ipotesi di concorso di persone ma di più reati monosoggettivi.

Si ammette la partecipazione dolosa al delitto colposo.

Es. Tizio spinge dolosamente Caio il quale versa in errore inescusabile in relazione alla tossicità di una sostanza, a versarla nell'acqua.

L'apporto di Tizio è doloso mentre Caio è in colpa!

Non si ammette invece il concorso colposo al delitto doloso!

Es Tizio, pur essendo a conoscenza dell'astratto proposito di Caio di uccidere la moglie, consegna a Caio un veleno topicida credendo che lo userà per i topi ed invece Caio avvelena la moglie.

L'apporto di Tizio è colposo mentre Caio è in dolo!

In questo caso la punibilità di Tizio è esclusa per almeno due motivi:

- a) secondo un principio generale, nei delitti, la responsabilità colposa presuppone una espressa previsione legislativa e proprio l'art. 113 c.p. conferma la regola in quanto ammette la sola cooperazione del delitto colposo e non doloso!
- b) L'inammissibilità inoltre viene riconosciuta dal fatto che il codice penale prevede dei casi specifici nei quali opera la cooperazione colposa del delitto doloso: artt. 254, 259, 350.
- c) Infine oggi si tende a circoscrivere il dovere obiettivo di diligenza di ciascuno facendo leva sul principio di responsabilità personale. Per cui se si presuppone in ciascun individuo normale l'attitudine ad una autoderminazione responsabile, ne consegue che ognuno deve evitare soltanto pericoli derivanti dalla propria condotta, mentre non si ha l'obbligo di impedire comportamenti pericolosi di terze persone altrettanto capaci di scelte personali.
- d) Non possono essere definite colpose quelle condotte le quali sono pericolose non in sé ma in quanto semplicemente forniscono ad altri l'occasione di delinquere.

REATO OMISSIVO

Ratio del reato omissivo: Il modello tipico di illecito penale è stato tradizionalmente costituito dal reato di azione (*reato commissivo doloso*).

Per tutto l'ottocento, in coerenza con la logica individuale-liberale la responsabilità per omissione ha costituito una eccezione.

Con il novecento e l'avvento della Costituzione, si è affermato invece il principio solidaristico che fa obbligo non solo e non tanto di astenersi dal compiere azioni lesive, quanto di intervenire attivandosi per la salvaguardia di beni altrui posti in pericolo.

Mentre il diritto penale dell'azione va a reprimere la modificazione in peggio della situazione preesistente, il diritto penale dell'omissione tende a garantire il progresso ed il benessere collettivo.

Reato omissivo proprio ed improprio

Il reato omissivo proprio consiste nel mancato compimento di un'azione che la legge penale obbliga di realizzare. Es. *chi omette di prestare soccorso c.d. omissione di soccorso*

La legge incrimina la semplice omissione. L'omittente non risponde delle conseguenze della sua omissione, caso mai si applica una circostanza aggravante.

Es se un soggetto omette di soccorrere una persona e questa muore, il soggetto è imputabile di omissione di soccorso e non di omicidio.

Il reato omissivo improprio o c.d. "commissivo mediante l'omissione" consiste nella violazione di impedire il verificarsi di un evento che si ha l'obbligo di impedire .

In questi casi il soggetto che omette di tenere il comportamento doveroso, risponde anche dei risultati connessi al suo mancato attivarsi.

Sono reati omissivi propri quelli configurati come tali direttamente dal legislatore, mentre sono impropri quelli carenti di una disciplina legislativa espressa ma sono ricavati dalla conversione di fattispecie commissive base. ***Conversione di fattispecie commissiva base in fattispecie omissiva impropria***

Struttura del reato omissivo proprio:

- Situazione tipica ossia la situazione in concomitanza della quale sorge l'obbligo di attivarsi.
- Non compimento di una determinata azione che era da compiersi in base ad una norma di legge.
- Possibilità materiale di agire

Quindi la condotta omissiva tipica, nell'illecito omissivo proprio, consiste nel mancato compimento dell'azione richiesta in presenza della situazione conforme alla fattispecie incriminatrice.

NB il reato viene meno se il soggetto ha compiuto un serio sforzo di adempiere ma l'insuccesso è dovuto a circo strana esterne.

Struttura del reato omissivo improprio:

Mentre nel reato omissivo proprio il soggetto contravviene ad un comando di agire, nei reati omissivi impropri si viola pur sempre un divieto di cagionare l'evento che dà vita alla fattispecie criminosa.

Il reato omissivo improprio pone dei problemi in relazione al principio di legalità e di sufficiente determinatezza della fattispecie incriminatrice.

Situazione tipica

Intesa come il complesso dei presupposti di fatto che danno vita ad una situazione di pericolo e che pertanto obbligano ad intervenire.

Indubbiamente in assenza di una espressa previsione legale il contenuto e lo scopo del dover agire possono evincersi solo dalle circostanze del caso concreto.

La posizione di garanzia

Affinché il mancato impedimento assurga a livello penale non è solo necessario l'accertamento del nesso di causalità ipotetica, in quanto è necessario anche che vi sia la violazione di un obbligo giuridico di impedire l'evento.

L'obbligo di impedire eventi lesivi a carico altrui rappresenta un'eccezione che si ritiene plausibile solo in presenza di un obbligo giuridico!

La nostra dottrina ha postulato nascente l'obbligo giuridico da una c.d. **posizione di garanzia** che può trovare fonte:

- nella legge (si pensi all'obbligo di cura dei genitori nei riguardi dei figli)
- nel contratto (si pensi alla *baby sitter*) è necessario però che oltre al contratto, il garante assuma in concreto la funzione (la *baby sitter* non è venuta e allora i genitori escono comunque lasciando a casa il bambino).
- da precedenti azioni pericolose (chi compie una azione pericolosa dopo assume l'obbligo di impedire conseguenze dannose: si pensi a chi apre una buca sulla strada che è tenuto a porre in essere adeguate misure di sicurezza).

La *ratio* della posizione di garanzia: ***al fondamento vi è la necessità di assicurare a determinati beni giuridici una tutela rafforzata stante l'incapacità dei loro rispettivi titolari a proteggerli adeguatamente.***

Gli obblighi di garanzia hanno un carattere speciale perché incombono soltanto su alcuni soggetti e non sulla generalità dei cittadini. Non rilevano per il *quisque de populo*

La dottrina ha suddiviso la posizione di garanzia in due sottocategorie

- Posizione di controllo
- Posizione di protezione

La posizione di controllo ha come scopo di neutralizzare determinate fonti di pericolo in modo da garantire l'integrità di tutti i beni giuridici che possono essere minacciati. (proprietario dell'edificio che rovina)

La posizione di protezione invece ha come scopo di preservare determinati beni da tutti i pericoli che possono minacciarne l'integrità quale che ne sia la fonte (genitori nei riguardi dei figli)

Attualmente assume un ruolo rilevante la posizione di controllo nell'ambito dell'attività lavorativa. Ossia nel rapporto datore di lavoro/dipendente.

La posizione di controllo presuppone due elementi:

- che il titolare del bene si trovi nell'impossibilità di proteggere il bene medesimo
- che il garante tenga sotto la sua sfera di signoria la sorgente da cui si origina la situazione di pericolo

E' regola che chi è minacciato da pericoli scaturenti da cose che appartengono ad altri normalmente non è in grado di proteggersi da sé in quanto ciò comporterebbe un'ingerenza nella sfera giuridica altrui.

Per cui l'incolumità del soggetto minacciato finisce, necessariamente, col dipendere dalle cautele predisposte da chi ha sotto la sua sfera di signoria la cosa pericolosa.

Per quanto attiene al rapporto di lavoro spesso si rileva che la fonte del pericolo consiste nello svolgimento di un'attività lavorativa in regime di non sicurezza, la quale non è neutralizzabile dai soggetti che ne risultano minacciati perché privi del potere di incidere sull'organizzazione dell'attività medesima.

Gli obblighi di garanzia penalmente rilevanti possono nascere: *da contratto, dal rapporto tra soggetti* (genitori e figli), *dal rapporto con una res* (diritto di proprietà sul bene), *spontaneamente* (si pensi ad un soggetto che spontaneamente acquisisca su di sé la protezione di alcuni beni giuridici).