

**Università degli Studi di Napoli**

**“FEDERICO II”**



**DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA**

Tesi di dottorato in

Diritti umani. Teoria, storia e prassi

XXXVI ciclo

**Il diritto penale dell'autore tra teoria e prassi**

**Coordinatore**

Ch.mo Prof. Antonio Cavaliere

**Tutor**

Ch.mo Prof. Antonio Cavaliere

**Candidato**

Dott. Piero Brunetti

Anno accademico 2022/2023



## Indice

### ***CAPITOLO I - AUTORE E AUTORE-TIPO NELL'ELABORAZIONE DELLA***

|                                                                                                               |          |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------|
| <b><i>DOTTRINA</i></b> .....                                                                                  | <b>6</b> |
| 1. Premessa introduttiva.....                                                                                 | 6        |
| 2. Le diverse forme di diritto penale dell'autore .....                                                       | 10       |
| 3. Il cd. diritto penale dell'autore in senso lato .....                                                      | 13       |
| 4. Il diritto penale dell'autore a sfondo criminologico-sintomatico .....                                     | 17       |
| 4.1 Tesar e Kollmann .....                                                                                    | 20       |
| 4.2 L'orientamento di Grispigni .....                                                                         | 24       |
| 5. Cenni al diritto penale dell'atteggiamento interiore .....                                                 | 27       |
| 6. Il diritto penale del tipo normativo d'autore .....                                                        | 31       |
| 6.1. Al di là del tipo d'autore: le altre caratteristiche della teoria del reato<br>nazional-socialista ..... | 37       |
| 7. Il diritto penale del nemico .....                                                                         | 38       |
| 7.1 La norma giuridica vigente nel pensiero di Jakobs .....                                                   | 40       |
| 7.2 La persona "nel diritto" nel pensiero di Jakobs .....                                                     | 43       |
| 7.3 Le ricadute giuridiche della qualificazione come nemico .....                                             | 46       |
| 8. Rilievi critici .....                                                                                      | 48       |
| 8.1 Brevi osservazioni su alcune ipotesi normative .....                                                      | 52       |

### ***CAPITOLO II – IL RILIEVO DELL'AUTORE NELLA GIURISPRUDENZA***

|                                                                                                                                                                            |           |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b><i>ITALIANA</i></b> .....                                                                                                                                               | <b>63</b> |
| 1. Premessa .....                                                                                                                                                          | 63        |
| <b>SEZIONE I – GLI ORIENTAMENTI DELLA CORTE COSTITUZIONALE</b> .....                                                                                                       | <b>65</b> |
| 1. Introduzione .....                                                                                                                                                      | 65        |
| 2.1. Il diritto penale dell'autore come motivo d'incostituzionalità .....                                                                                                  | 67        |
| 2.1.1.1. Una prima fase: la legittimazione costituzionale del sintomo di pericolosità<br>personale in base al principio di ragionevolezza.....                             | 67        |
| 2.1.1.2. Una seconda fase: l'incostituzionalità degli artt. 708 e 608 co. 2 c.p. in virtù del<br>principio di offensività.....                                             | 74        |
| 2.1.2. La punizione di mere condizioni personali: mendicizia e clandestinità .....                                                                                         | 80        |
| 2.1.3. Il recente percorso della Consulta in materia di divieto di soccombenza della recidiva<br>reiterata .....                                                           | 87        |
| 2.1.4. Guida senza patente commessa da persona sottoposta a misura di prevenzione: il<br>caso della sospensione della patente per violazione del Codice della strada ..... | 95        |
| 2.1.5. Sintesi.....                                                                                                                                                        | 97        |
| 2.2. Il rigetto di questioni di legittimità costituzionale censuranti forme di diritto penale<br>dell'autore.....                                                          | 101       |

|                                                                                            |                   |
|--------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------|
| 2.2.1. Il possesso di chiavi alterate e grimaldelli .....                                  | 101               |
| 2.2.2. La guida senza patente commessa da persona sottoposta a misura di prevenzione ..... | 108               |
| 2.2.3. L'ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato .....                    | 121               |
| 2.2.4. Dalla <i>poena naturalis</i> al diritto penale dell'atteggiamento interiore? .....  | 127               |
| <b>SEZIONE II – GLI ORIENTAMENTI DELLA CORTE DI CASSAZIONE .....</b>                       | <b>132</b>        |
| 1. Introduzione .....                                                                      | 132               |
| 2. La punizione di meri <i>status</i> soggettivi .....                                     | 137               |
| 2.1. Mafia e tipo d'autore .....                                                           | 137               |
| 2.2. Lo stalker .....                                                                      | 144               |
| 2.3. Il tossicodipendente .....                                                            | 146               |
| 3. Recenti involuzioni nella configurazione del dolo. Verso l'atteggiamento interiore? ... | 147               |
| 3.1 Dolo generico "specificizzato" .....                                                   | 148               |
| 3.2 Dolo eventuale .....                                                                   | 153               |
| 3.3 Il dolo specifico tra tendenze restrittive ed espansive .....                          | 155               |
| 3.3.1. (segue) i recenti arresti delle Sezioni unite .....                                 | 157               |
| <b><i>CAPITOLO III – L'INCERTA CATEGORIA DEL REATO ABITUALE .....</i></b>                  | <b><i>167</i></b> |
| 1. Introduzione .....                                                                      | 167               |
| 2. Le concezioni oggettive del reato abituale .....                                        | 168               |
| 2.1 Considerazioni critiche .....                                                          | 171               |
| 3. Le concezioni soggettive del reato abituale .....                                       | 181               |
| 3.1 Rilievi critici .....                                                                  | 187               |
| 4. Una conclusione <i>de iure condendo</i> .....                                           | 189               |
| <b>Bibliografia .....</b>                                                                  | <b>192</b>        |
| <b>Decisioni (in ordine cronologico) .....</b>                                             | <b>221</b>        |



# CAPITOLO I - AUTORE E AUTORE-TIPO NELL'ELABORAZIONE DELLA DOTTRINA

## 1. Premessa introduttiva

Chi si accinge allo studio del cd. diritto penale dell'autore nella dottrina incontra una prima difficoltà nella delimitazione della materia. Ciò è dovuto a una pluralità di fattori.

In primo luogo, non è agevole individuare il significato dell'espressione in esame. Un'autorevole voce della comunità scientifica internazionale è giunta a sostenere: «Per diritto penale d'autore si possono intendere molti concetti diversi, quanti sono gli autori che vi fanno riferimento o che, senza farvi espressamente riferimento, prendono elementi dalle rovine della sua costruzione inconclusa [;] perché il “diritto penale d'autore” non è una sinfonia incompiuta, ma l'abbozzo delle diverse parti di una sinfonia a cui non si arrivò mai a dar forma»<sup>1</sup>. Sul punto si tornerà immediatamente; comunque, da una prospettiva assai generale, il diritto penale d'autore può essere definito come un paradigma non unitario, che, con diversa intensità, si discosta dal diritto penale del fatto e dal diritto penale dell'offesa.

In secondo luogo, sussiste un problema cronologico. L'attenzione per il soggetto, autore del reato, costituisce una costante nella storia del diritto penale<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> ZAFFARONI, *Tratado de derecho penal - parte general*, vol. III, Buenos Aires, 1981, p. 185. Similmente, nella dottrina italiana, VASSALLI, *Diritto penale della volontà e diritto penale dell'evento nella recente legislazione* (in «Quaderni 2» - supplemento della «Rassegna della Giustizia militare» [Studi in onore di Vittorio Vestro, 1986, p. 179-185]), in *Scritti giuridici*, vol. I, Milano, 1997, p. 986.

<sup>2</sup> Secondo la nota impostazione di NUVOLONE, *I fini e i mezzi nella scienza del diritto penale* (da *Riv. it. dir. pen.*, 1948), in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, vol. I, Padova, 1969, p. 151 ss., e spec. 159-161; essa è ancora oggi adottata da alcuni autori, anche nella manualistica; cfr. MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, Milano, 2017, p. 97 ss. Per altro, parlare di una costante del diritto penale, in questa sede, non implica necessariamente un'opzione giusnaturalistica, nonostante questa critica sia stata autorevolmente sostenuta da BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nss. D.I.*, vol. XIX, Torino, 1973, p. 9, nota 5; infatti, come si avrà modo di verificare, l'analisi non prescindere dalle contingenti situazioni storico-politiche in cui si sono sviluppate determinate categorie dogmatiche; sicché la *costante* ha, più semplicemente, il ruolo di sintesi di esperienze giuridiche che hanno concretamente caratterizzato periodi e società differenti.

Ne consegue la necessità di ritagliare un arco temporale entro il quale restringere l'indagine<sup>3</sup>. La scelta cade sui secoli XIX-XX, per la decisiva influenza che le elaborazioni teoriche di tale periodo hanno avuto sullo sviluppo del diritto penale contemporaneo.

In terzo luogo, gli studi sul diritto penale dell'autore hanno assunto un peso diverso in relazione alla dottrina dei vari Paesi dell'area europea. La ragione, evidentemente, riposa sulla diversa evoluzione politica, sociale e culturale sottesa ai rispettivi ordinamenti giuridici. La massima elaborazione si è avuta in Germania e in Italia, sicché è ad una parte della dottrina di tali Paesi che si dovrà prestare maggiore attenzione<sup>4</sup>.

Al di là della delimitazione dell'oggetto d'indagine, il secondo genere di difficoltà riguarda la funzione di uno studio sulle teorie in esame. È necessario chiarire immediatamente il ruolo euristico e, soprattutto, critico di una ricerca sul diritto penale dell'autore: non s'intende legittimare quanto è stato, almeno in larga parte, superato dalla storia<sup>5</sup>. Piuttosto, da un lato, si mira a ridare

---

<sup>3</sup> La necessità di una circoscrizione temporale è confermata dal fatto che anche la dottrina romanistica si è recentemente interessata al rilievo dell'autore nel primitivo diritto criminale romano; cfr., ad es., le interessanti ricerche di Donadio – da ultimo, DONADIO, *L'uomo delinquente di Marco Tullio Cicerone*, in *JusOnline*, 4, 2022, 95–143; in punto di fonti, si può ricordare il noto passo del *Digesto*, 48.8.14, secondo cui: «*Divus Hadrianus in haec verba rescripsit: "In maleficiis voluntas spectatur, non exitus"*». Il diritto romano, per altro, non costituirebbe nemmeno il punto di partenza dell'analisi. Volendo risalire ancora più indietro nel tempo, Welzel individua nella filosofia stoica di Cleante (allievo di Zenone, vissuto a cavallo tra il IV e il III sec. a.C.) una traccia sostanziale di un diritto penale dell'autore: secondo il passo di Cleante, riportato da Welzel, “il criminale è già criminale prima di macchiarsi le mani di sangue, per il solo fatto di avere già l'intenzione di rapinare e di uccidere. La malvagità non comincia con l'azione, ma in essa si fa solo manifesta”, cfr. WELZEL, *Diritto naturale e giustizia materiale*, Milano, 1965, p. 61. Per dei riferimenti anche storici, cfr. MANNA, *La giustizia penale fra Otto e Novecento: la disputa fra soggettivismo e oggettivismo*, in *Ind. pen.*, 2, 2006, 509–556. Più di recente, FORZATI, *Il diritto penale dell'obbedienza fra fondamento etico-religioso dell'offesa e funzione potestativa della pena*, in *Arch. pen. (riv. web)*, 3, 2017; ID., *L'illecito personologico fra destrutturazione del Tatstrafrecht e affermazione del Täter-prinzip: soggettivizzazione del reato e crisi della materialità penale nel XIX e XX secolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4, 2019, 1989–2043.

<sup>4</sup> Un sintomo di questo dato si ritrova, ancora oggi, nella diversa attenzione prestata dalla manualistica al tema in esame: è variamente accennato nella produzione manualistica italiana e tedesca, come si avrà modo di approfondire nel corso del lavoro; è pressoché assente in quella francese e quella spagnola. Cfr., per la manualistica transalpina, BOULOC, *Droit pénal général*, Parigi, 2017, (sebbene a p. 279 vi sia un mero cenno al *Täterstrafrecht*); PRADEL, *Manuel de droit pénal général*, Parigi, 2006; per quella iberica, ARROYO ZAPATERO, BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, *Curso de derecho penal. Parte general*, Barcellona, 2016; MIR PUIG, *Derecho penal - parte general*, Barcellona, 2008 (salvo un minimo cenno a p. 125); MUÑOZ CONDE, GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, Valencia, 2010.

<sup>5</sup> A fronte di una crescente sensibilità della dottrina moderna al tema, come si dirà tra un attimo, vi è chi qualifica “antistorico” un sistema, anche scientifico, che voglia costruire un diritto penale dell'autore –

effettivo contenuto a un'espressione utilizzata sempre più di frequente nella dottrina contemporanea – specialmente dopo l'irrompere, nel dibattito internazionale, del cd. diritto penale del nemico. Dall'altro, si punta a criticare il diritto penale dell'autore, nelle sue varie forme, alla luce delle norme costituzionali<sup>6</sup>. Le due prospettive sono strettamente connesse, secondo una logica che va dall'oggetto della valutazione alla valutazione dell'oggetto.

In effetti, la scienza penalistica moderna segnala con apprensione il ritorno di prospettive autoritarie nel diritto penale, con spostamento del baricentro del reato dal fatto socialmente dannoso all'autore<sup>7</sup>. Così, si parla di “tentazione illiberale – invero mai morta, ma riemergente anche in anni recenti - di assecondare forme di responsabilità d'autore”<sup>8</sup>, di “eterno ritorno del tipo d'autore”<sup>9</sup>, di “nuovo diritto penale d'autore”<sup>10</sup>, di un diritto penale “in cerca di autore”<sup>11</sup> etc. A fronte del paventato rischio di criminalizzazione di tipi d'autore,

---

così FIORELLA, *Lo sviluppo in Italia, nel '900, delle fondamentali categorie del diritto penale alla luce delle influenze della dottrina tedesca*, in *Rivista per le scienze giuridiche*, 6, 2015, 178. L'assunto è condivisibile, naturalmente, se l'intento scientifico è volto a promuovere un diritto penale d'autore; meno condivisibile laddove si persegua una prospettiva critica, restando saldo l'ammonimento insito nelle pagine più buie della storia.

<sup>6</sup> Non è in dubbio, infatti, l'astratta possibilità di costruire un sistema che guardi essenzialmente all'autore; tuttavia, è sul piano normativo-fondamentale che va verificata la praticabilità di una tale costruzione. In questi termini, MOCCIA, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, Padova, 1988, p. 8, nt. 26.

<sup>7</sup> Tale tendenza era già stata nitidamente segnalata, in relazione alla legislazione coeva, da PALAZZO, *La recente legislazione penale*, Padova, 1985, pp. 366–369. Ancora oggi, tuttavia, si dimostra particolare attenzione al tema; ne costituisce un esempio l'ottavo Convegno nazionale dell'Associazione Italiana Professori di diritto penale, tenuto a Siracusa i giorni 25-26 ottobre 2019, “il diritto penale ‘dei nemici’. Verso un nuovo diritto penale dell'autore?”; i relativi atti sono stati pubblicati nella *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2, 2020 – Speciale.

<sup>8</sup> FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, Bari Roma, 2017, p. 84.

<sup>9</sup> AMBROSETTI, *L'eterno ritorno del tipo d'autore nella recente legislazione e giurisprudenza penale*, in *Ind. pen.*, 2 2, 2016, 393–403. ID., *Prefazione*, in *Il soggetto autore del reato: aspetti criminologici, dogmatici e di politica criminale: atti della Giornata di studi penalistici in ricordo di Alessandro Alberto Calvi: Padova, 18 novembre 2011: Palazzo del Bo' - Aulla Magna «Galileo Galilei»*, Padova, 2013. Similmente, anche FLORA, *Verso un diritto penale del tipo d'autore?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2008, 559–571.

<sup>10</sup> STANIG, *Il nuovo diritto penale d'autore*, in *Scuola Positiva e sistema penale: quale eredità?*, a cura di PITTARO, Trieste, 2012, p. 45 ss.

<sup>11</sup> MEZZETTI, *Gli eccessi del legislatore e l'irrelevanza autoreferenziale della dottrina penalistica*, in *Arch. pen. (riv. web)*, 2, 2019, 15.

non manca chi denuncia la creazione di “statuti penali differenziati in ragione della tipologia di autori”, anche *in bonam partem*<sup>12</sup>.

Tali preoccupazioni si radicano in una pluralità di fattori, che complessivamente caratterizzano il diritto penale post-moderno e le relative linee di politica criminale: dilagante populismo penale<sup>13</sup>; scadimento della garanzia della legge<sup>14</sup>; nuova centralità della magistratura, talvolta ispirata da “tendenze iper-repressive<sup>15</sup>”.

A tutto questo va aggiunto, con una certa dose di realismo, il difficile equilibrio della dottrina penalistica contemporanea. Infatti, l’ambizione a ricostruire il volto costituzionale dell’illecito penale, con i conseguenti limiti per il legislatore ordinario, ha scontato il prezzo della pluralità d’interpretazioni, a volte eterogenee, del testo costituzionale<sup>16</sup>; emblematica in tal senso è stata la travagliata, lenta affermazione del principio di offensività<sup>17</sup>. Così, una parte

---

<sup>12</sup> SGUBBI, *Il diritto penale totale: punire senza legge, senza verità, senza colpa: venti tesi*, Bologna, 2019, p. 53 ss. Ma, già in precedenza, FIORE, *Decodificazione e sistematica dei beni giuridici*, in G. MARINUCCI, M. RAMAT, *Beni e tecniche della tutela penale: materiali per la riforma del codice*, Milano, F. Angeli, 1987, pp. 84–85. Cfr. anche PALIERO, *Il diritto liquido. Pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3, 2014, spec. 14-17; MANTOVANI F., *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell’amico, il nemico del diritto penale e l’amico del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2007, 470 ss.

<sup>13</sup> Cfr. PULITANÒ, *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in *Criminalia*, 2013, 123 ss.; FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, 95 ss.; FERRAJOLI, *Il populismo penale nell’età dei populismi politici*, in *Quest. giust.*, 1, 2019, 79 ss.; RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Torino, 2019, p. 73 ss.; DONINI, *Populismo penale e ruolo del giurista*, in *Sistema penale (rivista web)*, 2020; ANASTASIA, ANSELM, FALCINELLI, *Populismo penale: una prospettiva italiana*, Padova, 2020, *passim*; AMATI, *L’enigma penale. L’affermazione politica dei populismi nelle democrazie liberali*, Torino, 2020, *passim* (spec. p. 75 ss.).

<sup>14</sup> Questo profilo è legato, soprattutto, all’eccessivo ricorso alla tecnica casistica, spesso ispirata dall’emergenza di turno. Ancora attuale, purtroppo, l’analisi di MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie del sistema penale*, II ed., Napoli, 1997, *passim*.

<sup>15</sup> In questi ultimi termini, FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, cit., p. 85. Ad ogni modo, si tratta di un’opinione sempre più diffusa: cfr. anche ANASTASIA, ANSELM, FALCINELLI, *Populismo penale: una prospettiva italiana*, cit., p. 27; RAMPIONI, *le modifiche al sistema penale fra «giustizialismo» e «populismo giudiziario»*, in *Ind. pen.*, 1, 2019, 145 ss (spec. 152 ss.).

<sup>16</sup> La tesi della ricostruzione del reato alla luce delle norme costituzionali trova, ancora oggi, un caposaldo nel suo primo autorevole formulatore: BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., *passim*; per una revisione critica, seppur con diversa intensità, cfr. MARINUCCI, DOLCINI, *Costituzione e politica dei beni giuridici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 1994, 333 ss.; MUSCO, *L’illusione penalistica*, Milano, 15 giugno 2004, p. 55 ss.; FIANDACA, DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale: per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003, p. 115 ss. MAZZACUVA N., *Diritto penale e Costituzione*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, Torino, 2000, p. 79 ss. (spec. 85 ss.).

<sup>17</sup> Cfr. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale: canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005; ma già, in precedenza, cfr. le notazioni di

della dottrina è giunta finanche ad affermare la crisi del modello costituzionale dell'illecito penale<sup>18</sup>.

Si riscopre, pertanto, l'utilità di una analisi dommatica avente funzione principalmente critica<sup>19</sup> e, in specie, di una ricerca sul diritto penale d'autore: se non può trovarsi accordo su ciò che deve essere, si può quanto meno convenire su ciò che, adeguatamente inquadrato, certamente non deve essere il reato<sup>20</sup>.

## 2. Le diverse forme di diritto penale dell'autore

Si è fatto cenno al carattere non unitario della categoria del diritto penale d'autore. Occorre allora precisare meglio l'assunto.

In realtà, sussiste un *trait d'union* basilare tra le varie teorie, che consente di configurare una categoria; esso consiste nel distacco dall'idea, di marca liberal-garantista, che il nucleo dell'illecito penale si fondi su un fatto offensivo<sup>21</sup>. Ciò posto, all'interno della categoria mutano le ragioni

---

CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, in *Costituzione, diritto e processo penale. I quarant'anni della Corte costituzionale. Atti del Convegno*, a cura di GIOSTRA, INSOLERA, Milano, 1998, p. 133 ss. Per ulteriori riferimenti, cfr. *infra* par. 8.

<sup>18</sup> DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale: la democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, p. 66 ss.

<sup>19</sup> Secondo l'insegnamento di BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., pp. 8, 13, 24.

<sup>20</sup> Non s'intende, beninteso, accogliere una prospettiva riduzionistica del ruolo della dommatica, che dovrebbe mirare a elaborare soltanto limiti, senza un contenuto positivo su cui convergere (questa tesi è stata sostenuta autorevolmente da NAUCKE, *Negatives Strafrecht: 4 Ansätze*, Berlin-Münster, 2015, p. 27 ss., 35 ss. – per una rapida critica, cfr. DONINI, *Populismo penale e ruolo del giurista*, cit., pp. 20–21; cfr. anche MARRA, *Il paradosso della legalità nella modernità penalistica. Note a margine di Wolfgang Naucke, Negatives Strafrecht. 4 Ansätze, Lit, Berlin, 2015*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2018, 725 ss.; già in passato, cfr. NAUCKE, *I confini del diritto penale. Abbozzo del problema in sette tesi*, in *Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*, a cura di BORRÉ, PALOMBARINI, ALBRECHT, Milano, 1998, p. 95 ss., spec. 100, 103. Più semplicemente, si desidera illustrare la ragione di un interesse, ancora attuale, su un tema apparentemente superato. Sembra affermare, invece, questo "obbiettivo minimo", recentemente, FIANDACA, *Intorno a dottrine e interpretazione penalistiche dal codice penale Rocco a oggi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4, 2023, 1279 ss., spec. 1293, 1296–1297, 1299. In senso fortemente contrario a una visione meramente negativa/limitativa, pur partendo dall'ambito particolare del bene giuridico, si esprime CONTIERI, *Dialettica del bene giuridico. Per il recupero di una prospettiva costituzionalmente orientata*, Pisa, 2019, pp. 183, 191.

<sup>21</sup> Per dei riferimenti minimi, cfr. PAGLIARO, *Fatto (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XVI, Milano, 1967, p. 951 ss.; BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. spec. p. 82-83; DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, p. 108 ss.; FIORELLA, *Reato (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, Milano, 1987, p. spec. 789 ss.

dell'attenzione per l'autore e, di converso, il grado d'importanza che residua al fatto offensivo.

Questi elementi minimali hanno consentito differenti orientamenti metodologici sul tema. Una parte della dottrina, con impostazione tradizionale, è partita dalle disposizioni normative vigenti e ha cercato di ricostruire un sistema puramente concettuale, all'interno del quale valutare l'autore come elemento determinante l'incriminazione; si è così individuata una triade astratta (tipi di autore, di fatto e di offesa), fondante il nucleo del precetto penale; si è valutato in che relazione fossero gli elementi della triade e come la preminenza dell'uno si riflettesse sugli altri; su queste basi, si è giunti a individuare delle diverse gradazioni di diritto penale dell'autore; l'estremo è costituito dal tipo normativo d'autore, condizionante, in positivo o in negativo, la punibilità<sup>22</sup>.

L'impostazione citata, per altro, parte da una premessa assai semplificatrice: all'impalcatura dogmatica sono estranei gli scopi, repressivi o preventivi, in funzione dei quali la norma penale accentua il profilo dell'autore. In particolare, si parte da una distinzione logica tra precetto e conseguenza; la conseguenza non si identifica *tout court* con la pena, ma costituisce un'unitaria categoria logica (la "conseguenza criminale"), nella quale rifluiscono pene, misure di sicurezza e misure di prevenzione; quindi, al fine di individuare la tipologia di autore, si valuta se la conseguenza criminale dipenda dalla qualità dell'autore (contemplato nel precetto)<sup>23</sup>. Solo in una fase successiva, di organizzazione delle tipologie d'autore individuabili, si torna a distinguere le conseguenze criminali e, dunque, lo scopo per cui la legge tiene in considerazione certi (tipi di) autori<sup>24</sup>.

Una parte della dottrina, più di recente, ha optato per un diverso percorso<sup>25</sup>. Al centro dell'analisi sono state le tesi dei sostenitori del diritto

---

<sup>22</sup> CALVI, *Tipo criminologico e tipo normativo d'autore*, Padova, 1967, p. 70 ss. (spec. 83 ss.; 112 ss.).

<sup>23</sup> *Ivi*, p. 5, nota 1; p. 58.

<sup>24</sup> *Ivi*, p. 263 ss., con riferimento alle tipologie generali del delinquente colpevole e del delinquente pericoloso, da cui si sviluppano le ulteriori sotto-tipologie.

<sup>25</sup> GÓMEZ MARTÍN, *El derecho penal de autor - desde la vision criminológica tradicional hasta las actuales propuestas de Derecho penal de varias velocidades*, Valencia, 2007, *passim*.

penale dell'autore, dipanatesi nel corso del tempo; l'indicazione delle loro principali caratteristiche ha consentito di raggrupparle, idealmente, in sottocategorie omogenee. Si sono così individuati un diritto penale dell'autore "in senso lato" o "limitato", un diritto penale dell'autore "intermedio" e un diritto penale dell'autore "in senso stretto": il primo si caratterizza per l'attenzione solo "subalterna" all'autore del reato, con tendenziale rispetto dei principi di materialità e offensività; il secondo raggruppa quelle concezioni del reato come sintomo di pericolosità criminale dell'autore; il terzo, infine, esprime il diritto penale del tipo d'autore e includerebbe sia il *Täterstrafrecht* nazionalsocialista, sia il più moderno *Feindstrafrecht*. Da questo inquadramento resterebbero escluse le concezioni di *Gesinnungsstrafrecht* – invero, con argomento di dubbia consistenza<sup>26</sup>.

In questa sede, si prediligerà, in linea di massima, la seconda impostazione. La prima, infatti, sconta i limiti di un'analisi sostanzialmente

---

<sup>26</sup> Ivi, p. 28, nt. 6: l'A., trattando di alcune circostanze soggettive nel c.p. spagnolo, afferma che «esta toma en consideración de la actitud interna del sujeto no significa, sin embargo, que el motivo por el que el legislador ha decidido prohibir las conductas en que concurran tale circunstancias sea la actitud interna desfavorable del sujeto. El fundamento del injusto seguirá residiendo, también en estos casos, en la puesta en peligro de bienes jurídicos por la conducta [...] La concurrencia de alguna de las circunstancias señaladas únicamente dará lugar a un incremento del disvalor del injusto subjetivo del acto. Lo que se prohíbe, por tanto, sigue siendo el hecho, no la actitud interna del sujeto. Y si el legislador ha optado por castigar más, ello no se debe a que el hecho deba acumularse la actitud interna como objeto de la prohibición penal, sino a que el objeto único de prohibición, la conducta, resultaba subjetivamente más grave cuando se produce la concurrencia de alguna de aquellas circunstancias». Sono diversi i limiti di questo argomentare: 1) sotto il profilo della coerenza sistematica, non si coglie perché il rilievo del fatto offensivo varrebbe a escludere dal diritto penale d'autore il cd. *Gesinnungsstrafrecht*, mentre consentirebbe, paradossalmente, la configurazione di un diritto penale d'autore "in senso lato" (ove il modo d'essere dell'autore non condiziona l'an del reato); 2) sotto il profilo strettamente logico, vi è una evidente contraddizione tra il passo citato e le pp. 30-31, ove è scritto «En un Derecho penal de autor estricto, las normas penales no tratarían de evitar la comisión de hechos delictivos, sino la aparición de personalidades, caracteres o actitudes internas contrarias al ordenamiento jurídico-penal»; 3) in linea generale, è errato ritenere che il diritto penale d'autore possa manifestarsi solo a livello di elementi costitutivi della tipicità del reato, escludendo così le circostanze. Ci sembra, invero, corretta l'opinione di CALVI, *Tipo criminologico e tipo normativo d'autore*, cit., p. 272, secondo cui il diritto penale d'autore (e persino un tipo normativo d'autore) può celarsi dietro ogni norma, comunque qualificata, che legghi delle conseguenze sanzionatorie al modo d'essere dell'autore; non dissimile, recentemente, l'opinione di CAVALIERE, *Il furore casistico nella recente legislazione penale. In particolare: circostanze e soggettivismo*, in AA.VV., *Scritti in onore di Nicola Mazzacava*, a cura di AMATI, FOFFANI, GUERINI, Pisa, 2023, p. 65 ss.; *contra*, autorevolmente, BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 67 (nota 9) secondo cui la concezione realistica del reato non avrebbe forza espansiva fino agli elementi accidentali del reato.

giuspositivistica<sup>27</sup>, ossia la relatività e il rischio di inconcludenza; si farà comunque tesoro delle sue principali intuizioni<sup>28</sup>. Nemmeno si seguirà pedissequamente il secondo orientamento citato. Andrà infatti relativizzata la categoria del cd. diritto penale dell'autore in senso lato e, per contro, dovrà aversi riguardo anche alla categoria del diritto penale dell'atteggiamento interiore.

Nello sviluppo del lavoro, dunque, dovrà ipotizzarsi l'esistenza di una linea ideale, che va dal fatto all'autore: lungo di essa si succedono il cd. diritto penale dell'autore in senso lato (di cui si discuterà la reale consistenza), il diritto penale dell'autore a sfondo criminologico-sintomatico, il diritto penale dell'atteggiamento interiore e, infine, il diritto penale del tipo d'autore e il diritto penale del nemico. Queste formule non hanno un fondamento comune, sicché non ci si potrà esimere dal valutare, sinteticamente, lo sfondo delle diverse concezioni.

### **3. Il cd. diritto penale dell'autore in senso lato**

Per diritto penale dell'autore "in senso lato" s'intende un modello che avrebbe ad oggetto "tutte quelle regole che obbligano il giudice a tenere in considerazione, soprattutto al fine di graduare la pena, e con una finalità di carattere special-preventivo, oltre alla maggiore o minore gravità del fatto, specialmente le circostanze personali del reo, e in particolare, il suo livello di

---

<sup>27</sup> Se apparentemente l'Autore rigetta una costruzione logico-analitica in favore di una "teleologica" [Ivi, p. 223], in realtà non si va mai oltre un'analisi formalistica del dato positivo: prova ne è il sostanziale disinteresse per lo scopo che dovrebbero legittimamente perseguire le (diverse) conseguenze criminali, pena e misura di sicurezza: "non ci interessa stabilire se nel sistema italiano la pena costituisca, oltre alla misura di sicurezza, provvedimento in gran parte giustificato dalle finalità della prevenzione speciale. (...) Ai fini della presente analisi, però, è sufficiente poter constatare che ogni tipo specifico di conseguenza giuridico-criminale, quale che ne sia la funzione ultima, tende ad orientare verso un tipo categoriale di personalità" [Ivi, p. 279 ss.]

<sup>28</sup> È emblematico il fatto che Calvi e Gómez Martín, pur avendo approcci assai diversi al tema, giungono a conclusioni non dissimili sui "modelli" di diritto penale dell'autore; ciò dimostra, quanto meno, la comunicabilità delle due ricerche e, dunque, la possibilità di tenere in debito conto gli argomenti di entrambi.

pericolosità”<sup>29</sup>. In specie, si tratterebbe di un modello “perfettamente compatibile con i postulati di una responsabilità per il fatto”, anzi “continuerebbe a essere un diritto penale del fatto, qualificato dalla considerazione di determinate circostanze personali del reo a determinati fini”<sup>30</sup>.

Questo modello troverebbe riferimenti normativi sia nella parte generale che nella parte speciale del c.p.<sup>31</sup> Quali esempi nella parte generale, si citano i criteri di commisurazione della pena e delle misure di sicurezza, aventi ad oggetto la considerazione della persona dell’autore; inoltre, sono ricordati i presupposti soggettivi della sospensione condizionale della pena. Quanto alla parte speciale, si fa cenno alla categoria dei reati abituali.

Secondo taluno, il primo a formulare questo modello sarebbe stato v. Liszt e un recente sostenitore Roxin<sup>32</sup>.

Di primo acchito, l’inquadramento risulta radicalmente impreciso. Asserire la riconducibilità del modello descritto al diritto penale del fatto significa, sostanzialmente, negare un paradigma di diritto penale dell’autore. Conferma questa impressione la definizione testé riportata: se la legge considera i profili personali dell’autore nell’ambito della graduazione della pena da parte del giudice, si esula dall’ambito della tipicità dell’illecito penale. È invece fondamentale, ai fini della sussistenza di un diritto penale dell’autore, verificare se l’autore costituisca di per sé un disvalore nell’incriminazione (o, tutt’al più, un valore nella giustificazione<sup>33</sup>), condizionante uno speciale trattamento sanzionatorio.

La tesi citata sfuma eccessivamente i confini esistenti tra un diritto penale soggettivo e un diritto penale “misto” oggettivo-soggettivo<sup>34</sup>. Quest’ultimo

---

<sup>29</sup> GÓMEZ MARTIN, *El derecho penal de autor*, cit., p. 25.

<sup>30</sup> *Ivi*, p. 26.

<sup>31</sup> *Ivi*, pp. 27–30.

<sup>32</sup> *Ivi*, pp. 33–100 (per altro, con ricostruzione dei più vari aspetti della dottrina di v. Liszt) e pp. 25, 27 (per i riferimenti a Roxin).

<sup>33</sup> Emblematica l’ipotesi del cd. *Tätertyp* negativo, il non-criminale, che coincide con il cittadino *fedele*, su cui cfr. CALVI, *Tipo criminologico e tipo normativo d’autore*, cit., p. 112 ss.; sul punto si tornerà *infra*, par. 6.

<sup>34</sup> Secondo la ricostruzione idealtipica proposta da NUVOLONE, *I fini e i mezzi nella scienza del diritto penale* (da Riv. it. dir. pen., 1948, n. 1–3), cit.

comporta una ricostruzione dogmatica del reato coerente con i principii di materialità, offensività e personalità della responsabilità penale<sup>35</sup>; le considerazioni sull'autore del fatto di reato, ai fini della graduazione della pena, vengono oggi opportunamente riportate alla colpevolezza, quale terza categoria della struttura del reato, riferita al fatto commesso<sup>36</sup>.

La riprova dell'imprecisione è data, per altro, da una rapida analisi delle opinioni degli autori citati quali esempi. In relazione a v. Liszt, benché egli abbia certamente posto le basi per una soggettivizzazione dell'illecito nella dottrina successiva<sup>37</sup>, non è mai giunto ad affermare che, per la punibilità, si dovesse considerare, piuttosto che il fatto, il modo d'essere o l'atteggiamento interiore

---

<sup>35</sup> È discusso, per così dire, l'*equilibrio* di questi principii nella ricostruzione dogmatica del reato. Il principale punto di attrito riguarda la portata dogmatica del principio di personalità della responsabilità penale, una volta superate le tesi riduttive del mero divieto di responsabilità per fatto altrui e del divieto di responsabilità oggettiva. Vi è ancora contrasto in dottrina tra quanti, in maggioranza, sostengono un'estraneità di un disvalore personale rispetto al fatto tipico, inglobando le considerazioni soggettive nella colpevolezza; quanti sostengono l'esistenza di un disvalore personale nel fatto tipico, nel limitato senso di un'attribuibilità psicologica (per altro, in conformità più a un principio di determinatezza che di personalità della responsabilità penale); quanti, infine, si spingono sino alle soglie della valutazione dell'atteggiamento interiore dell'agente. Per il primo orientamento, cfr. MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 277 ss.; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VIII ed., Torino, 2019, p. 207; MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di diritto penale: parte generale*, XII ed., Milano, 2023, pp. 243–249, 389 ss.; PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2023, pp. 130–132; DE FRANCESCO, *Diritto penale: principi, reato, forme di manifestazione*, II ed., Torino, 2022, pp. 205–207; PULITANÒ, *Diritto penale*, V ed., Torino, 2013, pp. 62–65. Per il secondo, MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, p. 141; CAVALIERE, *Riflessioni intorno a oggettivismo e soggettivismo nella teoria del reato*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. II, Milano, 2006, p. 1448 ss. (spec. 1461). Per il terzo, cfr. *infra* par. 5.

<sup>36</sup> In questo limitato ambito, le considerazioni sulla persona dell'autore si rivelano invero necessarie, specialmente ove la pena voglia effettivamente perseguire delle legittime finalità di prevenzione generale e, soprattutto, speciale. È sempre valido l'insegnamento di MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, p. 163, secondo cui “la considerazione di momenti di *Gesinnung* [può] risultare legittima, ma in una fase diversa da quella della tipicità. Una tale considerazione appare sicuramente legittima, in una prospettiva di integrazione sociale, sia in rapporto all'inflizione della sanzione, nel quadro del rispetto dei limiti segnati dalla proporzione con il fatto, che in rapporto all'esecuzione della stessa, nell'ambito di un trattamento di terapia sociale emancipante e liberamente scelto dal soggetto. In tale contesto non solo è possibile, ma pare addirittura necessario prendere in considerazione la disposizione, il modo di essere, le motivazioni del reo, proprio per approntare un'efficace strategia di recupero sociale, sempre, con il consenso di questi”.

<sup>37</sup> Non è un caso che i sostenitori della concezione sintomatica del reato (su cui cfr. il par. successivo) siano stati allievi di v. Liszt; in effetti, una parte della dottrina, dopo aver evidenziato le oscillazioni del pensiero di v. Liszt tra un diritto penale dell'autore e un diritto penale del fatto, sembra configurare un legame diretto tra le teorie di v. Liszt e quelle dei cd. *sintomatici* tedeschi: GALLO M., *Il concetto unitario di colpevolezza*, Milano, 1951, pp. 101–105. Per altro, a dimostrazione dell'apporto lisztiano alla soggettivizzazione dell'illecito, la dottrina più recente enfatizza i collegamenti tra v. Liszt e gli esponenti delle correnti criminologiche positiviste anche italiane: ad esempio, per le reciproche influenze tra v. Liszt e Ferri, cfr. le osservazioni di MANNA, *Misure di prevenzione e diritto penale: una relazione difficile*, Pisa, 2021, p. 17, nt. 12.

dell'autore (reale o anche solo potenziale), per ragioni di salvaguardia della libertà<sup>38</sup>. È vero che v. Liszt richiedeva per i tipi legali *de lege ferenda* “la massima differenziazione possibile secondo la personalità dell'autore o, più precisamente, secondo i gradi di intensità del suo atteggiamento interiore criminale”<sup>39</sup>, ma con ciò non si metteva in discussione la necessità di basarsi sul fatto concreto; si spostava soltanto di più il peso della descrizione del fatto verso i motivi<sup>40</sup>. Sotto altro profilo, la nota ricostruzione di “tipi di delinquenti” in v. Liszt aveva un fondamento (quanto meno apparente<sup>41</sup>) criminologico-sociologico; essi venivano in considerazione soltanto dopo l'accertamento dell'esistenza del fatto tipico ed erano utili a modulare la pena in base alle caratteristiche dell'autore, al fine del raggiungimento dello scopo<sup>42</sup>.

Relativamente a Roxin, occorre guardare complessivamente alle pagine dedicate al diritto penale dell'autore nel suo manuale. Dopo aver affermato che “è fuori discussione che il diritto attualmente in vigore [sia], in maniera predominante, un diritto penale del fatto”, si domanda “se e dove le influenze del diritto penale d'autore [continuino] ad operare oggi”; a tal fine, “bisogna distinguere tra le ripercussioni del diritto penale d'autore di natura aggravante e di natura attenuante”<sup>43</sup>. Mentre nega qualsiasi possibile influenza in senso aggravante, sia nella parte generale che nella parte speciale<sup>44</sup>, apre alle considerazioni in senso attenuante. In particolare, ritiene che il trattamento sanzionatorio possa scendere al di sotto della misura della colpevolezza per il

---

<sup>38</sup> È indicativo come questa sia proprio il commento di ROXIN, *Derecho penal - parte general*, trad. spagn. a cura di LUZON PEÑA, DÍAZ, CONLLEDO, DE VICENTE REMESAL, vol. I, Madrid, 1997, p. 178; analogamente, per la dottrina italiana, cfr. MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di diritto penale: parte generale*, Milano, 2019, p. 8.

<sup>39</sup> LISZT, *Nach welchen Grundsätzen ist die Revision des Strafgesetzbuchs in Aussicht zu nehmen?* (1902), in *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, t. 2, 1905 (rist. 1970), 356, riportato in ROXIN, *Derecho penal - parte general*, vol. I, cit., p. 178. Per un approfondimento sul concetto di atteggiamento interiore in v. Liszt, cfr. *infra* par. 5, nota 95.

<sup>40</sup> *Ibid.*

<sup>41</sup> Particolarmente critico MANNA, *La giustizia penale fra Otto e Novecento*, cit., pp. 524–525.

<sup>42</sup> VON LISZT, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, trad. it. a cura di CALVI, Milano, 1962, p. 53 ss. Per una ricostruzione della teoria del reato in v. Liszt, anche in relazione alle funzioni della pena, cfr. CAVALIERE, *L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale: contributo ad una sistematica teleologica*, Napoli, 2000, p. 60 ss.

<sup>43</sup> ROXIN, *Derecho penal - parte general*, vol. I, cit., p. 184.

<sup>44</sup> *Ivi*, pp. 184–188.

fatto, sulla base di considerazioni specialpreventive che guardano all'autore; ciò è in linea con il perseguimento di una funzione risocializzante della pena<sup>45</sup>. L'unico cenno, per altro assai critico, a una residua forma di diritto penale d'autore è fatto in relazione alle misure di sicurezza, come sanzioni potenzialmente indeterminate e fondate principalmente sulla personalità di un soggetto<sup>46</sup>.

Tutto quanto precede porta a escludere la reale esistenza di una forma di diritto penale d'autore "in senso lato" e, dunque, la necessità di una sua critica alla luce dei parametri costituzionali.

#### **4. Il diritto penale dell'autore a sfondo criminologico-sintomatico**

Una particolare forma di diritto penale dell'autore è costituita dalla cd. concezione sintomatica del reato: il reato è inteso come una rivelazione della personalità criminale del reo. Su questo perno ruota l'intera proposta dogmatica dei suoi sostenitori.

Le radici ideologiche affondano nel positivismo criminologico e, dunque, nel determinismo<sup>47</sup>. In generale, l'uomo viene visto come un'entità animale, priva di libertà e soggetta alle leggi della necessità naturale<sup>48</sup>; nel diritto penale in specie, il delinquente è considerato un essere antropologicamente

---

<sup>45</sup> *Ivi*, p. 188: "Con carattere assolutamente generale, si può affermare che l'idea di un diritto penale d'autore special-preventivo ha ancora un grande futuro nel (limitato) campo della misurazione della pena e della configurazione della sanzione quando rimane al di sotto della misura della colpevolezza. In questo campo, infatti, è in linea con tutte le tendenze di un moderno diritto penale risocializzante e allo stesso tempo non pone il minimo problema dal punto di vista dello Stato di diritto".

<sup>46</sup> *Ivi*, pp. 178, 189.

<sup>47</sup> Cfr. FERRAJOLI, *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, II ed., Roma, 1990, p. 254 ss. Per altro, l'Autore distingue, all'interno degli indirizzi che perseguono una funzione specialpreventiva della pena, tra un indirizzo "terapeutico/di difesa", proprio del positivismo criminologico, e un indirizzo "teleologico", facente capo al v. Liszt; i due indirizzi vengono successivamente assimilati quanto a esiti: entrambi conducono sostanzialmente a un diritto penale basato sul tipo di delinquente e sulla sua pericolosità *ante delictum*, anziché sul tipo di delitto commesso [p. 258]. Senonché, sommamente, dissentiamo da quest'ultima unificazione per gli argomenti sopra esposti, relativi alla posizione garantistica di v. Liszt, almeno sotto tale profilo.

<sup>48</sup> FERRI, *Sociologia criminale*, Torino, 1900, pp. 506–507 (e, con riguardo al delinquente, p. 526).

inferiore, più o meno degenerato, predisposto al delitto<sup>49</sup>; la prospettiva è asseritamente scientifica e non morale<sup>50</sup>. Così, il problema della pena equivale a quello delle difese sociali più adeguate dal pericolo rappresentato dal delinquente; il fine diventa la neutralizzazione del soggetto pericoloso. Pertanto, il reato diviene l'occasione, più che la causa, della pena.

Nonostante tale modello non rappresenti una novità assoluta nel panorama dottrinale<sup>51</sup>, fu la Scuola positiva a sviluppare l'elaborazione teorica alle sue massime conseguenze, con risvolti anche nel diritto positivo<sup>52</sup>. In breve, gli esiti furono i seguenti<sup>53</sup>. La reazione statuale al crimine diviene la misura di sicurezza contro i delinquenti pericolosi, potenzialmente a tempo indeterminato e non proporzionata al fatto commesso; nelle proposte più radicali, in analogia

---

<sup>49</sup> Oltre agli Autori citati *infra* in nota 75, possono ricordarsi alcune colorite definizioni contenute nei lavori di Grisogni. Nell'articolo *La sanzione criminale nel moderno diritto repressivo*, in *Scuola pos.*, 1920, 390 ss., egli ricostruisce approfonditamente la sua teoria sulle funzioni della pena: nel dare prevalenza alle funzioni di prevenzione speciale, non manca di sottolineare come «il delinquente, col fatto del reato e col suo stato di pericolosità, si rivela un minor valore sociale» (p. 412); che la pena «è proporzionata alla personalità psichica dell'agente, considerato come probabile causa di reato futuro» (p. 409); che «le sanzioni punitive [...] mirano essenzialmente alla interiorità dell'individuo, sono mezzi di trasformazione della personalità psichica del soggetto, strumenti per riadattare il rispetto della norma giuridica, o per rendere innocui gli autori dell'illecito» (p. 439). Successivamente, in *Spirito nuovo negli istituti penitenziari*, in *Scuola pos.*, 1938, 226, nt. 1, nel riportare in senso adesivo le parole del Sen. Raimondi, l'illustre Autore definisce la fase esecutiva della pena come una «bonifica umana».

<sup>50</sup> Per tale caratteristica l'indirizzo positivistico si distingue da quella corrente di pensiero che concepiva la pena come emenda morale; si tratta di un filone di lunga tradizione, le cui tracce si rinvengono già in Platone, nel diritto romano e nel diritto canonico medioevale, per ritrovare una compiuta elaborazione nell'età moderna [sul punto, istruttivo FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., pp. 252-254 (e relative note, 293-297 per l'approfondita bibliografia)]. Il distinguo s'impone poiché anche l'indirizzo correzionalistico-morale ha condotto a forme di diritto penale dell'autore; tuttavia, riteniamo opportuno riportare le relative tesi nel par. successivo, relativo al *Gesinnungsstrafrecht*. In ciò ci sentiamo confortati anche dalle recenti riflessioni di MOCCIA, *Le teorie penali pure nel pensiero tedesco: tra Illuminismo e idealismo*, Napoli, 2023, pp. 224-229, il quale distingue per «premesse, contenuti e scopi» le teorie penali legate alla prevenzione speciale e quelle legate all'emenda morale.

<sup>51</sup> Fu Grolman, sul finire del XVIII secolo, a sviluppare coerentemente un modello penale ispirato a una funzione di neutralizzazione individuale, per altro, partendo da premesse giusnaturalistiche (sul punto, cfr. MOCCIA, *Le teorie penali pure nel pensiero tedesco*, cit., p. 123 ss.); è da segnalare come già il suo modello portasse in primo piano la personalità del reo [*Ivi*, p. 128], ma senza confusione alcuna tra diritto e morale [*Ivi*, pp. 147-148]. Non è, comunque, pacifico se il modello di Grolman costituisca un antenato del modello positivista: mentre sembra orientato negativamente FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 255, collega le due correnti teoriche MANNA, *La giustizia penale fra Otto e Novecento*, cit., p. 524.

<sup>52</sup> Incidentalmente, ascrive all'elaborazione della Scuola positiva lo sviluppo di un vero e proprio diritto penale dell'autore (e, segnatamente - ma in maniera criticabile- di un *Willensstrafrecht*) anche VASSALLI, *Diritto penale della volontà e diritto penale dell'evento nella recente legislazione (in «Quaderni 2» - supplemento della «Rassegna della Giustizia militare» [Studi in onore di Vittorio Venturo, 1986, p. 179-185])*, cit., p. 986.

<sup>53</sup> Per un quadro d'insieme, cfr. MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 553-555.

con la logica della legittima difesa anticipata, si concepiscono misure di sicurezza contro il “pre-delinquente”. Si sviluppano dei tipi criminologici di delinquenti (recidivi, abituali, occasionali, professionali, per tendenza, per convinzione, minorenni, infermi di mente) di cui la legge deve tener conto nelle diverse fasi della minaccia, dell’infrazione e dell’esecuzione della pena. Conseguentemente, vi è uno scadimento della garanzia della legalità e un’accentuazione della discrezionalità giudiziale.

Nell’ordinamento giuridico italiano (e in quello di diversi altri Paesi<sup>54</sup>), una parte di queste elaborazioni sopravvive ancora, per l’ostinata resistenza del sistema del doppio binario pene/misure di sicurezza<sup>55</sup>. Per altro, l’approccio deterministico alla delinquenza vede una reviviscenza nei tempi attuali, mediante lo sviluppo delle neuroscienze, a dimostrazione di un costante rischio di ritorno a un diritto penale dell’autore<sup>56</sup>.

---

<sup>54</sup> Un interessante studio comparatistico si trova in PELISSERO, *Il controllo dell’autore imputabile pericoloso nella prospettiva comparata. La rinascita delle misure di sicurezza custodiali*, in *Pericolosità e giustizia penale*, a cura di PAVARINI, STORTONI, Bologna, 2013, p. 191 ss.

<sup>55</sup> Sui profili critici dell’eredità conciliante della cd. Terza scuola la bibliografia è sterminata. Tra i contributi più recenti, cfr. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario: vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, *passim*. Possono inoltre segnalarsi gli Atti del IX Convegno nazionale dell’Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale (Roma, 19/20 novembre 2021) pubblicati sulla Rivista italiana di diritto e procedura penale: in particolare, MOCCIA, *Ancora e sempre contro il doppio binario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 2022, 451 ss.; CAVALIERE, *Misure di sicurezza e doppio binario. Considerazioni introduttive*, *ivi*, 343 ss.; MASARONE, *Misure di sicurezza detentive e Cedu*, *ivi*, 369 ss.; SCHIAFFO, *Le ragioni giuridico-penalistiche della necessità di una riforma di sistema in materia di Opg e misure di sicurezza: gli interventi possibili e l’ipotesi minima di una modifica in tema di perizia*, *ivi*, 383 ss.; NESE, BELLÌ, *La tutela della salute mentale in carcere ed il superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari (Opg): attuali criticità e prospettive*, *ivi*, 353 ss.

<sup>56</sup> Non è un caso il crescente interesse della dottrina sul punto, specie con riguardo all’ammissibilità della prova neuroscientifica: «[...] Non è chi non veda che l’introduzione nel processo di simili mezzi probatori rischierebbe di trasformare il giudizio sul fatto e sulla sua commissione da parte del soggetto in un giudizio sulla persona e sulla sua predisposizione a commettere delitti del tipo di quelli oggetto del giudizio. La tanto giustamente aborrita categoria del diritto penale di autore, cacciata dalla porta rientrerebbe di forza attraverso la finestra»: in questi termini RONCO, *I rapporti tra imputabilità e colpevolezza: aspetti attuali di un problema antico*, in AA.VV., *Il soggetto autore del reato: aspetti criminologici, dogmatici e di politica criminale*, Padova, 2013, p. 136. ID., *Sviluppi delle neuroscienze e libertà del volere: un commiato o una riscoperta?*, in AA.VV., *Diritto penale e neuroetica*, Padova, 2013, p. 81. Ma le preoccupazioni in dottrina, sul punto, sono diffuse: cfr. MOCCIA, *I nipotini di Lombroso: neuroscienze e genetica nel diritto penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 5, 2016, 681 ss.; SCHIAFFO, *Il diritto penale tra scienza e scientismo. Derive autoritarie e falsificabilità nella scienza del diritto penale*, Napoli, 2012, p. 13 ss.; MANNA, *Diritto penale e neuroscienze: un’introduzione*, in AA.VV., *Diritto penale e neuroetica*, Padova, 2013, p. 10; FILINDEU, *Neuroscienze ed elemento psicologico del reato: considerazioni in tema di dolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2021, 603 ss.; CRESPO, “Compatibilismo umanista”: una proposta per conciliare le neuroscienze e il diritto penale, in «Riv.

Nel quadro generale dell'analisi, va anche notato come il presente modello sia stato considerato il prodromo del diritto penale del tipo d'autore nazionalsocialista<sup>57</sup>. Pertanto, conviene soffermarsi sinteticamente su alcuni rappresentanti illustri della concezione sintomatica nella dottrina tedesca e italiana. La scelta è caduta, per la prima, su Tesar e Kollmann e, per la seconda, su Grispigni; le concezioni di tali autori presentano rilevanti affinità<sup>58</sup>.

#### 4.1 Tesar e Kollmann

I cd. sintomatici tedeschi hanno sostenuto teorie diverse, per altro in contrasto tra loro<sup>59</sup>.

Tesar ritiene che il reato possa essere visto da una prospettiva “sintomatica”, contrapposta a una prospettiva “realistica” (o “causale”)<sup>60</sup>. In particolare, nel corso del tempo, la gravità del reato è stata ancorata a fattori dogmatici diversi; l'evoluzione storica dimostra la possibilità di due distinti tipi di valutazione dell'agire criminoso. Il primo giudica il comportamento alla

---

it. dir. proc. pen.» 2, 2022, 645 ss., spec. 664-665; D'AMATO, *Imputabilità e neuroscienze*, in *Leg. pen. (riv. web)*, 2022.

<sup>57</sup> «I paradigmi sostanzialistici del delinquente nato e del tipo criminologico d'autore conducono pertanto, parallelamente alle concezioni soggettivistiche della personalità infedele e del tipo normativo d'autore, al medesimo risultato di sostanziale obliterazione del requisito della materialità dell'azione, che segna un inarrestabile declino del valore della persona»: in questi termini, MANNA, *La giustizia penale fra Otto e Novecento*, cit., p. 525. Analogamente FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., pp. 77; 303, nt. 157.

<sup>58</sup> La prossimità tra le correnti sintomatiche italiane e tedesche è rilevata, tra l'altro, espressamente da CALVI, *Tipo criminologico e tipo normativo d'autore*, cit., p. 160, nt. 35. Implicitamente, sembra emergere anche in VENDITTI, *Colpevolezza*, in *Nss. D.I.*, vol. 3, Torino, 1959, p. 560.

<sup>59</sup> I commenti sulla concezione sintomatica propugnata da Tesar e Kollmann, nella dottrina italiana, sono risalenti. Cfr. BELLAVISTA, *Il problema della colpevolezza*, in *Annali del seminario giuridico della Università di Palermo*, vol. XIX, Palermo, 1944, p. 59 ss.; GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, cit., p. 105 ss. Più di recente, cfr. le (brevi) considerazioni di DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Padova, 1979, pp. 287-289. Nella dottrina internazionale, particolarmente preciso FAUCONNET, *Recensione a Tesar, «Die symptomatische Bedeutung des verbrecherischen Verhaltens. Ein Beitrag zur Wertungslehre im Strafrecht»*, in *L'Année Sociologique*, 11, 1909, 450-454. Cfr. anche GÓMEZ MARTÍN, *El derecho penal de autor*, cit., pp. 103-112.

<sup>60</sup> TESAR, *Die symptomatische Bedeutung des verbrecherischen Verhaltens, Abhandlungen des kriminalistischen Seminars and der Universität Berlin*, vol. 5, 1907. Per altro, la distinzione tra concezione realistica e concezione sintomatica del reato era già stata coniata in precedenza da Merkel nel suo *Trattato di diritto penale*: lo riconosce lo stesso TESAR, *Die symptomatische Verbrechensbegriff*, in *ZStW*, 29, 1909, 82, replicando così a Kollmann (il quale considerava infelice tale distinzione).

stregua del danno effettivamente causato nel mondo esterno; l'altro, invece, valuta il fatto per ciò che esso può svelare del reo. Lo sviluppo dei tempi e il progresso scientifico condurrebbero ad una sempre maggiore affermazione di questo secondo principio, per il quale il comportamento esterno ha valore soltanto come sintomo di un determinato sostrato psicologico<sup>61</sup>. Siccome il comportamento “normale” (o “usuale”) viene elevato a dovere<sup>62</sup>, la sostanza del reato consisterebbe nella divergenza, messa in luce dal fatto, del sostrato psichico manifestato rispetto a quello che si riscontra nell'uomo medio. Si tratterebbe, in altri termini, di una degenerazione della psiche, di cui il fatto tipico è sintomo.

La proposta di Tesar non manca di fornire dettagli<sup>63</sup>. Nell'ambito della colpevolezza, ancora intesa in senso psicologico, il dolo è anormalità della volontà e del sentimento; la colpa è deficienza del processo associativo delle rappresentazioni. L'anormalità, e cioè la colpevolezza, può essere oggetto di valutazioni quantitative: si può essere più o meno colpevoli, ossia più o meno anormali; quanto più si è anormali, tanto più si è colpevoli<sup>64</sup>. Così inteso, il

---

<sup>61</sup> Secondo Tesar, nel corso dei secoli questa affermazione è stata contrastata da tre correnti realistiche: una prima volta, nel Medioevo tedesco e nella dottrina italiana ad opera del prevalente indirizzo privatistico; una seconda volta, dal diritto naturale di marca illuministica, che sperava trovare nel realismo un valido mezzo per la protezione delle libertà individuali; e, infine, nei tempi moderni da una particolare teoria che nella volontà vede una specifica facoltà psichica manifestantesi come “forza”. Nello sviluppo citato da Tesar, per altro, non è menzionata la criminologia italiana, quale ultimo “tassello” dello sviluppo del pensiero sintomatico; ciò valse la critica di Fauconnet, secondo cui la ricostruzione era “incompleta”: FAUCONNET, *Recensione a Tesar, «Die symptomatische Bedeutung des verbrecherischen Verhaltens. Ein Beitrag zur Wertungslehre im Strafrecht»*, cit., 452. La ragione più forse ritrovarsi nel volersi attribuire un (triste?) primato nell'elaborazione della concezione sintomatica.

<sup>62</sup> In particolare, l'Autore intende il comportamento criminoso come contrario alla “Norm”; senonché, quest'ultimo termine è inteso alla stregua non di “dovere”, bensì di “misura media”, la quale è il prodotto di uno sviluppo naturale (TESAR, *Die symptomatische Bedeutung des verbrecherischen Verhaltens*, cit., p. 202). A questa concezione, per cui è norma ciò che accade abitualmente, corrisponde il modo con cui si apprezza la condotta del singolo nei suoi confronti: ogni divergenza dalla norma è valutata come degenerazione, ed è appunto questa degenerazione sociale che si imputa all'agente.

<sup>63</sup> *Ivi*, pp. 193, 196.

<sup>64</sup> L'accento sull'anormalità del reo fu stigmatizzato, con sagace ironia, da Bellavista: «Ma chiamare il soggetto colpevole a cagione della *Fehlerhaftigkeit*, e cioè della imperfezione, difettosità, viziosità della propria costituzione psichica, è, né più né meno, lo stesso che dichiararlo colpevole del suo strabismo, della sua gobba, del leporismo del suo labbro, della sua paralisi infantile, di tutti i torti, insomma, di cui la matura matrigna è stata prodiga con lui». Così, BELLAVISTA, *Il problema della colpevolezza*, cit., p. 67.

concetto di colpevolezza tende a tradursi in quello di pericolosità: il *sintomo* di anormalità rileva non solo per il passato, ma anche per il futuro.

Kollmann si discosta in parte dalle tesi di Tesar. La principale differenza riposa sulla critica della bipartizione tra concezione “realistica” e “sintomatica” sostenuta da Tesar<sup>65</sup>. In primo luogo, sarebbe metodologicamente scorretto presentare la concezione sintomatica e quella realistica come le uniche due possibili concezioni del reato e dedurre indirettamente la validità della prima dall’insostenibilità della seconda; in secondo luogo, si stigmatizza l’assenza di una critica dogmatica circa il fondamento delle concezioni in parola, al di là della mera ricostruzione storica.

Dopo aver ritenuto che la concezione realistica e quella sintomatica non sono in rapporto di alternatività, egli propone una sintesi tra esse<sup>66</sup>: ogni concezione sintomatica è anche realistica<sup>67</sup>, perché è possibile conoscere il contenuto della volontà del soggetto (e se questa era o meno antisociale) soltanto partendo dal delitto come processo della realtà. In altri termini, ogni fatto delittuoso rappresenta il mezzo di conoscenza di una condizione intrinseca del soggetto. Questa condizione intrinseca è definita come deficienza del senso sociale<sup>68</sup>, che caratterizza il delinquente come soggetto anormale.

Di converso, per Kollmann anche la concezione realistica necessita della concezione sintomatica. L’esempio è offerto dal fondamento della rilevanza penale dell’omissione: siccome l’omissione è una non-azione, non può essere inquadrata adeguatamente nella concezione realistico-causale, che fa perno su un’azione materiale; la sua rilevanza emerge solo là dove si indaghi la funzione di sintomo della deficienza di senso sociale dell’autore propria dell’omissione<sup>69</sup>.

---

<sup>65</sup> KOLLMANN, *Der symptomatische Verbrechensbegriff*, in *ZStW*, 28, 1908, 452 ss.

<sup>66</sup> *Ivi*, p. 454.

<sup>67</sup> *Ivi*, p. 468 ss.

<sup>68</sup> *Ivi*, p. 456.

<sup>69</sup> «Da un punto di vista giuridico-penale l’omissione è rilevante come mezzo per conoscere la colpevolezza. La colpevolezza deve intendersi come stato di volontà antisociale. Se lo stato di volontà del soggetto fosse stato quello che l’ordinamento giuridico richiede e presuppone, allora le decisioni avrebbero dovuto essere mirate al soddisfacimento del dovere giuridico. L’omissione penale presuppone un dovere da attuare. Il dovere richiede obbedienza. Se il soggetto non si comporta in modo conforme

Ad ogni modo, sia nella concezione sintomatica di Tesar, sia in quella di Kollmann, il baricentro del reato si sposta radicalmente dal fatto all'autore. Ciò vale a distinguere queste concezioni da quelle tesi elaborate negli anni immediatamente successivi e inquadrare sotto il nome di "colpa d'autore", ossia la colpevolezza per la condotta di vita e la colpevolezza per il carattere<sup>70</sup>. Per queste ultime, l'oggetto del giudizio non è costituito soltanto dalla personalità deviata dell'agente; esse non riducono il fatto a mero sintomo di «deficienze della psiche» o dell'«atteggiamento antisociale della volontà». La loro peculiarità sta nel porre ad oggetto del giudizio di rimprovero *sia il fatto che la personalità*; solo in ciò si distinguono dalla colpevolezza per il singolo fatto. Il fondamento della pena rimane così pur sempre il fatto colpevole, la cui considerazione non è sostituita, ma solo integrata da valutazioni sulla condotta antecedente o sul carattere del reo<sup>71</sup>. Invece, la concezione sintomatica mal sopporta il vincolo al fatto tipico e tende al suo superamento<sup>72</sup>; inoltre, ravvisando il fondamento della pena nella sola colpevolezza, intesa come anomalia della personalità, nega necessariamente ogni rilevanza al disvalore obiettivo del fatto nella commisurazione della pena.

---

all'obbligo, allora già si manifesta, così, un sintomo di colpevolezza. L'omissione penale è un non agire lì dove l'ordinamento lo richiede: cioè, un sintomo di colpevolezza»: KOLLMANN, *ivi*, p. 463.

<sup>70</sup> Segnala il distinguo DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., p. 287 ss., cui si rinvia anche per una trattazione approfondita, con relativa critica, della colpevolezza per il carattere e per la condotta di vita; similmente, a cagione del fondamento retributivo della colpa d'autore, BETTIOL, *Azione e colpevolezza nelle teorie dei tipi di autore* (1942), in *Scritti giuridici*, vol. II, Padova, 1966, pp. 556–558. *Contra* ZAFFARONI, *Tratado de derecho penal. Parte general*, vol. 2, Buenos Aires, 1987, pp. 225–226 (secondo il quale le teorie della colpevolezza d'autore furono «perfettamente coerenti» con quelle sintomatiche nel cammino destinato a terminare nel diritto penale del tipo d'autore); in senso analogo, registrando però una contiguità tra colpa d'autore e diritto penale *del tipo d'autore*, per la dottrina italiana, FIORELLA, *Reato (dir. pen.)*, cit., p. 781; C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale: parte generale*, VI ed., Milano, 2020, p. 417. *Contra*, inoltre, ROXIN, *Derecho penal - parte general*, vol. I, cit., p. 179, secondo il quale tanto i sostenitori della concezione sintomatica, quanto i sostenitori della colpa d'autore avrebbero tenuto ferma la garanzia del fatto tipico, per il rispetto dello Stato di diritto.

<sup>71</sup> Questo genere di valutazioni, per altro, distingue le teorie della colpa d'autore dalle teorie che danno rilievo alla *Gesinnung*, cioè all'atteggiamento interiore dell'autore rispetto al singolo fatto; segnala tale differenza già ZUCCALÀ, *L'infedeltà nel diritto penale*, Padova, 1961, p. 258. Sul diritto penale dell'atteggiamento interiore cfr. *infra* par. 5

<sup>72</sup> Cfr. anche ACHENBACH, *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*, Berlin, 1974, p. 126.

## 4.2 L'orientamento di Grispigni

«Personalità e delitto sono la stessa cosa»<sup>73</sup>: così compendia il suo pensiero Filippo Grispigni, allievo di Von Liszt<sup>74</sup> e tra gli ultimi rappresentanti della Scuola positiva italiana<sup>75</sup>. Si tratta di un pensiero maturato nel corso di una lunga attività scientifica, a cavallo di fasi storico-politiche autoritarie<sup>76</sup>, e caratterizzato da una piena adesione ai postulati del positivismo criminologico<sup>77</sup>. Nell'ultima fase, tuttavia, si manifestano alcuni ripiegamenti in senso garantistico, pur senza rinnegare il modello del diritto penale sintomatico; è questa singolarità che rende particolarmente interessante l'ultimo saggio di Grispigni, ossia “La personalità ed il valore sintomatico del reato”, del 1952<sup>78</sup>. Idealmente, tale scritto può essere scomposto in tre parti.

---

<sup>73</sup> GRISPIGNI, *La personalità ed il valore sintomatico del reato*, in «Scuola pos.» (1955), 268.

<sup>74</sup> CALVI, *Introduzione*, in VON LISZT, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Milano, 1962, p. XXVIII.

<sup>75</sup> Il particolare spessore dell'Autore in parola (specialmente nella sua epoca) ha indotto a preferirlo ai fini dell'analisi; va pure segnalato come Grispigni rappresenti un *unicum*, stretto tra le influenze del positivismo criminologico e del tecnicismo giuridico; la tenace resistenza delle sue posizioni positiviste dimostra, in qualche misura, anche la capacità del diritto penale dell'autore a sfondo criminologico-sintomatico di resistere al mutare degli indirizzi. Tuttavia, va rilevato come altri seguaci della Scuola positiva, antecedenti e coevi al Grispigni, si siano fatti fautori di una teoria sintomatica del delitto. Cfr., tra i contemporanei, FLORIAN, *Il metodo positivo nella scienza del diritto penale*, Milano, 1925, p. 33 ss., e specialmente RANIERI, *Colpevolezza e personalità del reo*, Milano, 1933, p. 74 ss.; 104 ss.; 119–120. ID., *Reato e personalità*, in «Rivista italiana di diritto penale», 1933, 156 ss.; ID., *Manuale di diritto penale (vol. I, parte generale)*, Padova, 1952, p. 438. In precedenza, segnalavano la decisività della correlazione fatto-autore LOMBROSO, *L'uomo delinquente in rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza e alle discipline carcerarie*, vol. I, Torino, 1889, p. 223 ss.; GAROFALO, *Criminologia*, Torino, 1891, p. 70 ss.; FERRI, *Principi di diritto criminale*, Torino, 1928, p. 252 ss.; DI TULLIO, *Manuale di antropologia e psicologia criminale (applicata alla pedagogia emendativa, alla polizia ed al diritto penale e penitenziario)*, Roma, 1931, p. 146 ss.

<sup>76</sup> È ancora oggetto d'indagine, in dottrina, il grado di “inserimento” del Grispigni nel tessuto politico-ideologico fascista. Recentemente, sul tema, cfr. MUÑOZ CONDE, *Alcune osservazioni su Filippo Grispigni e il diritto penale fascista, pubblicato in Revista De Derecho Penal y Criminologia 2014*, 205 ss, in *Arch. pen.*, 3, 2019. È comunque indicativa l'opera scritta da Grispigni e Mezger, *La riforma penale nazionalsocialista*, Milano, 1942, ove gli autori s'interrogano sostanzialmente su quale debba essere una «giusta» riforma autoritaria.

<sup>77</sup> Cfr. in particolare GRISPIGNI, *Introduzione alla sociologia criminale*, Torino, 1928, p. 148; ID., *Regresso di un secolo nella legislazione penale*, in *Scuola pos.*, 1949, 329 ss., spec. 342 ss.; ID., *Recensione a Lersch («La struttura del carattere»)*, in *Scuola pos.*, 1951, 251 ss.; ID., *Indici del futuro svolgimento del diritto penale*, in *Studi in memoria di Arturo Rocco*, vol. II, Milano, 1952, p. 15 ss.

<sup>78</sup> Cfr. GRISPIGNI, *La personalità ed il valore sintomatico del reato*, in *Scuola pos.*, 1955, 263 ss.; si tratta di una rielaborazione del precedente lavoro dello stesso Autore: cfr. ID., *La personalità criminale ed il valore sintomatico del reato*, in *Scuola pos.*, 1920, 97 ss. La profonda “anomalia” dell'evoluzione del pensiero di Grispigni era stata, per altro, già avvertita da CALVI, *Tipo criminologico e tipo normativo d'autore*, cit., pp. 155–174.

In una prima parte, vengono ricordati i fondamenti della concezione sintomatica del reato, di cui sembra riconoscersi la paternità alla Scuola positiva, prima che al Tesar<sup>79</sup>: il reato è il rivelatore della personalità dell'agente. Del reato si dà una definizione ampia, che va al di là del fatto colpevole: «Quando noi parliamo di valore sintomatico del reato, intendiamo riferirci non soltanto agli elementi costitutivi del reato stesso, oggettivi e soggettivi, bensì al fatto considerato nella totalità delle circostanze che lo precedono, l'accompagnano e lo seguono, e specialmente intendiamo riferirci al fatto, illuminato e spiegato nella sua genesi, in quella cioè che oggi si usa chiamare la *dinamica* del reato, la quale mira appunto a stabilire come un determinato soggetto sia arrivato alla risoluzione criminosa»<sup>80</sup>. Questa ampia nozione è ciò che porta alla commistione tra personalità e reato<sup>81</sup>.

La base di questa estensione è data dalla prospettiva naturalistica da cui parte l'indagine: «Il delitto, come ogni azione, non esiste come realtà concreta, in quanto l'unica realtà concreta è la persona che si muove, e [...] nel delitto è la persona che si muove in modo contrario alle norme penali. Il delitto perciò non solo non è distaccabile dalla persona, ma esso niente altro è che la persona stessa in movimento, la persona che reagisce in una determinata situazione esterna»<sup>82</sup>. Siccome la persona è in continuo divenire, è necessario tenere in considerazione non solo la personalità al momento del fatto, ma anche la personalità antecedente al fatto, quella al momento del giudizio e quella al momento dell'esecuzione, ai fini di un'esatta prognosi di pericolosità

---

<sup>79</sup> GRISPIGNI, *La personalità ed il valore sintomatico del reato*, cit., p. 265.

<sup>80</sup> *Ivi*, p. 266.

<sup>81</sup> Cfr. *ivi*, pp. 267–268: «È evidente che, inteso in tal modo, il valore sintomatico del reato implica l'inquadramento di esso nella personalità del soggetto. Dal che deriva una conseguenza di particolare importanza, quella, cioè, secondo cui, tra fatto e personalità non solo non può esistere antitesi, ma piena corrispondenza. Cosicché dire che si punisce il delitto in quanto rivela la personalità, ovvero dire che si punisce la personalità in quanto ha commesso un delitto, sono affermazioni che, sostanzialmente, si equivalgono. [...] non soltanto tra delitto e personalità non esiste antitesi e neppure diversità, bensì anche che delitto e personalità sono la stessa, identica cosa».

<sup>82</sup> *Ivi*, pp. 268–269.

dell'autore e, dunque, dell'inflizione (e della adeguata selezione) della pena<sup>83</sup>. Il fatto è, infatti, il principale, ma non l'unico sintomo.

Quanto alla personalità al momento del fatto, si riprendono quasi del tutto le teorie sintomatiche del positivismo tedesco<sup>84</sup>. Alla base vi è una “volontà viziata nel processo di motivazione”. Siccome le motivazioni della volontà sarebbero di due specie (nelle parole dell'Autore, quelle “attinenti alla conoscenza” e quelle “attinenti all'affettività”), Grispigni sostiene che l'errore di conoscenza costituisce la colpa, mentre l'errore di valutazione affettiva costituisce il dolo. Con riguardo, in particolare, al delitto/delinquente doloso, si afferma che la «personalità del delinquente doloso sarebbe essenzialmente costituita da una inidoneità dell'affettività egoistica a trattenere dall'atto criminoso. [...] il delitto doloso rivela precisamente tali *difettosità affettive* nella personalità dell'agente. Ed è precisamente in base alle medesime che si determina la direzione, la natura, il grado e la durata della pericolosità dimostrata da una personalità delinquente».

La personalità del delinquente, specialmente al momento del giudizio e dell'inflizione della pena, determina la prognosi e, dunque, il trattamento che il giudice deve stabilire. Si arriva a sostenere la necessità di una scusante, largamente discrezionale, per il caso in cui la personalità al momento del giudizio sia mutata in misura tale da escludere ogni pericolosità<sup>85</sup>; infine, si segnala l'opportunità di modificare il trattamento al mutare della personalità del reo, nel corso dell'esecuzione<sup>86</sup>.

In una seconda parte del saggio, invece, comincia a mostrarsi una sorta di “correzione” garantistica delle premesse; si tratta, per altro, di enunciazioni ancora piuttosto timide. Così, da un lato, si dice che il fatto deve essere il

---

<sup>83</sup> *Ivi*, pp. 271–274.

<sup>84</sup> *Ivi*, pp. 269–270.

<sup>85</sup> «[...] Ed invero se per noi la pena è principalmente il mezzo con cui si combatte il pericolo di nuovi reati da parte del colpevole, è evidente che nessuna misura difensiva può essere presa contro chi al momento del giudizio, non è più pericoloso»: *Ivi*, p. 274.

<sup>86</sup> *Ibid.*

principale (benché non l'unico) fattore di prognosi di pericolosità<sup>87</sup>; dall'altro, si dà conto del fondamentale ruolo della legge ai fini della configurazione del reato, benché la si relativizzi, assumendo che è solo per esigenze di "tecnica legislativa" che la legge incrimina condotte, invece di parlare della persona<sup>88</sup>.

In una terza parte, infine, sembrano affiorare delle serie istanze garantistiche, che, tuttavia, mal si conciliano con le premesse, già esaminate. Si sostiene che la concezione sintomatica "si armonizza perfettamente con la necessità di adeguare la pena al fatto criminoso"<sup>89</sup>; che "sulla base di tale dottrina del valore sintomatico del reato [...] noi ci siamo sempre opposti ad ammettere che dei provvedimenti coercitivi possono essere applicati col pretesto di una pericolosità *ante delictum*, ma abbiamo sempre richiesto l'esistenza di un reato come condizione imprescindibile di ogni provvedimento restrittivo dei beni giuridici di un cittadino"<sup>90</sup>; che la scienza, al suo livello attuale, non consente di avere mezzi d'indagine sicuri sulla personalità, sicché il fatto rimane il sintomo imprescindibile dell'anomalia personale<sup>91</sup>; che, in ogni caso, il giudice "*nella motivazione della sentenza* dovrebbe fornire una spiegazione esauriente delle situazioni interne ed esterne che hanno condotto il soggetto al delitto"<sup>92</sup>.

L'articolato pensiero del Grispigni, ammantato di buone intenzioni, può essere considerato un manifesto di un moderno diritto penale dell'autore a sfondo criminologico, che rischia di ripresentarsi.

## 5. Cenni al diritto penale dell'atteggiamento interiore

---

<sup>87</sup> *Ivi*, p. 266.

<sup>88</sup> *Ivi*, p. 269.

<sup>89</sup> *Ivi*, p. 265.

<sup>90</sup> *Ivi*, p. 266. Non manca una presa di posizione, quasi sdegnata, nei confronti degli accusatori della Scuola positiva: «Ripetiamo infatti quanto già detto altre volte, cioè che prima di essere seguaci di un determinato indirizzo penalistico, noi siamo giuristi, e come tali sentiamo in grado massimo la necessità di rispettare la libertà dei cittadini, escludendo ogni possibilità di arbitrio [...]».

<sup>91</sup> *Ibid.* L'argomento riporta la memoria alla discussa ammissibilità odierna della prova neuroscientifica, su cui cfr. *supra*, nt. 56.

<sup>92</sup> *Ivi*, p. 267.

Il diritto penale dell'atteggiamento interiore (*Gesinnungsstrafrecht*) costituisce, più che un vero e proprio modello unitario di diritto penale dell'autore, una categoria composita<sup>93</sup>; merita però di essere ricordato, sia per il deciso spostamento dal fatto al modo d'essere dell'autore, sia per l'eco ancora attuale di alcuni suoi corollari.

Il riferimento alla *Gesinnung* (traducibile come animo, tonalità emotiva o atteggiamento interiore) dell'agente, quale elemento rilevante per la configurazione del reato, è stato variamente adoperato nel corso del tempo, nel solco di una progressiva soggettivizzazione dell'illecito penale. Ciò si è avuto principalmente ad opera della dottrina tedesca d'inizio Novecento<sup>94</sup>. Tale processo, le cui tappe sono cronologiche più che concettuali, parte da v. Liszt<sup>95</sup>, passa per l'elaborazione dei penalisti neokantiani<sup>96</sup>, ha trovato importanti

---

<sup>93</sup> Fondamentale, anche per la ricostruzione complessiva delle opinioni in tema, è l'opera di MORSELLI, *Il ruolo dell'atteggiamento interiore nella struttura del reato*, Padova, 1989, *passim*. Per un inquadramento critico, ancora attuali le pagine di N. MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale: l'illecito commissivo doloso e colposo*, Milano, 1983, p. 42 ss. e *passim*.

<sup>94</sup> Il tema può essere solo accennato, essendo necessario, altrimenti, ripercorrere l'intera, tormentata storia dogmatica dell'elemento soggettivo del reato, ciò che valica i confini della presente analisi. Per altro, in un recente studio, è stato autorevolmente segnalato come forme di *Gesinnungsstrafrecht* fossero già presenti nelle elaborazioni tedesche d'inizio Ottocento: pur mutandone i presupposti filosofici (specie con riguardo alla dialettica necessità-libertà), un accentramento del reato sull'atteggiamento interiore si era già avuto sia tra i sostenitori della funzione specialpreventiva della pena (Stübel, Grolman), sia tra i sostenitori della teoria dell'emenda (Krause, Ahrens, Röder). Cfr. MOCCIA, *Le teorie penali pure nel pensiero tedesco*, cit., p. 219 ss.

<sup>95</sup> VON LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, XXIV ed., 1922, p. 160, riportato da MORSELLI, *Il ruolo dell'atteggiamento interiore nella struttura del reato*, cit., p. 56, nt. 76. La concezione della *Gesinnung* di von Liszt aveva un fondamento non spiritualistico, ma biologico-psicologico. Sebbene v. Liszt qualificasse la *Gesinnung* mediante l'aggettivo «asociale», o «antisociale», tuttavia non si tratta di un giudizio di valore di carattere etico, bensì soltanto di una connotazione di dannosità o pericolosità dell'atteggiamento interiore del soggetto nei confronti della società. Conformemente alla sua vocazione liberale, von Liszt si preoccupò di sottolineare come solo la *Gesinnung* esprimendosi nel fatto commesso («aus der begangenen Tat erkennbaren») fosse da tenere in considerazione. Tuttavia, va notato come per von Liszt la *Gesinnung* assumesse il significato di una caratteristica permanente, e perciò sostanzialmente deterministica, della personalità del delinquente («dauernde Einstellung»). È proprio questo il punto di partenza delle elaborazioni dei *sintomatici* Tesar e Kollmann. Sul punto, cfr. anche le notazioni di MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva. Profili storici e costituzionali*, Milano, 1978, p. 58 ss.

<sup>96</sup> In particolare, furono rilevanti la «scoperta» degli elementi soggettivi dell'antigiuridicità e le conseguenti elaborazioni dogmatiche. Per un quadro d'insieme, cfr. SCHIAFFO, *Le situazioni «quasi-scriminanti» nella sistematica teleologica del reato. Contributo ad uno studio sulla definizione di struttura e limiti della giustificazione*, Napoli, 1998, p. 103 ss.; nonché CAVALIERE, *L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale*, cit., p. 188 ss.

posizioni nella dottrina finalistica<sup>97</sup> ed è culminato nell'elaborazione nazionalsocialista del tipo d'autore<sup>98</sup>.

Si tratta di un percorso non ancora concluso. Preme di sottolineare come anche nel periodo post-bellico e fino a tempi recentissimi l'atteggiamento interiore abbia costituito il punto di riferimento di una parte minoritaria della dottrina, sia tedesca che italiana. In particolare, talvolta si è valorizzata la *Gesinnung* al fine di cogliere l'oggetto del rimprovero della colpevolezza, intesa in senso normativo<sup>99</sup>; talaltra si è accentuato l'atteggiamento interiore quale elemento psicologico in chiave dinamico-emozionale, al fine di cogliere l'essenza volitiva (principalmente) del dolo nelle sue varie forme<sup>100</sup>.

---

<sup>97</sup> Queste sono ancora riscontrabili nel manuale del WELZEL, *Derecho penal. Parte general*, trad. spagn. a cura di FONTÁN BALESTRA, Buenos Aires, 1956, p. 83 ss.; 103 ss. Cfr., per una panoramica critica, WÜRTENBERGER, *La situazione spirituale della scienza penalistica in Germania*, Milano, 1965, p. 85 ss. Quest'ultimo, per altro, evidenzia come il Welzel concentri la rilevanza dell'atteggiamento interiore nell'illecito personale, sottraendolo al "più naturale" ambito del rimprovero di colpevolezza; in realtà, ci sentiamo di segnalare come il pensiero del Welzel sia alquanto sfumato sul punto: ciò è ben dimostrato dalla ambiguità con cui lo stesso Welzel tratta della collocazione dommatica dei *Gesinnungsmerkmale*, asserendo che «[...] in certi tipi, alcuni di questi elementi di *Gesinnung* sono, simultaneamente, elementi di colpevolezza. [...] Qui si sovrappongono i limiti dell'illecito e della colpevolezza» - WELZEL, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 85.

<sup>98</sup> Su cui cfr. *infra* par. 6. Può comunque anticiparsi che le forme di *Gesinnungsstrafrecht* qui riportate differiscono dal diritto penale del tipo d'autore nazionalsocialista: quest'ultimo accentua l'atteggiamento interiore di infedeltà ai valori etici della comunità al punto da sostituirlo alla violazione del bene giuridico nel fondamento dell'illecito penale; a tanto non arrivarono le teorie appresso riportate, che anzi mantennero saldo il riferimento oggettivo della lesione di un interesse giuridicamente tutelato ai fini della configurazione del reato, come si chiarirà nel testo.

<sup>99</sup> Cfr. soprattutto, per la dottrina tedesca, GALLAS, *Sullo stato attuale della teoria del reato*, in *Scuola pos.*, 1963, spec. 48 ss. Per la dottrina italiana, BETTIOL, *Sul diritto penale dell'atteggiamento interiore.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, p. 3 ss.; ROMANO, GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, III ed., 2004, p. 332 (pre - art. 39, n. 84); ZUCALÀ, *L'infedeltà nel diritto penale*, cit., p. 248 ss., 257 ss. Questa posizione sembra doversi tenere distinta da quella di chi propone di valutare la *Gesinnung* non già come oggetto del rimprovero di colpevolezza, ma più semplicemente come uno degli elementi da considerare al fine di apprestare una efficace strategia di recupero sociale del reo, sempre con il consenso di questi – sul punto, MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, cit., p. 103 ss., 163.

<sup>100</sup> Nella dottrina italiana, è soprattutto la tesi di MORSELLI, *Il ruolo dell'atteggiamento interiore nella struttura del reato*, cit., p. 42 ss., 66, 71; recentemente, tuttavia, sembra aderire alle medesime tesi (pur senza nominare la *Gesinnung* e tentando un approccio di carattere storico-dommatico) RONCO, *Voluntas ut ratio. Sullo statuto della volontà nel diritto penale*, Torino, 2023, *passim* e spec. 93 ss. Questo tipo di approccio al dolo, da intendersi come *dolus malus*, pare manifestarsi anche in trattazioni più settoriali, specialmente con riguardo al dolo eventuale: cfr. ad es. DONINI, *Il dolo eventuale: fatto-illecito e colpevolezza. Un bilancio del dibattito più recente*, in *Dir. pen. cont.*, 1, 2014, 70 ss., spec. p. 88 ss. Esso non è rimasto senza conseguenze sul piano pratico, con adesioni quasi esplicite: cfr., ad es., *infra*, Cap. II, Sez. II, par. 3.2, la giurisprudenza delle S.U. della Corte di cassazione sul caso *Thyssenkrupp*.

La varietà delle voci sul punto non consente di ricavare dei presupposti comuni alle varie teorie. Così, mentre alcuni limitano la rilevanza dell'atteggiamento interiore solo ad alcune fattispecie<sup>101</sup>, la maggioranza dei sostenitori ne evidenzia la portata dogmatica generale. Mentre alcuni la riferiscono ai soli soggetti capaci d'intendere e volere (coerentemente con la collocazione della *Gesinnung* nella colpevolezza)<sup>102</sup>, per altri assume un peso anche per i soggetti non imputabili (altrettanto coerentemente con l'inquadramento nell'elemento psicologico, ancorato al fatto tipico)<sup>103</sup>. La serie di distinguo potrebbe continuare.

Ad ogni modo, la *tendenza* comune sta nella progressiva eticizzazione del diritto penale e nella riscoperta del libero arbitrio come fondamento della pena<sup>104</sup>; ciò vale non solo per la prospettiva della colpevolezza<sup>105</sup>, ma anche per quella dell'elemento psicologico<sup>106</sup>.

La giustificazione giuridica della considerazione dell'atteggiamento interiore è stata, specie in tempi più recenti, il principio di personalità della responsabilità penale; inoltre, l'ammissibilità è stata sostenuta in virtù della

---

<sup>101</sup> Si tratterebbe di quelle disposizioni incriminatrici che presentano caratteristiche di atteggiamento interiore (*Gesinnungsmerkmale*): esse si identificano perché formulate mediante espressioni quali, ad esempio, "brutalmente", "per disprezzo", "fraudolentemente" etc.; si tratta di categorie non estranee anche alla nostra legislazione: cfr. ad es. rispettivamente gli artt. 410, 345 (abr.), 505 c.p., 2621 c.c. In questa prospettiva si muove soprattutto SCHMIDHÄUSER, *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht*, Tubinga, 1958, *passim*. Nella dottrina italiana, anche ZUCALÀ, *L'infedeltà nel diritto penale*, cit., pp. 260-261; 264.

<sup>102</sup> Cfr. ad es. WELZEL, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 85: «Tuttavia, in certi tipi, alcuni di questi elementi di *Gesinnung* sono, simultaneamente, elementi di colpevolezza; cioè, possono essere eseguiti solo dall'autore capace di colpevolezza; ad es.: "in malafede" nel § 170, c) e d). Una sottrazione con "intenzione di appropriazione" può essere eseguita anche dall'incapace (il malato mentale o il bambino), ma negare "in malafede" l'aiuto (§ 170, c), può farlo solo il soggetto capace di colpevolezza. Qui si sovrappongono i limiti dell'illecito e della colpevolezza».

<sup>103</sup> Cfr. MORSELLI, *Il ruolo dell'atteggiamento interiore nella struttura del reato*, cit., p. 63: «Ora, la *Gesinnung* non ha nulla a che vedere con l'imputabilità e la colpevolezza: anche un soggetto non imputabile, come l'*amens*, può ben agire con "malizia", "pravità", "ferocia" o "malafede" alla stessa stregua di un soggetto imputabile».

<sup>104</sup> Questo aspetto è messo in luce, in chiave critica, già da BARATTA, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza. Contributo alla filosofia e alla critica del diritto penale*, Milano, 1963, p. 84 ss., 152 ss.

<sup>105</sup> Nell'ambito della dottrina tedesca già citata, cfr. ad es. WELZEL, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 152 ss. (spec. 160-163); GALLAS, *Sullo stato attuale della teoria del reato*, cit., p. 49. Nella dottrina italiana, ZUCALÀ, *L'infedeltà nel diritto penale*, cit., p. 259; BETTIOL, *Sul diritto penale dell'atteggiamento interiore*, cit., pp. 7-8.

<sup>106</sup> Cfr. MORSELLI, *Il ruolo dell'atteggiamento interiore nella struttura del reato*, cit., p. 46; RONCO, *Voluntas ut ratio*, cit., p. 107 ss., spec. 118 ss.

produzione, per opera della considerazione dell'atteggiamento interiore, di un effetto *soltanto restrittivo* della punibilità.

Senonché, l'accento sull'autore non ha portato questi teorici a obliterare il ruolo del bene giuridico nella configurazione dell'illecito penale. Anzi, la difesa del bene giuridico ha costituito una costante delle elaborazioni in parola, probabilmente anche per scongiurare il rischio di gravosi accostamenti al *Tätertyp* nazionalsocialista<sup>107</sup>.

## 6. Il diritto penale del tipo normativo d'autore

La massima soggettivizzazione del reato si è avuta nelle teorie del tipo normativo d'autore, sviluppate dalla dottrina tedesca nel periodo immediatamente antecedente alla salita di Hitler al potere, nel 1933, e nel corso dell'esperienza totalitaria nazista, tra il 1933 e il 1945<sup>108</sup>. Semplificando al

---

<sup>107</sup> Tra le affermazioni più vigorose possono ricordarsi quelle di BETTIOL, *Sul diritto penale dell'atteggiamento interiore*, cit., p. spec. 6-10; MORSELLI, *Il ruolo dell'atteggiamento interiore nella struttura del reato*, cit., pp. 91-92; ZUCALÀ, *L'infedeltà nel diritto penale*, cit., pp. 211, 251.

<sup>108</sup> In Italia gli studi sul *Tätertyp* nazionalsocialista hanno avuto massimo sviluppo contestualmente alla diffusione di quelle teorie in area germanica; successivamente, il *Tätertyp* ha costituito sempre più il sintetico "parametro negativo" di trattazioni relative "fatto" e alla "offesa" nel diritto penale. Cfr. BETTIOL, *Sul reato proprio* (1939), in *Scritti giuridici*, vol. I, Padova, 1966, p. 400 ss.; ID., *Azione e colpevolezza nelle teorie dei tipi di autore* (1942), in *Scritti giuridici*, vol. II, Padova, 1966, p. 535 ss.; ID., *Sui recenti orientamenti metodologici nello studio del diritto penale* (1940), in *Scritti giuridici*, vol. I, Padova, 1966, p. spec. 489; NUVOLONE, *Il momento penale (da Archivio penale, maggio-giugno 1946, fasc. V-VI)*, in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, vol. I, Padova, 1969, p. 140 ss.; ID., *La capacità a delinquere nel sistema del diritto penale* (1942), in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, vol. I, Padova, 1969, p. spec. 588 ss.; ID., *La riforma del § 2 del Codice penale germanico (da Riv. it. dir. pen., 1938, n. 5-6)*, in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, vol. I, Padova, 1969, p. 1 ss.; SCARANO L., *Significato politico delle più recenti tendenze della dommatica penale tedesca. Estratto dalla Rivista Arch. pen., Gennaio-Febbraio 1946, Fasc. 1-2*, Roma, 1946; GUARNERI, *Il delinquente tipo*, Milano, 1942; BARATTA, *Positivism giuridico e scienza del diritto penale. Aspetti teoretici e ideologici dello sviluppo della scienza penalistica tedesca dall'inizio del secolo al 1933*, Milano, 1966; CALVI, *Tipo criminologico e tipo normativo d'autore*, cit.; BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 26 ss.; MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4, 1983, 1190 ss. (spec. 1198 ss.); FIORELLA, *Reato (dir. pen.)*, cit., p. 770 ss. (spec. 779 ss.); VASSALLI, *Tipicità (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XLIV, Milano, 1992, p. 535 ss. (spec. 541 ss.); MARINUCCI, *Soggettivismo e oggettivismo nel diritto penale. Uno schizzo dogmatico e politico-criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 2011, 1 ss. (spec. 4-8); ID., *Il tipo normativo d'autore: inquadramento dogmatico ed esperienze giurisprudenziali*, in *Il soggetto autore del reato: aspetti criminologici, dogmatici e di politica criminale*, Padova, 2013, p. 75 ss. Dalla prospettiva dell'errore sulle scriminanti, si segnala anche la complessiva ricostruzione della teoria nazionalsocialista del reato di CAVALIERE, *L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale*, cit., p. 223 ss. (e, per l'ambigua posizione di Wolf, pp. 195-197).

massimo, esse incentrano l'illiceità penale non nel fatto, ma nell'autore; ad esempio, non nel furto, ma nel ladro.

Benché si discuta sulle radici delle suddette teorie<sup>109</sup>, è certamente con Wolf e, successivamente, con i principali rappresentanti della cd. Scuola di Kiel (Dahm, Schaffstein) che prende forma la teoria nazionalsocialista del reato e, in specie, il tipo normativo d'autore; a tale sviluppo ha contribuito considerevolmente anche Mezger<sup>110</sup>.

---

Nella dottrina internazionale, ancora recentemente si è mostrato interesse per l'argomento: cfr., per la dottrina tedesca, soprattutto HARTL, *Das nationalsozialistische Willensstrafrecht*, Berlin, 2000. Cfr. anche GÓMEZ MARTIN, *El derecho penal de autor*, cit., p. 115 ss. ZAFFARONI, *Doctrina penal Nazi: la dogmática penal alemana entre 1933 y 1945*, Buenos Aires, 2017, nonché AMBOS, *Nationalsozialistisches Strafrecht: Kontinuität und Radikalisierung*, Baden-Baden, 2019 - su cui cfr. anche CAROLI, *Recensione a «Kai Ambos, Nationalsozialistisches Strafrecht. Kontinuität und Radikalisierung»*, in *Ind. pen.*, 3, 2019, 699-704.

Per i profili storico-giuridici, si segnalano i recenti contributi di VORMBAUM, *Diritto e nazionalsocialismo. Due lezioni*, Macerata, 2013; PIFFERI, *Problemi costituzionali del diritto penale. Tra riformismo e ascesa del paradigma autoritario (1920-1940)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2019, 309 ss.

<sup>109</sup> Ancora acceso risulta il dibattito, anche nella dottrina internazionale, sull'influsso della dottrina teleologica neokantiana nel "preparare" le involuzioni radicali dei teorici nazisti. Mentre l'opinione maggioritaria afferma, con diversità di toni, una "responsabilità" della dottrina neokantiana, un indirizzo minoritario, seppur autorevole, ne evidenzia le profonde differenze (di metodo e di risultati) rispetto alla successiva dottrina nazista. Per il primo orientamento, cfr. soprattutto BARATTA, *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale. Aspetti teoretici e ideologici dello sviluppo della scienza penalistica tedesca dall'inizio del secolo al 1933*, cit., p. 23 ss.; 61 ss. Più di recente, ZAFFARONI, *Doctrina penal Nazi*, cit., p. 161 ss.; e, in Italia, NISCO, *Neokantismo e scienza del diritto penale - sull'involuzione autoritaria del pensiero penalistico tedesco nel primo Novecento*, Torino, 2019, p. 90 ss. Per il secondo, cfr. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, cit., p. 73 ss.; CAVALIERE, *L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale*, cit., pp. 195-197 (nt. 89); 225-226 (nt. 187) [seppur con dei distinguo, all'interno dell'indirizzo antiformalistico neokantiano, tra correnti ancorate al diritto positivo e correnti facenti riferimenti a valori etici - p. 169 ss.]; SCHIAFFO, *Il diritto penale tra scienza e scientismo. Derive autoritarie e falsificabilità nella scienza del diritto penale*, cit., p. 37 ss., 48 ss.; nella dottrina internazionale, AMBOS, *Nationalsozialistisches Strafrecht*, cit., p. 68 ss.

Non assume una posizione ben definita, invece, Bettiol (pur tra i maggiori conoscitori e critici delle elaborazioni nazionalsocialiste): se, da un lato, sembra ascrivere le tesi della scuola di Kiel all'eredità neokantiana [*Azione e colpevolezza nelle teorie dei tipi di autore (1942)*, cit., pp. 535-536], dall'altro difende il metodo teleologico propugnato da Schwinge e Zimmerl rispetto agli approdi della dottrina nazista [*Sui recenti orientamenti metodologici nello studio del diritto penale (1940)*, cit.].

<sup>110</sup> Assai controverso è il ruolo svolto da MEZGER. Mentre in alcuni scritti pare esplicita la sua adesione ai postulati del nazismo e ai suoi risvolti nel diritto penale [*Deutsches Strafrecht. Ein Leitfadens*, Berlino, 1936, p. 25; *Die materielle Rechtswidrigkeit im kommenden Strafrecht*, in *ZStW*, 1936, 1 ss.; *Die Straftat als Ganzes*, in *ZStW*, 1938, 677; 680-682; 686 ss.], in altri sembra assumere una posizione più sensibile al principio di legalità, quasi a voler limitare le conseguenze ultime del diritto penale del tipo normativo d'autore [*Tatstrafe und Täterstrafrecht insbesondere im Kriegsstrafrecht*, in *ZStW*, 1941, 353 ss. (spec. 357-358)]. Così, anche la critica si divide: mentre è radicalmente negativo il giudizio di MUÑOZ CONDE, *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo*, Valencia, 2003, apre a una rivalutazione del suo ruolo CALVI, *Tipo criminologico e tipo normativo d'autore*, cit., p. 108 (nt. 329), 507 (nt. 94).

A Wolf si attribuisce generalmente la paternità dogmatica del concetto<sup>111</sup>. Egli individua, nelle singole fattispecie previste dal codice penale, dei particolari elementi che sono il riflesso di un determinato atteggiamento interiore dell'autore; in quanto tali, non si inquadrano propriamente né nell'elemento oggettivo, né in quello soggettivo del reato. Quindi, Wolf arriva ad affermare l'esistenza di determinati tipi di autore per determinati gruppi di reati<sup>112</sup>, contrapponendo lo studio dell'autore allo studio del reato<sup>113</sup>. Senonché, come osserva i Bettiol<sup>114</sup>, reato e reo si considerano ancora (almeno sotto il profilo logico) come entità tra di loro distinte, per cui non si rinuncia a uno studio dei singoli reati e ad una sistemazione logica degli elementi di cui essi si compongono. La logica del tipo d'autore viene propugnata *de lege ferenda*; si riconosce, per altro, che la legislazione a quel tempo vigente costituiva un diritto penale del fatto<sup>115</sup>.

L'eredità più gravosa del pensiero di Wolf è l'eticizzazione della norma penale: il tipo d'autore è considerato lo sfondo etico-ideale della fattispecie<sup>116</sup>; più in generale, lo stesso Stato è immerso in un orizzonte etico<sup>117</sup>. Questo mutamento di prospettiva, con una nuova fusione delle sfere del diritto e

---

<sup>111</sup> Cfr., in particolare, WOLF, *Vom Wesen des Täters*, Tubinga, 1932. La paternità è riconosciuta, per altro, dallo stesso DAHM, *Der Tätertyp im Strafrecht*, Lipsia, 1940, pp. 25–26.

<sup>112</sup> Ivi, p. 15 «Der Täter ist [...] seinem Wesen nach ein personales Glied der Rechtsgemeinschaft mit verfallender Rechtsgesinnung» (l'autore del reato è essenzialmente un membro della comunità giuridica con un atteggiamento interiore giuridico (*Rechtsgesinnung*) decaduto); p. 37: «Die Typen der Täterschaftsmässigkeit müssen die Züge tragen, die wir als wesentlich im rechtlichen Bild des Täters erkannten. Wir erfassten das Wesen des Täters in seiner verfallenden Rechtsgesinnung. Daran wir jetzt anknüpfen: die Typen der Täterschaftsmässigkeit typisieren Arten des personalen Gesinnungsverfalls» (I tipi di autore del reato devono possedere i tratti che abbiamo riconosciuto come essenziali nell'immagine giuridica dell'autore del reato. Abbiamo colto la *natura dell'autore (Wesen des Täters)* nella sua coscienza giuridica decaduta/nel suo senso di giustizia in declino. Ora dobbiamo proseguire così: i tipi di autore tipizzano dei tipi di decadimento dell'atteggiamento interiore).

<sup>113</sup> Questa impostazione "antitetica" è seguita soprattutto in *Tätypus und Tätertypus. Zur Frage der Neugliederung der Verbrechenslehre*, in *ZAkDR*, 3, 1936, 358 ss.

<sup>114</sup> BETTIOL, *Sul reato proprio* (1939), cit., p. 405.

<sup>115</sup> WOLF, *Vom Wesen des Täters*, cit., p. 31.

<sup>116</sup> Ivi, p. 16.

<sup>117</sup> WOLF, *Krisis und Neubau der Strafrechtsreform*, Tubinga, 1933, p. 43 riportato e tradotto da CAVALIERE, *L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale*, cit., p. 224 (nt. 182): «Diritto e Stato non sono ordini qualsiasi. La loro esistenza viene meno costruita e compresa che sperimentata e vissuta... Essi hanno un'esistenza metafisica, che si radica nella sfera religiosa della vita. Qui ci scontriamo con il limite della competenza scientifica a fare affermazioni»; «lo Stato... non è un assoluto. Esso sottostà quale esistenza metafisica ad autorità religiose, dalle quali deriva la sua autorità».

dell'etica, fu immediatamente colto da Dahm e Schaffstein: la critica alla de-eticizzazione del diritto penale fu, infatti, uno dei primi argomenti a favore di un nuovo diritto penale autoritario<sup>118</sup>. Riecheggia, inoltre, la premessa filosofico-culturale *schmittiana* del pensiero giuridico come catalizzatore del “*konkretes Ordnungsdenken*”<sup>119</sup>, poi ripresa soprattutto da Dahm.

Se a Wolf si attribuisce la paternità, a Dahm e, secondo alcuni<sup>120</sup>, a Mezger, s'imputa generalmente la *degenerazione* del tipo d'autore<sup>121</sup>; la ragione di questo giudizio storico può cogliersi, per altro, anche nei ripiegamenti che lo stesso Wolf tentò qualche anno più tardi<sup>122</sup>.

Le opere di questi autori si inseriscono nel mutato quadro politico-legislativo determinato dall'avvento del nazismo. Tra i provvedimenti emanati, merita di essere richiamata la legge di riforma del § 2 StGB, emanata il 28 giugno 1935<sup>123</sup>. Il superamento della garanzia della legalità e l'apertura del diritto penale alla fonte sostanziale del sano sentimento del popolo ebbero decisive ricadute sulle proposte dottrinali.

Dahm offre la prima riflessione sul tipo normativo d'autore nella sua critica al razionalismo astratto della teoria del *Tatbestand*, colpevole di mummificare la realtà e irrigidire la coscienza sociale entro schemi

---

<sup>118</sup> DAHM, SCHAFFSTEIN, *¿Derecho penal liberal o Derecho penal autoritario? (1933)*, trad. spagn. a cura di BROND, L., Santiago (Cile), 2020, pp. 61–64.

<sup>119</sup> Come segnalato da CAVALIERE, *L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale*, cit., p. 224, nt 183; CALVI, *Tipo criminologico e tipo normativo d'autore*, cit., p. 502 nt. 75). Su tale concetto, cfr. soprattutto SCHMITT, *I tre tipi di pensiero giuridico*, in *Le categorie del politico*, a cura di MIGLIO, SCHIERA, Bologna, 1972, p. 247 ss. (spec. 274); per un inquadramento più generale dell'opera di Schmitt nel periodo nazista, cfr. BENDERSKY, *Carl Schmitt teorico del Reich*, trad. it. a cura di GHELARDI, Bologna, 1989, p. spec. 233 ss.

<sup>120</sup> Cfr. *supra* nt. 110.

<sup>121</sup> CALVI, *Tipo criminologico e tipo normativo d'autore*, cit., pp. 507–509.

<sup>122</sup> Cfr. WOLF, *Tattypus und Tätertypus. Zur Frage der Neugliederung der Verbrechenslehre*, cit.

<sup>123</sup> Sul punto, cfr. NUVOLONE, *La riforma del § 2 del Codice penale germanico (da Riv. it. dir. pen., 1938, n. 5-6)*, cit. Il testo precedente disponeva: “Un'azione può essere sottoposta a una pena, solo se questa pena era legislativamente stabilita prima che l'azione fosse commessa”. Il testo riformato, invece, statuiva: “Viene punito chi commette un'azione che la legge dichiara espressamente punibile o che merita punizione secondo il pensiero fondamentale di una legge penale e secondo il sano sentimento del popolo. Qualora nessuna precisa disposizione penale trovi immediata applicazione all'azione, l'azione stessa sarà punita secondo la legge, il cui pensiero fondamentale ad essa si attaglia nel modo migliore”.

intollerabili<sup>124</sup>. Ciò che di vivente ed eterno esiste nella legge è l'autore, non la fattispecie. Per "autore" non deve intendersi un tipo d'autore criminologico; la qualità di *autore* va identificata in un determinato modo di essere nella comunità; nella coscienza del popolo, essa è viva e reale.

Successivamente, questi assunti vengono compiutamente approfonditi<sup>125</sup>. Il tipo d'autore normativo si distingue dal tipo criminologico, poiché esso deriva non dalla costatazione di dati empirici, ma da giudizi di valore, discendenti dalla coscienza del popolo ovvero dalle opzioni legislative<sup>126</sup>.

Il *Tätertyp* deve essere considerato come *l'ombra della fattispecie legale*, come una regola necessaria per interpretare gli elementi della fattispecie stessa<sup>127</sup>. Esso consente sia di allargare, sia di restringere la portata di una norma penale: così, il tipo d'autore punibile è il nemico del popolo, l'avversario della comunità, il cittadino politicamente ribelle e infedele rispetto ai doveri sociali, l'individuo nocivo per la vita della collettività; mentre il non-*Tätertyp*, naturalmente, è l'autore di una fattispecie di reato che tuttavia risulti essere *treuer Volksgenosse*, membro fedele della comunità popolare<sup>128</sup>.

Secondo Dahm, il tipo normativo non porta comunque ad un soggettivismo pericoloso, perché il giudice troverà sempre nella coscienza popolare dei criteri oggettivi di interpretazione<sup>129</sup>; ciò nonostante, egli ammette l'analogia anche *in malam partem*<sup>130</sup>.

---

<sup>124</sup> DAHM, *Verbrechen und Tatbestand*, in AA. VV., *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, Berlino, 1935, p. 62 ss.

<sup>125</sup> DAHM, *Der Tätertyp im Strafrecht*, cit.

<sup>126</sup> Ad esempio, Dahm riporta il caso del medico che pratica un aborto per ragioni di necessità: il medico non sarà incriminato perché non rientra nel tipo d'autore dell'abortista, secondo la coscienza del popolo. Cfr. *Ivi*, p. 25 ss.

<sup>127</sup> *Ivi*, p. 38.

<sup>128</sup> *Ivi*, p. 6 ss.

<sup>129</sup> Per certi versi ironica è, invece, l'accusa di arbitrio del giudice, rivolta da Dahm (e Schaffstein) ai modelli di diritto penale liberale: cfr. DAHM, SCHAFFSTEIN, *¿Derecho penal liberal o Derecho penal autoritario?*, cit., p. 66 ss.

<sup>130</sup> DAHM, *Der Tätertyp im Strafrecht*, cit., p. 40 ss., 62 ss.

Da queste posizioni si discosta, in parte, Mezger<sup>131</sup>. Egli parla di “tipo generico” di autore (*genereller oder tatbestandlicher Tätertypus*), utile a interpretare tutte le fattispecie legali. In particolare, il tipo d’autore deve essere desunto non tanto dalla coscienza popolare, quanto dalla legge stessa, poiché essa molte volte racchiude dei termini o delle espressioni dalle quali si può evincere come, davanti agli occhi del legislatore, “fluttui” una determinata figura di autore. Quest’ultima deve essere rivissuta dall’interprete che voglia cogliere il vero significato della legge. Il tipo d’autore, per Mezger, non è dunque “l’ombra” della fattispecie legale, ma piuttosto la sua “anima”<sup>132</sup>.

La premessa, per così dire, filosofica è che la descrizione degli elementi oggettivi di una fattispecie legale deve intendersi come un tentativo legislativo di circoscrivere, con maggior precisione, la punibilità di determinati tipi d’autore “esistenti nella realtà sociale”; perciò, la funzione dell’interprete è permettere che i tipi d’autore, resi “impliciti” nella legge, possano tornare a emergere.

L’importanza del tipo d’autore muta a seconda della determinatezza della fattispecie legale. Se il legislatore ha descritto in modo determinato l’azione nella fattispecie, l’importanza del tipo d’autore sarà minima. Se, invece, la descrizione è elastica, l’interprete dovrà riferirsi alla “figura d’autore” racchiusa nella fattispecie.

Il riferimento ermeneutico al *Tätertypus* assume fondamentale rilevanza laddove, nella fattispecie, s’incrimini l’azione compiuta con animo “maligno” (*böswillig*), “sobillatore” (*hetzerisch*), “con odio” (*gehässig*). In tal caso, l’azione rappresenterebbe espressione di tutta la personalità, con sostanziale rilevanza del tipo normativo d’autore sotteso alla fattispecie. In altri termini, si assiste a una tipicizzazione dell’autore tutte le volte in cui l’atteggiamento

---

<sup>131</sup> Cfr., MEZGER, *Tatstrafe und Täterstrafrecht insbesondere im Kriegsstrafrecht*, cit., p. 356 ss. (spec. 361-363); cfr. anche ID., *Die Straftat als Ganzes*, cit., p. 677 ss. (spec. 680-682, 686 ss., 696 ss.) (sebbene quest’ultimo articolo sia principalmente legato alla teoria della colpa d’autore e alla concezione unitaria del reato)

<sup>132</sup> Sintetizza in questi ultimi termini BETTIOL, *Azione e colpevolezza nelle teorie dei tipi di autore* (1942), cit., p. 553.

interiore (*Gesinnung*) di colui che ha agito ha un'importanza decisiva nella valutazione del fatto.

Va solo segnalato, in conclusione, che le teorie nazionalsocialiste del tipo d'autore non restarono mera speculazione accademica. In giurisprudenza, il *Reichsgericht* non mancò di applicarle<sup>133</sup>; quanto alla legislazione penale nazista, sin dai suoi esordi portò tipologie di soggetti al centro del proprio programma repressivo<sup>134</sup>.

### **6.1. Al di là del tipo d'autore: le altre caratteristiche della teoria del reato nazionalsocialista**

La teoria del tipo normativo d'autore si mostrerebbe incompleta senza un sintetico riferimento ad alcune ulteriori affermazioni dei teorici nazionalsocialisti.

Sul piano metodologico, si rifiuta la costruzione logico-concettuale del diritto, in specie penale. La critica al razionalismo costituisce, anzi, una delle basi del programma teorico della Scuola di Kiel<sup>135</sup>. Si propugna una ricostruzione intuizionistica ed emozionale, capace di cogliere il tutto con una *Wesensschau*, una visione dell'essenza, ancorata a momenti etici e riferita alla concretezza delle situazioni<sup>136</sup>.

---

<sup>133</sup> Tra le prime applicazioni, si segnala la sentenza del Reichsgericht 4 aprile 1939, in un caso di prostituzione, con commento di NUVOLONE, *A proposito di una sentenza del Reichsgericht sul Tätertypus*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1941, p. 47 ss.

<sup>134</sup> Già il Decreto per la protezione del popolo e dello Stato del 28 febbraio 1933 portò all'attenzione i "nemici del popolo" – si trattava di per lo più di oppositori politici, invisi al nuovo regime. In seguito, possono ricordarsi il Decreto contro i soggetti *nocivi per il popolo*, del 5 settembre 1939; il Decreto contro i delinquenti violenti del 5 settembre 1941; rispetto ai territori orientali occupati, il Decreto sul trattamento penale contro ebrei e polacchi, del 4 dicembre 1941. Del 1941 è la riforma del StGB, con cui si modificarono i §§ 211 e 212, dando ingresso a tipi d'autore nelle fattispecie di omicidio.

<sup>135</sup> Chiara la presa di posizione già in DAHM, SCHAFFSTEIN, *¿Derecho penal liberal o Derecho penal autoritario?*, cit., pp. 61–64. Per altro, il passaggio dalla filosofia alla politica fu assai breve: possono confrontarsi le eloquenti osservazioni di Hans Frank, ministro del Reich, in H. FRANK *Fondamento giuridico dello Stato nazionalsocialista*, trad. it. a cura di L.L. PALERMO, Milano, 1939, p. spec. 21 ss.

<sup>136</sup> Il riferimento "concreto" ha portato a operare una differenza con la filosofia husserliana, pure legata al concetto di *Wesensschau*: come sintetizza efficacemente Bettiol, «[...] per la fenomenologia i concetti giuridici *a priori* sono figure giuridiche immutabili ed eterne, mentre per l'indirizzo di Kiel il concetto giuridico è una parte dell'ordinamento della vita del popolo in continuo sviluppo e in perenne

È tale premessa che porta alla concezione unitaria del reato<sup>137</sup>, inteso come violazione del dovere di fedeltà, in senso etico-giuridico, alla comunità<sup>138</sup>. Il riflesso dommatico è la fusione di antigiuridicità e colpevolezza, con la conseguente possibilità di emergere dei tipi d'autore. La vittima designata della elaborazione nazista è il bene giuridico<sup>139</sup>.

La quadratura del cerchio si ha ove si ponga mente alla comune funzione tradizionale della dommatica logico-razionale e del bene giuridico, ossia la limitazione del potere punitivo statale. Con il metodo irrazionalistico e l'abbandono della lesione al bene giuridico come fulcro dell'illecito si pongono le basi teoriche per la piena espressione del potere totalitario. Verso questo risultato si orienta anche la funzione della pena nazionalsocialista: riaffermata la necessità della pena di morte in quanto "esistente nella coscienza del popolo"<sup>140</sup>, si sostiene una funzione sostanzialmente deterrente, utile a rafforzare nei consociati l'immagine del potere autoritario dello Stato<sup>141</sup>.

## 7. Il diritto penale del nemico

---

movimento; per la fenomenologia husserliana i concetti giuridici appartengono al mondo puramente intellettuale senza avere alcun riferimento con il mondo empirico e seppure indirizza la *Wesensschau* alle figure singole, rappresenta malgrado ciò il più alto grado dell'astrazione, mentre per l'indirizzo opposto il concetto giuridico si viene a trovare in una situazione concreta e storicamente condizionata, non in una sfera intellettuale che sta al di là della vita, ma nella vita stessa. Così, se anche tra la fenomenologia e l'indirizzo di Kiel c'è in comune la tendenza a considerare l'individualità, la prima pone questa su di un *piano prettamente aprioristico* mentre il secondo la considera nella sua *concretezza storica* e nel significato che essa assume nella coscienza dei popoli»; così BETTIOL, *Sui recenti orientamenti metodologici nello studio del diritto penale (1940)*, cit., pp. 487–488.

<sup>137</sup> Cfr. in particolare MEZGER, *Die Straftat als Ganzes*, cit.; DAHM, *Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft*, in *ZStW*, 1937, 225 ss.; SCHAFFSTEIN, *Rechtswidrigkeit und Schuld im Aufbau des neuen Strafrechtssystems*, in *ZStW*, 1937, 295 ss.; per un sintetico quadro d'insieme, cfr. anche MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 99–100.

<sup>138</sup> Sul punto, cfr. in particolare SCHAFFSTEIN, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, Berlino, 1935, *passim*.

<sup>139</sup> Molto chiaramente, in argomento, ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, p. 42 ss., 118 ss.

<sup>140</sup> DAHM, SCHAFFSTEIN, *¿Derecho penal liberal o Derecho penal autoritario?*, cit., p. 82.

<sup>141</sup> Cfr. *Ivi*, p. 76: «[...] mediante l'effetto sull'individuo lo Stato ambisce a conseguire non solo da lui ma anche dalla comunità il più alto grado di rispetto possibile all'autorità, per il quale [rispetto] il delitto non è solo la ragione della pena, ma anche l'occasione. Lo Stato utilizza la pena per rendere visibile il suo potere agli occhi di tutti. Nella pena si esprime simbolicamente la dignità dello Stato; la pena di morte pone in forte evidenza che l'individuo può trovarsi alla mercé dello Stato [...]».

In tempi più recenti, il tema della soggettivizzazione del diritto penale si è imposto a cagione del cd. *diritto penale del nemico*. Si tratta di una teoria elaborata dallo studioso tedesco Günther Jakobs<sup>142</sup>. Essa ha alimentato, sin dal suo concepimento, un serrato confronto di idee in dottrina<sup>143</sup>.

Tanto interesse è stato suscitato, in particolare, dalle conseguenze ultime di tale teoria. In estrema sintesi e riservando degli approfondimenti nel prosieguo, gli individui sarebbero distinti in persone e *non-persone*. I primi, i *cittadini*, godrebbero di tutte le garanzie dello Stato di diritto; i secondi, i *nemici*, non godrebbero di tali garanzie (o quanto meno non godrebbero di tutte le garanzie proprie dello Stato di diritto). Da ciò discenderebbe uno statuto particolare di trattamento penale del nemico: il diritto penale contro il nemico si atteggierebbe a strumento di prevenzione contro *individui* pericolosi; nei confronti di costoro, si dovrebbe procedere anche prima del fatto di reato (in specie, anticipando di molto la soglia dell'intervento penale); in casi di necessità, contro il nemico sarebbe accettabile l'uso della coercizione e finanche della tortura.

La peculiarità della tesi di Jakobs è il fondamento, fieramente rivendicato, non su assunti di politica del diritto, bensì su elementi di filosofia del diritto<sup>144</sup>. Quale premessa, viene posta una netta linea di demarcazione tra *essere e dover essere*. Il dover essere viene assorbito dalla *politica del diritto*;

---

<sup>142</sup> La prima versione della teoria del diritto penale del nemico fu presentata da Jakobs nel corso delle giornate dei Professori di diritto penale, che hanno avuto luogo a Francoforte nel 1985. È stata illustrata nella sua versione definitiva nel 1999, durante le giornate berlinesi dal titolo "La scienza del diritto penale a fine millennio". Cfr. JAKOBS, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung (Referat auf der Strafrechtslehrertagung in Frankfurt a.M. im Mai 1985)*, in *ZStW*, 97, 1985, 753 ss.; JAKOBS, *Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart (Kommentar)*, in *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, a cura di ESER, HASSEMER, Monaco, 2000, p. 51 ss.

<sup>143</sup> Le voci che in dottrina si sono interessate specificamente al tema sono innumerevoli. Nel panorama dottrinale italiano, possono ricordarsi i seguenti volumi collettanei: AA.VV., *Diritto penale del nemico: un dibattito internazionale*, a cura di DONINI, PAPA, Milano, 2007; AA.VV., *Delitto politico e delitto penale del nemico*, a cura di GAMBERINI, ORLANDI, Bologna, 2007. Il primo contiene i contributi di JAKOBS, AMBOS, CANCIO MELIÁ, HÖRNLE, MUÑOZ CONDE, PRITTWIZ, APONTE, PASTOR, COLE, DUBBER, DINH, FLETCHER; il secondo, oltre che dei curatori, reca i contributi di GALLI, RUGGIERO, PADOVANI, MUÑOZ CONDE, QUINTERO OLIVARES, JAKOBS, DONINI, FIANDACA, CUSSAC, PULITANÒ, INSOLERA, LOSAPPIO, CAVALIERE, KOSTORIS, SALAS, PAVISIC, FRONZA, GIOIA.

<sup>144</sup> Cfr. JAKOBS, *Diritto penale del nemico? Una analisi delle condizioni di giuridicità*, in *Delitto politico e delitto penale del nemico*, cit., pp. 111, 120.

quando si tratta di *diritto*, invece, si deve riguardare solo ciò che è: solo così il diritto può offrire un reale orientamento ai consociati e non restare idea morta.

Espressamente, Jakobs afferma che il principale e preliminare scopo della sua indagine filosofica è individuare le condizioni della “giuridicità” e, dunque, i suoi limiti. In particolare, è oggetto della sua riflessione la “giuridicità” dei concetti di *norma* e di *persona*. In linea con quanto riconosciuto dallo studioso tedesco, si può affermare che l’intera teoria del diritto penale del nemico si fonda sulla (ri)costruzione di queste due nozioni<sup>145</sup>. Ad esse è dunque necessario riferirsi per cogliere tale inedito percorso di soggettivizzazione del diritto penale.

### 7.1 La norma giuridica vigente nel pensiero di Jakobs

Jakobs parte dall’analisi del concetto di vigenza giuridica di una norma, articolandolo secondo tre possibili proposizioni<sup>146</sup>: 1) diritto vigente è la relazione reciproca tra persone *fondata come giusta* – pura normatività; 2) diritto vigente è una relazione reciproca tra persone *fondabile come giusta* o pur sempre *come plausibile*, che *nel complesso e in misura rilevante* viene praticata – normatività effettivamente realizzata [*verwirklichte Normativität*]; 3) diritto vigente sono le regole della relazione reciproca praticata nel complesso e in misura rilevante tra persone – pura fattualità. Elemento comune alle tre proposizioni è la *reciprocità* della relazione<sup>147</sup> tra persone.

---

<sup>145</sup> Il fondamento filosofico delle tesi di Jakobs è tanto rilevante, anche nell’opinione del chiaro Autore, da condurlo a denunciare l’approssimazione della dottrina nella critica al diritto penale del nemico: limitandosi a valutare le sue conseguenze, i critici avrebbero lasciato impregiudicato il nucleo di validità della teoria in parola [*Ivi*, pp. 119–120]. L’assunto, se obbliga a confrontarsi con tali presupposti, non può però essere del tutto condiviso: sebbene più rari, ben vi sono stati confronti diretti con detti presupposti. Ad es., nella dottrina italiana, può segnalarsi la critica (a tutto tondo) di CAVALIERE, *Diritto penale “del nemico” e “di lotta”: due insostenibili legittimazioni per una differenziazione, secondo tipi di autore, della vigenza dei principi costituzionali*, in *Delitto politico e delitto penale del nemico*, a cura di GAMBERINI, ORLANDI (*Nuovo revisionismo penale*), Bologna, 2007, p. 273 ss. (spec. 289). Sia consentito anche un modesto rinvio a BRUNETTI, *Diritto penale del nemico: una lettura critica dei presupposti filosofici*, in *Penale. Diritto e procedura*, 2, 2020, 315 ss. (spec. 324 ss.).

<sup>146</sup> Cfr. JAKOBS, *Diritto penale del nemico? Una analisi delle condizioni di giuridicità*, cit., p. 111.

<sup>147</sup> Da intendersi, a quanto sembra, come reciprocità di diritti e obblighi – come suggerisce il riferimento alle posizioni dei “legittimati” (i.e. i titolari di diritti) e degli “obbligati”. Cfr. *op. loc. ult. cit.*

La terza proposizione viene immediatamente esclusa dallo stesso Autore per il semplice fatto che ciò che viene praticato in misura preponderante può essere anche pura violenza<sup>148</sup>; ciò potrebbe, tra l'altro, far venir meno il requisito della reciprocità della relazione giuridica. Va dunque valutata la bontà delle prime due ipotesi.

La prima proposizione, per la quale diritto vigente è il “diritto fondato come giusto”, è puramente normativa. Qui, per Jakobs, “il mondo delle norme giuridiche fa vita a sé”: interessa solamente se le norme giuridiche (e le loro concretizzazioni) possano essere tratte in maniera formalmente corretta da una norma autorizzativa vigente, ovvero in maniera materialmente corretta da proposizioni sostanziali superiori vigenti; in concreto, i riferimenti normativi possono essere, a seconda delle circostanze, la ragione umana, quella divina o una Costituzione. Il sistema puramente normativo ha il seguente funzionamento: se l'aspettativa, in cui consiste una norma, non viene soddisfatta, deve seguire una sanzione; se ciò non accade, deve essere sanzionata la negligenza dell'organo statale, etc.

Poste queste premesse, l'attenzione di Jakobs si focalizza su un profilo centrale delle sue tesi: egli si domanda se una norma vigente di tal tipo abbia una reale forza di *orientamento* delle scelte del consociato (tanto che questi sia potenziale vittima, quanto che sia potenziale autore di illeciti). La risposta data al quesito è negativa; un sistema di questo tipo manca di collegamento col mondo reale. L'argomentazione parte dal profilo soggettivo: si risponde alla domanda “*chi* si deve orientare?”. Jakobs distingue nettamente la persona in senso puramente normativo (cd. soggetto di diritto) e la persona reale, carica di bisogni ed esigenze umane, “strutturalmente unita con l'individuo”<sup>149</sup>.

---

<sup>148</sup> Idea che riecheggia (per non tornare troppo indietro nel tempo) già in Rousseau: cfr. *Il contratto sociale*, trad. it. a cura di GARIN, Roma-Bari, 2010, pp. 10–11.

<sup>149</sup> Cfr. JAKOBS, *Diritto penale del nemico? Una analisi delle condizioni di giuridicità*, cit., p. 112. Per un'interessante ricostruzione della personalità giuridica in Jakobs e nello “Stato di prevenzione”, cfr. AMENDOLA, *Persona e soggetto giuridico nello Stato di prevenzione*, in *Filosofia politica*, 3, 2007, 411 ss.; per una più generale panoramica del passaggio dal soggetto di diritto alla persona, cfr. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona. Trasformazioni di una categoria giuridica*, in *Filosofia politica*, 3, 2017, 365 ss.

La sicurezza che una certa norma, fondata come giusta, sia vigente (e che alla violazione di una norma debba seguire una sanzione) può orientare le scelte dell'astratto soggetto di diritto (si parla di orientamento "normativo"); è sufficiente, però, che si verifichi una prima violazione di quella norma perché la persona reale veda infranta l'aspettativa normativa e cominci ad orientarsi diversamente da come suggerirebbe la norma<sup>150</sup>.

Da queste considerazioni, Jakobs deduce che la migliore definizione di diritto vigente sia la seconda proposizione sopra riportata, il cui elemento portante non è tanto la fondatezza della norma, quanto la sua effettività. Infatti, la norma astratta rappresenta solo un "inizio nella realizzazione del diritto"<sup>151</sup>.

Per Jakobs, un ordinamento giuridico deve offrire alla persona (e in particolare alla vittima potenziale) un orientamento realmente fruibile; perciò, deve essere stabilizzato effettivamente, concretamente, nel complesso e in misura rilevante. Il dato della vigenza della norma viene così espressamente collegato all'effettività sociale. Riprendendo l'insegnamento di Luhmann, si afferma che sono due le condizioni di vigenza, a livello sociale, di una norma: in primo luogo, essa deve essere effettivamente osservata; in secondo luogo, qualora la norma venga violata, essa deve essere riaffermata controfattualmente; ciò avviene, in concreto, mediante l'applicazione della sanzione, che riafferma il tenore della norma violata. Mediante questi due momenti, si realizza il "consolidamento cognitivo" della norma giuridica effettivamente vigente, fondamentale per orientare realmente le scelte della persona: non solo della

---

<sup>150</sup> L'esempio proposto da Jakobs è il seguente: Tizio acquista una bicicletta nuova, con cui si reca all'università; esiste una norma per cui una bicicletta non legata a un palo non deve essere rubata e, se il furto avviene, il ladro deve essere punito; Tizio, dunque, si orienta secondo la norma e lascia la bici fuori posto; la bici, nei fatti viene rubata. L'orientamento normativo è corretto (perché la bici non doveva essere rubata e il ladro deve essere punito), ma è presumibile che Tizio non si orienterà più *ingenuamente* secondo la pura norma, perché il suo bisogno reale (avere una bici per recarsi all'università) non viene adeguatamente garantito dalla prescrizione normativa.

<sup>151</sup> Cfr. JAKOBS, *Diritto penale del nemico? Una analisi delle condizioni di giuridicità*, cit., p. 112; a supporto di questa idea, Jakobs cita l'autorevole posizione di Kelsen; quest'ultimo ritiene di assumere una norma fondamentale solo con riguardo a una "costituzione nel complesso e in misura rilevante efficace" e a un "ordinamento di coercizione, prodotto in conformità alla costituzione, che sia nel complesso e in misura rilevante efficace"; al di fuori di questa efficacia, non sussisterebbe alcuna connessione normativa vigente e, in ultimo, non esisterebbe lo Stato. Cfr. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 2000, p. 146 ss.

vittima potenziale, ma anche del potenziale autore di un illecito. Un potenziale reo potrebbe astenersi dal commettere un reato solo se ha cognizione della praticata disponibilità dello Stato alla persecuzione penale e all'applicazione della pena.

Il dato della vigenza viene così espressamente collegato all'effettività sociale. Limite della vigenza della norma diventa la sua riaffermazione "infinitamente controfattuale"; quest'ultima costituirebbe un ritorno al puro normativismo, in precedenza rifiutato. Infatti, in caso di violazione di una norma, deve essere sanzionato l'autore della violazione; se questa sanzione non arriva, deve essere sanzionata la negligenza del funzionario adibito ad applicare la sanzione. Tuttavia, si osserva, se non succede nulla nel secondo o nel terzo passaggio, la norma cesserà di essere vigente – o, come dice Jakobs, finirà per "non svolgere più alcun ruolo per lo sviluppo della società".

## 7.2 La persona "nel diritto" nel pensiero di Jakobs

La prima distinzione necessaria è tra personalità "innata" e personalità "nel diritto". La prima, attinente all'individuo in quanto uomo, non sembra essere posta in discussione da Jakobs<sup>152</sup>. Diverso ordine di considerazioni concerne la persona giuridica. Con quest'ultima si intende la persona in senso normativo, cioè la *persona portatrice di diritti e doveri*.

Secondo l'Autore, anche il concetto di persona "nel diritto" deve essere sottoposto alla prova dell'effettività, per non restare astratto concetto normativo, come tale inutile ad orientare le condotte dei consociati.

Così, sulla falsariga del concetto accolto di norma vigente, Jakobs delinea il concetto di persona giuridicamente "effettiva". Benché non scritto a chiare lettere, sembra essere persona in senso giuridico solo chi "in misura rilevante" (e secondo un modello diffuso rispetto anche ad altri individui, cioè

---

<sup>152</sup> Il riferimento è l'*homo phenomenon* della teoria kantiana. Cfr. JAKOBS, *Diritto penale del nemico? Una analisi delle condizioni di giuridicità*, cit., p. 116.

“complessivo”) esercita i diritti e adempie i doveri di cui è portatore. La definizione si ricava implicitamente dai molteplici riferimenti alla “misura” della condotta tenuta: i delinquenti cd. normali, che rimangono persone nel diritto, non adempirebbero “una volta o poche volte” a un obbligo (nell’enorme complesso dei loro obblighi)<sup>153</sup>, e in “molte altre situazioni” si comporterebbero in modo “massimamente adeguato”<sup>154</sup>; i “nemici”, invece, dedicano la propria vita “in certa misura duratura” a strutture criminali<sup>155</sup>.

In rapporto alla differenziazione tra cittadino e nemico, dunque, dirimente è la qualità della violazione di un dovere. A ben vedere, in un’ottica di effettività, la violazione di un dovere rappresenta sempre una negazione della persona in senso giuridico, perché, all’atto della violazione, la persona si mostra non più effettivamente osservante dei propri doveri. Tuttavia, ciò che distingue la violazione realizzata dal cittadino da quella realizzata dal nemico è il profilo controfattuale: l’inflizione della pena al cittadino (o delinquente “normale”) consolida nuovamente il suo essere persona in senso giuridico; invece, di fronte a un nemico, che dedica stabilmente la sua vita a strutture criminali, la riaffermazione della persona in senso giuridico attraverso la pena rimane una aspettativa ‘infinitamente controfattuale’.

A supporto di questa posizione, Jakobs riporta la tesi di Hobbes. Per l’illustre filosofo inglese, elemento portante dello Stato era la sussistenza del potere centrale; così, egli distingueva tra cittadino che delinque e reo di altro tradimento. Il cittadino viene condannato secondo la legge emanata; il delinquente politico, invece, viene combattuto come nemico. La ragione della differenza sta in ciò: il primo cerca un singolo vantaggio illecitamente (il che non deve essere tollerato), ma non mette in discussione il potere centrale; il secondo, invece, combatte contro il principio, e il principio in Hobbes è incarnato nel potere concreto. Di questa tesi, Jakobs condivide la *ratio*: un

---

<sup>153</sup> *Ivi*, p. 115.

<sup>154</sup> *Ivi*, p. 116.

<sup>155</sup> *Ivi*, p. 117.

avversario per principio va trattato diversamente, in quanto nemico, da un cittadino con manchevolezze probabilmente passeggiare.

Attualizzando la riflessione hobbesiana, il nemico viene individuato oggi in chi si oppone per principio alla “società costituzionalmente fondata sulle libertà”<sup>156</sup>. Vi rientra in particolare chi fa parte di strutture criminali consolidate: terroristi, narcotrafficienti, criminali economici organizzati etc. In realtà, Jakobs lascia aperta la possibilità di includere nella categoria dei nemici anche chi, individualmente e senza adesione a strutture criminali, non lasci intravedere una futura possibilità di comportamento conforme a diritto; viene espressamente citato il caso del delinquente sessuale che non sembri più avere capacità di autocontrollo.

Affinché un individuo possa essere (o meglio, restare) persona “nel diritto”, dunque, deve sussistere una presunzione di (futuro) comportamento fedele al diritto. Secondo Jakobs, «[i]l fondamento (presupposto) della presunzione di esercitare un futuro comportamento legale è un elementare debito *portable* di tutti i cittadini: poiché solo laddove sia fondata e costante questa presunzione, e la garanzia di ciò possono prestarla solamente gli stessi cittadini, è possibile reciprocamente un rapporto basato tanto sulla libertà quanto sull’assenza di paura. Una personalità effettiva, che presieda all’orientamento, non può proprio essere conseguita attraverso astratti postulati; piuttosto, è necessario che chi deve essere persona “collabori”, e cioè, è necessario che egli offra la *sua* parte di prestazione, ossia che garantisca sufficiente fedeltà al diritto. [...] Chiunque sia in grado di promettere almeno in qualche misura fedeltà all’ordinamento, è titolare di una legittima pretesa a essere trattato come persona in diritto. Chi non offre simile garanzia in modo credibile, tendenzialmente viene trattato da non cittadino»<sup>157</sup>. Non è necessario che la presunzione di fedeltà al diritto venga meno in senso assoluto: è nemico

---

<sup>156</sup> cfr. *Ibid.*

<sup>157</sup> Cfr. *ivi*, p. 118. Conferma questa posizione ID., *I terroristi non hanno diritti*, in *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, a cura di KOSTORIS, ORLANDI, Torino, 2006, p. 8.

anche chi, magari buon padre di famiglia o amante degli animali, fa cadere rispetto a certi ambiti la presunzione di comportamento fedele al diritto<sup>158</sup>.

### 7.3 Le ricadute giuridiche della qualificazione come nemico

Le conseguenze teoriche della qualifica di nemico sono diverse.

In primo luogo, al nemico vengono tolti (alcuni) diritti, ma i suoi doveri restano impregiudicati, anche se, sul piano cognitivo, non si può più contare sull'adempimento degli obblighi da parte sua<sup>159</sup>. Il nemico, dunque, si atteggiava a "nemico parziale". Per lui vanno comunque preservate "alcune garanzie dello Stato di diritto del diritto penale sostanziale e processuale"<sup>160</sup>, benché queste non siano precisate da Jakobs.

In secondo luogo, la relazione con il nemico perde il suo carattere giuridico: siccome al nemico vengono tolti diritti, manca la condizione di reciprocità propria della relazione giuridica. Il nemico viene escluso come consociato. Questa esclusione è inevitabile, se si vuole offrire ai consociati un reale orientamento nei loro comportamenti quotidiani<sup>161</sup>. È comunque opportuno un chiarimento: è l'ordinamento, e non l'individuo, a decidere *se*, *quando* e *come* lo stesso individuo debba essere escluso (e dunque qualificato come nemico); inoltre, Jakobs riconosce l'eventualità che un ordinamento scelga di non escludere nessuno, nonostante l'alto costo di questa scelta, in termini di orientamento dei consociati e di sopravvivenza dell'ordinamento<sup>162</sup>.

L'esclusione del nemico e la degiuridicizzazione ("*Entrechtlichung*") della relazione con il nemico non possono comunque portare a reazioni illimitate contro di lui: l'ordinamento deve agire secondo una logica di *extrema*

---

<sup>158</sup> Cfr. JAKOBS, *Diritto penale del nemico? Una analisi delle condizioni di giuridicità*, cit., p. 117; per una ricostruzione più ampia del concetto di "nemico", cfr. AMBOS, *Il diritto penale del nemico*, in *Diritto penale del nemico: un dibattito internazionale*, Milano, 2007, p. 31 ss.

<sup>159</sup> Cfr. JAKOBS, *Diritto penale del nemico? Una analisi delle condizioni di giuridicità*, cit., p. 118.

<sup>160</sup> Cfr. *ivi*, p. 123.

<sup>161</sup> Cfr. *ivi*, p. 119.

<sup>162</sup> Cfr. *ivi*, p. 126.

*ratio*, sottraendo al nemico quei diritti e quelle porzioni di libertà che gli sono utili per compiere atti criminali<sup>163</sup>. Così, al terrorista va tolto il diritto alla libertà di comportamento; utile a tal fine potrebbe essere il ricorso alla carcerazione preventiva<sup>164</sup>.

Va posta in risalto una posizione ambigua di Jakobs con riguardo alla causa dell'intervento statale e al profilo della colpevolezza del nemico. Da un lato, egli afferma che il nemico è prima di tutto un delinquente, e “come delinquente egli porta lo stigma di essere colpevole”<sup>165</sup>; dall'altro, immediatamente dopo, afferma che nei confronti di un nemico non è sufficiente l'infrazione di una pena proporzionata alla colpevolezza, ma piuttosto è necessario procedere *prima* del fatto delittuoso o *in aggiunta* rispetto alla pena, approntando un apparato di sicurezza. Il diritto penale, in particolare, assumerebbe la funzione di tutela dai pericoli rappresentati dai nemici<sup>166</sup>.

L'ambiguità è dissolta ove si consideri la funzione della pena secondo Jakobs: per tutti, cittadini e nemici, essa è “una forma di risarcimento del danno che viene riscosso coattivamente nei confronti della persona del delinquente”, è “infrazione di dolore, e questo dolore è dosato in modo tale che la sicurezza cognitiva della norma infranta non venga pregiudicata a causa del fatto delittuoso accaduto”<sup>167</sup>. Tuttavia, l'idea del risarcimento del danno “non basta nel caso di avversari per principio, in conformità a un atteggiamento”; rispetto a costoro “è necessario bilanciare anche un già preesistente deficit di sicurezza cognitiva”. In questa logica, è necessaria “una coercizione per cambiare la vita” dell'individuo pericoloso, a tutela della società, in forma preventiva o successiva<sup>168</sup>.

---

<sup>163</sup> Cfr. *ivi*, pp. 119, 127.

<sup>164</sup> Cfr. *ivi*, p. 123.

<sup>165</sup> Cfr. *ivi*, p. 120.

<sup>166</sup> Cfr. *ivi*, pp. 120, 123.

<sup>167</sup> *Ivi*, p. 122.

<sup>168</sup> *Ivi*, p. 123.

## 8. Rilievi critici

Le teorie esposte sono contrassegnate, progressivamente, da uno spostamento dal fatto all'autore del reato. Si sono evidenziate le loro caratteristiche e si è dato conto delle diverse ispirazioni che le animano. A questo punto, però, l'analisi non può esimersi da un approfondimento critico.

Anticipando le conclusioni, le teorie del diritto penale dell'autore non sono accoglibili nell'ordinamento giuridico italiano, fondato sulla Costituzione. Quest'ultima offre dei parametri giuridici, non derogabili e capaci di offrire un solido orientamento nella critica alle teorie citate; per mezzo di essi, si impone l'elaborazione di un nucleo di illecito penale consistente in un fatto offensivo, cui si accompagnano, per esigenze di tipicità, componenti meramente psicologiche e non emotive<sup>169</sup>.

Si può iniziare dalla considerazione del principio di materialità. Esso comporta che il disvalore penale debba radicarsi su una condotta del soggetto agente. L'ermeneusi delle disposizioni costituzionali offre chiaramente questo risultato. Sotto il profilo letterale, la costituzionalizzazione è data, seppur in forma sintetica, all'art. 25 co. 2° Cost., il quale si riferisce al "fatto commesso". Si deduce, inoltre, da un'interpretazione sistematica degli artt. 25 e 19 Cost.: la libertà di professare la propria fede religiosa postula, *a fortiori*, il riconoscimento di una libertà morale del cittadino; un atteggiamento interiore, di converso, non può certamente essere posto alla base della pena. Ciò è conforme alla separazione, affermata sin dall'Illuminismo, tra diritto e morale, sicché la conclusione è suffragata anche dall'argomento storico<sup>170</sup>.

Dal principio di materialità discendono diversi limiti al potere punitivo del legislatore. In primo luogo, vige il divieto di considerare reato un

---

<sup>169</sup> Cfr. *supra*, nota 35, in relazione al secondo orientamento riportato.

<sup>170</sup> *Ex multis*, cfr. MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 120–121; FIANDACA, MUSCO, *Dir. pen., parte gen.*, cit., p. 3; MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie del sistema penale*, cit., p. 15; FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 483 ss.; MANNA, *Manuale di diritto penale: parte generale*, II ed., Milano, 2021, p. 80. MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 242. PAGLIARO, *Principi di diritto penale - parte generale*, Milano, 2000, pp. 627–628.

atteggiamento interiore ovvero una mera intenzione, di qualunque tenore sia la sua motivazione. La reale portata del divieto si coglie, a nostro avviso, non limitandola alla mera configurazione del reato-base: è quanto meno anacronistico, se non limitato a casi di scuola, ipotizzare delle fattispecie incriminanti meri atteggiamenti interiori, senza un supporto fattuale. Perciò, contrastano con il principio di materialità anche quelle circostanze soggettive aggravanti fondate sull'atteggiamento interiore dell'agente. È irrilevante la tradizionale qualifica come "elementi accidentali" del reato, quasi come se si trattasse di elementi secondari: in definitiva, il maggiore o minore disvalore penale riposa sull'animo dell'autore<sup>171</sup>.

In secondo luogo, il principio di materialità vieta di incriminare meri modi d'essere dell'autore, tanto nel senso di incriminare un carattere della persona, quanto di incriminare un mero *status* di pericolosità. Anche in tal caso, riteniamo che incorrano nel divieto non solo reati-base, ma anche le circostanze soggettive aggravanti<sup>172</sup>.

Tanto già basterebbe per escludere la legittimità di alcuni istituti legati, per origine storica o *ratio*, ai modelli penali dell'autore. Tuttavia, prima di fare dei riferimenti più precisi, è doveroso compiere un ulteriore passaggio.

È una condotta, di regola, ad essere incriminata, conformemente al basilare principio di materialità. Senonché è possibile che alla condotta venga attribuito un mero significato rivelatore della personalità dell'autore; storicamente, ciò è già accaduto soprattutto nelle concezioni del diritto penale sintomatico e in alcune varianti del diritto penale dell'atteggiamento interiore.

---

<sup>171</sup> Già in passato denunciava questo aspetto MAZZACUVA N., *Il disvalore di evento nell'illecito penale: l'illecito commissivo doloso e colposo*, cit., p. 19 ss.; più di recente, si è espresso in tal senso anche CAVALIERE, *Il furore casistico nella recente legislazione penale. In particolare: circostanze e soggettivismo*, cit.

<sup>172</sup> La *ratio* garantistica del principio di materialità ha imposto di riferirsi solo alle circostanze *aggravanti* soggettive; tuttavia, il divieto di dare rilevanza anche a circostanze *attenuanti* di tal genere ci sembra riposi sui principii di uguaglianza e di certezza del diritto (artt. 3 e 25 cost.): diversamente, potrebbe corrersi il rischio di una "concessione" legislativa di un trattamento di favore per un delinquente, il cui atteggiamento interiore sembri rispondere più fedelmente alla contingente "morale di governo".

In tal caso, il riemergere *mediato* del diritto penale dell'autore è inibito dal principio di offensività<sup>173</sup>.

Nonostante alcune opinioni dissenzienti, è ormai affermato il ruolo costituzionale del principio di offensività<sup>174</sup>. Gli argomenti sistematici sono numerosi; non sembra inutile ricordarne alcuni. I diritti fondamentali della persona (e specialmente la libertà personale, garantita dall'art. 13 Cost.) non possono essere sacrificati dalla sanzione penale, per una ragione elementare di proporzione *ex art. 3 Cost.*, se non per la tutela di un altro interesse costituzionalmente rilevante. La personalità della responsabilità penale, sancita dall'art. 27 co. 1° Cost., impedisce di strumentalizzare la persona per fini di politica criminale, anticipando la punibilità rispetto a soglie rilevanti di offesa al bene giuridico. Soprattutto, la funzione rieducativa della pena, imposta dall'art. 27 co. 3° cost., non potrebbe realizzarsi se s'incriminassero fatti inoffensivi, disubbidienze, meri sintomi di personalità disapprovate<sup>175</sup>.

È noto come, da tempo, si discuta sul carattere assoluto o relativo del principio in parola. Riteniamo che dei significativi progressi possano avvenire, in maniera solo apparentemente paradossale, avendo bene a mente i modelli di diritto penale dell'autore esaminati. Infatti, va valorizzato, nell'ermeneusi costituzionale, l'argomento storico e teleologico. La Costituzione nasce dalle ceneri di un modello di Stato autoritario e in contrapposizione ad esso. La lineare conseguenza logica è il rifiuto, nell'impianto costituzionale, di teorie e

---

<sup>173</sup> Ad onor del vero, è proprio l'offensività, più che la materialità, a costituire il tradizionale argomento contro un diritto penale dell'autore. Sotto il profilo logico-giuridico, l'alternativa offesa/autore (sullo sfondo neutrale della condotta) è ben esposta già in CALVI, *Tipo criminologico e tipo normativo d'autore*, cit., p. 83 ss.

<sup>174</sup> Per tale ragione, è ormai più agevole fare riferimento alla residua dottrina minoritaria: cfr., ad es. ZUCALÀ, *Sul preteso principio di necessaria offensività del reato*, in *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, vol. III, Milano, 1984, p. 1700. Non mancano, per altro, opinioni tese a ridimensionare in qualche misura la portata del principio: ad es., secondo DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, cit., pp. 28–29, 46, quello di offensività sarebbe un principio non dimostrativo, ma di indirizzo politico o comunque argomentativo (e dunque utilizzabile “in misura molto parziale” dalla Corte costituzionale nei giudizi d'incostituzionalità); per un ripensamento, cfr., successivamente, ID., *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Dir. pen. cont. - riv. trim.*, 2013, 15 ss. Per una riaffermazione del ruolo centrale del principio di offensività, anche alla luce del tema di cui ci si occupa, cfr. *infra* cap. II, sez. I, par. 2.1.5.

<sup>175</sup> BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 82 ss.

prassi di diritto penale dell'autore, quali quelle che proliferavano nelle esperienze storico-politiche antecedenti.

L'affermazione della derogabilità del principio di offensività riposa sovente sull'art. 2 Cost<sup>176</sup>: se la Repubblica riconosce e garantisce i diritti fondamentali, ciò deve fare anche mediante la loro tutela penale preventiva, sebbene eccezionale. Tuttavia, se si valorizza l'argomento storico e il relativo rifiuto di modelli di diritto penale dell'autore, risulta chiaro come la predetta interpretazione divenga inaccettabile in virtù di un principio ermeneutico di coerenza. Non si può ritenere che un medesimo testo ambisca, al contempo, alla massima tutela della libertà personale, in virtù degli artt. 13 e 25 Cost. (con conseguente necessità di prevedere fatti realmente offensivi alla base dell'incriminazione) e poi ammettere la legittimità di una tutela penale preventiva o del mero rischio; quest'ultima, annichilendo il disvalore di evento, rischia di atteggiarsi a maschera del diritto penale dell'autore<sup>177</sup>, contro le radici storiche dell'impianto costituzionale.

I principii di materialità e offensività, insomma, costituiscono degli argini invalicabili all'ingresso di modelli di diritto penale dell'autore nell'ordinamento giuridico italiano. Eppure, non mancano dati positivi che, per il modo in cui sono formulati o comunque interpretati, sembrano attualmente contrastare con tali principii, accentuando oltremodo dei profili legati all'autore del reato. Quanto alle interpretazioni, su di esse ci si soffermerà nel prosieguo del lavoro<sup>178</sup>; in questa sede, tuttavia, è possibile offrire una rapida scorsa alle ipotesi la cui formulazione desta maggiori perplessità.

Si potrebbe procedere per gruppi, sulla falsariga dei modelli individuati nel corso del presente capitolo. Va solo chiarito che non riteniamo meriti una considerazione autonoma la categoria del diritto penale del nemico: al di là delle

---

<sup>176</sup> Ad es., cfr. MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 183.

<sup>177</sup> Così anche MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, cit., p. 162. ID., *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 1995, 343 ss. (spec. 367, 369). *Contra* PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 108 ss. (spec. 111-112).

<sup>178</sup> Cfr. *infra*, cap II, *passim*.

sue dubbie premesse, esso si risolve sostanzialmente in un modello di diritto penale del tipo d'autore<sup>179</sup>; il *novum* della teoria sta, forse, nell'aver collegato una nutrita schiera di istituti sostanziali e processuali illiberali alla qualità di nemico.

### 8.1 Brevi osservazioni su alcune ipotesi normative

Quanto al diritto penale sintomatico, si è esclusa, in ossequio al principio di materialità, la possibilità che un mero *status* soggettivo di pericolosità costituisca il fulcro dell'illiceità penale. Tuttavia, non mancano degli esempi in tal senso, specie nella legislazione complementare. Si pensi, ad esempio, all'art. 73 d.lgs. n. 159/2011 (c.d. codice antimafia), che rende punibile la guida di un autoveicolo o motoveicolo senza patente (o dopo che la patente sia stata negata, sospesa o revocata), commessa da persona già sottoposta, con provvedimento definitivo, a una misura di prevenzione personale; la medesima condotta, commessa da un soggetto non sottoposto a misura di prevenzione, costituisce un mero illecito amministrativo ex art. 116 co. 5 d.lgs. 285/1992 (Codice della strada)<sup>180</sup>. Similmente, lo *status* soggettivo di pericolosità legato alla recidiva ex art. 99 c.p., o alla condizione di latitante ex art. 61 n. 6 c.p. dà luogo ad aumenti di pena<sup>181</sup>. Ma considerazioni analoghe possono valere anche per le ancora vigenti categorie sintomatiche positivistiche<sup>182</sup>.

---

<sup>179</sup> Il dato sembra evidente; tuttavia, confortano questa sensazione, tra le tante prese di posizione in senso critico, l'autorevole voce di MARINUCCI, *Il tipo normativo d'autore: inquadramento dogmatico ed esperienze giurisprudenziali*, cit., p. 80, che, riferendosi al diritto penale del nemico, parla di "un'imbarazzante versione di quella tragica modellistica"; nonché, ad es., CAVALIERE, *Diritto penale "del nemico" e "di lotta": due insostenibili legittimazioni per una differenziazione, secondo tipi di autore, della vigenza dei principi costituzionali*, cit., p. 278, che, in relazione al diritto penale del nemico, afferma che esso "evoca davvero il peggior *Täterstrafrecht*".

<sup>180</sup> Sul punto è intervenuta la C. Cost. con sent. n. 211/2022; si tratta di una sentenza assai discutibile, per il cui commento si rinvia al Cap. II, sez. I, par. 2.2.2

<sup>181</sup> Condivisibilmente si è espresso in tal senso CAVALIERE, *Il furore casistico nella recente legislazione penale. In particolare: circostanze e soggettivismo*, in *Penale. Diritto e procedura*, 4, 2022, 576.

<sup>182</sup> Per una recente critica, cfr. DE MARTINO, *Abitualità, professionalità e tendenza a delinquere: tre insostenibili tipi legali di pericolosità sociale*, in *Ind. pen.*, 3, 2022, 551 ss.

Un discorso a parte meriterebbero alcune fattispecie cd. di sospetto<sup>183</sup>. Il fondare la sanzione penale sulla mancata giustificazione di una situazione fattuale significa, *mutatis mutandis*, prediligere una delle due seguenti presunzioni: per il passato, si presume che il soggetto abbia fatto qualcosa d'illecito, sicché lo si punisce senza una prova definitiva; per il futuro, si presume che il soggetto approfitterà di quella situazione per commettere illeciti, cosicché si agisce in prevenzione<sup>184</sup>.

La prima ipotesi contrasta *in radice* con la presunzione di innocenza di cui all'art. 27 co. 2° Cost; riteniamo, inoltre, contrasti con il principio di offensività, perché ascrivibile a un diritto penale dell'autore sintomatico: in presenza di un fatto "neutrale", presumere l'avvenuta commissione di illeciti non può che basarsi su considerazioni relative all'autore.

---

<sup>183</sup> Non si ignora il dibattito che, negli ultimi decenni, ha animato la dottrina sulla natura dei reati di sospetto e, in specie, sull'esistenza o meno di una condotta (per la posizione della incriminazione di un mero *status*, cfr. soprattutto MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. I, V ed., Torino, 1981, p. 693 ss. secondo cui, mediante il reato di sospetto, s'incrimina «una situazione individuale, che di per se stessa non costituisce infrazione di alcun comando o divieto penale, ma che è incriminata soltanto per il sospetto che desta». L'evento dei reati appartenenti a questa categoria risulterebbe, quindi, non «da un'azione o da un'omissione individuale», ma da «un apprezzamento fatto dall'autorità in base a determinati elementi stabiliti dalla legge»; cfr., inoltre, BELLAVISTA, *I reati senza azione*, Napoli, 1937, p. 15 ss. e *passim*. *Contra*, è possibile limitarsi a ricordare le posizioni già autorevolmente sostenute da PETROCELLI, *Principii di diritto penale*, vol. I, Napoli, 1955, p. 270; GALLO M., *Dolo (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, pp. 754–755). Nemmeno s'ignora come un'importante impostazione dottrinale leghi le considerazioni sulla illegittimità dei reati di sospetto al parametro costituzionale della presunzione di non colpevolezza (in questo senso, fra molti, cfr. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 89). Tuttavia, in questa sede viene in rilievo non tanto la condotta, quanto, tutt'al più, l'offesa, la cui mancanza, legata alla valorizzazione normativa di indici meramente personologici, consente di ascrivere il tema al diritto penale dell'autore; cfr. CALVI, *Tipo criminologico e tipo normativo d'autore*, cit., pp. 345–350. In effetti, è l'opinione schietta anche di Manzini: in relazione all'art. 707 c.p., egli affermava che «la repressione non è determinata dalla pericolosità del fatto in sé, bensì dalla pericolosità della persona messa in rilievo dalle sue qualità soggettive e dal possesso ingiustificato», in *Trattato di diritto penale italiano*, vol. X, 1986, p. 870; la medesima opinione è espressa, in relazione all'art. 708 c.p., *ivi*, p. 884. Successivamente, tra le voci più autorevoli, possono ricordarsi le corrispondenti posizioni di MARINUCCI, *Il reato come azione*, Milano, 1971, pp. 168–169; FIORELLA, *Sui rapporti tra il bene giuridico e le particolari condizioni personali*, in *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di STILE, Napoli, 1985, pp. 208–210; PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milano, 1990, p. 393. Corroborano questa posizione i passaggi salienti della giurisprudenza costituzionale che ci si appresta ad esaminare (*infra*, cap. II, sez. I, par. 2.1 ss.). Più in generale, per un quadro complessivo delle problematiche relative ai reati di sospetto, si segnala il contributo di CALISTI, *Il sospetto di reati: profili costituzionali e prospettive attuali*, Milano, 2003, *passim*.

<sup>184</sup> Per questa duplice logica, sebbene in relazione alle fattispecie di sospetto contenute nel vigente codice Zanardelli, cfr. già le critiche (mosse da esigenze garantistiche) di DELITALA, *Il «fatto» nella teoria generale del reato*, Padova, 1930, pp. 141–143.

La seconda contrasta con il principio di offensività, in quanto è massima espressione di un diritto penale dell'autore sintomatico: sintantoché il futuro illecito penale, offensivo di beni giuridici, non sarà commesso, a giustificazione della pena resta solo l'avvisaglia di un autore pericoloso.

La legislazione offre esempi di entrambi i tipi. Quanto al primo, si pensi alla confisca allargata *ex art. 240-bis c.p.* A dispetto della qualifica formale di misura di sicurezza patrimoniale, si tratta di una misura ablatoria sostanzialmente afflittiva<sup>185</sup>; il suo perno, al di là dell'indizio della sproporzione patrimoniale, è la qualità soggettiva di condannato (per un numero sempre crescente di reati). Non è un caso che questa forma di confisca sia nata come surrogato del delitto di possesso ingiustificato di valori *ex art. 12 quinquies*, co. 2°, d.l. n. 306/1992, conv. dalla l. n. 356/1992, dichiarato incostituzionale con la sentenza della Corte costituzionale 9-17 febbraio 1994, n. 48; parimenti, non è un caso che l'incostituzionalità del previgente articolo citato si sia fondata sul rilievo per cui lo *status* soggettivo processuale non può assurgere a sintomo ai fini della configurazione di una fattispecie penale<sup>186</sup>.

---

<sup>185</sup> In chiari termini, MAUGERI, *La riforma della confisca (d.lgs. 202/2016). Lo statuto della confisca allargata ex art. 240-bis c.p.: spada di Damocle sine die sottratta alla prescrizione (dalla l. 161/2017 al d.lgs. n. 21/2018)*, in *Arch. pen. (riv. web) - Supplemento 1*, 2018, 268–270; MAUGERI, PINTO DE ALBUQUERQUE, *La confisca di prevenzione nella tutela costituzionale multilivello tra istanze di tassatività e ragionevolezza (C. cost. 24/2019)*, in *Sistema penale*, 29 novembre 2019, 51 ss. *Contra*, invece, la sentenza n. 24/2019 della Corte costituzionale, che parla di misura di sicurezza, ascrivibile a un più ampio *genus* di confisca di beni di sospetta origine illecita.

<sup>186</sup> Indicative le parole della Corte, al punto 4 delle considerazioni in diritto: «Ecco svelarsi, allora, il vizio di costituzionalità che affligge la norma impugnata. Se, infatti, può ritenersi non in contrasto con i principi costituzionali una norma che, al limitato fine di attivare misure di tipo preventivo, desume dalla qualità di indiziato per taluni reati il sospetto che la sproporzione tra beni posseduti e reddito dichiarato possa esser frutto di illecita attività, altrettanto non può dirsi ove l'analoga situazione venga ricondotta all'interno di una previsione incriminatrice, giacché la legittimità di una simile fattispecie rinverrebbe un insormontabile ostacolo proprio nel principio di presunzione di non colpevolezza che i giudici a quibus hanno correttamente invocato. Il naturale sviluppo del precetto sancito dall'art. 27, secondo comma, della Costituzione, comporta, infatti, che la condizione di persona sottoposta a procedimento penale assume connotazioni del tutto amorse agli effetti del diritto sostanziale, cosicché dalla stessa non è consentito trarre “sospetti” o “presunzioni” di sorta che valgano a qualificare una specifica condotta che il legislatore ritenga meritevole di sanzione penale [...]». L'anomalia dell'orientamento della Corte sta, piuttosto, nell'aver negato, in via di principio, la possibile rilevanza penale di uno *status* processuale e nel non aver esteso successivamente queste considerazioni a quel surrogato costituito dalla confisca allargata, riferita alla condizione di condannato; non muta, tra le due ipotesi, il presupposto oggettivo, consistente in una mera sproporzione patrimoniale, senza prova della provenienza illecita dei patrimoni.

Con riguardo al secondo tipo di presunzione, si possono ricordare le fattispecie di cui all'art. 707 c.p. e all'art 707-*bis*, introdotto dalla l. n. 22/2022. L'art. 707 c.p. ha visto diminuita la sua estensione a séguito della sent. Corte cost. 2 febbraio 1971, n. 14; attualmente, rende punibile chiunque, essendo stato condannato per delitti determinati da motivi di lucro, o per contravvenzioni concernenti la prevenzione dei delitti contro il patrimonio, è colto in possesso di chiavi alterate o contraffatte, ovvero di chiavi genuine o di strumenti atti ad aprire o a sforzare serrature, dei quali non giustifichi l'attuale destinazione. Rimandando ad altra sede l'analisi dei rilievi della C. Cost.<sup>187</sup>, può certamente affermarsi che la sostanza dell'illiceità penale riposi sulla presunzione che il soggetto, già condannato per reati determinati da motivi di lucro, tornerà a commettere reati per motivi di lucro; si ha un tipo normativo criminologico d'autore, coerente con le tesi positivistiche sopra analizzate<sup>188</sup>.

Di recente conio è, poi, l'art. 707-*bis* c.p., che minaccia di pena chi è colto in possesso di strumenti per il sondaggio del terreno o di apparecchiature per la rilevazione dei metalli, dei quali non giustifichi l'attuale destinazione, all'interno di aree e parchi archeologici, di zone di interesse archeologico, se delimitate con apposito atto dell'amministrazione competente, o di aree nelle quali sono in corso lavori sottoposti alle procedure di verifica preventiva dell'interesse archeologico secondo quanto previsto dalla legge. In maniera ancora più evidente, si lega al fatto un sintomo di pericolosità dell'autore, in violazione del principio di offensività.

Quanto al diritto penale dell'atteggiamento interiore, si è escluso, per il fondamentale principio di materialità, che l'illiceità penale riposi su un mero *animus nocendi*, nelle sue varie declinazioni<sup>189</sup>. Ciò dovrebbe forse discendere,

---

<sup>187</sup> Cfr. *infra* cap. II, sez. I, par. 2.1.1.2

<sup>188</sup> Già CALVI, *Tipo criminologico e tipo normativo d'autore*, cit., pp. 345–348 parlava esplicitamente degli artt. 707 e 708 c.p. come incriminanti dei tipi criminologici, ascrivibili al generale modello del delinquente per tendenza, ex art. 108 c.p. Successivamente, ma con minore decisione, si è espresso in tal senso anche BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., pp. 89–91. Tra le posizioni più recenti, cfr. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., pp. 300–301.

<sup>189</sup> Le (poche) opinioni contrarie sono già state citate *retro*, nel par. 5. Si esprime contro un diritto penale dell'atteggiamento interiore la dottrina maggioritaria: cfr. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto*

ancor prima, dal principio di laicità: l'illeceità penale non può essere accertata alla stregua di considerazioni etiche sull'autore e sulle sue ragioni. Anche in tal caso, tuttavia, la legislazione offre degli esempi poco rassicuranti. È il caso, soprattutto, di circostanze soggettive, poggianti sulla finalità o sui motivi<sup>190</sup>. Possono ricordarsi alcuni esempi: 1) rispetto alle circostanze aggravanti comuni, le ipotesi di cui ai nn. 1) e 2) dell'art. 61 c.p., ossia l'aver commesso il reato da un lato per motivi abietti o futili, dall'altro per eseguirne od occultarne un altro, ovvero per conseguire o assicurare a sé o ad altri il prodotto o il profitto o il prezzo ovvero la impunità di un altro reato; 2) le aggravanti di cui agli artt. 270-bis.1 e 416-bis.1 c.p., che attribuiscono disvalore, rispettivamente, alla finalità di terrorismo e a quella di agevolazione mafiosa; 3) l'aggravante di cui all'art. 604-ter c.p., per i reati (punibili con pena diversa dall'ergastolo) commessi per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso, ovvero al fine di agevolare l'attività di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi che hanno tra i loro scopi le medesime finalità.

Analogamente, si dovrebbero ritenere in contrasto con il principio di offensività quelle (ormai poche) disposizioni in cui, tra gli elementi costitutivi del reato, compare un dato di carattere emotivo/morale, riferito all'autore: si pensi, ad es., al delitto di serrata ex art. 505 c.p., laddove si punisce il fatto se commesso “per solidarietà”<sup>191</sup>. Sarebbe, per altro, preferibile una riformulazione

---

di bene giuridico, cit., p. 116 ss.; MAZZACUVA N., *Il disvalore di evento nell'illecito penale: l'illecito commissivo doloso e colposo*, cit., p. 42 ss., 219 ss.; ID., *Il soggettivismo nel diritto penale: tendenze attuali ed osservazioni critiche*, in *Foro it.*, 5, 1983, 45 ss.; GALLO E., *Attentato (delitto di)*, in *Appendice del Nss. D.I.*, Torino, 1980, p. 566 (nt. 38); SGUBBI, *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio: libertà economica, difesa dei rapporti di proprietà e reati contro il patrimonio*, Milano, 1980, pp. 24, 223, 236 ss.; MOCCIA, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, cit., pp. 8, 121, 123 ss.; MARINUCCI, *Il reato come azione*, cit., p. 173 ss. (spec. 177 ss.); BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 65 ss., 87–88; FIORELLA, *Reato (dir. pen.)*, cit., p. 781; FORNASARI, *Diritto penale liberale e derive autoritarie: riflessi nel pensiero del giovane Giuseppe Bettiol*, in *Dallo Stato Costituzionale di diritto allo Stato di polizia?*, a cura di RIONATO, Padova, 2012, p. 61.

Nella manualistica, cfr. MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 120; FIANDACA, MUSCO, *Dir. pen., parte gen.*, cit., p. 332; C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale*, cit., pp. 173, 415.

<sup>190</sup> Anche sul punto, in chiari termini, cfr. CAVALIERE, *Il furore casistico nella recente legislazione penale. In particolare: circostanze e soggettivismo*, cit., p. 575 ss.; in passato, v. anche MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie del sistema penale*, cit., p. 99 ss.

<sup>191</sup> Per la travagliata storia degli artt. 502 ss. c.p. e l'ambiguo percorso seguito dalla Corte costituzionale, in generale cfr. FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. 1: Parte speciale*, VI ed., Bologna, 2021, p. 708 ss. (spec. 714); LA CUTE, *Serrata*, in *Enc. dir.*, vol. XLII, Milano, 1990, p. 230 ss. Nonostante le critiche

di quelle fattispecie in cui la condotta rischia di essere interpretata alla luce dell'atteggiamento interiore: si pensi, ad es., all'art. 410 co. 2° c.p., che configura una fattispecie qualificata di vilipendio di cadavere se l'autore compie "atti di brutalità o di oscenità". Per altro, anche recentemente si è assistito all'introduzione di fattispecie di tal tenore; un esempio è dato dall'art. 544-ter c.p., introdotto dalla l. 20 luglio 2004, n. 189 e collocato sotto il titolo IX-bis, rubricato ambigualmente a tutela del "sentimento per gli animali"; esso rende punibile la condotta di maltrattamenti di animali se commessa "per crudeltà o senza necessità"<sup>192</sup>. Infine, non può sottacersi come alcune ipotesi di dolo specifico si prestino a essere interpretate estensivamente, con il rischio di deviare la categoria verso forme di rilevanza delle disposizioni d'animo dell'agente<sup>193</sup>.

Quanto al *Tätertyp*, sembrerebbe impossibile che un ordinamento fondato sui principi di materialità e offensività possa presentarne degli esempi. Pur in tal caso, invece, si possono registrare delle gravi aporie. Ciò si verifica soprattutto laddove si pretende di tutelare beni giuridici evanescenti: un'offesa già in astratto inconsistente rischia di incriminare tipi d'autore<sup>194</sup>. Rimandando in altra sede l'analisi critica della materia dell'immigrazione<sup>195</sup> e della

---

siano state generalmente rivolte al venir meno del bene giuridico fascista dell'"ordine del lavoro" a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione, riteniamo che un più sicuro argomento d'incostituzionalità sarebbe la riferibilità dell'ipotesi a un paradigma di diritto penale dell'atteggiamento interiore.

<sup>192</sup> Per un quadro generale, cfr. FURIA, *I delitti contro il sentimento per gli animali*, in *Trattato di diritto penale*, a cura di CADOPPI, CANESTRARI, MANNA, PAPA, vol. II, Milano, 2022, p. 4372 ss., ove per altro è condiviso il proposito dell'eliminazione di un tal elemento costitutivo, a causa delle profonde incertezze dommatiche e applicative (*Ivi*, p. 4400-4403).

<sup>193</sup> Cfr. *infra* cap. II, sez. II, par. 3 ss.

<sup>194</sup> Sul punto, cfr. *infra* cap. II, sez. I, par. 2.1.4.

<sup>195</sup> Quest'ultima è caratterizzata da una seria confusione, nell'interpretazione maggioritaria, tra *ratio* del divieto e bene giuridico tutelato: cfr. CAVALIERE, *Le vite dei migranti e il diritto punitivo*, in *Sistema penale*, 4, 2022, 58 ss. Sulla giurisprudenza costituzionale relativa all'art. 61 n.11-bis c.p. e 10-bis T.U.I., cfr. *infra* cap. II, sez. I, rispettivamente par. 2.1.2 e 2.2.3. Alla luce delle indagini svolte nel presente capitolo, può già anticiparsi un aspetto critico della sentenza n. 249/2010, relativa all'art. 61 n.11-bis c.p.: quest'ultima sembra inquadrare l'essere straniero alla stregua di un tipo d'autore criminologico e ne valuta l'illegittimità alla stregua dell'irragionevolezza della presunzione di pericolosità soggettiva. In realtà, si tratta di un assunto manifestamente errato: anche i sostenitori della legittimità di tipologie legali soggettive criminologiche hanno sempre richiesto che la tipologia criminologica sia empiricamente fondata; non esiste, invece, alcun dato che comprovi il carattere criminogeno della condizione di straniero. Così, ad es., già CALVI, *Tipo criminologico e tipo normativo*

pedopornografia<sup>196</sup>, un classico esempio potrebbero essere i tradizionali reati d'opinione, ancora presenti nel c.p. d'ispirazione fascista, soprattutto a tutela del discutibile “bene” pubblicistico del prestigio delle istituzioni<sup>197</sup>; quest'ultimo rappresenta, in realtà, la *ratio* della tutela; un'opinione che non integri gli estremi dell'istigazione (successivamente accolta, *ex art.* 115 c.p.) resta inoffensiva, in un contesto democratico. Sicché, in definitiva, la legge punisce il ribelle, il dissenziente rispetto a una pretesa morale di Stato, ponendo un limite alla sua libertà di manifestazione del pensiero, per altro non contemplato dall'art. 21 Cost.<sup>198</sup>.

Per singolare circostanza, è poi la legislazione *progressista* a presentare dei casi emblematici. In particolare, l'art. 2 d.l. 26 aprile 1993, n. 122, come modificato, in sede di conversione, dalla l. 25 giugno 1993, n. 205, rende punibile chiunque, in pubbliche riunioni, compia manifestazioni esteriori od ostenti emblemi o simboli propri o usuali delle organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi discriminatori<sup>199</sup>. Ben lontani dall'essere abrogati, tali reati

---

*d'autore*, cit., p. 44 ss. Nel caso *ex art.* 61 n.11-*bis* c.p., si trattava a tutti gli effetti di un tipo normativo d'autore.

<sup>196</sup> Cfr. *infra* cap. II, sez. II., par. 3.1, anche per un “conforto” giurisprudenziale. Tra le prime nette affermazioni sul punto, con denuncia di un diritto penale dell'autore, già COCCO, *Può costituire reato la detenzione di pornografia minorile?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3, 2006, 863 ss.; FLORA, *Verso un diritto penale del tipo d'autore?*, cit., pp. 566–567.; più di recente, con ulteriori riferimenti, cfr. MAUGERI, *I reati sessualmente connotati e diritto penale del nemico*, Pisa, 2021, p. 43 ss.; *contra* MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale*, 1, cit., pp. 508–509, 567 ss., secondo cui un bene giuridico tutelato esiste ed è la dignità del minore.

<sup>197</sup> In argomento, ancora attuali le riflessioni di FIORE C., *I reati di opinione*, Padova, 1972, *passim*; sul punto, più recentemente, MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie del sistema penale*, cit., p. 106 ss., che osserva la totale inconsistenza del bene giuridico del “prestigio delle istituzioni” come termine di riferimento delle varie figure codicistiche di apologia, propaganda e vilipendio.

<sup>198</sup> Per una ricostruzione ampia della libertà di manifestazione del pensiero, cfr. SCHIAFFO, *Istigazione ed apologia nei delitti contro l'ordine pubblico*, in *Trattato di diritto penale: parte speciale. 5: Delitti contro l'ordine pubblico*, a cura di MOCCIA, Napoli, 2007, p. 152 ss. Recentemente, si ritrova una vigorosa affermazione dell'appartenenza dei reati di opinione al diritto penale dell'autore in CATERINI, *Il diritto penale del nemico “presunto”*, in *Pol. dir.*, 2, 2015, 648; PELISSERO, *La parola pericolosa. Il confine incerto del controllo penale del dissenso*, in *Quest. giust.*, 4, 2015, 37 ss., spec. 46, nonché CIRILLO, *Istigazione e apologia nei recenti (dis)orientamenti giurisprudenziali*, in *Dir. pen. e proc.*, 9, 2019, 1292 ss., spec. 1300–1301, con puntuali osservazioni in ordine alla non configurabilità di un'offesa e riferimenti ad alcuni approdi indesiderabili della giurisprudenza.

<sup>199</sup> Si tratta dei movimenti o gruppi aventi tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi; in particolare, l'intricato groviglio normativo è il seguente: l'art. 2 d.l. n. 122/1993, come modificato dalla legge di conversione n. 205/1993, rinvia espressamente alle associazioni di cui all'art. 3 l. n. 654/1973, nel frattempo abrogato dal d.lgs. n. 21/2018; quest'ultimo, all'art. 8 co. 1 (con relativa tabella allegata), dispone che il rinvio all'art. 3 l. n.

d'opinione (e di associazione, di cui all'art. 2, co. 3, cit.) sono stati recentemente riaffermati: il d.lgs. 1 marzo 2018, n. 21 ha riportato le predette fattispecie nel Codice penale, agli artt. 604-*bis* e 604-*ter*, sotto una novella Sezione I-*bis*, rubricata “dei delitti contro l'uguaglianza”, nel Capo dei delitti contro la libertà individuale<sup>200</sup>. Prescindendo dalla discutibile incriminazione delle condotte di propaganda e istigazione (non accolta), è già sufficiente osservare il vago “bene giuridico” individuato dal legislatore: l'*eguaglianza*<sup>201</sup>. A dispetto di alcune adesioni in dottrina<sup>202</sup>, riteniamo che anche in tal caso vi sia una frode delle

---

654/1973 deve oggi intendersi riferito all'art. 604-*bis* c.p. È stato, per altro, discusso se i gruppi discriminatori, appena indicati, potessero identificarsi con i gruppi di natura fascista: la tesi affermativa andava incontro alla censura di violazione del divieto di *bis in idem*, posto che già l'art. 5 l. n. 645/1952 rende punibile chiunque con parole, gesti o in qualunque altro modo compie pubblicamente manifestazioni usuali al disciolto partito fascista; di diverso avviso è stata la recente pronuncia delle Sezioni unite della Corte di cassazione (n. 16153/2024), la quale ha ritenuto eterogenee (ed eventualmente in concorso) le due fattispecie.

<sup>200</sup> Recentemente, per altro, le fattispecie in esame rischiavano di vedere un'ulteriore estensione a causa del d.d.l. Zan, che non ha comunque superato il vaglio parlamentare. Per le ragioni di una critica, cfr. CAVALIERE, *Il furore casistico nella recente legislazione penale. In particolare: circostanze e soggettivismo*, cit., p. 578. Più in generale, è stato sostenuto che i crimini d'odio costituiscono uno strumento «per tranquillizzare i cittadini e rassicurarli dal timore della devianza dei soggetti pericolosi»; questi ultimi «metterebbero a rischio la fruizione pacifica della tranquillità culturale come uniformità di convinzioni sul carattere *neutrale* e sulla beneficenza universale di determinate convinzioni antropologiche»; dette incriminazioni rappresentano un cambiamento «non rassicurante» del diritto penale: in questi termini, RONCO, *Libertà di manifestazione del pensiero e nuove istanze punitive*, in *Scritti patavini*, vol. II, Torino, 2017, p. 1727 ss. (spec. 1728-1729).

<sup>201</sup> Arriva a definire “impalpabile” il bene giuridico tutelato D'AMICO, *I delitti contro l'uguaglianza*, in *Trattato di diritto penale*, a cura di CADOPPI, CANESTRARI, MANNA, PAPA, Milano, 2022, pp. 6105–6106.

<sup>202</sup> In particolare, aderisce convintamente all'idea dell'esistenza di un bene giuridico tutelato PALAZZO, *La nuova frontiera della tutela penale dell'eguaglianza*, in *Sistema penale*, 2021, p. 6 ss., nonché PICOTTI, *I primi vent'anni della Convenzione di Budapest nell'ottica sostanzialista e la mancata ratifica ed esecuzione del Primo Protocollo addizionale contro il razzismo e la xenofobia*, in *Dir. pen. e proc.*, 8, 2022, 1028 ss. (spec. 1036 ss.); per altro, la necessità di chiarire a più riprese che non s'intende punire un atteggiamento interiore (pp. 1038 e 1039) lascia sorgere, quanto meno, il dubbio che tale pericolo sussista. Nella sua approfondita analisi, aderisce all'idea della consistenza del bene giuridico anche PUGLISI, *La parola acuminata. Contributo allo studio dei delitti contro l'eguaglianza, tra aporie strutturali e alternative alla pena detentiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3, 2018, 1325 ss., sebbene lasci trasparire incidentalmente dei dubbi relativi al rispetto del principio di offensività (*Ivi*, p. 1333, 1339); analogo atteggiamento mostra DONINI, *Negazionismo e protezione della memoria. L'eredità dell'Olocausto e la sua sfida per l'etica pubblica e il diritto penale*, in *Sistema penale*, 2021, 3, laddove tiene a precisare che «i fatti di incitamento commessi privatamente non possono essere considerati punibili, se l'obiettivo è quello di punire i fatti e non i tipi criminologici». Nella manualistica, è sintomo della difficile configurazione dell'eguaglianza come bene giuridico l'ambigua posizione di MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale*, 1, cit., p. 411 ss.: in un primo momento si parla dell'eguaglianza come *ratio* della disciplina (p. 411); invece, rispetto all'art 604-*bis* co.1 lett. a) c.p., si afferma che il bene giuridico tutelato è l'eguaglianza *ex art. 3 cost.* (p. 412), salvo poi precisare che i delitti di propaganda e istigazione costituiscono reati di scopo, sicché solo il reato di commissione di atti discriminatori offenderebbe l'uguaglianza (p. 413); infine, rispetto agli artt. 604-*bis* co.1 lett. b) e 604-*bis* co.2 c.p., si

etichette: un'offesa all'eguaglianza potrebbe essere individuata in qualunque reato in un ordinamento costituzionalmente fondato, appunto, anche sul principio di uguaglianza; affermare il contrario significa, paradossalmente, asserire che solo una classe di reati tuteli (solo o anche) l'eguaglianza dei cittadini e, dunque, postulare la relatività dei principii fondamentali<sup>203</sup>. Per altro, il legislatore del 2018 ha trasfuso, senza alcuna modifica, l'art. 2 cit. nell'art. 604-*bis* c.p., modificando solamente la rubrica: così, si è cancellato lo scomodo riferimento alle “disposizioni di prevenzione”; il colpo di spugna non può però eliminare la sostanza dell'incriminazione. In realtà, ancora una volta, dietro il simulacro della condotta offensiva si nasconde nulla di più di un tipo d'autore<sup>204</sup>.

Recentemente, si è giunti a introdurre una sostanziale figura di tipo d'autore negativo, di “non-*Tätertyp*”, mediante la riforma dell'art. 52 c.p. ad opera della l. 26 aprile 2019, n. 36. In particolare, l'art. 52 co. 4° c.p. dispone che nei casi di cui al secondo e al terzo comma agisce *sempre* in stato di legittima difesa colui che compie un atto per respingere l'intrusione posta in

---

omette di citare l'oggetto giuridico tutelato, omissione invero eccezionale rispetto all'impianto dell'opera manualistica.

<sup>203</sup> Una recente (discutibile) pronuncia della Corte di cassazione a Sezioni unite (n. 16153/2024) è arrivata a sostenere l'esistenza di un «bene giuridico di tipo [...] “composito”» (considerato in diritto, p.to 6.2.3), che darebbe vita a un macro-bene, persino più ampio dell'ordine pubblico (per espresso riconoscimento della suprema Corte): «La necessità di evitare la disgregazione dei valori di solidarietà, dignità ed eguaglianza di tutti i consociati» (considerato in diritto, p.to 6.2.3), con buona pace, verrebbe da dire, del bindinghiano “ripostiglio concettuale”, sostituito da un più capiente ‘deposito concettuale’. Al di là dell'ormai consueto equivoco tra oggetto della tutela e *ratio* della tutela, può ricordarsi come l'affermazione sia giunta in relazione alla seguente questione: se sia configurabile come reato, ai sensi dell'art. 2 cit., la condotta consistente nel protendere in avanti il braccio nel cd. “saluto fascista”, evocativa della gestualità tipica del disciolto partito fascista, tenuta nel corso di una manifestazione pubblica, peraltro senza la preventiva identificazione dei partecipanti quali esponenti di un'associazione *esistente* che propugni gli ideali del predetto partito. Al quesito, le Sezioni unite hanno dato risposta affermativa, sulla base di asserzioni che dimostrano, quanto meno, una certa confusione: il gesto dev'essere fatto nel corso di una manifestazione collegata a un gruppo discriminatorio esistente (considerato in diritto, p.to 6.2.4); tuttavia, il carattere discriminatorio del gruppo, cui si ricollega il pericolo presunto, può essere dimostrato «proprio dalla condotta collettiva posta in essere» (considerato in diritto, p.to 9); in altri termini, un gesto è discriminatorio se commesso in una manifestazione discriminatoria, che è tale per il gesto (discriminatorio) stesso. La giravolta concettuale ci sembra il riflesso dell'assenza tanto di un reale bene giuridico, quanto di una consistente offesa; in verità, si rischia di essere puniti per il mero dato dell'essere un simpatizzante, da reprimere in sé e per sé.

<sup>204</sup> Per considerazioni analoghe, in relazione alla rilevanza penale del negazionismo, cfr. CAVALIERE, *La discussione intorno alla punibilità del negazionismo, i principi di offensivi e libera manifestazione del pensiero e la funzione della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2016, 999 ss., specialmente pp. 1002-1003 (ove ci si sofferma più diffusamente sulla discutibile offensività dei reati di opinione rispetto all'ordine pubblico).

essere, con violenza o minaccia di uso di armi o di altri mezzi di coazione fisica, da parte di una o più persone. È noto come, sotto il profilo dommatico, la valutazione della scriminante porti a considerare un elemento oggettivo (e, per i sostenitori della teoria dell'illecito personale, anche un elemento soggettivo<sup>205</sup>) che compensi il disvalore d'evento (e, parallelamente, il disvalore d'azione), proprio del fatto tipico. Al di là dell'ambiguo rinvio ai casi di cui ai commi secondo e terzo<sup>206</sup>, la presunzione (assoluta) di sussistenza della scriminante dimostra un disinteresse legislativo per il "valore" oggettivamente giustificante, che dovrebbe compensare il disvalore d'evento del fatto<sup>207</sup>. È *chi* si difende a casa propria o nel proprio negozio (e non la difesa in sé) a dover essere giustificato: questa impressione è corroborata dal riferimento del tutto indeterminato all'*atto* (finalizzato a respingere l'intrusione) di difesa, slegato da ogni riferimento di proporzione all'offesa in corso; è pure indiziata dal riferimento di cui al co. 2°, a cui rinvia il co. 4°, all'uso di armi detenute *legittimamente*, come se il problema della difesa fosse del *buon cittadino* e non di chi sia in concreto pericolo.

Sin qui, ci si è limitati al diritto penale in senso formale. Ma, probabilmente, una considerazione anche delle misure di prevenzione, come

---

<sup>205</sup> Sulla scorta della dottrina tedesca maggioritaria, ha optato per la rilevanza degli elementi soggettivi delle scriminanti MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, cit., p. 203 ss.; SCHIAFFO, *Le situazioni «quasi-scriminanti» nella sistematica teleologica del reato. Contributo ad uno studio sulla definizione di struttura e limiti della giustificazione*, Napoli, 1998, p. 103 ss., spec. 168 ss.; CAVALIERE, *L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale*, cit., p. 461 ss.

<sup>206</sup> I co. 2 e 3 dell'art. 52 c.p. recitano: (co.2) «Nei casi previsti dall'articolo 614, primo e secondo comma, sussiste sempre il rapporto di proporzione di cui al primo comma del presente articolo se taluno legittimamente presente in uno dei luoghi ivi indicati usa un'arma legittimamente detenuta o altro mezzo idoneo al fine di difendere: a) la propria o la altrui incolumità; b) i beni propri o altrui, quando non vi è desistenza e vi è pericolo d'aggressione»; (co.3) «Le disposizioni di cui al secondo e al quarto comma si applicano anche nel caso in cui il fatto sia avvenuto all'interno di ogni altro luogo ove venga esercitata un'attività commerciale, professionale o imprenditoriale». È plausibile che il rinvio di cui al co. 4 si riferisca alle circostanze spaziali citate dai co. 2 e 3. Meno chiaro è se si riferisca all'elemento psicologico del fine di difendere la propria o l'altrui incolumità ovvero i propri beni (quando c'è pericolo di aggressione): o si configura, per il co. 4, un elemento specializzante sotto il profilo psicologico (il fine di respingere l'intrusione), sicché si può prescindere dai generici fini di cui al co. 2; oppure dovrebbe ipotizzarsi un'eterogeneità dei dati psicologici, con configurazione di un articolato elemento soggettivo.

<sup>207</sup> Sulla *compensazione* del valore, in generale, cfr. ancora CAVALIERE, *L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale*, cit., p. 474.

pene in senso sostanziale alla luce della CEDU, avrebbe condotto a una considerazione aperta ad altre figure e, specialmente, a quella del “sospetto mafioso”<sup>208</sup>.

---

<sup>208</sup> Non si tratterebbe di un'affermazione innovativa: lo rilevava già CALVI, *Tipo criminologico e tipo normativo d'autore*, cit., p. 355 ss. (spec. 363-364).

## CAPITOLO II – IL RILIEVO DELL'AUTORE NELLA GIURISPRUDENZA ITALIANA

### 1. Premessa

La giurisprudenza, al pari della dottrina, ha dovuto confrontarsi con la categoria del diritto penale dell'autore. Per altro, la sensibilità per la tematica è mutata progressivamente nel corso del tempo, con uno sviluppo parallelo (e reciproco) all'affermarsi dei principi di materialità e offensività.

La necessità di volgere lo sguardo alla prassi giurisprudenziale si motiva agevolmente: l'analisi critica non può prescindere dal modo in cui il diritto vive nella realtà, specialmente quella degli operatori giuridici. Diversamente, "il rischio è quello di abbandonare la realtà dell'esercizio quotidiano del potere punitivo statale all'arbitrio di atti che, in quanto incompatibili con il rispetto delle garanzie individuali, aprono la porta all'autoritarismo"<sup>1</sup>.

Come si avrà modo di evidenziare, i riferimenti espliciti al diritto penale dell'autore sono diventati sempre più frequenti nelle pronunzie degli ultimi lustri. Tuttavia, non è agevole individuare un unico filo conduttore. Ciò è dovuto ad alcuni fattori, che vale la pena chiarire immediatamente.

In primo luogo, con la categoria si sono confrontati organi giurisdizionali diversi. In questa sede interessa particolarmente verificare le posizioni della

---

<sup>1</sup> In questi termini, MOCCIA, *Il volto attuale del sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3, 2013, 1107. La dottrina è da tempo sensibile alla necessità di un confronto con gli orientamenti giurisprudenziali; in materia penale, una serie di pregevoli contributi che pongono a raffronto, istruttivamente (specie sul piano metodologico), le analisi dottrinali e le pronunce dei giudici è contenuta nel volume curato da STILE, *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, Napoli, 1991; nelle conclusioni del volume, l'illustre Curatore aveva modo di affermare che «[...] l'interpretazione dottrinale ha un bisogno non minore delle decisioni sui singoli casi concreti: la casistica che si può ipotizzare in astratto, e che è una componente fondamentale di qualsiasi metodo interpretativo che si rispetti, è sempre poca cosa rispetto a ciò che la realtà evidenzia. L'analisi della giurisprudenza, specie se effettuata in maniera approfondita, non certo limitata alle massime ma estesa alle ragioni profonde che spesso le motivazioni lasciano solo trapelare, aiuta a comprendere la norma nella realtà viva; lo studio di decisioni apparentemente difformi può contribuire ad un'interpretazione che superi la formale contraddittorietà, consentendo di cogliere elementi di differenziazione, ecc. Lo scambio continuo delle reciproche esperienze della dottrina e della giurisprudenza è, nel presupposto di una legislazione "sufficiente", condizione essenziale di una corretta operatività del sistema penale» (*Ivi*, p. 293).

Corte costituzionale e della Corte di cassazione<sup>2</sup>, sebbene non manchino dei cenni anche nella giurisprudenza di merito<sup>3</sup>.

In secondo luogo, accennano al tema, più raramente, anche alcune pronunce in sede civile<sup>4</sup>. Ciò non deve sorprendere troppo: la possibile rilevanza del modo d'essere di un soggetto, a discapito del rilievo di un interesse oggettivamente tutelabile (in sede penale o civile), ha una tensione trasversale nel sistema giuridico. Ad ogni modo, occorre qui soffermarsi solo sulle pronunce intervenute in materia penale.

In terzo luogo, le decisioni non distinguono le diverse forme di diritto penale dell'autore. Pertanto, è disagevole una netta collocazione ideale, analoga a quella percorsa nel capitolo precedente. Non è rara, inoltre, la sovrapposizione di differenti modelli di diritto penale dell'autore.

Infine, non è univoca la funzione del richiamo al diritto penale dell'autore, anche in ragione dei diversi ruoli dei giudici in parola. Può anticiparsi come la Corte costituzionale abbia conosciuto la categoria principalmente in funzione “dimostrativa” negativa<sup>5</sup>: la possibile configurazione di un diritto penale dell'autore ha costituito un argomento, spesso decisivo, nella dichiarazione di illegittimità costituzionale per la violazione dei principii di materialità e di offensività, nonché di ragionevolezza, con le precisazioni che si faranno nel prosieguo; ad ogni modo, non mancano,

---

<sup>2</sup> Ove non diversamente indicato, le pronunce citate nel corso del capitolo sono state consultate su [www.dejure.it](http://www.dejure.it); pertanto, nelle note successive, il riferimento sarà implicito.

<sup>3</sup> Cfr., ad es., Tribunale Trento, 10/11/2008 (la massima è consultabile anche in «Il Civilista», 10, 2009, 114). In tale pronuncia si fa espresso riferimento al *Tätertyp* (nonché al diritto penale del nemico) per argomentare la natura di pena accessoria, e non già di misura di sicurezza, della confisca obbligatoria, prevista dall'allora vigente art. 186 c. strad., come modificato dal d.l. 23 maggio 2008, n. 92, conv. con modificazioni nella l. 24 luglio 2008, n. 125.

<sup>4</sup> Cfr. la recente sentenza della Cassazione civile, sez. I - 17/05/2021, n. 13217, a proposito di una questione di affido del minore: la suprema Corte stigmatizza la sentenza del giudice di appello, il quale avrebbe posto a fondamento della decisione non già il superiore interesse del minore, bensì i limiti caratteriali del genitore inadeguato (accertati mediante c.t.u., per altro in base a cognizioni scientifiche non universalmente condivise). Si legge in sentenza: «La pronuncia impugnata appare, dunque, essere espressione di una inammissibile valutazione di *Tätertyp*, ovvero configurando, a carico della ricorrente, nei rapporti con la figlia minore, una sorta di “colpa d'autore” connessa alla postulata sindrome».

<sup>5</sup> Intendiamo l'attributo “dimostrativo” nel senso utilizzato da DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, cit., pp. 27–28, ossia in relazione a un principio di sicura cogenza normativa per il legislatore e l'interprete.

nelle posizioni del Giudice delle leggi, alcune ambiguità che si non si mancherà di considerare. La Corte di cassazione, nella sua funzione nomofilattica, ha valorizzato il diritto penale dell'autore principalmente in termini ermeneutici negativi, al fine di escludere delle interpretazioni distorte del dato legislativo; tuttavia, anche in tal caso, persistono degli orientamenti che, più o meno consapevolmente, fanno leva sul modo d'essere dell'autore nella definizione di diverse figure di reato.

Sulla scorta di tali premesse è possibile sintetizzare l'impostazione della trattazione successiva. Il primo criterio di analisi sarà dato dal plesso giurisdizionale di riferimento; quindi, si verificherà il riferimento, espresso o implicito, al diritto penale dell'autore; si tenterà di ricondurre le ipotesi emergenti dalle pronunce alle categorie dottrinali esaminate nel primo capitolo; si considererà, in ultimo, se il riferimento alla categoria del diritto penale dell'autore ha consentito o meno un maggiore rispetto dei principi costituzionali.

## **SEZIONE I – GLI ORIENTAMENTI DELLA CORTE COSTITUZIONALE**

### **1. Introduzione**

Sin dal suo insediamento, la Corte costituzionale è stata chiamata a valutare la legittimità costituzionale di numerosi reati, previsti nel c.p. d'ispirazione fascista e facenti leva sul modo d'essere dell'autore. È solo alle soglie del nuovo Millennio, tuttavia, che le pronunce hanno iniziato a censurare espressamente delle forme di “reato d'autore”<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Sono le parole utilizzate nella sent. n. 354/2002 della Corte cost., su cui cfr. *infra*.

La ragione di fondo va rintracciata nel lento percorso di affermazione del principio di offensività a livello costituzionale<sup>7</sup>: la Corte ha tradizionalmente mantenuto un atteggiamento di *self-restraint*; il principale riferimento per le declaratorie d'incostituzionalità (laddove non si ricorreva alle meno impegnative sentenze interpretative di rigetto<sup>8</sup>) era costituito dal principio di ragionevolezza. Gradualmente, si è assistito a un richiamo sempre maggiore al principio di offensività - specialmente al fine di circoscrivere la discrezionalità legislativa in tema di reati di pericolo<sup>9</sup>. Sul diverso versante del bene giuridico, si è sempre riscontrata una certa “timidezza”<sup>10</sup> nel censurare la non meritevolezza costituzionale di alcuni interessi, tutelati mediante la previsione di reati<sup>11</sup>; per contro, si è assistito a una progressiva legittimazione di reati a tutela di beni giuridici artificiali e strumentali<sup>12</sup>. In definitiva, l'affermazione dell'offensività cd. in astratto non è stata portata alle massime conseguenze<sup>13</sup>.

A fronte di tale quadro dalle linee sfumate, le affermazioni più vigorose del principio di offensività coincidono, invero, con le pronunce che

---

<sup>7</sup> Sulla giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di offensività, possono confrontarsi: PULITANÒ, *Bene giuridico e giustizia costituzionale*, in *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di STILE, Napoli, 1985, p. 133 ss.; PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 1998, 350 ss.; MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., p. 209 ss.; FIORE C., *Il contributo della giurisprudenza costituzionale all'evoluzione del principio di offensività*, in AA. VV., *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di VASSALLI, Napoli, 2006, p. 91 ss. più di recente, MANES, *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, in *Dir. pen. cont. - Rivista Trimestrale*, 1, 2012, 99 ss.

<sup>8</sup> Per una convincente critica all'uso prudenziale delle sentenze interpretative di rigetto, cfr. le riflessioni di ODDI, *Note minime (vagamente antistoriche) sugli effetti perversi delle sentenze interpretative di rigetto in materia penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 5, 2011, 613 ss.

<sup>9</sup> Sulla giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di reati di pericolo astratto, hanno persistente valore le riflessioni di PULITANÒ, *Giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità di norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3, 2008, 1010 ss. Si segnala per la particolare attenzione al versante giurisprudenziale il contributo di CATENACCI, *I reati di pericolo presunto fra diritto e processo penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di DOLCINI, PALIERO, Milano, 2006, p. 1415 ss. (spec. p. 1425 ss.).

<sup>10</sup> In questi termini, condivisibilmente, CONTIERI, *Dialettica del bene giuridico*, cit., pp. 13, 142, 186, 189.

<sup>11</sup> Sono ancora attuali, in tal senso, le osservazioni di PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, cit., pp. 353, 356–357, 370, 382–383.

<sup>12</sup> Sembrano così essersi realizzati gli effetti negativi connessi alla “serializzazione” dei beni giuridici, già denunciati da FIORELLA, *Reato (dir. pen.)*, cit., p. 797 ss. Ciò risulterà evidente nell'analisi della sent. n. 250/2010, su cui cfr. *infra*, par. 2.2.3

<sup>13</sup> Per una critica complessiva dell'attuale “concezione debole” del principio di offensività, cfr. il recente e denso contributo di CONTIERI, *Dialettica del bene giuridico*, cit., spec. p. 126 ss.

stigmatizzano forme di diritto penale dell'autore. A queste ultime, dunque, va prestata immediatamente attenzione.

Sul versante opposto, è opportuno analizzare anche alcune decisioni che hanno negato la configurazione di un *Täterstrafrecht* (a dispetto delle osservazioni dei giudici rimettenti), al fine di vagliare la coerenza con il primo insieme di pronunce.

Vale la pena anticipare che le decisioni intervenute hanno censurato forme di diritto penale dell'autore a sfondo criminologico-sintomatico e, più raramente, dei tipi normativi dell'autore; non ha (ancora?) avuto grande risalto il diritto penale dell'atteggiamento interiore.

## **2.1. Il diritto penale dell'autore come motivo d'incostituzionalità**

Come anticipato, la sensibilità della giurisprudenza costituzionale verso il diritto penale dell'autore è mutata nel corso del tempo, in relazione a figure di reato diverse.

Il primo banco di prova è costituito dagli artt. 707 e 708 c.p., tradizionalmente ascritti alla categoria dei "reati di sospetto"<sup>14</sup> ed espressivi di un diritto penale sintomatico<sup>15</sup>. In oltre mezzo secolo, tali fattispecie hanno costituito oggetto di plurimi interventi di *ortopedia giuridica* da parte della Corte costituzionale; l'obiettivo è stato far fronte alla presunzione di pericolosità personale su cui si basavano le norme in parola, in linea con un diritto penale a sfondo criminologico sintomatico. Lungo questo percorso, ha costituito oggetto di attenzione, per le stesse ragioni, anche l'art. 688 c.p.

### **2.1.1.1. Una prima fase: la legittimazione costituzionale del sintomo di pericolosità personale in base al principio di ragionevolezza**

---

<sup>14</sup> Per gli opportuni riferimenti bibliografici sull'argomento, cfr. *supra* Cap. I, nt. 182.

<sup>15</sup> Così, condivisibilmente, FIORELLA, *Bene giuridico e condizioni personali*, cit., pp. 203–204.

Nella formulazione originaria, le caratteristiche dell'autore del reato erano poste chiaramente a fondamento dell'incriminazione negli artt. 707 e 708 c.p. L'art. 707 c.p., rubricato «possesso ingiustificato di chiavi alterate e grimaldelli», rendeva punibile con l'arresto «chiunque, essendo stato condannato per delitti determinati da motivi di lucro, o per contravvenzioni concernenti la prevenzione di delitti contro il patrimonio, o per mendicità, o essendo ammonito o sottoposto a una misura di sicurezza personale o a cauzione di buona condotta, è colto in possesso di chiavi alterate o contraffatte, ovvero di chiavi genuine o di strumenti atti ad aprire o a sforzare serrature, dei quali non giustifichi l'attuale destinazione»; l'art. 708 c.p., rubricato «possesso ingiustificato di valori», puniva con l'arresto «chiunque, trovandosi nelle condizioni personali indicate nell'articolo precedente, è colto in possesso di denaro o di oggetti di valore, o di altre cose non confacenti al suo stato, e dei quali non giustifichi la provenienza».

Con le prime pronunce (sentt. nn. 110/1968 e 14/1971), viene dichiarata l'incostituzionalità dei predetti articoli, limitatamente al richiamo alle condizioni personali di condannato per mendicità, di ammonito, di sottoposto a misura di sicurezza personale o a cauzione di buona condotta. Il parametro costituzionale determinante è l'art. 3 Cost., quale fondamento del principio di ragionevolezza. Entrambe le sentenze presentano dei passaggi motivazionali degni di considerazione, anche in relazione alle censure mosse dai giudici rimettenti e solo parzialmente accolte dalla Corte costituzionale.

La sentenza n. 110/1968 si occupa specificamente del possesso ingiustificato di valori<sup>16</sup>. La questione di legittimità costituzionale era stata sollevata in relazione all'art. 708 c.p., nella parte in cui punisce chi, trovandosi nelle condizioni personali di cui al precedente art. 707 c.p., è colto in possesso di “altre cose non confacenti al suo stato”, delle quali non giustifichi la

---

<sup>16</sup> Per i commenti coevi alla sentenza, cfr. già PIZZORUSSO, *Nota a Sentenza 19 luglio 1968, n. 110*, in *Foro it.*, 10, 1968, 2357; COPPI, *Osservazioni sui «reati di sospetto», e, in particolare, sul possesso ingiustificato di valori*, in *Giur. cost.*, 1968, 1704; MELCHIONDA AC., *Vari aspetti di incostituzionalità dell'art. 708 c.p.*, in *Scuola pos.*, 1968, 147 ss.

provenienza. La censura, dunque, non si limitava a valutare le particolari condizioni del reo previste dall'art. 707 c.p., ma scendeva in profondità, interrogandosi sulla legittimità costituzionale di una norma penale facente leva su un generico stato personale.

Ad avviso del rimettente, l'art. 708 c.p. distingueva l'ipotesi del possesso di denaro o di oggetti di valore, per i quali si prescinde dallo stato del possessore, dall'ipotesi del possesso di "altre cose" per le quali, invece, si tiene conto di tale stato; poiché, secondo la giurisprudenza, per "stato" dovrebbe intendersi la condizione personale e sociale dell'imputato, l'art. 708 c.p., nella suddetta ipotesi, porrebbe in essere una diversità di trattamento, in violazione del principio costituzionale di eguaglianza, che vieta ogni differenziazione dei cittadini di fronte alla legge in ragione delle loro condizioni personali e sociali.

Sul versante opposto, l'eccezione dell'Avvocatura dello Stato partiva dalla *ratio* dell'incriminazione e da essa deduceva la legittimità costituzionale del rilievo del (diverso) stato personale. Infatti, la previsione intende provvedere alla sicurezza patrimoniale; dunque, «il sospetto sarebbe da ravvisarsi non nella diversa condizione del soggetto, ma nella diversa rilevazione di una situazione di fatto, e più precisamente nel rapporto fra tale situazione e lo stato del soggetto, con la conseguenza che, a diversità di stato della persona, quella stessa situazione assumerebbe un significato del tutto diverso».

Per altro, il giudice rimettente non mancava di sottolineare il difetto di determinatezza/tassatività della disposizione, non essendo possibile comprendere quali "cose" fossero "confacenti allo stato".

La Corte costituzionale adduce argomenti di rilevanza sistematica. In primo luogo, la nozione di "stato" del possessore, per il fatto stesso di riguardare soltanto chi sia stato condannato o sottoposto a misure penali o di polizia, non può, come tale, essere considerata in contrasto con l'art. 3 Cost.<sup>17</sup>. Da un lato, la Corte osserva come anche l'art. 133 c.p. imponga, "per altri fini particolari e

---

<sup>17</sup> Sent. n. 110/1968, considerato in diritto, punto 3.

senza alcun intento discriminatorio”, di tenere conto della capacità a delinquere, che deve essere desunta, tra l'altro, dalla condotta del reo e dalle sue condizioni di vita individuale, familiare e sociale (art. 133, secondo comma). Dall'altro, essa minimizza l'importanza del concetto di “stato” ai fini dell'incriminazione. Infatti, secondo la Corte, la norma denunciata si richiama allo “stato” per esprimere il rapporto che intercorre tra una situazione oggettiva, quale è il possesso delle cose nelle particolari condizioni indicate nell'art. 707 c.p., e la vita che il possessore abitualmente conduce. In altri termini, il richiamo allo stato serve non al fine di operare una differenziazione tra soggetti in diverse condizioni economiche e sociali, ma di rendere possibile una “valutazione adeguata della giustificazione” che, per la stessa disposizione, deve essere data dal soggetto incriminato, sulla provenienza del danaro o delle cose possedute.

Insomma, lo “stato” sembra essere non un elemento del fatto tipico, su cui si incentra il disvalore, ma solo un elemento secondario, con funzione *lato sensu* probatoria. Ma, se anche ciò fosse vero, apparirebbe chiaramente ultroneo il richiamo, operato dalla Corte, all'art. 133 c.p., che interviene sul diverso piano della commisurazione della pena, a fronte di un reato già accertato<sup>18</sup>.

In secondo luogo, la Corte ritiene non ragionevole il rinvio, operato dall'art. 708 c.p., alle condizioni personali di cui all'art. 707 c.p. Infatti, l'art. 708 c.p. «è nel Codice annoverato tra le contravvenzioni di polizia dirette alla prevenzione di delitti contro il patrimonio, sicché la norma trova il suo fondamento logico limitatamente a quelle situazioni soggettive nelle quali l'incolpato abbia dei precedenti penali specifici, relativi a condanne per delitti determinati da motivi di lucro o per contravvenzioni, annoverate nello stesso paragrafo cui appartiene l'art. 708 (che attengono anch'esse alla tutela, sia pure indiretta, del patrimonio). Non pare, invece, che la norma stessa presenti carattere di ragionevolezza nel suo riferimento alle altre categorie di soggetti»<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> In tal senso, FIORELLA, *Bene giuridico e condizioni personali*, cit., p. 214.

<sup>19</sup> Sent. n. 110/1968, considerato in diritto, punto 5.

In definitiva, la Corte sembra declinare il principio di ragionevolezza in chiave di proporzionalità e di coerenza rispetto al fine, anche in relazione all'autore del reato. Tuttavia, essa legittima così la norma penale a tenere conto di alcune categorie soggettive qualificate, a condizione che siano pertinenti con i “rischi” da prevenire; in tale ottica, rispetto all'art. 708 c.p., si rivela corretto il richiamo alla condizione di pregiudicato per un reato contro il patrimonio, ma non il generico riferimento all'essere soggetto alla sorveglianza speciale. Si tratta di un argomento da non sottovalutare, in quanto non verrà mai espressamente smentito dalla successiva giurisprudenza costituzionale, pure quando giungerà la successiva dichiarazione d'incostituzionalità totale dell'art. 708 c.p.<sup>20</sup>

La sent. n. 14/1971 si muove nello stesso solco<sup>21</sup>. Tra i motivi a sostegno della questione di legittimità costituzionale, si censurava l'art. 707 c.p., rispetto all'art. 3 Cost., in quanto incriminante un mero *status*, anziché una condotta. La Corte obietta che tale censura «att[iene] ad uno degli aspetti della vigente legislazione penale (anche speciale) e val[e] come critica, per quanto apprezzabile, ad una scelta del legislatore. D'altro canto, anche tale ipotesi di reato presuppone una necessaria condotta, di cui il possesso attuale di determinate cose, che, quoad personam, inducono al sospetto, non è che una conseguenza»<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> Per altro, con la sent. n. 249/2010, considerato in diritto, p.to 4.2, la Corte avrebbe affermato che: «[...] Comportamenti pregressi dei soggetti non possono giustificare normative penali che attribuiscono rilevanza – *indipendentemente* dalla necessità di salvaguardare altri interessi di rilievo costituzionale – ad una qualità personale e la trasformino, con la norma considerata discriminatoria, in un vero “segno distintivo” delle persone rientranti in una data categoria, da trattare in modo speciale e differenziato rispetto a tutti gli altri cittadini». Si tratta di un passaggio invero ambiguo; l'avverbio “indipendentemente” legittima due letture diametralmente opposte: 1) [*a contrario*] se sussiste la necessità di salvaguardare altri interessi di rilievo costituzionale, allora la qualifica soggettiva può essere valorizzata dalla norma incriminatrice – in linea con la posizione tradizionale della Consulta, risalente al 1968; oppure 2) anche se sussiste la predetta necessità, la qualifica soggettiva non può essere utilizzata dalla norma incriminatrice. Tale ambivalenza non consente di ritenere superato, ancora oggi, l'orientamento in parola.

<sup>21</sup> Per un commento alla sentenza, cfr. GIAMPAOLI, *L'art. 707 c.p. e le condizioni personali ivi richiamate*, in *Scuola pos.*, 1971, 556.

<sup>22</sup> Sent. n. 14/1971, considerato in diritto, punto 5.

Le conclusioni delle sentt. nn. 110/1968 e 14/1971 vengono ribadite con forza dalla sentenza n. 236/1975<sup>23</sup> (i cui contenuti saranno successivamente ripresi dall'ordinanza n. 270/1984, nonché dalla sentenza n. 464/1992<sup>24</sup>). Il giudice rimettente censurava, in relazione agli artt. 25 co. 2, 3 co. 1 e 27 co. 2 Cost., l'illegittimità dell'art. 707 c.p., ponendosi in consapevole contrasto con le indicazioni offerte dalla Corte costituzionale. In primo luogo, egli denunciava come nella norma incriminatrice, in contrasto col principio di stretta legalità, non venisse precisata la condotta quale elemento della fattispecie: l'azione cui si sospetta sia finalizzato il possesso ingiustificato, non sarebbe un "fatto commesso", ma soltanto "da commettersi". In secondo luogo, il giudice affermava che l'elemento essenziale nel reato, secondo la disposizione censurata, fosse la "condizione personale e sociale" di pregiudicato, in contrasto con il principio di eguaglianza. Né, in senso contrario, avrebbe pregio il sostenere che il codice penale tenga conto delle condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo (art. 133, co. 2, c.p.), perché tali qualità personali sono assunte ai fini della misura della pena dopo che sia stata riconosciuta la responsabilità penale dell'imputato, ma non potrebbero, come nella specie, costituire il presupposto di un reato ancora da giudicare.

Le considerazioni del rimettente sono di spessore e in anticipo sui tempi. Esse sembrano precorrere le principali innovazioni della sent. 1085/1988, per cui appartengono alla fattispecie oggettiva gli elementi che ne connotano il disvalore obbiettivo; nell'art. 707 c.p., tale disvalore non risiederebbe nel dato del possesso, ma tutt'al più nell'azione che si commetterà, e che, dato che non si è ancora commessa, non può essere oggetto di giudizio penale. Il reale disvalore, ad avviso del rimettente, è dato allora dalla mera condizione personale del possidente.

---

<sup>23</sup> Per alcune osservazioni, cfr. PIZZORUSSO, *Nota a sent. 30 ottobre 1975, n. 236*, in *Foro it.*, 1, 1976, 14; TORREBRUNO, *Ancora una questione di costituzionalità sull'art. 707 c.p.*, in *Giustizia penale*, 1, 1976, 114.

<sup>24</sup> Per brevi riflessioni in merito, cfr. FRANZ, *Brevi osservazioni in merito alla costituzionalità del reato di cui all'art. 708 c.p., ed alla applicazione concreta della fattispecie*, in *Cass. pen.*, 10, 1993, 2216 ss., nonché CALISTI, *Il sospetto di reati*, cit., pp. 117-121.

A tali osservazioni, la Corte replica nel modo seguente. Aderendo alla dottrina maggioritaria<sup>25</sup>, essa afferma che il possesso è a tutti gli effetti una condotta, su cui riposa il fulcro del reato; non avrebbe senso riferirsi al reato successivo eventuale: «Il reato *che potrebbe commettersi* con gli oggetti e gli strumenti indicati nell'art. 707 cod. pen. è *del tutto estraneo* alla materialità del fatto contestato, il quale viene assunto come ipotesi di reato solo perché il prevenuto non è in grado di giustificare l'attuale destinazione di detti oggetti o strumenti»<sup>26</sup>.

Ben più rilevanti sono le considerazioni della Consulta in ordine alla condizione personale del reo ai fini dell'incriminazione. «L'art. 3 Cost. vieta una disparità di trattamento tra situazioni personali omogenee e non tra soggetti diversi, quali sono i già condannati per “delitti determinati da motivi di lucro o per contravvenzioni concernenti la prevenzione di delitti contro il patrimonio”, rispetto ai non condannati per quei delitti o per quelle contravvenzioni. Anche per chi è colto in stato di manifesta ubriachezza in luogo pubblico o aperto al pubblico (senza distinzione tra ubriachezza piena e semipiena e tra ubriachezza volontaria e colposa), è prevista una pena diversa e maggiore se il colpevole aveva già riportato condanne per delitti non colposi contro la vita o l'incolumità individuale (art. 688, cpv., cod. pen.); e questa Corte ha dichiarato manifestamente infondata la relativa questione con sua ordinanza n. 155 del 1971 (cfr. anche l'art. 692, cpv., cod. pen.). Né l'art. 3 può essere addotto a paradigma di incostituzionalità sotto il profilo della ragionevolezza, dappoiché, all'opposto, è logico ed è razionale che la legge penale tenga conto della eventualità che stia per commettere un reato chi, colto in possesso di grimaldelli, chiavi ecc., sia stato già condannato per i reati specificati nell'art. 707»<sup>27</sup>. Per altro, già nell'ordinanza n. 155/1971, in tema di ubriachezza, ancora più espressamente si era affermato: «[...] che le “condizioni personali” collocate

---

<sup>25</sup> Cfr. *supra* Cap. I, nota 182

<sup>26</sup> Sent. n. 236/1975, punto 2, considerato in diritto.

<sup>27</sup> Sentenza 236/1975, considerato in diritto, punto 3.

dall'art. 3 della Costituzione sullo stesso piano del sesso, della razza, della lingua, della religione, delle opinioni politiche per escludere ogni discriminazione fra i cittadini non sono quelle che derivano da un'attività criminosa del soggetto».

In conclusione, in questa prima fase, la Corte ritiene costituzionalmente legittima (in quanto ragionevole) la presunzione legislativa che il “pregiudicato” sia una persona pericolosa (rispetto a terzi non pregiudicati) e su ciò fonda l’incriminazione, a parità di situazioni materiali (in quanto il possesso di una chiave alterata da parte di una persona senza prelievi condanne non costituisce un fatto penalmente rilevante). Questa posizione della Corte verrà solo in parte modificata negli anni successivi: come si avrà modo di notare nell’immediato prosieguo, l’art. 708 c.p. verrà dichiarato incostituzionale, ma per un profilo diverso dal rilievo del soggetto attivo; l’art. 688 co. 2 c.p. verrà dichiarato costituzionalmente illegittimo, in quanto costituente una forma di diritto penale dell’autore; viceversa, resisterà a ogni censura d’incostituzionalità l’art. 707 c.p., che perciò dovrà essere analizzato nell’ambito delle pronunce che hanno “salvato” delle forme di diritto penale dell’autore<sup>28</sup>.

#### **2.1.1.2. Una seconda fase: l’incostituzionalità degli artt. 708 e 608 co. 2 c.p. in virtù del principio di offensività**

Nel 1996, la sentenza n. 370 dichiara l’incostituzionalità dell’art. 708 c.p.<sup>29</sup> Essa muove dalla censura, mossa dal Pretore di Varese, per cui l’art. 708 c.p. è compatibile con il principio di materialità, ma non con quello di offensività. Secondo il rimettente, il reato presenta una condotta addirittura

---

<sup>28</sup> Cfr. *infra* par. 2.2.1.

<sup>29</sup> Per alcune puntuali osservazioni, cfr. TRAMONTANO, *L’«irragionevole indeterminatezza» della norma penale non più al passo coi tempi: dichiarato incostituzionale l’art. 708 c.p. Nota a sentenza 2 novembre 1996, n. 370*, in *Foro it.*, 6, 1997, 1695 ss.; PISA, *Dichiarata illegittima la fattispecie di possesso ingiustificato di valori. Nota a sentenza Corte costituzionale 2 novembre 1996, n. 370*, in *Dir. pen. e proc.*, 1996, 1473 ss. Dedicare particolare attenzione allo studio dell’impostazione della Consulta, nella sentenza *de qua*, CALISTI, *Il sospetto di reati*, cit., pp. 125–161.

complessa, perché comprensiva sia dell'atto di acquisizione delle cose, sia del loro consapevole possesso. I dubbi di costituzionalità si dovrebbero invece appuntare, con maggior fondamento, sull'oggetto del possesso. Il riferimento generico alle "cose" comporterebbe invero la necessità, per il giudice, d'una valutazione relazionale con lo "stato" del soggetto, amplificando la portata incriminatrice della norma, «fino a incentrarla in modo esclusivo e irragionevole sullo stato sociale (attuale) del soggetto in precedenza condannato».

Senonché, la Corte costituzionale ritiene fondata la questione relativa all'art. 708 c.p. sulla base di argomentazioni soprattutto storiche e in chiave di ragionevolezza<sup>30</sup>. Per la Consulta, l'art. 708 c.p. è emblema di un diritto penale di polizia ottocentesco, fondato sulla punizione di "persone sospette". Oggi, tuttavia, è irragionevole pensare che l'arricchimento illecito si contrasti mediante l'incriminazione [solo] di persone sospette; infatti, le modalità di arricchimento illecito sono tali e tanto sfumate da rendere inconferente il richiamo a una condizione personale come *ratio* del sospetto d'ingiusta locupletazione<sup>31</sup>.

Sotto altro profilo, la Corte prende le distanze anche dal suo precedente orientamento del 1968: pur utilizzando il parametro del principio di tassatività, nella sent. n. 370/1996 si dà un indiretto riconoscimento al principio di

---

<sup>30</sup> Approfondisce questi profili soprattutto MAUGERI, *I reati di sospetto dopo la pronuncia della Corte costituzionale n.370 del 1996: alcuni spunti di riflessione sul principio di ragionevolezza, di proporzione e di tassatività*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 1999, 434 ss. Cfr. pure PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, cit., pp. 381-382 (spec. nt. 64).

<sup>31</sup> Afferma la Corte: «La previsione incriminatrice contenuta nell'art. 708 del codice penale è una ipotesi assolutamente marginale e ormai irragionevole nella sua esclusiva riferibilità a coloro che sono pregiudicati "per delitti determinati da motivi di lucro e per contravvenzioni concernenti la prevenzione di delitti contro il patrimonio". La crescita della ricchezza mobiliare, la sua circolazione in ambito internazionale e l'uso dello schermo societario per il suo controllo rendono infatti questo strumento ottocentesco di difesa sociale del tutto inadeguato a contrastare le nuove dimensioni della criminalità, non più rapportabile, necessariamente, a uno "stato" o a una "condizione personale". Irragionevole è, dunque, la discriminazione nei confronti d'una categoria di soggetti composta da pregiudicati per reati di varia natura o entità contro il patrimonio».

offensività, al fine di eliminare un'incriminazione facente leva sulle qualità soggettive dell'autore del reato<sup>32</sup>.

La Consulta riconosce come, nella sentenza n. 110/1968, si doveva spiegare come mai il possesso di valori mobiliari o la mera detenzione di chiavi fossero da ritenere condotte lecite - se poste in essere da alcune persone - mentre integrassero condotte punibili, per sé stesse considerate, ove realizzate da altre. Nelle parole della Corte, «si trattava di un dubbio di legittimità costituzionale, in riferimento all'art. 25 della Costituzione, che penetrava fin dentro alla conformazione tipica della figura di reato; dubbio che la Corte sciolse affermando che l'indicazione precisa del fatto punibile risiedeva proprio nella “possibilità di dare una soddisfacente spiegazione del possesso di un valore non confacente alle abituali condizioni di vita” del sospettato. Ma in tal modo non si eliminò dalla fattispecie quella condizione sociale abituale che non è certo più concepibile in un orizzonte storico diverso da quello originario. Essa era indispensabile per separare i fatti di possesso punibili da quelli leciti, che si sottraggono a ogni forma di controllo. E ciò in quanto si voleva infliggere comunque una pena per quei fatti sfuggiti all'accertamento dell'azione delittuosa del responsabile del reato contro il patrimonio, utilizzando un surrogato contravvenzionale, tipizzato attraverso la riferibilità del fatto, di per sé neutro, a un pregiudicato per alcune classi di precedenti penali. Tale deficit di tassatività conferma l'irragionevolezza della limitazione delle condizioni soggettive punibili a una sola categoria di persone. La disposizione va, pertanto, dichiarata illegittima, perché viola gli artt. 3 e 25 della Costituzione, restando assorbito l'ulteriore profilo denunciato».

I passaggi salienti riportati inducono a due considerazioni. Come già avvenuto con le sentt. nn. 110/1968 e 14/1971, la Corte declina il principio di ragionevolezza come proporzionalità, ossia come adeguatezza rispetto allo

---

<sup>32</sup> Nel fare riferimento al principio di tipicità, ai fini della declaratoria d'incostituzionalità, la Consulta sembra accogliere la tesi di RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Torino, 1979, p. 325 ss. (spec. 339).

scopo<sup>33</sup>; in questo caso, per altro, si censura una irragionevolezza dell'intervento penale rispetto all'obiettivo politico-criminale, pure legittimo, avuto di mira dal legislatore. D'altro canto, si osserva un leggero mutamento di sensibilità della Consulta: sembra emergere il principio per cui, se il fatto è privo di disvalore ("di per sé neutro", nelle parole della Corte) e la pena si appunta solo sulla condizione soggettiva di presunta pericolosità, non può esservi conformità a Costituzione. Come accennato, benché la Corte affermi un difetto di determinatezza/tassatività, in realtà si tratta di difetto di offensività.

Quest'ultimo *obiter* costituisce il primo vero passo della Corte costituzionale verso un divieto, costituzionalmente presidiato, di diritto penale dell'autore. Si tratta, comunque, di un passo ancora timido, posto che il motivo fondamentale dell'incostituzionalità dell'art. 708 c.p. è la segnalata inadeguatezza rispetto agli obiettivi politico-criminali.

Invece, un passo più deciso è mosso dalla sent. n. 354/2002, in tema di ubriachezza<sup>34</sup>. Il Tribunale di Venezia sollevava questione di legittimità costituzionale, in relazione agli artt. 3, 25 co. 2 e 27 co. 3 Cost., dell'art. 688 co. 2 c.p., nella parte in cui rendeva punibile con la pena dell'arresto da tre a sei mesi chiunque, in un luogo pubblico o aperto al pubblico, è colto in stato di manifesta ubriachezza, se il fatto è commesso da chi ha già riportato una condanna per delitto non colposo contro la vita o l'incolumità individuale. In origine, il primo comma assoggettava a pena chiunque fosse colto in pubblico in stato di manifesta ubriachezza<sup>35</sup>; tuttavia, secondo il rimettente, una volta intervenuta la depenalizzazione dell'ipotesi di cui al co.1 (ad opera dell'art 54 d.lgs. n. 507/1999), «non avrebbe senso ritenere che lo stato di ubriachezza,

---

<sup>33</sup> Opera una tale interpretazione della sentenza, espressamente, anche C. cost n. 249/2010, punto 4.2

<sup>34</sup> Per un commento, cfr. SILVANI, *Definitivamente estromessa dal sistema penale l'ubriachezza manifesta. Nota a sentenza Corte costituzionale 17 luglio 2002, n. 354*, in *Giur. cost.*, 4, 2002, 2659 ss.

<sup>35</sup> Interessanti sono le riflessioni del rimettente in ordine alla *ratio* dell'incriminazione dello *status* di persona alcolizzata: «Tale stato era considerato, da un lato, elemento disturbante e in qualche modo lesivo di un interesse pubblico e, dall'altro, sintomo di pericolosità sociale, non essendo l'ubriaco in grado di controllare le proprie azioni. L'alcolismo, quindi, inteso come *status* personale, aveva rilevanza penale sotto due aspetti, e cioè come fattore pregiudizievole per la salute individuale e collettiva e come fattore criminogeno, avendo l'assunzione di alcol valore scatenante e favorendo la genesi di determinati comportamenti criminali»; cfr. sent. n. 354/2002, ritenuto in fatto, punto 1.

sotto l'aspetto punitivo, rilevi soltanto per una certa categoria di soggetti, individuata peraltro in base ad elementi meramente statistici, in quanto la probabilità che un soggetto non *compos sui* (come colui che si trova in stato di ubriachezza) commetta un reato più grave sarebbe identica tanto nel caso in cui egli sia incensurato quanto se sia pregiudicato, tanto più in caso di condanna molto risalente nel tempo o relativa a reato di non rilevante gravità»<sup>36</sup>. L'art. 688 co. 2 c.p. «introdurrebbe *ex novo* una fattispecie penale in cui l'elemento costitutivo fondamentale non sarebbe più considerato fatto punibile e la punibilità deriverebbe invece da elementi e presupposti del tutto estranei al momento e alle condizioni concrete in cui un determinato comportamento (penalmente irrilevante) è stato posto in essere. Sotto tale profilo sarebbe, quindi, evidente l'illegittimità costituzionale della disposizione censurata sia per la disparità di trattamento che introduce, sia sotto il profilo strettamente logico-giuridico, in omaggio ai principî di legalità, offensività e materialità della legge penale»<sup>37</sup>.

La Consulta accoglie la censura d'incostituzionalità, prendendo per la prima volta espressamente posizione contro una forma di "reato d'autore", alla luce del principio di rieducazione del condannato, *ex art. 27 co. 3 Cost.*, e soprattutto di offensività in astratto, fondato sull'art. 25 co. 2 Cost. «L'avere riportato una precedente condanna per delitto non colposo contro la vita o l'incolumità individuale, pur essendo evenienza del tutto estranea al fatto-reato, rende punibile una condotta che, se posta in essere da qualsiasi altro soggetto, non assume alcun disvalore sul piano penale. Divenuta elemento costitutivo del reato di ubriachezza, la precedente condanna assume le fattezze di un marchio, che nulla il condannato potrebbe fare per cancellare e che vale a qualificare una condotta che, ove posta in essere da ogni altra persona, non configurerebbe illecito penale. Il fatto poi che il precedente penale che qui viene in rilievo sia privo di una correlazione necessaria con lo stato di ubriachezza rende chiaro che

---

<sup>36</sup> Sent. n. 354/2002, ritenuto in fatto, p.to 1.

<sup>37</sup> *Ibid.*

la norma incriminatrice, al di là dell'intento del legislatore, finisce col punire non tanto l'ubriachezza in sé, quanto una qualità personale del soggetto che dovesse incorrere nella contravvenzione di cui all'articolo 688 del codice penale. Una contravvenzione che assumerebbe, quindi, i tratti di una sorta di reato d'autore, in aperta violazione del principio di offensività del reato, che nella sua accezione astratta costituisce un limite alla discrezionalità legislativa in materia penale posto sotto il presidio di questa Corte (sentenze n. 263 del 2000 e n. 360 del 1995). Tale limite, desumibile dall'articolo 25, secondo comma, della Costituzione, nel suo legame sistematico con l'insieme dei valori connessi alla dignità umana, opera in questo caso nel senso di impedire che la qualità di condannato per determinati delitti possa trasformare in reato fatti che per la generalità dei soggetti non costituiscono illecito penale».

In definitiva, anche in tal caso (come già segnalato rispetto alla sent. n. 370/1996) il Giudice delle leggi sembra sancire il principio per cui se la condotta non ha disvalore in sé, ma lo assume solo in relazione alla qualifica soggettiva stigmatizzante, opera il limite dell'offensività in astratto, con conseguente divieto costituzionale di un "reato d'autore"; tuttavia, nel prosieguo si avrà modo di verificare come tale principio sia stato disatteso nelle successive sentenze della Corte costituzionale<sup>38</sup>.

Pare solo opportuno precisare che la qualifica soggettiva in parola (nel caso di specie, l'essere stato già condannato in precedenza) è ritenuta causa d'incostituzionalità in quanto si atteggia a presunzione legale di pericolosità personale, indipendentemente da ogni legame con il bene giuridico tutelato dalla fattispecie incriminatrice; in tal senso, non vi è rischio di equivoco con la diversa categoria dogmatica del reato proprio, laddove è rilevante il collegamento qualificato del soggetto con il bene giuridico tutelato mediante la norma penale. Sennonché, conviene anticipare che quest'ultimo (tradizionale) distinguo ci sembra fondato solo fintantoché si conserva una reale consistenza

---

<sup>38</sup> Cfr. *infra* par. 2.2 ss.

del bene giuridico o, comunque, si mantiene un collegamento effettivamente funzionale tra bene giuridico e posizione soggettiva prevista dalla norma; venuto meno questo presidio, la categoria del reato proprio potrebbe fungere da comodo travestimento di un diritto penale dell'autore<sup>39</sup>.

### **2.1.2. La punizione di mere condizioni personali: mendicità e clandestinità**

Una ulteriore serie di pronunce ha dichiarato incostituzionali norme che determinavano o aggravavano il trattamento penale in ragione di una mera condizione personale, in linea con il più classico diritto penale del tipo d'autore. Il primo caso riguarda l'art. 670 co. 1 c.p., il secondo l'art. 61, n.11-*bis*, c.p.

L'art. 670 c.p. originariamente prevedeva due ipotesi criminose di mendicità, che si devono mantenere fra loro nettamente distinte<sup>40</sup>. Il primo comma puniva con l'arresto «chiunque mendica in luogo pubblico o aperto al pubblico» (cd. mendicità non invasiva). Il secondo comma prevedeva un trattamento sanzionatorio più severo «se il fatto è commesso in modo ripugnante o vessatorio, ovvero simulando deformità o malattie, o adoperando altri mezzi fraudolenti per destare l'altrui pietà» (cd. mendicità invasiva o anche accattonaggio vessatorio). Mentre la seconda ipotesi, abrogata dall'art. 18 l. n. 205/1999, è stata sostanzialmente reintrodotta nel 2018 con l'art. 669-*bis* c.p.<sup>41</sup>,

---

<sup>39</sup> Per un esempio concreto, cfr. *infra* par. 2.2.2. sul reato di guida senza patente commesso da persona sottoposta a misura di prevenzione.

<sup>40</sup> Già prima degli interventi del legislatore e della Corte costituzionale, la dottrina aveva dubitato dell'offensività della fattispecie. Ma, a ben vedere, l'assenza di contenuto offensivo trapelava già dal commento che Manzini dedicava alla fattispecie in esame; per l'illustre Autore (a dispetto della rapida qualificazione come reato di pericolo per il bene giuridico dell'ordine pubblico e della tranquillità pubblica), la disposizione era effettivamente volta a evitare lo «sconcio dell'accattonaggio, il quale, tra l'altro, può essere giudicato specialmente dagli stranieri come indizio di insufficienti previdenze sociali e quindi di società arretrata», così MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. X, cit., p. 377.

<sup>41</sup> Contro la reintroduzione, perché anche l'accattonaggio molesto rappresenta una forma d'incriminazione di un modo d'essere (in specie, della persona povera), cfr. recentemente FORNASARI, *Osservazioni rapsodiche su tre diramazioni del diritto penale del nemico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2020, 1052–1053.

la prima ipotesi aveva costituito oggetto di scrutinio costituzionale, deciso con sent. n. 519/1995<sup>42</sup>.

La sentenza in parola giunge all'incostituzionalità dell'art 670 co.1 c.p. sulla base del principio di ragionevolezza, con un percorso analogo a quello seguito dalla sent. n. 370/1996, relativa all'art. 708 c.p.

Le motivazioni che hanno portato all'incostituzionalità si riassumono nella sproporzione della risposta sanzionatoria al fatto, in relazione alla mutata sensibilità sociale, nonché nella illegittimità dell'incriminazione di una mera condizione personale<sup>43</sup>. La Corte riconosce che la norma esprime una tendenza «a considerare le persone in condizioni di povertà come pericolose e colpevoli»; a costituire il fulcro dell'incriminazione era l'essere un povero, un mendicante, senza che la condotta avesse alcuna capacità offensiva di alcun bene giuridico.

Sembra istruttivo rilevare come, in precedenza, la Consulta avesse ritenuto infondata la questione di costituzionalità dell'art. 670 c.p., affermando incidentalmente che detto articolo «tutela [...] il bene giuridico della tranquillità

---

<sup>42</sup> Per delle brevi note, cfr. COLAIANNI, *Mendicità e solidarietà. Nota a sentenza 28 dicembre 1995, n. 519*, in *Foro it.*, 4, 1996, 1148 ss.

<sup>43</sup> Le parole della Corte meritano di essere riportate anche per l'insegnamento di civiltà che, in esso, è insito: «L'ipotesi della mendicità non invasiva integra una figura di reato ormai scarsamente perseguita in concreto, mentre nella vita quotidiana, specie nelle città più ricche, non è raro il caso di coloro che senza arrecare alcun disturbo domandino compostamente, se non con evidente imbarazzo, un aiuto ai passanti. Di qui, il disagio degli organi statali preposti alla repressione di questo e altri reati consimili chiaramente avvertito e, talora, apertamente manifestato che è sintomo, univoco, di un'abnorme utilizzazione dello strumento penale. Gli squilibri e le forti tensioni che caratterizzano le società più avanzate producono condizioni di estrema emarginazione, sì che senza indulgere in atteggiamenti di severo moralismo non si può non cogliere con preoccupata inquietudine l'affiorare di tendenze, o anche soltanto tentazioni, volte a "nascondere" la miseria e a considerare le persone in condizioni di povertà come pericolose e colpevoli. Quasi in una sorta di recupero della mendicità quale devianza, secondo linee che il movimento codificatorio dei secoli XVIII e XIX stilizzò nelle tavole della legge penale, preoccupandosi nel contempo di adottare forme di prevenzione attraverso la istituzione di stabilimenti di ricovero (o ghetti?) per i mendicanti. Ma la coscienza sociale ha compiuto un ripensamento a fronte di comportamenti un tempo ritenuti pericolo imminente per una ordinata convivenza, e la società civile consapevole dell'insufficienza dell'azione dello Stato ha attivato autonome risposte, come testimoniano le organizzazioni di volontariato che hanno tratto la loro ragion d'essere, e la loro regola, dal valore costituzionale della solidarietà. D'altra parte, i paventati effetti di ulteriore affollamento delle carceri e d'un accrescimento del carico penale sono irrealistici e comunque potranno essere scongiurati se e in quanto si consoliderà l'indirizzo del legislatore verso la "depenalizzazione". In questo quadro, la figura criminosa della mendicità non invasiva appare costituzionalmente illegittima alla luce del canone della ragionevolezza, non potendosi ritenere in alcun modo necessitato il ricorso alla regola penale. Né la tutela dei beni giuridici della tranquillità pubblica, "con qualche riflesso sull'ordine pubblico" (sentenza n. 51 del 1959), può dirsi invero seriamente posta in pericolo dalla mera mendicità che si risolve in una semplice richiesta di aiuto». Così Corte cost., sent. n. 519/1995, considerato in diritto, punto 3.

pubblica, con qualche riflesso sull'ordine pubblico»<sup>44</sup>; quest'ultimo passaggio sarà espressamente smentito dalla sentenza n. 519/1995; ciò sembra dimostrare come il riferimento a beni giuridici collettivi inafferrabili, oltre a creare incertezze ermeneutiche, possa costituire un viatico per introdurre surrettiziamente forme di diritto penale dell'autore, laddove la norma penale accosti una condotta neutra a una qualifica soggettiva pregnante<sup>45</sup>.

Più di recente, con sent. n. 249/2010, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 61, n. 11-*bis* c.p., introdotto nel 2008. Esso prevedeva l'aggravante dell'aver commesso il fatto trovandosi illegalmente sul territorio nazionale (cd. clandestinità). La pronuncia, attesa dalla dottrina maggioritaria<sup>46</sup>, rappresenta la presa di posizione più netta, sinora intervenuta, contro l'ammissibilità di un diritto penale dell'autore; pertanto, occorre valutare attentamente i passaggi più rilevanti dell'argomentazione<sup>47</sup>.

La Corte s'interroga sul fondamento della punizione più grave per il clandestino. A tal fine, procede logicamente in termini negativi. In particolare, esclude che l'aggravante «rientri nella logica del maggior danno o del maggior pericolo per il bene giuridico tutelato dalle norme penali che prevedono e

---

<sup>44</sup> Così Corte cost., sent. n. 51/1959, considerato in diritto; per interessanti riflessioni (sebbene sul versante costituzionalistico e, in specie, sulla portata dell'art. 38 Cost.), cfr. CRISAFULLI, *Libertà costituzionale di accattonaggio? Questione di costituzionalità o questione di interpretazione ed applicazione di norme*, in *Giur. cost.*, 1964, 1183 ss.

<sup>45</sup> L'assunto è considerato da tempo in dottrina; possono ricordarsi le belle pagine di CALVI, *Tipo criminologico e tipo normativo d'autore*, cit., pp. 58 e 81 ss. e di FIORELLA, *Reato (dir. pen.)*, cit., pp. 794-795.

<sup>46</sup> Salvo voci sporadiche (cfr. ad es. ARDITA, *Il nesso tra immigrazione e criminalità nel dibattito su immigrazione e sicurezza*, in *Cass. pen.*, 5, 2008, 1729, secondo cui «per operare selettivamente contro il crimine, cogliendone i nessi con l'immigrazione, piuttosto che tipizzare nuove condotte ha più senso dunque introdurre l'aggravante speciale che stigmatizzi i reati consumati in clandestinità, inasprendo le sanzioni per le violazioni di beni giuridici commesse da chi versi già *in re illicita*»), la dottrina ha dato prova di compattezza nell'opporsi all'aggravante in esame; possono ricordarsi, per tutti, le critiche di DODARO, *Discriminazione dello straniero irregolare nell'aggravante comune della clandestinità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4, 2008, 1634 ss.; GATTA, *Aggravante della 'clandestinità' (art. 61 n. 11-bis c.p.): uguaglianza calpestata*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2009, 713 ss. In seguito alla pronuncia in esame, i riferimenti in dottrina alla fattispecie di cui all'art. 61, n.11-*bis*, c.p. sono divenute tanto numerosi da rendere impossibile un compiuto rinvio bibliografico.

<sup>47</sup> Per un commento, che invero sembra dissentire dall'impostazione della Corte (a favore di un più cauto percorso argomentativo, fondato sulla ragionevolezza e non già sull'offensività), cfr. VIGANÒ, *Nuove prospettive per il controllo di costituzionalità in materia penale?*, in *Giur. cost.*, 4, 2010, 3017 ss. Cfr. anche l'attenta analisi di MANNA, *Il diritto penale dell'immigrazione clandestina, tra simbolismo penale e colpa d'autore*, in *Cass. pen.*, 2, 2011, 446 ss.

puniscono i singoli reati. Non potrebbe essere ritenuta ragionevole e sufficiente, d'altra parte, la finalità di contrastare l'immigrazione illegale, giacché questo scopo non potrebbe essere perseguito in modo indiretto, ritenendo più gravi i comportamenti degli stranieri irregolari rispetto ad identiche condotte poste in essere da cittadini italiani o comunitari. Si finirebbe infatti per distaccare totalmente la previsione punitiva dall'azione criminosa contemplata nella norma penale e dalla natura dei beni cui la stessa si riferisce, specificamente ritenuti dal legislatore meritevoli della tutela rafforzata costituita dalla sanzione penale»<sup>48</sup>.

L'*obiter* citato merita una rapida considerazione anche in un'ottica sistematica: sembra essere richiamata la distinzione tra reati di offesa e reati di scopo, accolta da una dottrina minoritaria, sebbene autorevole<sup>49</sup>. Tuttavia, la portata del riferimento dev'essere ridimensionata: è preferibile ritenere che la Corte si rifaccia al dualismo offesa/scopo in termini meramente critici, per escludere anche la mera possibilità che l'art. 61 n.11-*bis* c.p. possa trovare un fondamento alternativo all'offesa. Opinare diversamente porterebbe a conseguenze sproporzionate: dovrebbe ritenersi superato il carattere assoluto del principio di offensività in astratto, in contrasto con il percorso evolutivo della stessa giurisprudenza costituzionale; pertanto, si rischierebbe una diminuzione delle garanzie individuali a fronte del potere punitivo, nella cornice di una pronuncia che, al contrario, mira a rafforzare quelle stesse garanzie.

In secondo luogo, la Corte evidenzia la sussistenza di una sostanziale duplicazione sanzionatoria, posto che l'art. 10-*bis* d.lgs. n. 286/1998 (t.u. immigrazione) già rende punibile con ammenda l'ingresso ovvero il trattenersi nel territorio dello Stato, in violazione delle disposizioni dello stesso t.u.imm. In specie, «[l]o straniero extracomunitario viene punito una prima volta all'atto della rilevazione del suo ingresso o soggiorno illegale nel territorio nazionale,

---

<sup>48</sup> Sent. n. 249/2010, considerato in diritto, p.to 5.

<sup>49</sup> Cfr. soprattutto MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 207 ss.; v. pure VIGANÒ, *Diritto penale e diritti della persona*, in *Sistema penale (riv. web)*, (13 marzo 2023), spec. p. 22, secondo cui il corretto riferimento del reato sarebbe “una finalità legittima” volta a volta scelta dal legislatore.

ma subisce una o più punizioni ulteriori determinate dalla perdurante esistenza della sua qualità di straniero irregolare, in rapporto a violazioni, in numero indefinito, che pregiudicano interessi e valori che nulla hanno a che fare con la problematica del controllo dei flussi migratori»<sup>50</sup>. Comincia così a delinearsi il principale vizio dell'art. 61 n.11-*bis* c.p., ossia il riferimento esclusivo alla qualità personale dell'autore ai fini dell'aggravamento della punizione.

Quest'ultima conclusione viene sviluppata espressamente nel prosieguo della sentenza: «La *ratio* sostanziale posta a base della norma censurata è una presunzione generale ed assoluta di maggiore pericolosità dell'immigrato irregolare, che si riflette sul trattamento sanzionatorio di qualunque violazione della legge penale da lui posta in essere [...]. La qualità di immigrato «irregolare» – che si acquista con l'ingresso illegale nel territorio italiano o con il trattenimento dopo la scadenza del titolo per il soggiorno, dovuta anche a colposa mancata rinnovazione dello stesso entro i termini stabiliti – diventa uno “stigma”, che funge da premessa ad un trattamento penalistico differenziato del soggetto, i cui comportamenti appaiono, in generale e senza riserve o distinzioni, caratterizzati da un accentuato antagonismo verso la legalità. Le qualità della singola persona da giudicare rifluiscono nella qualità generale preventivamente stabilita dalla legge, in base ad una presunzione assoluta, che identifica un “tipo di autore” assoggettato, sempre e comunque, ad un più severo trattamento. Ciò determina un contrasto tra la disciplina censurata e l'art. 25, secondo comma, Cost., che pone il fatto alla base della responsabilità penale e prescrive pertanto, in modo rigoroso, che un soggetto debba essere sanzionato per le condotte tenute e non per le sue qualità personali. Un principio, quest'ultimo, che senz'altro è valevole anche in rapporto agli elementi accidentali del reato. La previsione considerata ferisce, in definitiva, il principio di offensività, giacché non vale a configurare la condotta illecita come più

---

<sup>50</sup> Sent. n. 249/2010, considerato in diritto, punto 6.

gravemente offensiva con specifico riferimento al bene protetto, ma serve a connotare una generale e presunta qualità negativa del suo autore»<sup>51</sup>.

Il passo citato offre molti preziosi spunti di analisi. Nell'ostracizzare il tipo d'autore, si ha la più decisa affermazione del principio di offensività nella giurisprudenza costituzionale, con espresso aggancio all'art. 25 co. 2 Cost.; si giunge a riconoscere l'inderogabilità del principio anche rispetto agli elementi accidentali del reato, conclusione non scontata, in quanto estranea alla dottrina maggioritaria<sup>52</sup>. D'altra parte, si avverte un leggero disagio nel rilevare come la Corte, a dispetto della formale esaltazione dell'offensività, consacri a monte il (diverso) principio di materialità: ciò è confermato dal riferimento alle "condotte tenute" in opposizione alle "qualità personali" come fondamento dell'incriminazione. Resta, comunque, il dato per cui il riferimento critico al "tipo d'autore" ha consentito affermazioni inedite nella giurisprudenza costituzionale.

Tra queste ultime, sembra opportuno riportare anche quelle relative alle condizioni affinché possa legittimamente configurarsi una circostanza soggettiva, evitando il tipo d'autore. In generale, la Corte afferma che la violazione di norme (nel caso di specie, sul controllo dei flussi migratori, ma l'assunto è generalizzabile) da parte di un soggetto «non può introdurre automaticamente e preventivamente un giudizio di pericolosità del soggetto responsabile, che deve essere frutto di un accertamento particolare, da effettuarsi caso per caso, con riguardo alle concrete circostanze oggettive ed alle personali caratteristiche soggettive»<sup>53</sup>.

Immediatamente dopo, la Consulta si sofferma sulle ragioni per cui sono legittime le circostanze aggravanti, tradizionalmente qualificate come soggettive, della latitanza, *ex art. 61 n. 6 c.p.*, e della recidiva, di cui all'art. 99 c.p. Quanto alla prima, si chiarisce che il fulcro della maggiore punizione è non

---

<sup>51</sup> Sent. n. 249/2010, considerato in diritto, punto 9.

<sup>52</sup> Cfr. *supra*, Cap. I, nt. 26.

<sup>53</sup> Sent. n. 249/2010, considerato in diritto, punto 9.

già lo stato personale di latitante, quanto l'inosservanza volontaria del provvedimento restrittivo dell'autorità giudiziaria; viene così accolta una interpretazione minoritaria della circostanza in parola, che pone in dubbio la stessa qualifica come soggettiva<sup>54</sup>. Quanto alla seconda, la legittimità riposerebbe sulla facoltatività della stessa e sulla valutazione in concreto, da parte del giudice, «di una relazione qualificata tra i precedenti del reo ed il nuovo reato da questi commesso, che deve risultare sintomatico – in rapporto alla natura e al tempo di commissione dei fatti pregressi – sul piano della colpevolezza e della pericolosità sociale»<sup>55</sup>.

L'affermazione potrebbe avere una tensione sistematica di non poco momento, specialmente per i suoi riflessi dogmatici: sembra emergere un (pur timido) rifiuto per le circostanze soggettive<sup>56</sup>. Infatti, il perimetro tracciato dalla Corte sembra tagliare fuori tutte le circostanze (realmente) soggettive, che a differenza della recidiva sono sempre obbligatorie e a differenza della latitanza sono effettivamente tarate sulla qualità dell'autore (e non già sulla violazione di un provvedimento individuale). L'accento posto sulla necessità di un accertamento "particolare", "caso per caso" confligge con la previsione astratta della circostanza soggettiva, di talché ci si potrebbe domandare se, nelle parole della Corte, non vi sia un flebile invito a dare maggior peso alla categoria della

---

<sup>54</sup> In dottrina, sembra superare la tradizionale qualificazione soggettiva MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 691. *Contra*, la dottrina maggioritaria; cfr. *ex multis* FIANDACA, MUSCO, *Dir. pen., parte gen.*, cit., p. 455; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 405; C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale*, cit., p. 503. L'opinione minoritaria, per altro, non pare del tutto lineare, dando una parvenza di fattispecie omissiva offensiva a quel che è a tutti gli effetti uno *status*; questo modo di argomentare rischia di riesumare concezioni del reato superate, fondate sulla mera violazione del dovere, in contrasto con l'ambizione di dare maggiore attuazione al principio di offensività; basti ricordare la classica posizione di Kollmann sull'omissione, quale sintomo di maggiore pericolosità sociale, considerata *supra* Cap. I, par. 4.1.

<sup>55</sup> Sent. n. 249/2010, considerato in diritto, punto 10

<sup>56</sup> In senso analogo, cfr. anche VIGANÒ, *Nuove prospettive per il controllo di costituzionalità in materia penale?*, cit., p. 3028.

colpevolezza/responsabilità<sup>57</sup> nella struttura del reato, piuttosto che in relazione agli elementi accidentali<sup>58</sup>.

### **2.1.3. Il recente percorso della Consulta in materia di divieto di soccombenza della recidiva reiterata**

Di recente, la Corte costituzionale ha offerto ulteriori argomenti contro il diritto penale dell'autore in tema di recidiva reiterata, prevista dall'art. 99 co. 4 c.p. In particolare, hanno costituito oggetto di scrutinio le disposizioni novellate dalla l. n. 251/2005, specialmente gli artt. 62-*bis* e 69 co. 4 c.p.<sup>59</sup>

Queste ultime avevano creato, per il recidivo reiterato, un articolato sistema di preclusioni, che inibiva già in astratto il riconoscimento di istituti di favore comunemente riconosciuti ai delinquenti non recidivi reiterati. Era così emerso un tipo d'autore, posto che il trattamento sanzionatorio riposava in misura significativa sulla qualità personale del reo<sup>60</sup>.

Invero, la maggioranza delle sentenze intervenute non cita espressamente il diritto penale dell'autore; solo nelle più recenti<sup>61</sup> l'argomento è formalmente

---

<sup>57</sup> Per il superamento della categoria dogmatica della colpevolezza a favore della categoria della responsabilità, privata di un sostrato eticizzante, cfr. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, cit., p. 88 ss.-spec. 92.

<sup>58</sup> Risuona l'eco delle parole di una parte autorevole della dottrina che, da tempo, mira a circoscrivere alla categoria dogmatica della colpevolezza/responsabilità l'insieme delle valutazioni concernenti il soggetto (cfr. in particolare MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, cit., p. 163), fino ad auspicare l'eliminazione dell'intero sistema delle circostanze soggettive (da ultimo cfr. CAVALIERE, *Il furore casistico nella recente legislazione penale. In particolare: circostanze e soggettivismo*, in *Penale. Diritto e procedura*, 4, 2022, 541 ss.-spec. 575). Si tratta di un punto che esige un'attenta meditazione, anche in ragione del denunciato tradimento delle istanze di legalità originariamente sottese al complesso delle circostanze.

<sup>59</sup> Per un'approfondita analisi dogmatica e comparatistica in tema di recidiva (anche reiterata), con attenzione anche alla giurisprudenza costituzionale, cfr. il recente lavoro di ROCCHI, *La recidiva tra colpevolezza e pericolosità: prospettive d'indagine nel sistema penale integrato*, Napoli, 2020; *ivi*, pp. 245-246, 251, sebbene non espressamente, si ravvisa nell'attuale "statuto penale ritagliato sull'autore recidivo (specie se reiterato)" un nuovo tipo d'autore; in particolare, per un commento alle sentenze della Consulta sulla recidiva reiterata, cfr. *ivi*, p. 475 ss.

<sup>60</sup> Resta sempre valido l'insegnamento di CALVI, *Tipo criminologico e tipo normativo d'autore*, cit., pp. 58 e 90-92., per cui un tipo d'autore può configurarsi ogni qual volta delle norme modulino la responsabilità penale non sul fatto, ma su caratteristiche personologiche predeterminate, in assenza di riscontri sui diversi piani della condotta e dell'offesa.

<sup>61</sup> Cfr., ad es., Corte cost., sent. n. 141/2023, su cui ci si soffermerà *infra*.

speso. Tuttavia, l'intera serie di decisioni, che ci si appresta ad esaminare, ha come comune denominatore il rifiuto dell'accentuazione (legislativa e astratta) del profilo soggettivo nella dosimetria della pena; in altri termini, è costantemente criticata la comminatoria di una misura della sanzione penale ancorata a caratteristiche e qualità personali del reo, a prescindere da una valutazione in concreto delle stesse. Il tenore della critica lascia così trasparire il sintomo costante di un diritto penale dell'autore (la predeterminazione legislativa della sanzione in relazione a un tipo di soggetto) e, dunque, legittima l'attenzione in questa sede.

Delle prime considerazioni vengono svolte dalla Consulta con la sent. n. 183/2011. Quest'ultima si occupa della censura d'incostituzionalità dell'art. 62-*bis* c.p. nella parte in cui, nel caso di recidivo reiterato *ex art.* 99, quarto comma, c.p. (chiamato a rispondere di taluno dei delitti di cui all'art. 407, comma 2, lett. *a*), c.p.p., per il quale sia prevista una pena non inferiore nel minimo a cinque anni) non consente di fondare sui parametri di cui al secondo comma dell'art. 133 c.p., in particolare sul comportamento susseguente al reato, la concessione delle attenuanti generiche.

Vanno immediatamente poste in luce alcune peculiarità. La questione s'inscrive nel limitato solco segnato dall'istituto delle attenuanti generiche; tuttavia, il riferimento all'art. 133 c.p. consente una riflessione più generale sulla capacità a delinquere e sul modo con cui il legislatore può predeterminarla in astratto, in relazione alle caratteristiche personologiche dell'autore. Ciò si riflette, come si dirà tra un attimo, anche sul principio costituzionale adoperato come parametro. Per altro, va segnalata la portata modesta che la questione riveste rispetto al trattamento sanzionatorio: per l'art. 69 co. 4 c.p., le attenuanti generiche, ove riconosciute, continuerebbero a trovare un limite nella recidiva reiterata, rispetto alla quale potrebbero essere ritenute equivalenti ma mai prevalenti; avrebbero cioè il solo effetto di neutralizzare il rilevante aumento di pena previsto per la recidiva reiterata, ma non potrebbero anche determinare una diminuzione della pena base.

Ciò posto, la Consulta ritiene il novellato art. 62-*bis* c.p. in contrasto con il principio di ragionevolezza. «La disposizione impugnata, infatti, precludendo al giudice di fondare il riconoscimento delle attenuanti generiche sulla condotta successiva al reato, privilegia uno dei parametri indicati dal secondo comma dell'art. 133 cod. pen. – la precedente attività delittuosa del reo – come sintomatico della capacità a delinquere rispetto agli altri e in particolare rispetto alla condotta successiva alla commissione del reato, benché questa possa essere in concreto ugualmente, o addirittura prevalentemente, indicativa dell'attuale capacità criminale del reo e della sua complessiva personalità. La preclusione è fondata su una valutazione preventiva, predeterminata e astratta, che non risponde a un dato di esperienza generalizzabile, in quanto la rigida presunzione di capacità a delinquere, presupposta dalla norma censurata, è inadeguata ad assorbire e neutralizzare gli indici contrari, che possono desumersi, a favore del reo, dalla condotta susseguente, con la quale la recidiva reiterata non ha alcun necessario collegamento»<sup>62</sup>. La presunzione è irragionevole in quanto «[...] la recidiva può basarsi anche su fatti remoti e privi di rilevante gravità e [...] la decisione può intervenire anche a distanza di anni dalla commissione del fatto per cui si procede e [...] successivamente l'imputato potrebbe aver tenuto comportamenti sicuramente indicativi di una risocializzazione in corso, o interamente realizzata, e potrebbe anche essere divenuto una persona completamente diversa da quella che a suo tempo aveva commesso il reato»<sup>63</sup>.

Sulla stessa lunghezza d'onda, sebbene riferite all'art. 69 co. 4 c.p., si pongono le sentt. n. 74/2016 (relativa all'art. 73 co. 7 D.P.R. n. 309/1990) e 201/2023 (relativa all'art. 74 co. 7 D.P.R. n. 309/1990), che censurano la presunzione assoluta di maggiore capacità a delinquere del reo, recidivo reiterato, a fronte di condotte di collaborazione processuale *post-delictum* in tema di stupefacenti.

---

<sup>62</sup> Sent. n. 183/2011, considerato in diritto, punto 6

<sup>63</sup> Sent. n. 183/2011, considerato in diritto, punto 6

In seguito, la sent. 251/2012 ha costituito un fondamentale approdo per il tema in esame<sup>64</sup>. Il Tribunale di Torino aveva sollevato, in riferimento agli articoli 3, 25 co. 2, e 27 co. 3 Cost., questione di legittimità costituzionale dell'articolo 69, co. 4, c.p., nella parte in cui escludeva che la circostanza attenuante della lieve entità, di cui all'art. 73, co. 5, D.P.R. n. 309/1990, potesse essere dichiarata prevalente sulla recidiva reiterata, prevista dall'art. 99, co. 4, c.p. In particolare, il problema del bilanciamento nasceva in quanto il co. 5 dell'art. 73 prevedeva originariamente una circostanza attenuante; il co. 5 è stato trasformato in un'autonoma fattispecie a seguito della modifica legislativa operata dal d.l. n. 146/2013, conv. con modif. in l. 10/2014. La particolarità del (divieto di) bilanciamento stava nel fatto che l'attenuante in parola aveva carattere oggettivo (e modulava l'offesa), mentre l'aggravante aveva carattere soggettivo (e qualificava l'autore); sullo sfondo, dunque, si poneva l'equilibrio tra componenti oggettive e soggettive nella determinazione della responsabilità penale.

Tra i motivi di censura, merita di essere segnalato l'argomento relativo al principio di offensività: «Sussisterebbe, inoltre, la violazione dell'art. 25, secondo comma, Cost., che, con il suo espresso richiamo al “fatto commesso”, riconosce rilievo fondamentale all'azione delittuosa per il suo obiettivo disvalore e non solo in quanto manifestazione sintomatologica di pericolosità sociale; la costituzionalizzazione del principio di offensività implicherebbe “la necessità di un trattamento penale differenziato per fatti diversi, senza che la considerazione della mera pericolosità dell'agente possa legittimamente avere rilievo esclusivo”».

---

<sup>64</sup> Cfr., per una sintesi della sentenza, BERNASCONI, *Giudizio di bilanciamento, circostanze c.d. privilegiate e principio di proporzione: il caso della recidiva reiterata*, in *Giur. cost.*, 6, 2012, 4057 ss. Meritano considerazione, inoltre, l'approfondito commento di CARUSO, *Su recidiva reiterata e giudizio di bilanciamento: parola 'fine' della Corte Costituzionale?*, in *Arch. pen. (riv. web)*, 1, 2013, nonché le osservazioni di NOTARO, *La fine ingloriosa, ma inevitabile, di una manifesta irragionevolezza: la Consulta “lima” il divieto di prevalenza delle attenuanti sulla recidiva reiterata*, in *Cass. pen.*, 5, 2013, 1755 ss.

Linearmente, la Corte costituzionale accoglie la censura in base a due fondamentali argomenti: la sproporzione sanzionatoria (“abnorme”, nelle parole della Corte) che deriva dal divieto di prevalenza, a favore delle componenti soggettive del reato; soprattutto, il valore del principio di offensività, di cui si enfatizza al massimo la portata, a detrimento di previsioni fondanti la punizione su qualità dell’autore. Secondo la Corte, «[...] Le rilevanti differenze quantitative delle comminatorie edittali del primo e del quinto comma dell’art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990 rispecchiano, d’altra parte, le diverse caratteristiche oggettive delle due fattispecie, sul piano dell’offensività e alla luce delle stesse valutazioni del legislatore: il trattamento sanzionatorio decisamente più mite assicurato al fatto di “lieve entità”, la cui configurabilità è riconosciuta dalla giurisprudenza comune solo per le ipotesi di “minima offensività penale” (Cass. pen., sezioni unite, 24 giugno 2010, n. 35737), esprime una dimensione offensiva la cui effettiva portata è disconosciuta dalla norma censurata, che indirizza l’individuazione della pena concreta verso un’abnorme enfaticizzazione delle componenti soggettive riconducibili alla recidiva reiterata, a detrimento delle componenti oggettive del reato. Due fatti, quelli previsti dal primo e dal quinto comma dell’art. 73, che lo stesso assetto legislativo riconosce come profondamente diversi sul piano dell’offesa, vengono ricondotti alla medesima cornice edittale, e ciò “determina un contrasto tra la disciplina censurata e l’art. 25, secondo comma, Cost., che pone il fatto alla base della responsabilità penale” (sentenza n. 249 del 2010). La recidiva reiterata riflette i due aspetti della colpevolezza e della pericolosità, ed è da ritenere che questi, pur essendo pertinenti al reato, non possano assumere, nel processo di individualizzazione della pena, una rilevanza tale da renderli comparativamente prevalenti rispetto al fatto oggettivo [...]»<sup>65</sup>.

Ancora una volta, la necessità di escludere un qualsiasi spazio di legittimazione al diritto penale dell’autore funge da base per delle affermazioni

---

<sup>65</sup> Sent. n. 251/2012, considerato in diritto, punto 5

inedite sulla portata del principio di offensività: «Il principio di offensività è chiamato ad operare non solo rispetto alla fattispecie base e alle circostanze, ma anche rispetto a tutti gli istituti che incidono sulla individualizzazione della pena e sulla sua determinazione finale. Se così non fosse, la rilevanza dell'offensività della fattispecie base potrebbe risultare “neutralizzata” da un processo di individualizzazione prevalentemente orientato sulla colpevolezza e sulla pericolosità»<sup>66</sup>. La Corte ha così fatto un passo in avanti anche rispetto alla dottrina più sensibile all'offensività, proiettandola sull'intero campo della responsabilità penale.

Le affermazioni contenute nella sent. n. 251/2012 verranno sostanzialmente riprese in plurime sentenze, aventi ad oggetto l'art. 69, co. 4, c.p., in relazione alla recidiva reiterata e a una circostanza di carattere oggettivo: possono ricordarsi le sentt. nn. 105 e 106/2014<sup>67</sup> e la n. 205/2017.

Infine, meritano un cenno particolare le recenti sentenze nn. 73/2020, da un lato, e 141/2023 e 188/2023, dall'altro. In queste ultime sembra potersi registrare un (lento, ma) progressivo cambio di orientamento della Corte costituzionale: sebbene esse abbiano ad oggetto la recidiva reiterata, contengono affermazioni che sembrano rapportabili alla recidiva in generale.

Nella sent. n. 73/2020, la Corte si occupa della censura di incostituzionalità (sollevata in riferimento agli artt. 3, 27 co. 1 e 3, 32 Cost.) dell'art. 69, co. 4, c.p., nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza della circostanza attenuante del vizio parziale di mente, di cui all'art. 89 c.p., sulla circostanza aggravante della recidiva di cui all'art. 99, co. 4, c.p. La questione

---

<sup>66</sup> Sent. n. 251/2012, considerato in diritto, punto 5

<sup>67</sup> Per un commento, cfr. CIVELLO, *Recidiva reiterata e limiti al bilanciamento ex art. 69 c.p.: due nuove conquiste nella battaglia contro “il divieto di prevalenza”*, in *Arch. pen. (riv. web)*, 2, 2014.

era stata sollevata già in precedenza<sup>68</sup>, ma è solo nel 2020 che giunge la dichiarazione d'incostituzionalità<sup>69</sup>.

Quanto alle ragioni, la Corte fonda la decisione soprattutto sulla proporzionalità della pena: si dice che tanto la recidiva quanto il vizio parziale di mente sono circostanze soggettive; entrambe attengono alla colpevolezza dell'autore (sebbene la recidiva attenga anche alla pericolosità). Tuttavia, l'attuale disciplina dell'art. 69 co. 4 c.p., nella misura in cui stabilisce il divieto di prevalenza del vizio parziale di mente sulla recidiva reiterata, comporta l'impossibilità di valutare adeguatamente il disvalore soggettivo del fatto; in tal modo, conduce a una pena sproporzionata in quanto non personalizzata: «Nonostante il carattere facoltativo dell'aggravante, un tale inderogabile divieto di prevalenza non può essere ritenuto compatibile con l'esigenza, di rango costituzionale, di determinazione di una pena proporzionata e calibrata sull'effettiva personalità del reo, esigenza che deve essere considerata espressiva – con le parole della sentenza n. 251 del 2012 – di precisi “equilibri costituzionalmente imposti sulla strutturazione della responsabilità penale”. Tale divieto, infatti, non consente al giudice di stabilire, nei confronti del semi-infermo di mente, una pena inferiore a quella che dovrebbe essere inflitta per un reato di pari gravità oggettiva, ma commesso da una persona che abbia agito in condizioni di normalità psichica, e pertanto pienamente capace – al momento del fatto – di rispondere all'ammonimento lanciato dall'ordinamento, rinunciando alla commissione del reato. E ciò anche laddove il giudice – come nel caso del giudizio *a quo* – ritenga che le patologie o i disturbi riscontrati nel

---

<sup>68</sup> Possono ricordarsi la sent.n. 120/2017 e l'ord. n. 145/2018; in entrambi i casi, la ragione per cui la Corte non era scesa nel merito della questione è che il rimettente affermava di aver ritenuto sussistente la recidiva solo in ragione della maggiore pericolosità sociale del reo, non anche in ragione della sua maggiore colpevolezza (come invece richiesto dalla giurisprudenza di legittimità, cfr. Cass. S.U. 27 maggio 2010, n. 35738 e 24 febbraio 2011, n. 20798).

<sup>69</sup> La pronuncia ha suscitato molto interesse in dottrina; possono ricordarsi le notazioni di PECCIOLI, *La progressiva erosione della blindatura della recidiva reiterata alla luce del principio di colpevolezza: il caso del vizio di mente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4, 2020, 1975 ss.; APRILE, *Osservazioni a C.cost. data udienza 7 aprile 2020, data deposito 24 aprile 2020, n. 73*, in *Cass. pen.*, 9, 2020, 3126 ss.; MALDONATO, *Nota a Corte costituzionale, 24 aprile 2020, n. 73*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2, 2020, 1224 ss.

reo abbiano inciso a tal punto sulla sua personalità, da rendergli assai più difficile la decisione di astenersi dalla commissione di nuovi reati, nonostante l'ammonimento lanciaiogli con le precedenti condanne. Il divieto in esame d'altra parte comporta una indebita parificazione sotto il profilo sanzionatorio di fatti di disvalore essenzialmente diverso, in ragione del diverso grado di rimproverabilità soggettiva che li connota [...]»<sup>70</sup>.

Va posto in luce che, nell'argomentazione della Corte, la recidiva (reiterata) connota il disvalore soggettivo del fatto (al pari del vizio parziale di mente). Tale qualificazione della recidiva sembra però essere rinnegata dalla sent. n. 141/2023 (e dalla successiva sent. n. 188/2023, che ne riprende gli argomenti)<sup>71</sup>. Quest'ultima pronuncia si è occupata della legittimità costituzionale dell'art. 69, co. 4, c.p., in riferimento agli artt. 3 e 27, co. 3, Cost., nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 62, n. 4, c.p. (l'aver cagionato, nei reati contro il patrimonio, un danno patrimoniale di speciale tenuità) sulla circostanza aggravante della recidiva di cui all'art. 99, co. 4, c.p.; nel caso di specie, il rimettente si trovava a giudicare una rapina a una cassa di un supermercato, commessa da un recidivo reiterato, con un profitto di dieci euro.

Nell'accogliere la censura, la Consulta compie un passaggio degno di nota: «La particolare tenuità del danno patrimoniale causato determina, di regola, una sensibile riduzione del contenuto di disvalore dei reati che offendono il solo patrimonio, o che offendono – accanto ad altri beni giuridici – anche il patrimonio; e di tale ridotto disvalore il giudice deve poter tenere conto nella commisurazione del trattamento sanzionatorio, senza essere vincolato a ignorarlo in ragione soltanto della recidiva reiterata dell'imputato. Circostanza, quest'ultima, che nulla ha a che vedere con la gravità oggettiva e soggettiva del singolo fatto di reato, cui la pena – in un sistema orientato alla

---

<sup>70</sup> Sent. n. 73/2020, considerato in diritto, p.to 4.3.

<sup>71</sup> Per brevi note alla sent. n. 141/2023, cfr. DIAMANTI, *Recidiva reiterata e danno di speciale tenuità*, in *Giur. cost.*, 4, 2023, 1557 ss.

“colpevolezza per il fatto”, e non già alla “colpa d’autore”, o alla mera neutralizzazione della pericolosità individuale – è chiamata a fornire risposta»<sup>72</sup>. Così, a dispetto della qualificazione formale come circostanza, la Corte sembra offrire un’immagine della recidiva, non solo reiterata, di *status* personale, in linea con alcune voci autorevoli della dottrina<sup>73</sup>; nel passo citato, sebbene ancora ambiguo, sembra potersi scorgere una malcelata avversione verso l’aggravante della recidiva, che forse potrebbe aprire la strada a successivi interventi, in linea con il progressivo rifiuto della giurisprudenza costituzionale per ogni forma di diritto penale dell’autore<sup>74</sup>.

#### **2.1.4. Guida senza patente commessa da persona sottoposta a misura di prevenzione: il caso della sospensione della patente per violazione del Codice della strada**

Con la recente sent. n. 146/2024, la Corte costituzionale ha censurato espressamente una ulteriore forma di diritto penale dell’autore. La pronuncia si occupa del reato previsto dall’art. 73 d.lgs. n. 159/2011, il quale rende punibile la guida di un autoveicolo o motoveicolo senza patente o dopo che la patente sia stata negata, sospesa o revocata, qualora l’autore sia una persona già sottoposta, con provvedimento definitivo, a una misura di prevenzione personale.

La decisione fa seguito alla sent. n. 211/2022 e alla ord. n. 214/2023, che hanno espressamente rigettato la questione di legittimità costituzionale, sollevata *tout court* in relazione all’art. 73 cit.<sup>75</sup>. Nel caso in esame, la censura viene sollevata sotto un diverso e specifico profilo.

---

<sup>72</sup> Sent. n. 141/2023, considerato in diritto, p.to 3.2.

<sup>73</sup> Per tutti, cfr. MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 635 ss. (spec. 641).

<sup>74</sup> Una simile sensazione era già stata percepita da VIGANÒ, *Nuove prospettive per il controllo di costituzionalità in materia penale?*, cit., pp. 3028–3029, che, nel commentare la sent. n. 249/2010 in tema di clandestinità, aveva intravisto nell’*obiter* sulla recidiva il primo passo di un futuro intervento ablatorio della Consulta; sinora, come analizzato, questo presagio ha avuto un riscontro solo rispetto al sottosistema della recidiva reiterata e non già alla recidiva nel suo complesso.

<sup>75</sup> La sent. n. 146/2024 (considerato in diritto, p.to 6) non manca di ribadire quanto affermato nelle decisioni citate. Per un commento (pertanto ancora attuale), cfr., *infra*, par. 2.2.2.

In particolare, il rimettente si trovava a giudicare la rilevanza penale, ai sensi dell'art. 73 d.lgs. n. 159/2011, della guida di un autoveicolo, commessa da una persona sottoposta all'avviso orale del Questore, nonostante la sospensione della patente. Senonché, la sospensione della patente non era stata imposta assieme alla misura di prevenzione, bensì con un diverso provvedimento: in circostanze del tutto slegate da quelle che avevano giustificato l'avviso orale, il soggetto si era posto alla guida in stato di ebbrezza; ciò aveva comportato, come sanzione accessoria, il provvedimento prefettizio di sospensione della patente, ai sensi dell'art. 186 co. 2, lett. c), e co. 8, d.lgs. n. 285/1992 (cd. nuovo Codice della strada).

In definitiva, nel caso in esame, la sospensione della patente e la misura di prevenzione si fondavano su disposizioni differenti, aventi diversa *ratio*. Pertanto, il rimettente affermava che là dove la revoca o la sospensione della patente non fosse collegata all'applicazione della misura di prevenzione, alla pericolosità del soggetto e alla necessità di predisporre più stringenti modalità di controllo, la previsione di una sanzione penale connessa alla violazione del divieto di guida senza patente finiva con il punire una mera qualità personale del soggetto, quella cioè di essere persona sottoposta alla misura di prevenzione. Ciò era dimostrato dal fatto che, in assenza di tale qualifica soggettiva, la medesima condotta era punita solo in via amministrativa. Il rimettente censurava così la violazione dei principii di offensività e di ragionevolezza, configurandosi un inammissibile "responsabilità penale d'autore".

La Consulta accoglie la censura, in base al dato per cui l'art. 73 cit., per come formulato, non distingue a seconda dei presupposti della sospensione della patente di guida. Ciò comporta che, in relazione al caso in esame, sia «solo la qualità di prevenuto, non connessa alla sospensione o revoca della patente, che comporta la qualificazione della condotta come reato, piuttosto che come illecito amministrativo; qualità, in realtà, neutra rispetto all'illecito. [...] la persistente rilevanza penale, in ragione della sola qualità di prevenuto, configura

una inammissibile responsabilità penale cosiddetta d'autore»<sup>76</sup>. Ad avviso della Corte, pertanto, non è «compatibile con il principio di offensività l'incriminazione dello "status" di sottoposto a misura di prevenzione personale che non si rifletta su una maggiore pericolosità o dannosità, e, quindi, offensività, della condotta, in assenza della violazione di una specifica prescrizione che sia ricollegabile alla condizione soggettiva di destinatario della misura di prevenzione personale»<sup>77</sup>.

### 2.1.5. Sintesi

Dalle pronunce esaminate, sembra che abbia progressivamente preso forma un divieto costituzionale di diritto penale dell'autore. Rispetto alle tipologie esaminate nel precedente capitolo, la Corte costituzionale sembra rivolgersi principalmente a espressioni di diritto penale dell'autore a sfondo criminologico-sintomatico (reati di sospetto, ubriachezza, recidiva), anche se non mancano censure verso ipotesi qualificabili come puri tipi normativi d'autore (mendicizia, clandestinità). Non hanno sinora costituito oggetto di scrutinio delle ipotesi di *Gesinnungsstrafrecht*<sup>78</sup>.

Pare opportuno tracciare un quadro riepilogativo dei principii utilizzati dalla Consulta, anche al fine di cogliere la reale capacità dimostrativa degli stessi: non tutti (nell'interpretazione offerta dal Giudice delle leggi) sono utili a censurare (e, per il legislatore, a prevenire) realmente delle manifestazioni di diritto penale dell'autore.

Non è determinante l'art. 3 Cost., posto che la Corte ha ritenuto ragionevole la differenziazione soggettiva del trattamento penale per soggetti "più pericolosi" in virtù del loro passato criminale (sent. n. 110/1968; sent. n. 14/1971; ord. n. 155/1971 – forse *contra*, ma troppo ambiguamente, sent. n.

---

<sup>76</sup> Sent. n. 146/2024 (considerato in diritto, p.to 7)

<sup>77</sup> Sent. n. 146/2024 (considerato in diritto, p.to 8).

<sup>78</sup> Ad ogni modo, sembrerebbe aprire a una considerazione di questa categoria la recente sent. Corte cost. n. 48/2024, su cui cfr. *infra* par. 2.2.4.

249/2010). Anche quando è stato dichiarato incostituzionale l'art. 708 c.p., con sent. n. 370/1996, l'interpretazione dell'art. 3 Cost ha portato ad affermazioni ben compatibili con un diritto penale dell'autore: in massima sintesi, nella sentenza si legge che è giusto perseguire l'illecita accumulazione di ricchezza, ma, dato lo sviluppo delle tecniche criminali, non è più ragionevole punire in quel modo; dunque, non si tratta di un problema di irragionevolezza dell'incriminazione dell'autore, ma solo di irragionevolezza della particolare disposizione rispetto all'obiettivo politico-criminale. Ragionamenti di ugual tenore sono stati posti alla base dell'incostituzionalità della mendicizia non invasiva, ove il problema era la "abnormità" dell'uso dello strumento penale e, dunque, la sua inadeguatezza.

Solo in un caso (sent. n. 183/2011) il principio di ragionevolezza è stato effettivamente utile a bandire una forma di diritto penale dell'autore, per altro nel limitato ambito dell'art. 62-*bis* c.p. Non sembra possibile, tuttavia, parlare di un *revirement* della Corte. Infatti, non sono espressamente citati gli arresti precedenti in tema di reati di sospetto, ove sono contenute le affermazioni più decise in favore della ragionevolezza delle discriminazioni soggettive in diritto penale; anzi, per censurare la presunzione di maggiore capacità a delinquere del recidivo reiterato, nella motivazione della sentenza *de qua* vengono citate due pronunce (nn. 139/2010 e 164/2011) che nulla hanno a che vedere con le presunzioni di pericolosità soggettiva in diritto penale: la sent. 139/2010 elimina una presunzione assoluta di reddito sufficiente a escludere il patrocinio gratuito a spese dello Stato, quando il soggetto è stato condannato per taluni delitti, in violazione del diritto di difesa; la sent. n. 164/2011 elimina una presunzione assoluta di adeguatezza della misura cautelare della custodia in carcere rispetto al reato di omicidio volontario<sup>79</sup>. Ciò lascia intendere che la tradizione

---

<sup>79</sup> Ben altro tenore avrebbero avuto, in verità, i riferimenti riportati nell'interessante contributo di LEO, *Gli statuti differenziali per il delinquente pericoloso: un quadro della giurisprudenza*, in *Pericolosità e giustizia penale*, a cura di PAVARINI, STORTONI, Bologna, 2013, p. 141 ss.

ermeneutica in tema di art. 3 Cost. e discriminazioni soggettive nella materia criminale resti salda<sup>80</sup>.

La limitata portata del principio di ragionevolezza porta così a ritenere inaccettabili quelle tesi dottrinali che tendono a far coincidere la ragionevolezza con l'offensività (se non a ritenere prevalente la prima sulla seconda)<sup>81</sup>: questa compenetrazione non ha sufficiente capacità critica<sup>82</sup>.

---

<sup>80</sup> Al di fuori del diritto penale in senso stretto, invece, il principio di proporzionalità ha dato prova di poter porre rimedio ad alcune situazioni *lato sensu* di diritto penale dell'autore; in particolare, ciò è accaduto allorché delle disposizioni non penali ricollegassero delle presunzioni assolute di pericolosità sociale in ragione di un pregresso passato criminale della persona coinvolta. Ad esempio, suggestiva è la recente sent. n. 43/2024, con cui è stata dichiarata l'incostituzionalità dell'art. 103, co. 10, lett. c), d.l. n. 34/2020, convertito, con modificazioni, in l. n. 77/2020; in particolare, la disposizione inibiva allo straniero irregolare di ottenere un permesso di lavoro temporaneo (suscettibile di essere convertito in permesso di soggiorno per motivi di lavoro) qualora avesse riportato una condanna, anche non definitiva, «per uno dei reati previsti dall'articolo 380 del codice di procedura penale» o per talune tipologie di reati, che sono espressamente menzionati; tra questi, l'art. 103 co. 10 lett. c) cit. contempla genericamente «i reati inerenti agli stupefacenti». Nel caso in esame, lo straniero era stato condannato per il reato di cui all'art. 73 co. 5 D.P.R. n. 309/90, per due fatti di lieve entità, risalenti al 2008 e al 2009. È evidente, dunque, come si fosse venuta a creare una forma «obliqua» di diritto penale dell'autore. La Corte costituzionale ha censurato la disposizione per violazione dei principi di ragionevolezza e di proporzionalità. Quanto al primo, si afferma che «la norma oggetto dell'odierna censura associa alla condanna per un reato di lieve entità una presunzione assoluta di pericolosità che inibisce la possibilità stessa di verificare in concreto se lo straniero continui o meno a rappresentare una minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza, al momento in cui viene presentata l'istanza di accesso alle procedure di cui all'art. 103, commi 1 e 2, del d.l. n. 34 del 2020, come convertito. Sennonché questo contraddice l'*id quod plerumque accidit*, poiché, con riguardo a un reato di ridotta offensività, ben può desumersi la non pericolosità attuale di chi in passato ha subito per tale reato una condanna da una combinazione di indici che tengano conto: del tempo trascorso dal momento della condanna, dell'avvenuta espiazione della pena, del percorso rieducativo eventualmente seguito, del comportamento tenuto successivamente alla condanna e di ulteriori eventuali fattori ritenuti idonei (sentenze n. 88 del 2023, n. 202 del 2013 e n. 172 del 2012)» [considerato in diritto, p.to 7.1]. Quanto al secondo, «l'automatismo previsto, con riferimento al reato di piccolo spaccio, dall'art. 103, comma 10, lettera c), del d.l. n. 34 del 2020, come convertito, non solo viola in maniera manifesta il principio di ragionevolezza, ma contrasta altresì con quello della proporzionalità, poiché inibisce l'accesso alle procedure di emersione del lavoro irregolare e di stipula di contratti di lavoro, quando in concreto può non sussistere alcuna minaccia per l'ordine pubblico e la sicurezza. L'estromissione assoluta di chi sia stato condannato per il piccolo spaccio dalle procedure di emersione e di conclusione di contratti di lavoro – stante la ridotta gravità di tale reato che non può di per sé escludere la dimostrazione della cessata pericolosità – esorbita dallo scopo di negare l'accesso a chi si dimostri una minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza» [considerato in diritto, p.to 7.2].

<sup>81</sup> Cfr. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., p. 209 ss. (spec. 279 ss.); PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, cit., p. 383; PULITANÒ, *Giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità di norme penali*, cit., p. 1021 ss. Più di recente, cfr. VIGANÒ, *Diritto penale e diritti della persona*, cit., p. 20 (spec. nt. 46).

<sup>82</sup> In tal senso, anche CAVALIERE, «Diritti» anziché «beni giuridici» e «principi» in diritto penale? *A proposito di un saggio di Francesco Viganò*, in *Sistema penale*, 10, 2023, 88–91; ivi, si ricorda come la proporzionalità abbia un intrinseco limite nella neutralità teleologica, data la riferibilità della proporzione stessa tanto al fatto quanto all'autore, limite che è esattamente emerso nell'analisi della giurisprudenza costituzionale appena richiamata. Sul punto, cfr. inoltre CONTIERI, *Dialettica del bene giuridico*, cit., pp. 144, 189. In precedenza, aveva criticato l'uso del principio di ragionevolezza per

Determinante è, invece, il principio di offensività in astratto, fondato sull'art. 25 co.2 Cost. (sent. n. 354/2002) e, successivamente, anche sull'art. 27 co. 3 Cost. (sent. n. 251/2012). In particolare, nelle sentt. nn. 370/1996 e 354/2002, il Giudice delle leggi sembra sancire il principio per cui, se la condotta non ha disvalore in sé, ma lo assume solo in relazione alla qualifica soggettiva stigmatizzante, opera il limite dell'offensività in astratto, con conseguente divieto costituzionale di un "reato d'autore". Inoltre, con posizioni decisamente in contrasto con il proprio tradizionale *self restraint*, la Corte ha affermato che il divieto di configurare un diritto penale dell'autore si estenda anche agli elementi accidentali del reato (sent. n. 249/2010), nonché «a tutti gli istituti che incidono sulla individualizzazione della pena e sulla sua determinazione finale» (sent. n. 251/2012). Così, la capacità critica del principio di offensività, per mezzo del divieto di un diritto penale dell'autore, si è spinta sino a porre in dubbio (negli *obiter dicta* sopra analizzati) la legittimità di previsioni normative che predeterminino in astratto la personalità del soggetto (sent. n. 249/2010), forse financo della recidiva (sent. n. 141/2023), che una solida, seppur tutt'altro che incontrovertibile, tradizione legislativa, dottrinale e giurisprudenziale ha sinora salvaguardato.

Ad ogni modo, devono essere posti in luce due dati, anche ai fini dell'analisi successiva. In primo luogo, il principio di offensività si dimostra utile fintantoché il suo perno è costituito da beni giuridici afferrabili e non superindividuali; invece, più perde di concretezza l'oggetto di tutela penale, più incerto risulta essere il divieto di diritto penale dell'autore. Ciò è ben dimostrato dal segnalato *revirement* in tema di mendicizia non invasiva; nel prosieguo, ne offrirà una dimostrazione anche la giurisprudenza sviluppatasi in tema di guida senza patente<sup>83</sup>.

---

giustificare le presunzioni di pericolosità soggettiva FIORELLA, *Bene giuridico e condizioni personali*, cit., pp. 208–210.

<sup>83</sup> Cfr. *infra* par. 2.2.2.

In secondo luogo, è da tenere presente la posizione della Corte sulla necessità che le condizioni soggettive di pericolosità debbano esser verificate in concreto (sent. n. 249/2010); come si evidenzierà, ciò non accade in rapporto a quelle fattispecie, specie a tutela dell'ordine pubblico, che qualificano il soggetto sulla base di provvedimenti amministrativi (ad esempio, l'essere il soggetto sottoposto a misure di prevenzione, nella guida senza patente). Per altro, resta dubbio l'attuale equilibrio tra i principi costituzionali: non è chiaro se il riferimento al principio di offensività abbia consentito di superare quel concetto di «discriminazione ragionevole sulla base della qualità personale», fondato sul principio di uguaglianza ed elaborato in materia di reati di sospetto.

## **2.2. Il rigetto di questioni di legittimità costituzionale censuranti forme di diritto penale dell'autore**

Sul fronte opposto a quello appena esaminato si pongono diverse pronunce, con cui la Corte costituzionale ha rigettato questioni di legittimità costituzionale relative a possibili forme di diritto penale dell'autore. In particolare, si rende opportuno analizzare la giurisprudenza formatasi sul possesso di chiavi alterate e grimaldelli, di cui all'art. 707 c.p., sulla guida senza patente, prevista dall'art. 73 co. 6 d.lgs. n. 159/2011, nonché sull'ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato, contemplato dall'art. 10-*bis* d.lgs. n. 286/1998 (t.u. imm.).

Si procederà a una critica duplice: in primo luogo, si valuteranno le eventuali contraddizioni interne all'apparato argomentativo delle decisioni; successivamente, le considerazioni e le conclusioni raggiunte nelle stesse decisioni saranno poste a confronto con il quadro di pronunce già analizzato, al fine di vagliarne la coerenza complessiva.

### **2.2.1. Il possesso di chiavi alterate e grimaldelli**

L'art. 707 c.p. è stato interessato da diverse questioni di legittimità costituzionale; si sono già ricordate le sentt. nn. 14/1971, 236/1975 e l'ord. n. 270/1984<sup>84</sup>. Ciò nonostante, la contravvenzione in parola ha resistito a ogni tentativo di censura. È allora opportuno ripercorrere le considerazioni, anche successive, che hanno indotto la Consulta a 'salvare' tale disposizione, che minaccia di pena «chiunque, essendo stato condannato per delitti determinati da motivi di lucro, o per contravvenzioni concernenti la prevenzione dei delitti contro il patrimonio, o per mendicizia, o essendo ammonito o sottoposto a una misura di sicurezza personale o a cauzione di buona condotta, è colto in possesso di chiavi alterate o contraffatte, ovvero di chiavi genuine o di strumenti atti ad aprire o a sforzare serrature, dei quali non giustifichi l'attuale destinazione»<sup>85</sup>.

Tra le pronunce più recenti, merita di essere ricordata la sent. n. 370/1996. Il Tribunale dell'Aquila censurava l'art 707 c.p. (asseritamente) sotto nuovi profili; l'ordinanza presentava delle considerazioni moderne e approfondite sul principio di offensività, sul suo fondamento costituzionale, sul suo carattere alternativo rispetto a un diritto penale della mera violazione del dovere. Secondo il rimettente, la fattispecie incriminatrice denunciata consisterebbe in un comportamento non lesivo (e neppure pericoloso) per gli interessi meritevoli di tutela penale, in tal modo enucleando, però, una figura tipica del diritto penale sintomatico o preventivo. Ciò non tanto perché sarebbe violato il principio di materialità (non essendo tale figura priva di una condotta esteriore e non colpendo, perciò, un mero stato personale o una semplice intenzione), quanto perché la condotta verrebbe punita in sé, come indizio della commissione d'un illecito qualora esso risulti in connessione con determinate condizioni personali dell'agente. In mancanza di fatti compiuti, l'imputato verrebbe punito per l'eventuale intenzione – non provata – di commetterli

---

<sup>84</sup> Cfr. *supra*, par. 2.1.1.1.

<sup>85</sup> Di recente, ha sostenuto la tesi per cui l'art. 707 c.p. configura una sostanziale ipotesi di diritto penale dell'autore CALISTI, *Il sospetto di reati*, cit., pp. 287–291.

(anche se, nella specie, avrebbe potuto volersi servire del cacciavite sequestrato, ad esempio, per riparare un ciclomotore). Di qui l'opportunità - sottolineata dal giudice *a quo* - d'un riesame del reato di pericolo presunto, alla luce del principio di offensività, giacché tale figura di reato si giustificerebbe soltanto all'interno di una visione formalistica volta a sanzionare la violazione del dovere di obbedienza alle norme statali<sup>86</sup>.

Tuttavia, la Consulta rigetta la questione. Nell'impianto della sentenza, la legittimità dell'art. 707 c.p. viene quasi ricavata per differenza dalla illegittimità dell'art. 708 c.p. Innanzitutto, storicamente l'art. 707 c.p. avrebbe un'origine diversa rispetto all'art. 708 c.p.; ma, in motivazione, la Corte si limita a dare atto del percorso che ha portato all'introduzione nel c.p. dell'art. 707. Non si sofferma, invece, su una possibile diversa *ratio* rispetto all'art. 708 c.p.; in ciò sta il punto più debole dell'argomento, eludendo il dato per cui entrambe le disposizioni sono nate come misure di polizia.

Ciò posto, la Corte si limita ad affermare che la determinazione del fatto-reato è data dalla tipologia stessa degli oggetti detenuti (le “chiavi alterate o contraffatte”, le “chiavi genuine”, gli “strumenti atti ad aprire o a sforzare serrature”) in ordine ai quali è “pleonastica” la mancata giustificazione della loro attuale destinazione: secondo la Corte, ciò è vero «ovviamente, se ben s'intende sia il riferimento agli strumenti atti allo scasso (in relazione alle caratteristiche medie delle serrature o delle difese adottate), sia il presupposto soggettivo con riguardo ad altra commissione di fatti specifici»<sup>87</sup>.

Insomma, per la Corte il disvalore riposa sull'oggetto in sé (quasi sminuendo anche la possibilità di giustificazione del legittimo uso). La sentenza sembra legittimare una presunzione di “uso patologico” di “cose patologiche”; sennonché l'uso patologico, per l'art. 707 c.p., si ha in ragione dell'essere stato condannato per delitti determinati da motivi di lucro. La Corte omette di confrontarsi (limitandosi a una rapida citazione) con il dato soggettivo, che è

---

<sup>86</sup> Sent. n. 370/1996, ritenuto in fatto, p.to 1.2.

<sup>87</sup> Sent. n. 370/1996, considerato in diritto, p.to 3.1.

ciò che rende “patologico” tanto la cosa quanto il possibile uso; in altri termini, senza il dato soggettivo, un cacciavite non è considerabile pericoloso e rilevante ai fini dell’incriminazione. Diverso sarebbe il discorso, ad esempio, se si trattasse di un’arma; non è un caso che l’art. 697 c.p. rende punibile la detenzione abusiva di armi indipendentemente dal riferimento a una particolare qualità soggettiva.

Per altro, preme sottolineare come, in un rapido *obiter* della sentenza in esame, la Consulta sembri accostare gli artt. 707 e 708 c.p., smentendo lo stesso impianto argomentativo della sentenza. Si tratta del punto in cui si richiama la sentenza n. 110/1968, nell’ambito della ricostruzione utile a censurare l’incostituzionalità dell’art. 708 c.p.: «la Corte doveva spiegare come mai il possesso di valori mobiliari o la mera detenzione di chiavi fossero da ritenere condotte lecite - se poste in essere da alcune persone - mentre integrassero condotte punibili, per sé stesse considerate, ove realizzate da altre [...]»<sup>88</sup>; ciò dimostra come, a dispetto delle sottili concettualizzazioni della Corte, vi sia un evidente rischio di contraddittorietà nel diverso esito delle censure degli artt. 707 e 708 c.p., avendo entrambe per perno la condizione personale dell’autore del fatto.

Successivamente, sono intervenute le sentenze nn. 265/2005 e 225/2008, che hanno tentato di dare una parvenza di offensività alla fattispecie. Nella prima, il rimettente censurava la violazione del principio di offensività in astratto, dato che l’art. 707 c.p. configurerebbe un reato senza offesa (un reato di sospetto, se non anche un reato-ostativo, ossia un reato che previene un’azione lesiva incriminando quegli atti che ne costituiscono una premessa idonea<sup>89</sup>); egli affermava che «la norma, “in palese trasgressione della *ratio* garantista sottesa al moderno diritto penale del fatto”, punirebbe perciò dei semplici stati soggettivi»; segnalava che la Corte costituzionale, nella sent. n. 370/1996, avesse eluso il problema dell’offensività dell’art. 707 c.p.,

---

<sup>88</sup> Sent. n. 370/1996, considerato in diritto, p.to 2.2.

<sup>89</sup> Cfr., nella manualistica, MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 216

pronunciandosi solo sul diverso profilo della ragionevolezza. Osservava, infine, che, in coerenza con la sent. n. 354/2002 relativa all'art. 688 c.p., anche in tal caso il disvalore riposasse solo sulla precedente condanna, così configurandosi un "reato d'autore".

La Consulta, nelle motivazioni della sent. n. 265/2005, rigetta tutte le censure sollevate: sarebbe rispettato il principio di materialità, poiché la condotta si sostanzia nel possesso delle cose; sul piano dell'offensività in astratto, «l'analisi dell'insieme degli elementi costitutivi della contravvenzione in esame consente di delineare in termini sufficientemente determinati l'oggettività giuridica della norma. Ove si tenga presente, da un lato, che il soggetto attivo deve essere persona già condannata per delitti determinati da motivi di lucro o per contravvenzioni concernenti la prevenzione di delitti contro il patrimonio, dall'altro che la condotta si sostanzia nel fatto che l'agente "è colto in possesso di chiavi alterate o contraffatte, ovvero di chiavi genuine o di strumenti atti ad aprire o a sforzare serrature", senza essere in grado di giustificare l'attuale destinazione, la fattispecie in esame - come del resto si ricava dalla intitolazione della sottosezione in cui la stessa è collocata - mira evidentemente a prevenire, sotto forma di reato di pericolo, la commissione di delitti contro il patrimonio. Appare infatti non irragionevole la previsione che quel determinato soggetto, colto in possesso di quei determinati strumenti, stia per commettere reati contro il patrimonio mediante violenza sulle cose (quali, ad esempio, furti in alloggi, in altri luoghi muniti di difese a tutela della proprietà, ovvero su autovetture)»<sup>90</sup>.

Anche in questo caso, dunque, l'offensività in astratto è parametrata a (e in qualche misura confusa con) la ragionevolezza della scelta incriminatrice; la ragionevolezza fa leva sul pregiudizio, quasi positivistico-criminologico, che il pregiudicato tornerà a delinquere. In ciò, per altro, la Consulta lascia emergere l'incoerenza con gli orientamenti innovativi inaugurati con le sentenze nn.

---

<sup>90</sup> Sent. n. 265/2005, considerato in diritto, p.to 4.

370/1996 e 354/2002, relative rispettivamente agli artt. 708 c.p. e 688 co.2 c.p.: in queste era avvalorato il principio per cui, se la condotta non ha disvalore in sé, ma lo assume solo in relazione alla qualifica soggettiva stigmatizzante (nel caso di specie, la precedente condanna, senza alcun collegamento qualificato tra la qualità soggettiva e il bene giuridico, come nei reati propri), opera il limite dell'offensività in astratto.

In compenso, la Corte cerca di attenuare la portata delle sue affermazioni, sostenendo che è sul diverso piano dell'offensività in concreto che il giudice deve valutare la «specifica attitudine funzionale degli strumenti ad aprire o forzare serrature [...]», nonché «le circostanze e le modalità di tempo e di luogo che accompagnano la condotta, dalle quali desumere l'attualità e la concretezza del pericolo di commissione di delitti contro il patrimonio»<sup>91</sup>.

L'anomalia è che lo pseudo-recupero dell'offensività in questo caso conduce a costruire un singolare 'ente giuridico': un tentativo che tale non è. Infatti, la Corte costituzionale parla: 1) di "condotta", laddove la condotta sufficiente alla configurazione dell'art. 707 c.p. si esaurisce già nel possesso; 2) di "pericolo concreto e attuale", nonostante questi siano elementi già sufficienti a configurare – in presenza del richiesto coefficiente psichico – un tentativo di delitto contro il patrimonio, il cui titolo dipende, appunto, dalle caratteristiche della condotta esecutiva. Quindi, sembra che le conclusioni possibili siano due: o si rende l'art. 707 c.p. lettera morta, essendo sempre assorbente il tentativo del

---

<sup>91</sup> Questo punto sarà precisato dalla sent. Corte cost. n. 225/2008, secondo cui «quanto meno univoca ed esclusiva risulti la destinazione dello strumento allo scasso – come nel caso in cui si discuta di oggetti di uso comune, suscettibili di impieghi diversi e leciti – tanto più significative dovranno risultare le modalità e le circostanze spazio-temporali della detenzione, nella direzione dell'esistenza di un attuale e concreto pericolo di commissione di delitti contro il patrimonio. [...] Quanto alla lamentata violazione del principio di determinatezza dell'illecito penale (art. 25, secondo comma, Cost.), questa Corte ha già escluso che detto principio resti vulnerato dalla locuzione descrittiva dell'oggetto materiale del reato, la quale fa perno sull'attitudine funzionale degli strumenti posseduti ad aprire o a sforzare serrature: attitudine la cui verifica non eccede il normale compito ermeneutico istituzionalmente demandato al giudice (ordinanza n. 36 del 1990). Ma analoga conclusione si impone anche con riguardo alle modalità e alle circostanze spazio-temporali della detenzione, la cui analisi – alla luce di quanto dianzi evidenziato – si rende necessaria ai fini della verifica della concretezza e dell'attualità del pericolo per il patrimonio, specie quando si tratti di oggetti di uso comune e a destinazione "aspecifica" (si veda, in rapporto alla similare problematica postasi con riferimento alla contravvenzione di possesso ingiustificato di strumenti atti ad offendere, di cui all'art. 4, secondo comma, della legge 18 aprile 1975, n. 110, la sentenza n. 79 del 1982)».

singolo delitto contro il patrimonio di cui è iniziata l'esecuzione, o si rende l'art. 707 c.p. un pre-tentativo di ardua configurazione dommatica, dovendo sussistere il carattere di pericolo concreto, ma non ancora un'azione idonea, posto che la condotta tipica è (non un'azione, ma) un mero possesso; in questo secondo caso, seguirebbe il problema dell'arbitrarietà dell'accertamento giudiziale.

Anche la sent. n. 225/2008 proporrà argomenti di tenore analogo: «A fronte di una condotta che deve già presentare, nei termini dianzi evidenziati, una potenziale proiezione verso l'offesa al patrimonio, non può considerarsi irragionevole che il legislatore tenga conto delle precedenti condanne riportate dal soggetto attivo per reati aggressivi del medesimo bene, o comunque connotati da finalità di lucro, elevandole ad elemento di selezione dei fatti punibili, in quanto idonee a rendere maggiormente concreta detta proiezione offensiva»<sup>92</sup>.

In realtà, le ardite operazioni ermeneutiche suggerite dalla Corte costituzionale non riescono a sciogliere il nodo sotteso all'art. 707 c.p.: il pericolo è legato non già alle qualità dell'oggetto (come nel caso delle armi), ma alla mera condizione di pregiudicato del soggetto interessato, al punto da costringere il Giudice delle leggi a individuare le "potenziali proiezioni" di offesa al patrimonio sulla base dell'autore, con una commistione inedita del profilo oggettivo e soggettivo del reato.

In ultimo, merita di essere segnalata una possibile recente apertura della Corte costituzionale verso una dichiarazione d'incostituzionalità dell'art. 707 c.p. Si tratta di un *obiter* contenuto nella sentenza n. 139/2023, nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 4, co. 2, prima parte, l. n. 110/1975; quest'ultimo vieta, sotto comminatoria di sanzione penale, di portare, senza giustificato motivo, fuori della propria abitazione o delle appartenenze di essa, bastoni muniti di puntale acuminato, strumenti da punta o da taglio atti ad

---

<sup>92</sup> Sent. n. 225/2008, considerato in diritto, p.to 5.

offendere, mazze, tubi, catene, fionde, bulloni e sfere metalliche; la censura è sta sollevata nella parte in cui la disposizione non richiede, ai fini della punibilità del fatto, «la sussistenza di circostanze di tempo e luogo dimostrative del pericolo di offesa alla persona».

Dopo aver evidenziato espressamente l'affinità tra la fattispecie di cui all'art. 4 cit. e l'art. 707 c.p., la Corte costituzionale, pur rigettando la questione, suggerisce un profilo di censura diverso rispetto a quello proposto dal rimettente: l'art. 4 potrebbe essere incostituzionale nella misura in cui si richiede che «l'interessato fornisca al momento stesso del controllo una spiegazione adeguata del porto dell'oggetto, suscettibile di immediata verifica da parte degli organi di polizia (con conseguente irrilevanza *a priori* di ogni successiva allegazione difensiva): spiegazione che il portatore, per molteplici ragioni, potrebbe essere non in grado di offrire, pur avendo in animo di fare un uso lecito dello strumento»<sup>93</sup>. In tal modo, sembra essersi in presenza di un possibile parziale *revirement* sui reati di sospetto, mediante il riferimento non già al principio di offensività in astratto, bensì alla presunzione di non colpevolezza di cui all'art. 27 co. 2 Cost. e al diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost., secondo una tesi già da tempo coltivata nella più autorevole dottrina<sup>94</sup>.

### **2.2.2. La guida senza patente commessa da persona sottoposta a misura di prevenzione**

Un'ulteriore serie di decisioni riguarda il reato di guida senza patente commesso da persona sottoposta a misura di prevenzione. Si tratta di un nutrito numero di pronunce, analizzate nel prosieguo; l'attualità persistente del tema è confermato dalla recente ord. n. 214/2023, che richiama integralmente la

---

<sup>93</sup> Sent. n. 139/2023, considerato in diritto, p.to 4.2.1.

<sup>94</sup> Cfr. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., pp. 89–92.

motivazione della sent. n. 211/2022. Quest'ultima merita il maggiore approfondimento, a dispetto dello scarso interesse suscitato in dottrina<sup>95</sup>.

La Corte di cassazione, sezione VI penale, e il Tribunale ordinario di Ravenna, sezione penale, in composizione monocratica, hanno sollevato questioni di legittimità costituzionale dell'art. 73 d.lgs. n. 159/2011 (cd. codice antimafia). Quest'ultimo rende punibile con la pena dell'arresto da sei mesi a tre anni la guida di un autoveicolo o motoveicolo senza patente (o dopo che la patente sia stata negata, sospesa o revocata), commessa da persona già sottoposta, con provvedimento definitivo, a una misura di prevenzione personale.

I rimettenti censurano la scelta del legislatore di non aver trasformato in illecito amministrativo – come disposto invece dall'art. 1 d.lgs. n. 8/2016, in relazione alla fattispecie di cui all'art. 116, comma 15, cod. strada – la fattispecie disciplinata dalla norma censurata. I principi costituzionali su cui si fondano le censure sono quelli di offensività, ragionevolezza e finalità rieducativa della pena.

I giudici *a quibus* affermano, innanzi tutto, che la disposizione censurata contrasterebbe con l'art. 25, co. 2, Cost., sotto il profilo della violazione del principio di offensività. L'art. 73 d.lgs. n. 159/2011 richiede, quale elemento costitutivo della fattispecie incriminatrice, la qualità personale del soggetto, in assenza di un collegamento materiale tra l'essere stato sottoposto a una misura di prevenzione personale e la condotta di guida senza patente; in tal modo, attribuirebbe alla contravvenzione i tratti del cosiddetto reato d'autore. Invero, la rilevanza penale discenderebbe solo da un elemento soggettivo, sintomatico

---

<sup>95</sup> Fa eccezione DONINI, *Misure di prevenzione e guida senza patente: apparente offensività oggettiva del reato e diritto penale d'autore nella sentenza C. cost. 211 del 2022*, in *Giur. cost.*, 6, 2022, 3011 ss. Un breve commento può rintracciarsi anche in D'ANZA, *La Corte costituzionale torna ad occuparsi della guida senza patente da parte di persona già sottoposta a misura di prevenzione personale, nella ricerca di un delicato equilibrio tra garanzia del principio di offensività e rispetto della discrezionalità del legislatore. Nota a Corte cost., 17/10/2022, n. 211*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4, 2022, 1709 ss.; per altro, ivi (p. 1716) si trova un apprezzabile, benché assai rispettoso, dissenso in rapporto alla pronuncia della Corte. In ultimo, può consultarsi anche COGO, *Guida in difetto di patente, misure di prevenzione e diritto penale d'autore. Brevi riflessioni a margine della sentenza n. 211/2022 della Corte costituzionale*, in *Sistema penale (riv. web)*, 2023.

di un atteggiamento non rispettoso del generico obbligo di vivere onestamente e di rispettare le leggi; se la medesima condotta fosse realizzata da una qualsiasi altra persona, non assumerebbe alcun disvalore sul piano penale.

In riferimento, poi, alla violazione dell'art. 3 Cost., i rimettenti sostengono che la disposizione in esame determinerebbe un trattamento differenziato della persona sottoposta ad una misura di prevenzione personale non solo rispetto agli altri cittadini, ma anche con riguardo alle persone che risultino pregiudicate, pure per gravi reati. Rispetto a costoro la condotta di guida senza patente, di cui all'art. 116, comma 15, cod. strada, non è più prevista dalla legge come reato, per effetto dell'art. 1 d.lgs. n. 8/2016 che l'ha trasformata in illecito amministrativo.

Infine, entrambi i rimettenti deducono la violazione dell'art. 27, co. 3, Cost. In particolare, la Corte di cassazione rimettente afferma che la disposizione incriminatrice, «nel trasformare irragionevolmente in elementi costitutivi del reato fatti per i quali è stata applicata, in modo irrevocabile, una misura di prevenzione personale [,] vanifica la finalità rieducativa» della pena. A sua volta il Tribunale di Ravenna evidenzia che la disposizione incriminatrice determina l'irrogazione di un trattamento sanzionatorio sproporzionato rispetto al fatto commesso – previsto come illecito amministrativo se commesso da altro soggetto – percepito come ingiusto dal condannato e, quindi, inidoneo a svolgere la funzione di rieducazione.

Il Giudice delle leggi ritiene infondate tutte le censure mosse dai rimettenti.

In premessa, la Corte ricostruisce l'evoluzione storica delle sanzioni per la guida senza patente. Se commessa da “chiunque”, tale ipotesi ha visto ondeggiare la sua rilevanza tra l'illecito amministrativo e l'illecito penale nel corso degli ultimi cinquant'anni (artt. 80 d.P.R. 15 giugno 1959, n. 393; 116 co. 13 d.lgs. 30 aprile 1992, n.285 e successive modificazioni ad opera del d.lgs. 30 dicembre 1999, n.507, del d.l. 3 agosto 2007, n. 117, conv. con modificazioni in l. 2 ottobre 2007, n.160 e del d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 8). Invece, (era e) rimane

penalmente rilevante la guida senza patente posta in essere da una persona soggetta a misura di prevenzione (artt. 6 l. 31 maggio 1965, n. 575 e successivamente art. 73 d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159).

La Corte inferisce dal dato storico che una diversità di disvalore tra le due ipotesi sia evidente: anche durante la contemporanea rilevanza penale della fattispecie comune e della fattispecie speciale, mutavano sensibilmente le cornici edittali. Il dato sarebbe corroborato da una precedente giurisprudenza costituzionale<sup>96</sup>. Occorre allora soffermarsi specificamente sulle motivazioni addotte dalla Corte in relazione alle diverse censure.

La Consulta, in primo luogo, ribadisce il riconoscimento del fondamento costituzionale del principio di offensività, la sua valenza “in astratto” e “in concreto”<sup>97</sup>, nonché la legittimità costituzionale dei reati di pericolo, anche presunto. Rientra, infatti, nella discrezionalità del legislatore la scelta per forme di tutela anticipata, che colpiscano l’aggressione ai beni giuridici protetti nello stadio della semplice esposizione a pericolo, nonché, correlativamente, l’individuazione della soglia di pericolosità alla quale riconnettere la risposta punitiva (sent. n. 225/2008). In questa prospettiva, non è precluso, di norma, il ricorso al modello del reato di pericolo presunto (sentt. nn. 133/1992, 333/1991 e 62/1986). Tuttavia, affinché il principio di offensività possa ritenersi rispettato, occorrerà «che la valutazione legislativa di pericolosità del fatto incriminato non risulti irrazionale e arbitraria, ma risponda *all'id quod plerumque accidit*»<sup>98</sup>. Ai reati di pericolo presunto va ascritta, ad avviso della Corte, la previsione di cui all’art. 73 cd. cod. antimafia.

In secondo luogo, viene ripresa la giurisprudenza costituzionale circa il rapporto tra principio di offensività e diritto penale dell’autore. L’art. 73 cit. non costituirebbe un reato d’autore per la rilevanza che assumono, ai fini

---

<sup>96</sup> Corte cost., ord. n. 66/1971 e sent. n. 66/1984, su cui cfr. *infra*.

<sup>97</sup> *Ex multis*, cfr. sentenze n. 225/2008, n. 265/2005, n. 519 e n. 263/2000.

<sup>98</sup> Sentenza n. 225/2008; analogamente, sentenza n. 333/1991 e, più recentemente, sentenze nn. 109/2016, 141 e 278/2019.

dell'incriminazione, gli specifici obblighi di comportamento che incombono in capo alla persona soggetta a misura di prevenzione.

In particolare, nella sentenza è detto che «non ogni inadempimento di obblighi generici e indeterminati può essere posto a carico dei destinatari delle misure di prevenzione, ma soltanto quello che si sostanzia in violazioni di specifiche prescrizioni, finalizzate alla tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza; prescrizioni che, nella fattispecie oggetto delle censure di illegittimità costituzionale in esame, sono riconducibili all'art. 120 cod. strada. Tale disposizione, al comma 1, stabilisce che non possono conseguire la patente di guida coloro che sono, o sono stati, sottoposti alle misure di prevenzione previste dalla legge n. 1423 del 1956 (con la sola eccezione di quella di cui all'art. 2) e dalla legge n. 575 del 1965. La norma contenuta nell'art. 120 cod. strada, che stabilisce i requisiti per il rilascio ed il permanere del titolo abilitativo, integra il necessario presupposto normativo della fattispecie incriminatrice censurata, che trova la sua *ratio* nella violazione della regola posta dalla disposizione del codice della strada; ciò in virtù dell'espresso riferimento a coloro che sono sottoposti alle misure di prevenzione previste dalla menzionata legge n. 1423 del 1956. Quindi, la perdurante rilevanza penale della condotta di guida in assenza del titolo abilitativo, invece depenalizzata per coloro che non sono sottoposti a misure di prevenzione [...], si ricollega alla violazione di una regola specifica, qual è quella desumibile dall'art. 120 cod. strada, e non semplicemente al generico obbligo di “vivere onestamente” e di “rispettare le leggi”»<sup>99</sup>.

Ad avviso della Corte, «la violazione della regola, che vieta di guidare autoveicoli e motoveicoli senza patente al soggetto sottoposto a misura di prevenzione personale, è espressione di una valutazione discrezionale del legislatore, il quale ha ritenuto sussistere un *quid pluris* di pericolosità per il

---

<sup>99</sup> Sent. n. 211/2022, considerato in diritto, p.to 7.2.

fatto che colui che sia sottoposto con provvedimento definitivo ad una misura di prevenzione personale possa circolare alla guida di un veicolo»<sup>100</sup>.

Per altro, la Corte giunge a recuperare una pericolosità “in concreto” della condotta di guida senza patente da parte della persona sottoposta a misura di prevenzione. Infatti, l’art. 120 co. 2° cod. strada, a seguito della recente sent. C. cost. n. 99/2020, dispone che la revoca della patente “può” essere disposta dal Prefetto a seguito dell’applicazione della misura di prevenzione. Ciò implicherebbe una valutazione prefettizia in ordine alla concreta necessità di revocare la patente al fine di tutelare l’ordine pubblico, onde la configurazione del reato *ex art. 73 c.d. cod. antimafia* presupporrebbe, per usare le parole della Corte, una «pericolosità specifica della condotta prevista dalla disposizione censurata e, quindi, il riconoscimento dell’offensività del relativo reato contravvenzionale».

In definitiva, «la disposizione censurata, nel prevedere un trattamento sanzionatorio più severo, rispetto a quello della disposizione di cui all’art. 116, comma 15, cod. strada, è finalizzata a tutelare l’ordine pubblico, potenzialmente posto in pericolo nelle ipotesi in cui sia violata la disposizione di cui all’art. 120 cod. strada, cui è ricollegata la necessità di porre limitazioni agli spostamenti, di impedire o ostacolare la perpetrazione di attività illecite e di rendere meno agevole il sottrarsi ai controlli dell’autorità nei confronti di soggetti pericolosi. Sicché, rispetto alla fattispecie in esame, l’essere sottoposto, con provvedimento definitivo, a una misura di prevenzione personale non si pone come “evenienza del tutto estranea al fatto-reato” previsto dall’art. 73 cod. antimafia (sentenza n. 354/2002) e pertanto non è configurabile come “responsabilità penale d’autore”»<sup>101</sup>.

Le considerazioni svolte in relazione all’offensività valgono, ad avviso della Corte, a escludere la fondatezza della ulteriore questione, riferita alla violazione dell’art. 3 Cost. Infatti, la differente risposta punitiva per la condotta

---

<sup>100</sup> Sent. n. 211/2022, considerato in diritto, p.to 7.4.

<sup>101</sup> Sent. n. 211/2022, considerato in diritto, p.to 7.6.

di guida senza patente prevista, da un lato, per i soggetti non colpiti da misure di prevenzione personali e, dall'altro, per coloro che a causa dell'accertata pericolosità vi siano sottoposti risponde ad una non irragionevole scelta del legislatore in materia di politiche sanzionatorie, coerente rispetto a un legittimo inasprimento della risposta punitiva, in relazione, nelle parole della Corte, al differente disvalore della condotta e alla diversa intensità dell'offesa ai beni protetti.

Infatti, secondo la Consulta, rientra nella non irragionevole opzione legislativa graduare la reazione dell'ordinamento rispetto ad un illecito commesso, sanzionando l'ipotesi meno grave sul piano amministrativo, allo scopo di assicurare il bene della sicurezza della circolazione stradale, e, al contempo, punire più severamente la stessa condotta, realizzata da persone pericolose perché soggette in via definitiva a misure di prevenzione personali.

L'elemento differenziale della pericolosità di chi è assoggettato a una misura di prevenzione personale – che vale ad assicurare l'offensività della fattispecie di reato per tutte le considerazioni sopra svolte – rappresenta anche la ragione giustificatrice della diversa disciplina sanzionatoria. A tale riguardo, la Corte richiama un suo precedente indirizzo: costituisce legittimo esercizio della discrezionalità del legislatore attribuire specifico rilievo alla persona del colpevole, determinando «autonomamente la misura della pena rispetto a quanto previsto in via generale dall'art. 80 d.P.R. n. 393 del 1959, senza con ciò incorrere in vizio di irragionevolezza in considerazione della disomogeneità delle situazioni, differenziate dalla qualità della persona del colpevole» (sentenza 66/1984; ordinanze nn. 257/1985 e 66/1971).

La pronuncia in esame offre molteplici spunti per una riflessione critica. A dispetto della marginalità della fattispecie incriminatrice, le considerazioni della Consulta sembrano fare dei passi indietro rispetto al percorso di esclusione di forme di diritto penale dell'autore, per altro mediante l'uso di argomenti smentiti dalla stessa giurisprudenza costituzionale.

Il fulcro problematico della motivazione della sentenza consiste nel costante slittamento dal piano oggettivo dell'offensività al piano della pericolosità soggettiva. A dispetto dell'affermazione formale del fondamento costituzionale del principio di offensività, la Corte costituzionale deduce la pericolosità (presunta) della condotta di guida senza patente dalla pericolosità soggettiva dell'autore sottoposto a misura di prevenzione. Ciò avviene in più occasioni, sia espressamente<sup>102</sup> che implicitamente<sup>103</sup>.

Gli inconvenienti sono diversi. In primo luogo, si viene a creare una confusione dommatica tra categorie del reato eterogenee, che rispondono a finalità politico-criminali diverse: da un lato, la tipicità, cui appartiene, tra l'altro, il momento di valutazione dell'offesa del fatto al bene giuridico, in funzione di garanzia; dall'altro, la colpevolezza/responsabilità, cui invece inerisce la valutazione del miglior trattamento sanzionatorio per un fatto commesso, in relazione alle caratteristiche personali dell'autore e in coerenza con le funzioni legittime della pena<sup>104</sup>. In secondo luogo, si assiste a stravolgimenti delle stesse basi teoriche delle categorie dommatiche coinvolte.

Potrebbe sorgere il dubbio che la Corte costituzionale abbia ipotizzato la sussistenza di un reato proprio, anche sulla scorta delle suggestioni dell'Avvocatura dello Stato<sup>105</sup>. È noto come il fondamento del reato proprio sta,

---

<sup>102</sup> Cfr., ad es., il punto 7.4 della motivazione, ove è detto che il legislatore ha ritenuto sussistere un *quid pluris* di pericolosità per il fatto che colui che sia sottoposto con provvedimento definitivo a misura di prevenzione personale possa circolare alla guida di un autoveicolo. Ancora, il punto 7.5 della motivazione, ultimo capoverso, passa *tout court* dalla "pericolosità specifica dell'interessato" alla "pericolosità specifica della condotta". Al punto 8 della motivazione, primo capoverso, si parla di "differente disvalore della condotta e [...] diversa intensità dell'offesa ai beni protetti" in relazione, però, alla diversa pericolosità dei soggetti che sono sottoposti a misura di prevenzione. Nello stesso punto 8, terzo capoverso, è scritto: «L'elemento differenziale della pericolosità di chi è assoggettato a una misura di prevenzione personale – che vale ad assicurare l'offensività della fattispecie di reato [...] – rappresenta anche la ragione giustificatrice della diversa disciplina sanzionatoria» rispetto all'illecito amministrativo.

<sup>103</sup> Cfr., ad es., il punto 7.3 della motivazione, 2° cpv. e ss., ove la Corte ricollega lo scopo della misura di prevenzione, ossia la necessaria vigilanza di persone pericolose da parte degli organi di pubblica sicurezza, alla tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza.

<sup>104</sup> Cfr. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, Napoli, 1998, p. 51 ss.; MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, cit., p. 32 ss.

<sup>105</sup> Come sintetizzato nelle considerazioni in fatto della sentenza (punto 2, penultimo capoverso), l'Avvocatura dello Stato asseriva la infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale, tra l'altro, perché l'art. 73 cod. antimafia costituirebbe un reato proprio. Ivi è detto che la qualità di un soggetto sottoposto a una misura di prevenzione "si attergerebbe a elemento costitutivo della condotta

per consolidata opinione, nella particolare relazione tra la qualifica soggettiva e il bene giuridico assunto a oggetto di protezione penale<sup>106</sup>. Secondo autorevole dottrina, tale qualifica preesiste alla norma penale, sicché quest'ultima non crea, ma solo recepisce quella particolare relazione tra una certa categoria di soggetti e il bene giuridico<sup>107</sup>. In definitiva, si tratta di una tecnica d'incriminazione diffusa in strutture sociali evolute, in cui le funzioni spettanti ai singoli sono differenziate; così, parimenti differenziati sono doveri e responsabilità dei titolari delle particolari posizioni soggettive.

Correlando queste ultime considerazioni al caso in esame, si dovrebbe assumere una particolare relazione tra la qualità di persona sottoposta a misura di prevenzione e il bene giuridico dell'ordine pubblico. Quanto detto sembra essere ipotizzato implicitamente dalla Corte<sup>108</sup>: da un lato, emerge dal richiamo al fondamento delle misure di prevenzione, che sarebbe “[l]’esigenza di contrastare il rischio che siano commessi reati” e “si raccorda alla tutela dell’ordine pubblico e della sicurezza, come valore costituzionale [...]”; dall’altro, si coglie nel riferimento al divieto specifico di mettersi alla guida, posto dall’art. 120 cod. strada a carico delle persone sottoposte a misura di prevenzione.

La ricerca di un riferimento normativo specifico risulta meritevole di attenzione; essa disvela il vero problema ermeneutico affrontato dalla Consulta, ossia se sia possibile collegare al bene giuridico dell'ordine pubblico delle posizioni soggettive qualificate. Il quesito non è di poco momento: l'indeterminatezza del bene in questione rischia di dissolvere la peculiarità della posizione soggettiva (utile a legittimare il reato proprio) in un generico obbligo

---

penalmente rilevante, non diversamente dalla qualifica di pubblico ufficiale in relazione al delitto di peculato”.

<sup>106</sup> In questi termini, già BETTIOL, *Sul reato proprio* (1939), cit., p. 408; all’illustre Autore va riconosciuto il merito di aver per primo operato una distinzione tra reato proprio e reato fondato sul tipo d’autore, in antitesi con le ricostruzioni della dottrina tedesca di quel tempo: cfr., *ivi*, spec. 404 ss. Più di recente, sui caratteri del reato proprio, cfr., per la manualistica, fra gli altri, FIANDACA, MUSCO, *Dir. pen., parte gen.*, cit., p. 174; C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale*, cit., p. 189; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 107 ss.

<sup>107</sup> MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 108.

<sup>108</sup> Cfr. considerato in diritto, p.to 7.3

di osservare le leggi<sup>109</sup>. Ciò, per altro, è esattamente denunciato dai giudici rimettenti. Se così fosse, tuttavia, si smarrirebbe il senso della distinzione tra reato proprio e reato comune.

D'altra parte, la tesi della Corte costituzionale sembra confermare, più che superare, i dubbi dei giudici rimettenti. Infatti, il riferimento normativo "specifico" viene individuato in un decreto legislativo che mira alla tutela della circolazione stradale, come dalla stessa Corte riconosciuto<sup>110</sup>, e non dell'ordine pubblico. Sicché le possibilità sono due: o la tutela dell'ordine pubblico ricomprende persino la regolazione della circolazione stradale; ovvero, sotto la falsa etichetta di tutela dell'ordine pubblico, si incrimina un mero *status* soggettivo sintomatico di pericolosità, in assenza di condotta offensiva. La correttezza della seconda opzione è rivelata dal fatto che la medesima condotta (di guida senza patente) non è penalmente rilevante (*i.e.* non crea alcun pericolo per l'ordine pubblico) se commessa da una persona non sottoposta a misura di prevenzione<sup>111</sup>.

Il secondo problema dell'argomentazione della Corte risiede nell'asserita offensività della condotta di guida senza patente. In realtà, non vi è punto della sentenza in cui l'affermazione della pericolosità della condotta non passi per il tramite della pericolosità della persona sottoposta a misura di prevenzione. Ciò appare in lampante contrasto con il principio, affermato nelle sentt. nn. 370/1996, 354/2002 e 249/2010, per cui, se la condotta non ha disvalore in sé,

---

<sup>109</sup> Istruttive, in tal senso, le pagine di FIORELLA, *Bene giuridico e condizioni personali*, cit., pp. 193-202 (spec. 199 e 201), ove è ben messo in luce il rischio di perdere di vista il disvalore d'evento finale, sotteso alla fattispecie propria.

<sup>110</sup> Cfr. considerato in diritto, p.to 8, 2° cpv..

<sup>111</sup> In realtà, se si volesse risalire alla fonte del problema, questo andrebbe individuato nella configurazione dell'ordine pubblico come bene giuridico piuttosto che come *ratio* della incriminazione, soprattutto ove collegato alla sicurezza pubblica. Sul punto, la letteratura è vastissima. Cfr., nella manualistica, MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 209; per una visione più ampia, cfr. MOCCIA, *Ordine pubblico (disposizioni a tutela del)*, in *Enc. dir.*, vol. XXII, Milano, 1990, p. 1 ss. Per alcune riflessioni sul bene giuridico dell'ordine e della sicurezza pubblica, rispetto alla ipotesi (affine a quella in commento) della contravvenzione di clandestinità, cfr. CAVALIERE, *Diritto penale e politica dell'immigrazione*, in *Immigrazione illegale e diritto penale. Un approccio interdisciplinare*, a cura di ROCCHI, ROSI, Napoli, 2013, p. 231 ss. (spec. 235, nt. 33); più di recente, ID., *Le vite dei migranti e il diritto punitivo*, cit., p. 59. Invece, sembrerebbe riconoscere cittadinanza alla punizione, a titolo di contravvenzione, di fatti lesivi di un ordine pubblico di polizia DE VERO, *Ordine pubblico (delitti contro)*, in *D. Disc. Pen.*, vol. IX, Torino, 1995, p. 89.

ma lo assume solo in relazione alla qualifica soggettiva stigmatizzante, opera il limite dell'offensività in astratto, con conseguente divieto costituzionale di un "reato d'autore".

Se è vero che costituisce acquisizione remota della dottrina penalistica il dato per cui la pericolosità soggettiva non può costituire elemento costitutivo del fatto tipico del reato<sup>112</sup>, è pur vero che un'attenta dottrina, recentemente, ha denunciato una progressiva "infiltrazione" della pericolosità soggettiva nell'ambito della tipicità<sup>113</sup>; la soluzione proposta dalla Consulta conduce sostanzialmente a tale esito. A ciò si legano, per altro, degli inconvenienti dogmatici rilevanti: basti pensare alla difficile configurabilità del dolo, nonché al passaggio dalla colpevolezza per il fatto offensivo alla colpevolezza per lo *status* di pericolosità, in specie, per l'ordine pubblico; ciò rappresenta, come già sottolineato da autorevole dottrina, un "non senso"<sup>114</sup>. A dispetto delle considerazioni svolte in sentenza, sostanzialmente la Corte costituzionale ha finito col legittimare questa infiltrazione e, in definitiva, un'ipotesi di diritto penale dell'autore.

È ancora opportuno procedere a due ordini di considerazioni, relative al metodo argomentativo e al merito delle argomentazioni utilizzati nella sentenza. Quanto al metodo, la Corte avvalora la propria tesi sulla scorta del precedente giurisprudenziale: il maggiore disvalore della condotta, nella fattispecie in esame, costituirebbe un dato pacifico nella stessa giurisprudenza costituzionale.

---

<sup>112</sup> Cfr. BETTIOL, *Sul reato proprio* (1939), cit., p. 418 ss. Cfr. anche PETROCELLI, *La pericolosità criminale e la sua posizione giuridica*, Padova, 1940, p. 51 ss. Più in generale, nella dottrina contemporanea, cfr. FALCINELLI, *Il reato d'autore e tecniche di frammentazione penale*, Pisa, 2014, *passim*.

<sup>113</sup> Cfr. PADOVANI, *Fatto e pericolosità*, in *Pericolosità e giustizia penale*, a cura di PAVARINI, STORTONI, Bologna, 2013, p. 129 ss. Scrive l'Autore che il fatto è «vittima di una 'infiltrazione' o di una vera e propria 'occupazione' da parte di elementi che ne pervertono il significato e ne determinano il passaggio dal piano reale dell'offensività a quello sintomatico della pericolosità. La sede privilegiata di questa trasmutazione è costituita dalla condotta, che, essendo il baricentro e l'asse portante della tipicità, è particolarmente idonea a divenire organo-bersaglio dell'attacco». Per considerazioni analoghe, cfr. già PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit., p. 57 ss.

<sup>114</sup> Cfr. PADOVANI, *Fatto e pericolosità*, cit., p. 132. L'Autore si esprimeva in generale in questi termini: «Se si è colpevoli, non per questo si è pericolosi; se si è pericolosi, non per questo si è colpevoli, e certo non si può essere colpevoli... di essere pericolosi».

Il Giudice delle leggi richiama la sentenza n. 66/1984 e le ordinanze nn. 257/1985 e 66/1971.

Tuttavia, a ben vedere, l'ord. n. 66/1971 presenta una scarsa motivazione tautologica<sup>115</sup>. L'ord. n. 257/1985 si limita a richiamare la sent. n. 66/1984. Infine, la sent. n. 66/1984 deve essere contestualizzata. Se è vero che essa afferma la ragionevolezza del maggiore trattamento sanzionatorio della guida senza patente commessa dalla persona sottoposta a misura di prevenzione rispetto alla guida senza patente 'comune', vanno pure notati due dati: tale pronuncia interviene in un'epoca in cui anche la guida senza patente comune costituiva reato, sicché poteva immaginarsi una qualche pericolosità nella stessa condotta e, dunque, una non-irragionevolezza del differente trattamento sanzionatorio; in secondo luogo, interviene in una fase in cui la Corte costituzionale teneva un atteggiamento di *self-restraint* rispetto alla dichiarazione d'incostituzionalità per violazione del principio di offensività<sup>116</sup>.

Nel merito, va segnalato come, al di là del riferimento alla posizione dell'autore pericoloso, la sentenza non dia mai conto della portata offensiva della condotta in sé. I richiami al "diverso disvalore della condotta" e alla "diversa intensità dell'offesa ai beni protetti"<sup>117</sup> si traducono, in realtà, in una frode delle etichette, poiché non si spiega come la condotta di guida senza patente possa porre in pericolo l'ordine pubblico, e non, piuttosto, la mera circolazione stradale, come nel caso di guida senza patente 'comune'. Anzi, la Corte stessa sembra concedere campo alla tesi contraria (per altro sempre passando per la mediazione della pericolosità soggettiva): in sentenza si legge come l'attuale possibilità di circolare con mezzi di trasporto diversi dall'autovettura abbia sostanzialmente ridimensionato il senso della revoca della patente, da parte dell'autorità amministrativa, al soggetto cui è applicata

---

<sup>115</sup> Nella ordinanza citata, si legge: «La norma si applica a chi sia stato sottoposto a misura di prevenzione da un provvedimento del giudice, il che basta a giustificare la maggiore severità della sanzione sul presupposto d'una maggiore pericolosità della persona, pericolosità definitivamente accertata sia pure per indizi».

<sup>116</sup> Cfr. *supra* i riferimenti in nota 7.

<sup>117</sup> Cfr. punto 8 della motivazione.

la misura di prevenzione<sup>118</sup>. Ciò comporta, *a fortiori*, la possibile assenza di pericolosità specifica per l'ordine pubblico della persona, soggetta a misura di prevenzione, che si ponga alla guida.

Quest'ultimo punto conduce a un'ulteriore riflessione critica. Si è appena detto che il dato della pericolosità specifica (della persona sottoposta a misura di prevenzione, che si metta alla guida) è solo eventuale. Resta allora da stabilire cosa determini, in concreto, la pericolosità specifica della persona, sottoposta a misura di prevenzione, che si ponga alla guida senza patente. Nel caso in cui costei non abbia mai conseguito la patente e si ponga alla guida, la pericolosità soggettiva per l'ordine pubblico (e non già, si badi, per la circolazione stradale) è assolutamente presunta.

Invece, se la patente era stata conseguita prima dell'applicazione della misura di prevenzione, la guida senza patente potrà configurarsi in caso di revoca della stessa. Com'è noto, la revoca consiste in un provvedimento amministrativo, emanato dal Prefetto ai sensi dell'art. 120. co. 2°, cod. strada; alla sua base vi è una valutazione tecnico-discrezionale in ordine all'adeguatezza della revoca della patente di guida per la tutela dell'ordine pubblico<sup>119</sup>. Se così stanno le cose, significa che la valutazione della pericolosità della condotta (o meglio, del suo autore) per l'ordine pubblico è rimandata dalla norma penale alla discrezionalità tecnica della P.A.; in altri termini, il pericolo presunto, considerato dalla legge penale e in definitiva ancorato a un dato soggettivo, dipende dalla valutazione del Prefetto. Ciò viene riconosciuto a chiare lettere dalla Corte costituzionale<sup>120</sup>, ma ben potrebbe discutersi su un

---

<sup>118</sup> Cfr. punto 7.5 della motivazione.

<sup>119</sup> Così, recentemente, anche Corte cost. sent. n. 99/2020.

<sup>120</sup> Scrive la Corte (punto 7.5, ultimo capoverso): «Almeno nell'ipotesi della revoca della patente in ragione dell'applicazione della misura di prevenzione personale (l'unica finora venuta all'esame di questa Corte sotto il profilo del censurato automatismo della preclusione), c'è pertanto un momento di valutazione in concreto, caso per caso, della pericolosità specifica dell'interessato, che peraltro si accompagna anche alla giustiziabilità della valutazione prefettizia. Ciò conforta l'identificazione di una pericolosità specifica della condotta prevista dalla disposizione censurata e, quindi, il riconoscimento dell'offensività del relativo reato contravvenzionale».

meccanismo sanzionatorio così congegnato, che sembra tradire al contempo i principii di legalità e di offensività.

### 2.2.3. L'ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato

Un'ulteriore fattispecie d'interesse è prevista dall'art. 10-*bis*, co. 1°, d.lgs. n. 286/1998 (t.u. imm.), introdotto dalla l. n. 94/2009, che rende punibile, con l'ammenda da 5.000 a 10.000 euro e salvo che il fatto costituisca più grave reato, lo straniero che faccia ingresso ovvero si trattiene nel territorio dello Stato, in violazione delle disposizioni del t.u. imm., nonché di quelle di cui all'art. 1 l. n. 68/2007 (relative ai soggiorni di breve durata degli stranieri per visite, affari, turismo e studio). La norma ha superato il vaglio di costituzionalità, effettuato dalla Corte costituzionale con la sent. n. 250/2010<sup>121</sup>; quest'ultima ha ignorato le numerose perplessità della dottrina maggioritaria, che vi ravvisava un'ipotesi di diritto penale dell'autore<sup>122</sup>. Pertanto, occorre procedere a un'analisi della motivazione e dei principali profili critici.

---

<sup>121</sup> I commenti alla sentenza sono numerosi; tra i più significativi, si segnalano CAVALIERE, *Diritto penale e politica dell'immigrazione*, cit.; ID., *Diritto penale e politica dell'immigrazione*, in *Critica del diritto*, 1, 2013, 17 ss. MANNA, *Il diritto penale dell'immigrazione clandestina, tra simbolismo penale e colpa d'autore*, cit., p. 446 ss.-spec. p. 453 ss.; VIGANÒ, *Diritto penale e immigrazione: qualche riflessione sui limiti alla discrezionalità del legislatore*, in *Dir. immigr. citt.*, 3, 2010; MASERA, *Corte costituzionale ed immigrazione: le ragioni di una scelta compromissoria. Nota a Corte cost., sentt. 5-8 luglio 2010, n. 249 e n. 250*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3, 2010, 1373 ss.; LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, Padova, 2011, p. 371 ss. (spec. 396 ss.). Più di recente, MANNA, *Le fattispecie criminose in materia di immigrazione clandestina fra Corte costituzionale Sezioni unite penali*, in *Dir. pen. proc.*, 12, 2021, 1640. In senso adesivo alla tesi della Corte costituzionale, si segnala particolarmente VIGANÒ, *La neutralizzazione del delinquente pericoloso nell'ordinamento italiano*, in *Pericolosità e giustizia penale*, a cura di PAVARINI, STORTONI, Bologna, 2013, p. 43 ss. (spec. 65).

<sup>122</sup> Cfr., a dimostrazione dell'ampia attenzione ricevuta dalla fattispecie in parola già prima dell'intervento della Consulta, CAPUTO, *Diseguali, illegali, criminali, (una guida pratica alla lettura)*, in *Quest. giust.*, 1, 2009; DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Quest. giust.*, 1, 2009, 125 ss.; FERRAJOLI, *La criminalizzazione degli immigrati (note a margine della legge n. 94/2009)*, in *Quest. giust.*, 5, 2009, 9 ss.; GATTA, *Il "reato di clandestinità" e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, in *Dir. pen. proc.*, 11, 2009, 1323 ss.; GIUNTA, CAPUTO, CICALA, *Opinioni a confronto. Il reato di immigrazione clandestina*, in *Criminalia*, 2009, 387 ss.; MASERA, *"Terra bruciata" attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti*, in *Il "Pacchetto sicurezza" 2009*, a cura di MAZZA, VIGANÒ, Torino, 2009, p. 27 ss.; PISA, *La repressione dell'immigrazione irregolare: un'espansione incontrollata della normativa penale?*, in *Dir. pen. proc., Speciale immigrazione*, 2009, 5 ss.; RENOLDI, *I nuovi reati di ingresso e permanenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato*, in *Dir. immigr. citt.*, 4, 2009, 38 ss. Per un'analisi dei profili di contrasto dell'art. 10-*bis* t.u. imm. con la disciplina sovranazionale ed

Il Giudice di pace di Torino sollevava questione di legittimità costituzionale dell'art. 10-*bis* cit., sostenendo, tra l'altro, che si trattasse di un reato senza offesa e utile a punire un tipo d'autore; affermava che la norma censurata si ponesse in contrasto, tra l'altro, con l'art. 25, co. 2, Cost., venendo a sanzionare penalmente una particolare condizione personale e sociale – in specie, quella di chi versa nella situazione di “clandestino” – anziché la commissione di un fatto offensivo di un bene costituzionalmente protetto; in particolare, «[s]i tratterebbe, in sostanza, di una “colpa d'autore” o “per il modo di essere dell'agente”»; ciò in base al dato esperienziale per cui «se pure è vero che taluni degli stranieri clandestini sono dediti al delitto, è altrettanto vero, tuttavia, che molti altri prestano attività lavorativa – spesso in condizioni di sfruttamento – o comunque non commettono reati né minacciano la sicurezza collettiva»<sup>123</sup>.

La Corte costituzionale affronta specificamente tale censura, affermando che la disposizione sia rispettosa dei principi di materialità e di offensività ed escludendo che essa penalizzi una mera “condizione personale e sociale” (quella, cioè, di straniero “clandestino” - o, più propriamente, “irregolare” - della quale verrebbe arbitrariamente presunta la pericolosità sociale).

Ad avviso della Corte, «[o]ggetto dell'incriminazione non è un “modo di essere” della persona, ma uno specifico comportamento, trasgressivo di norme vigenti. Tale è, in specie, quello descritto dalle locuzioni alternative “fare ingresso” e “trattenersi” nel territorio dello Stato, in violazione delle

---

eurounitaria, cfr. ROCCHI, *Le ricadute del reato di «clandestinità» nella lotta globale alla tratta e al traffico di migranti*, in *Immigrazione illegale e diritto penale. Un approccio interdisciplinare*, a cura di ROSI, ROCCHI, Napoli, 2013, p. 245 ss. (spec. 267 ss.). Più di recente, cfr. ancora ALESCI, *(In-) Sicurezza e immigrazione la “colpevolizzazione” dello straniero nel diritto dell'emergenza*, in *Arch. pen. (riv. web)*, 3, 2018; RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti*, cit., p. 32 ss.; FORZATI, *Il penale dell'immigrazione oltre i diritti e le garanzie della persona. Il D.L. 14 giugno 2019 n. 53 e le nuove frontiere della disegualianza sanzionatoria*, in *Arch. pen. (riv. web)*, 3, 2019; CURI, *Il diritto penale speciale del testo unico immigrazione*, in *I migranti sui sentieri del diritto. Profili socio-criminologici, giuslavoristici, penali e processualpenalistici*, a cura di CURI, MARTELLONI, SBRACCIA, VALENTINI, Torino, 2020, pp. 139–140 e 145 ss.; MASERA, *Il diritto penale «dei nemici» - la disciplina in materia di immigrazione irregolare*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2020, 804 ss.; CAVALIERE, *Le vite dei migranti e il diritto punitivo*, cit., p. 43 ss.-spec. 58 ss.

<sup>123</sup> Sent. n. 250/2010, ritenuto in fatto, p.to 2.1

disposizioni del testo unico sull'immigrazione o della disciplina in tema di soggiorni di breve durata per visite, affari, turismo e studio, di cui all'art. 1 della legge n. 68 del 2007: locuzioni cui corrispondono, rispettivamente, una condotta attiva istantanea (il varcare illegalmente i confini nazionali) e una a carattere permanente il cui nucleo antidoveroso è omissivo (l'omettere di lasciare il territorio nazionale, pur non essendo in possesso di un titolo che renda legittima la permanenza)»<sup>124</sup>. Si afferma, poi, che «[l]a condizione di cosiddetta “clandestinità” non è un dato preesistente ed estraneo al fatto, ma rappresenta, al contrario, la conseguenza della stessa condotta resa penalmente illecita, esprimendone in termini di sintesi la nota strutturale di illiceità (non diversamente da come la condizione di pregiudicato per determinati reati deriva, salvo il successivo accertamento giudiziale, dall'avere commesso i reati stessi)»<sup>125</sup>.

La Consulta espressamente rigetta la configurazione di «un illecito “di mera disobbedienza”, non offensivo – anche solo nella forma della messa in pericolo – di alcun bene giuridico meritevole di tutela: illecito la cui repressione darebbe vita ad una ipotesi di “diritto penale dell'autore”, al di sotto della quale si radicherebbe l'intento di penalizzare, *ex se*, situazioni di povertà ed emarginazione (e ciò similmente a quanto si verificava, in passato, mediante la fattispecie contravvenzionale – dichiarata costituzionalmente illegittima dalla sentenza n. 519 del 1995 – della cosiddetta mendicizia non invasiva, di cui all'art. 670, primo comma, cod. pen.)». Infatti, il bene giuridico protetto dalla norma

---

<sup>124</sup> Sent. n. 250/2010, considerato in diritto, p.to 6.2.

<sup>125</sup> *Ibidem*. In relazione a questo ultimo punto, in verità, l'argomentazione della Corte appare illogica: equipara due situazioni diverse, ossia l'essere un pregiudicato e l'essere un clandestino. Se un certo reato esige, per la sua configurazione, la qualifica di “pregiudicato” dell'autore, la qualifica preesiste effettivamente al reato in parola: non è la conseguenza dell'aver commesso tale reato. Diverso è il caso del clandestino; in tal caso, la qualifica si assume con il fatto: si è clandestino perché si entra illegalmente nel territorio. Ad ogni modo, la puntualizzazione della Corte ha scarsa rilevanza. Più che sulla condizione soggettiva, è necessario soffermarsi sul se la condotta abbia un qualche connotato di disvalore; se così non fosse, la condotta *neutra* sarebbe solo un manto, dietro cui si nasconde la stigmatizzazione dell'autore – si anticipa il richiamo alle osservazioni di CALVI, *Tipo criminologico e tipo normativo d'autore*, cit., pp. 58 e 90–92; FIORELLA, *Reato (dir. pen.)*, cit., pp. 794–795. Sul punto, d'altronde, è istruttiva proprio la sentenza Corte cost. 519/1995 sulla mendicizia non invasiva (analizzata *supra*, par. 2.1.2), che, invece, la Corte (nel punto immediatamente seguente della motivazione) richiama per escludere la configurazione di un tipo d'autore.

incriminatrice sarebbe “agevolmente” identificabile nell’interesse dello Stato al controllo e alla gestione dei flussi migratori; si tratterebbe di un bene giuridico “di categoria”, la cui assunzione ad oggetto di tutela penale non potrebbe considerarsi irrazionale ed arbitraria, e che risulterebbe offendibile dalle condotte di ingresso e trattenimento illegale dello straniero.

Nella costruzione offerta in sentenza, «[l]’ordinata gestione dei flussi migratori si presenta, in specie, come un bene giuridico “strumentale”, attraverso la cui salvaguardia il legislatore attua una protezione in forma avanzata del complesso di beni pubblici “finali”, di sicuro rilievo costituzionale, suscettivi di essere compromessi da fenomeni di immigrazione incontrollata. Ciò, secondo una strategia di intervento analoga a quella che contrassegna vasti settori del diritto penale complementare [...]»<sup>126</sup>. La meritevolezza del bene in parola riposerebbe sulla prerogativa dello Stato sovrano di controllare il territorio; pertanto, al legislatore viene riconosciuta discrezionalità nella scelta tra la sanzione amministrativa e quella penale nel contrasto alle trasgressioni delle disposizioni in materia.

Per tutto quanto precede, secondo la Corte, è assente una presunzione assoluta di pericolosità sociale dell’immigrato irregolare, non rispondente all’*id quod plerumque accidit* e perciò stesso arbitraria. Siccome la sanzione si fonda sul comportamento offensivo, la personalità dell’autore «potrà rilevare, semmai, solo sul piano della commisurazione della pena da parte del giudice, secondo i criteri dettati dall’art. 133, secondo comma, c.p.»<sup>127</sup>

Tanto premesso, diversi sono i punti criticabili dell’argomentazione della Corte. In primo luogo, la Consulta denuncia un vizio logico nella tesi di quanti ritengono che la clandestinità sia uno *status*: la clandestinità è una qualifica che si acquisisce come conseguenza della condotta illecita, al pari della condizione di pregiudicato, che si acquisisce dopo aver commesso certi reati. In realtà, è la tesi della Corte a essere logicamente viziata, perché equipara situazioni diverse:

---

<sup>126</sup> Sent. n. 250/2010, considerato in diritto, p.to 6.3.

<sup>127</sup> Sent. n. 250/2010, considerato in diritto, p.to 6.4.

la condizione di pregiudicato non è un presupposto della configurazione dei reati (già) commessi, ma tutt'al più di diverse e ulteriori fattispecie (come accade, ad esempio, nel caso dei cd. reati di sospetto, con le relative problematiche, sopra analizzate); invece, la condizione di clandestino si compenetra nel reato di cui all'art. 10-*bis* t.u. imm.; il problema, dunque, è verificare se la condotta prevista dall'art. 10-*bis* cit. conservi un nucleo effettivo di disvalore; diversamente, la previsione normativa della condotta si atteggerà a maschera della condizione personale di clandestino, coerentemente con le tesi dei giudici rimettenti<sup>128</sup>. Emblematico, nonostante la Corte richiami l'esempio nel senso contrario, è il caso del reato di mendicizia non invasiva, laddove l'esistenza di una condotta materiale non ha escluso la censura di una sostanziale forma di diritto penale dell'autore<sup>129</sup>.

Il problema, dunque, si sposta sul piano dell'offensività della fattispecie, essendo pacificamente rispettato il principio di materialità<sup>130</sup>. A tal proposito, la Corte afferma l'esistenza di un bene giuridico strumentale; senonché, il controllo dei flussi migratori è la *ratio* dell'incriminazione, non già il bene giuridico ad essa preesistente; invero, seguendo un'impostazione personalistica, coerente con i valori costituzionali, e rifuggendo qualsiasi ricaduta nella concezione metodologica del bene, l'oggetto giuridico di riferimento andrebbe rintracciato in un "gigantesco bene giuridico come le risorse di vita della collettività" (comprensivo delle risorse di vita ed economiche, delle possibilità di lavoro, dei diritti dei consociati alle prestazioni dello Stato sociale)<sup>131</sup>; un siffatto bene, a patto che sia concretamente identificabile, non si presta a essere offeso (nemmeno sotto forma di messa in pericolo) dalla condotta di ingresso e

---

<sup>128</sup> Ciò discende dalla impostazione dottrinale, indubbiamente corretta, per cui tanto meno il disvalore riposa sulla condotta offensiva, tanto più riposerà sull'autore e sulle sue caratteristiche; cfr., sul punto, FIORELLA, *Reato (dir. pen.)*, cit., pp. 794–795.

<sup>129</sup> Cfr. *supra* par. 2.1.2. In senso contrario alle affermazioni della Corte, incisivamente, PADOVANI, *Fatto e pericolosità*, cit., p. 130, secondo il quale gli stranieri illegalmente entrati o trattenutisi nel territorio dello Stato costituiscono «la versione postmoderna degli oziosi e vagabondi».

<sup>130</sup> Per le considerazioni seguenti, cfr. le (purtroppo) ancora attuali riflessioni di CAVALIERE, *Diritto penale e politica dell'immigrazione*, cit., pp. 224, 230 ss.

<sup>131</sup> In questi termini, CAVALIERE, *Diritto penale e politica dell'immigrazione*, cit., pp. 219–220 e 232.

trattenimento abusivo nel territorio dello Stato. Pertanto, il vero disvalore della condotta riposa sulla violazione di norme amministrative di controllo, configurando a tutti gli effetti un illecito di mera disobbedienza, stigmatizzante il migrante irregolare; ciò si traduce in un diritto penale dell'autore.

Sotto altro profilo, la Consulta omette di considerare il dato sistematico: l'ammenda prevista costituisce un paravento (attesa l'ingente somma che difficilmente un immigrato, per dato di comune esperienza, potrebbe pagare) per introdurre surrettiziamente l'espulsione; quest'ultima è, difatti, misura sostitutiva della sanzione pecuniaria ai sensi dell'art. 16 t.u. imm. Sennonché l'espulsione è misura formalmente amministrativa, ma a ragione ritenuta sostanzialmente penale da una parte della dottrina<sup>132</sup> per la gravità delle ricadute sulla persona. Pertanto, la carenza di reale offensività dell'art. 10-*bis* t.u.imm. è tanto più grave se si considerano le conseguenze sanzionatorie effettive della disposizione in parola<sup>133</sup>.

Infine, pare opportuno sottolineare come la tesi della Consulta, secondo cui la personalità dell'autore-migrante è da valutare ai limitati fini dell'art. 133 c.p., conduca a modesti risultati; è quanto meno dubbio che la capacità criminale del migrante possa essere desunta in relazione a un fatto che, oggettivamente, non ha una reale capacità d'offesa.

---

<sup>132</sup> Cfr., *ex multis*, CAVALIERE, *Diritto penale e politica dell'immigrazione*, cit., pp. 226–227. Significativo è il dato per cui talvolta, nella letteratura scientifica, si accostino (equiparandole) le posizioni di detenuto e di immigrato trattenuto nei centri per il rimpatrio; ad es., cfr. CRUPI, *Diritto penale d'autore, diritto penale del nemico e diritto penale del fatto: quale modello per la posizione dello straniero?*, in *Immigrazione e garanzie dei diritti fondamentali*, a cura di VERDE, GENNA, Torino, 2012, pp. 277–278.

<sup>133</sup> Questo argomentare sembra corroborato dalle successive modifiche dell'art. 16 cit.: il co. 9-*bis*, introdotto dal d.l. n. 13/2017, convertito dalla l. n. 46/2017, ha stabilito che quando non è possibile effettuare il rimpatrio dello straniero per cause di forza maggiore, l'autorità giudiziaria dispone il ripristino dello stato di detenzione per il tempo strettamente necessario all'esecuzione del provvedimento di espulsione; in tal modo, viene stabilito un nesso di consequenzialità tra la privazione di libertà nei C.I.E. e l'espulsione finale del migrante, a dimostrazione di una vicenda sostanzialmente punitiva.

#### 2.2.4. Dalla *poena naturalis* al diritto penale dell'atteggiamento interiore?

Merita qualche considerazione pure la recente pronuncia n. 48/2024 della Corte costituzionale. È stata rigettata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 529 c.p.p., nella parte in cui, nei procedimenti relativi a reati colposi, non prevede la possibilità per il giudice di emettere sentenza di non doversi procedere allorché l'agente, in relazione alla morte di un prossimo congiunto cagionata con la propria condotta, abbia già patito una sofferenza proporzionata alla gravità del reato commesso; secondo il rimettente, sarebbero violati gli artt. 3, 13 e 27 co.3 Cost., da cui vengono dedotti i principi di necessità, proporzionalità e umanità della pena<sup>134</sup>.

A fondamento della questione vi è la teorica della *poena naturalis*. Mediante tale espressione, ci si riferisce al potere giudiziale – riconosciuto in alcuni ordinamenti europei<sup>135</sup> – di non irrogare la pena, o di irrogarla in misura attenuata, quando l'autore del reato abbia patito un significativo danno materiale (ad es.: l'avere il ladro perso entrambe le gambe durante il furto) o morale (ad es., l'avere il conducente imprudente perso il figlio a causa dell'incidente d'auto provocato, similmente al caso in esame) in conseguenza del reato stesso<sup>136</sup>. Tale

---

<sup>134</sup> Per un commento all'ordinanza di rimessione, con riflessioni anche sul tema della pena naturale, cfr. FLORIO, *La riscoperta della poena naturalis: note a margine di una recente questione di costituzionalità*, in *Leg. pen. (riv. web)*, 15 novembre 2023.

<sup>135</sup> Possono ricordarsi il § 60 del c.p. tedesco, il § 34 del c.p. austriaco, l'art. 29 del c.p. svedese.

<sup>136</sup> Al tema è possibile fare solo dei brevi cenni in ragione della densità e complessità delle questioni che vi sono sottese. Nella dottrina italiana, ha dedicato diversi studi al tema della pena naturale M. Ronco, con particolare attenzione ai profili di ricostruzione storico-domatica; in particolare, dell'illustre Autore possono menzionarsi *Il problema della pena: alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*, Torino, 1996, p. 161 ss.; *Retribuzione e prevenzione generale* (già in *Studi in ricordo di Gian Domenico Pisapia, I*, Milano, 2000), in *Scritti patavini*, vol. II, Torino, 2017, p. 1433 ss.; possono inoltre ricordarsi i commenti al § 60 StGB in PALIERO, *Minima non curat praetor. Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, p. 431 ss.; FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, Milano, 1993, pp. 524–525. Nella dottrina tedesca, al di là dei commenti che i principali manuali dedicano al § 60 StGB, può rinviarsi alle recenti indagini di SPOTTE, *Die poena naturalis im Straf- und Strafzumessungsrecht*, Frankfurt am Main, 2013, *passim*. Anche la scienza penalistica spagnola ha offerto un ampio contributo alla riflessione sul tema: cfr. BUSTOS RUBIO, *El reflejo de la poena naturalis en la poena forensis. Posibilidades en derecho penal español*, in «Teoría & derecho», 19, 2016, 119 ss.; MAPELLI CAFFARENA, *Pena natural – “poena naturalis” – o daños colaterales en la realización de una infracción penal*, in *Estudios de Derecho penal. Homenaje al Profesor Santiago Mir Puig*, a cura di SILVA SÁNCHEZ, QUERALT JIMÉNEZ, CORCOY

teoria è stata più volte trattata nell'elaborazione dei progetti di riforma della legislazione italiana (in particolare nell'ambito dei lavori delle Commissioni "Pagliaro" e "Pisapia").

Nella questione di legittimità, il rimettente argomentava che la pena potrebbe risultare «non necessaria ed eccessiva qualora, per effetto dello stesso fatto illecito, il relativo autore abbia già subito un'afflizione paragonabile a quella che lo Stato vorrebbe produrre con la propria sanzione o addirittura notevolmente superiore, quale quella normalmente conseguente alla morte di un prossimo congiunto», secondo la definizione che dei «prossimi congiunti» fornisce l'art. 307 co. 4 c.p. La sanzione irrogata in aggiunta a una pena naturale di per sé sufficiente sarebbe percepita dai consociati e dal condannato alla stregua di «un crudele accanimento dello Stato», inidonea quindi ad assolvere la funzione rieducativa, oltre che inefficace nella prospettiva di ogni possibile declinazione finalistica della pena (generalpreventiva, specialpreventiva e retributiva); essa si risolverebbe in un trattamento contrario al senso di umanità, «fredda conseguenza di rigidi automatismi, quasi l'applicazione di un sillogismo, noncurante della sottostante vicenda umana di sofferenza».

A fronte di questi profili, l'Avvocatura dello Stato eccepiva, tra l'altro, l'infondatezza nel merito della questione in ragione del fondamento della punizione del reato colposo: quest'ultimo è per definizione non intenzionale e, perciò, può comportare un'acuta sofferenza in capo al suo autore. Nulla escluderebbe che, ammessa la rilevanza della pena naturale (e della conseguente non punizione) nei reati colposi tra congiunti, la stessa non debba ammettersi anche in altri casi di relazioni interpersonali significative, quali quelle tra medico e paziente o tra maestro e allievo. Tuttavia, ciò farebbe crollare il sistema della responsabilità per colpa, il cui scopo è offrire una protezione rafforzata a beni giuridici primari, prevedendo regole cautelari a tutela dei titolari di quei beni.

---

BIDASOLO, CASTIÑEIRA PALOU, Buenos Aires, 2017, p. 1003 ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis: mitigar el dolor en el derecho penal*, Barcelona, 2018, *passim*.

La Corte costituzionale offre una motivazione invero ambigua: essa, come segnalato, rigetta la questione, ma suggerisce profili problematici della questione sollevata, corretti i quali si potrà giungere a un accoglimento della stessa<sup>137</sup>. Pertanto, può cautamente dirsi che la Consulta abbia sostanzialmente aperto la strada alla (futura) rilevanza della pena naturale.

In motivazione, le ragioni che hanno condotto al rigetto della questione di legittimità costituzionale possono sintetizzarsi nelle seguenti. In primo luogo, la censura è troppo generica nel riferimento ai reati colposi che cagionano la morte: esigenze di tutela di beni e profili criminologici impongono di distinguere le diverse ipotesi di colpa, specialmente in relazione alla qualità della regola cautelare violata; la Consulta sembra escludere una possibile rilevanza della pena naturale rispetto a contesti professionali. In secondo luogo, il riferimento ai prossimi congiunti è troppo generico; infatti, non è possibile presumere (in base all'*id quod plerumque accidit*) che la morte di un qualsiasi congiunto possa provocare all'agente medesimo una sofferenza intima (una pena naturale) tale che la pena irrogata nel processo risulti inutile; la nozione di prossimo congiunto, ai sensi dell'art. 307 c.p., giunge fino a includere rapporti di parentela in linea collaterale di grado inferiore al secondo (come quello di specie, tra zio e nipote), e persino vincoli di affinità; la Consulta sembra riconoscere un possibile rilievo alle relazioni della famiglia nucleare. Infine, è scorretta la censura di un istituto processuale, quale l'art. 529 c.p.p.; ad avviso della Corte, sarebbe possibile riflettere sulla non punibilità, non già sull'improcedibilità, anche per esigenze di accertamento dei fatti; per altro, sul piano sostanziale, la Corte resta ambigua sulla possibile rilevanza della pena naturale quale esimente o circostanza attenuante soggettiva.

La pronuncia merita di essere ricordata in questa sede perché pare aprire una breccia nel delicato tema del diritto penale dell'atteggiamento interiore: non

---

<sup>137</sup> Conferma quest'impressione il commento a caldo di ZINCANI M., *Pene naturali: ci rivedremo presto. Un commento a prima lettura della sentenza n. 48/2024 della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza penale web*, 3, 2024.

punire in ragione di un'acuta sofferenza dell'autore ha la medesima sostanza del punire in considerazione (anche) di un'emozione dell'autore, da lui provata al momento del fatto e connotata in termini negativi dall'ordinamento.

Contro questo accostamento non sembra possibile eccepire che nell'un caso si tratti di un reato colposo, mentre nell'altro di un reato doloso: laddove il perno della punizione riposa sull'atteggiamento interiore dell'autore, perde di significato il ruolo della volontà/non volontà del fatto, intesa nel senso classico del diritto penale; a essere centrale è il sentimento che accompagna la condotta. Tantomeno potrebbe eccepirsi che le ipotesi di *Gesinnungsstrafrecht* guardano all'atteggiamento interiore al momento della commissione del fatto, mentre la questione della *poena naturalis* guarda lo stesso in un momento successivo al fatto: in verità, l'ancoraggio temporale ha poco senso rispetto a forme di diritto penale dell'autore; anzi, la rilevanza successiva al fatto di valutazioni sull'autore è tipico indice di un paradigma soggettivistico<sup>138</sup>; per altro, nell'una come nell'altra ipotesi si richiede una verifica empirica impossibile, che esula dai canoni di razionalità cui dovrebbe essere soggetto l'accertamento del fatto penalmente rilevante.

La posizione della Corte, nella misura in cui sembra aprire a una possibile rilevanza della pena naturale, offre numerosi spunti di preoccupazione: al di là del sempre crescente ruolo politico che assumerebbe la Consulta nelle dichiarazioni d'incostituzionalità, essa rischia di spostare il baricentro del diritto penale verso l'accentuazione del profilo soggettivo-emozionale. Ai fini della commisurazione (e non già dell'esclusione) della pena, sarebbe preferibile circoscrivere l'insieme delle valutazioni sulla persona dell'autore alla colpevolezza intesa in senso normativo, valorizzando adeguatamente gli indici soggettivi enunciati dall'art. 133 c.p., orientati teleologicamente verso scopi di prevenzione e di proporzione<sup>139</sup>; ciò vale a maggior ragione per la colpa, la cui

---

<sup>138</sup> Cfr. istruttivamente già CALVI, *Tipo criminologico e tipo normativo d'autore*, cit., p. 513 ss.

<sup>139</sup> Cfr. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, cit., pp. 51–52, 69 ss., 183 ss.

cd. misura soggettiva impone un'osservazione complessa del fatto e del suo autore.

Per altro, la valorizzazione della pena naturale rischia di far scivolare lo stesso concetto di pena giuridica su un piano meramente retributivo-afflittivo, dato il concetto di compensazione che vi è alla base; ciò renderebbe poca giustizia all'idea di un diritto penale laico e razionale, già da tempo sostenuta da autorevole dottrina<sup>140</sup>.

---

<sup>140</sup> Contro l'idea della retribuzione, per tutti, cfr. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, cit., p. 41 ss. e 92–95. Non si ignora che alla teorica della pena naturale abbiano contribuito anche sostenitori di teorie relative della pena, per i quali nessuna esigenza di prevenzione generale o speciale sussisterebbe rispetto a un reo che abbia già sofferto una pena naturale; tuttavia, l'assunto non sembra corretto, soprattutto ove si valuti la prevenzione speciale come risocializzazione e la prevenzione generale come orientamento culturale. In caso di pena naturale "materiale", il ladro che perde una mano nel tentativo di furto sembra necessitare comunque di una forma di reinserimento sociale, salva ogni diversa forma di assistenza cui avrà naturalmente diritto; la pena, inoltre, contribuisce a orientare i consociati intorno al disvalore insito nell'offesa al patrimonio altrui, nonché ai rischi per la salute che l'attività criminosa può comportare. In caso di pena naturale 'morale', il padre, automobilista imprudente, che perde il figlio nel terribile incidente provocato, non per questo diviene più esperto alla guida o maggiormente capace di valutare le situazioni di rischio connesse a una condotta imprudente; d'altra parte, resta l'esigenza di orientare i consociati al massimo rispetto delle norme cautelari in attività intrinsecamente rischiose. Riflessioni analoghe propone il recente commento di PADOVANI, *La «pena naturale» al vaglio della Corte costituzionale*, in *Sistema penale (riv. web)*, 17 aprile 2024. Nulla toglie, ovviamente e come già segnalato, che istanze di proporzione entrino nel giudizio di colpevolezza, anche nell'ottica di una non-desocializzazione del reo. Quanto alle conseguenze di un approccio teleologico (legato agli scopi di prevenzione generale positiva e prevenzione speciale positiva) sul momento dell'inflizione della pena, in generale cfr. MOCCIA, *op. ult. cit.*, pp. 110–111.

## SEZIONE II – GLI ORIENTAMENTI DELLA CORTE DI CASSAZIONE

### 1. Introduzione

Anche la Corte di Cassazione si è confrontata sempre più con il diritto penale dell'autore negli ultimi anni. Lo ha fatto in maniera trasversale: in pronunce a sezioni semplici e riunite, in giudizi di merito e cautelari, rispetto a numerose fattispecie di reato.

Le ragioni sono molteplici. Innanzitutto, ve n'è una formale: si è registrato un richiamo, progressivamente crescente e inedito in passato, al diritto penale dell'autore nelle motivazioni dei ricorsi; non si tratta di una casualità, ma di un riflesso, nella prassi, della nuova attenzione che la dottrina ha rivolto al tema, specialmente con l'emergere del cd. diritto penale del nemico<sup>1</sup>. Ciò ha comportato, per la suprema Corte, la necessità (invero talvolta disattesa) di riflettere sul tema; gli espressi riferimenti hanno contribuito a dare spazio alla categoria nel panorama giurisprudenziale.

Vi è poi una ragione sostanziale. Come è stato autorevolmente sostenuto, «quando il giudice di legittimità ribadisce principi apparentemente ovvi, ciò appare come segnale di slittamenti della prassi, da arginare ribadendo principi che appaiono disattesi»<sup>2</sup>. Nel nostro caso, all'affermazione del principio di offensività si è sempre più accompagnato il contestuale richiamo al divieto di un diritto penale dell'autore. In altri termini, il problema esiste. Il punto è capire in che modo esso si presenti.

L'analisi delle sentenze consente una prima delimitazione. Si è registrata una consistente tendenza a menzionare il diritto penale dell'autore per censurare

---

<sup>1</sup> Su tale teoria, cfr. *supra* Cap. I, par. 7 ss.

<sup>2</sup> In questi termini si esprimeva, a proposito della palese differenza tra conoscenza e conoscibilità ai fini della configurazione del dolo, PULITANÒ, *I confini del dolo. Una riflessione sulla moralità del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 2013, 28.

la mancata prova dei fatti posti alla base della condanna (o della misura cautelare). Ciò è avvenuto principalmente nei motivi di ricorso, non a caso di regola rigettati attraverso la mera indicazione delle ragioni di fatto addotte dal giudice di merito nel grado di giudizio precedente<sup>3</sup>; più raramente, un tale argomentare è stato posto alla base di pronunce di annullamento<sup>4</sup>. Il dato non deve sorprendere: la valutazione probatoria dei fatti costituisce una proiezione processuale del tema in esame; alla base del convincimento del giudice non possono stare mere presunzioni soggettive. Tuttavia, pare opportuno non soffermarsi su questo primo insieme per almeno due motivi: da un lato, la stretta attinenza delle questioni probatorie con il merito dei giudizi non consente un'analisi dei principii ermeneutici sviluppati dalla suprema Corte; dall'altro e reciprocamente, non sarebbe possibile un adeguato approfondimento dommatico.

Maggiore interesse suscitano quegli orientamenti che hanno evocato (o che *non* hanno evocato) il diritto penale dell'autore nella definizione degli elementi costitutivi e accidentali di numerosi reati<sup>5</sup>. Non sembra superfluo rilevare che ci si trova in un ambito completamente diverso da quello della giurisprudenza costituzionale: alla giurisprudenza di legittimità spetta l'interpretazione (ai sensi dell'art. 65 R.D. 12/1941), ossia l'individuazione del significato (tra i vari possibili) di una disposizione, all'interno del perimetro posto dalla formula letterale (per il principio costituzionale di tassatività); non le compete un ruolo propriamente creativo (o, di converso, demolitore) di norme<sup>6</sup>. Pertanto, si cade in un momento logicamente precedente alla

---

<sup>3</sup> Cfr. Cass., Sez. II, n. 16355/2006; Sez. II, n. 25686/2008; Sez. I, n. 43372/2011; Sez. I, n. 7845/2015; Sez. V, n. 25170/2015; Sez. I, n. 26516/2015; Sez. II, n. 5727/2018; Sez. V, n. 27315/2019; Sez. II, n. 43392/2019; Sez. III, n. 24858/2021; Sez. V, n. 34499/2021; Sez. II, n. 43067/2021; Sez. III, n. 5234/2022; Sez. II, n. 14697/2022; Sez. I, n. 15559/2022.

<sup>4</sup> Cfr. Cass. Sez. V, n. 13084/2014; Sez. V, n. 12561/2018; Sez. II, n. 43067/2021.

<sup>5</sup> Per altro, fuori del diritto penale sostanziale, il divieto di diritto penale dell'autore è stato talvolta enfatizzato per illuminare la *ratio* anche di istituti processuali: ad es., Cass. n. 46566/2017 (sul noto "delitto di Avetrana") ne ritiene una espressione l'art. 220 co. 2 c.c.p., per cui non è ammessa perizia per valutare la personalità dell'imputato.

<sup>6</sup> Il senso del limite tra attività propriamente creatrice del diritto (spettante al legislatore, per il principio di separazione dei poteri) e interpretazione, invero, viene spesso dimenticato; nel senso di una riscoperta di tale limite, MAZZACUVA N., *L'interpretazione della legge penale (e i reati connessi a Internet)*, in

valutazione della incostituzionalità<sup>7</sup>: se una disposizione non può essere interpretata in un senso costituzionalmente conforme, il giudice non può cambiare (*rectius* creare) la norma, ma è tenuto a sollevare la questione di legittimità costituzionale<sup>8</sup>.

Questi cenni elementari vanno però contestualizzati. Fisiologicamente, un'interpretazione predilige quel significato normativo che consenta il pieno rispetto dei principi di legalità, materialità e offensività. Sennonché è ben possibile un'interpretazione che, legittimandosi dietro il manto del richiamo ai principi, porti a risultati esattamente opposti ad essi<sup>9</sup>.

---

*Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, a cura di COCCO, Padova, 2005, p. 55; più di recente, cfr. le note critiche di SESSA, *La fisiologica sistematicità dell'emergenza: tendenze autoritarie nel diritto giurisprudenziale*, in *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, a cura di CAVALIERE, LONGOBARDO, MASARONE, SCHIAFFO, SESSA, Napoli, 2017, p. 309 ss., spec. 310, 321. Per altro verso, segnala come una parte crescente della dottrina opini per un qualche ruolo creativo della giurisprudenza GALANTE, *Legalità e mutamenti giurisprudenziali nel diritto penale. Fondamento e limiti del divieto di retroattività dei mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli*, Firenze, 2021, pp. 140-141 (spec. nt. 368).

<sup>7</sup> Si sofferma su questa necessaria priorità logica anche PULITANÒ, *Principio di legalità ed interpretazione della legge penale*, in *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, cit., pp. 34-35.

<sup>8</sup> Questo è l'orientamento (restrittivo) inaugurato dalla Corte cost., sent. n. 356/1996; incisivamente, si è ritenuta inammissibile una questione di legittimità costituzionale, sollevata pur essendo possibile un'interpretazione (ritenuta dal giudice ordinario) costituzionalmente compatibile: «In linea di principio, le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali» (considerato in diritto, p.to 4).

<sup>9</sup> Il tema è di ampissima portata ed è possibile qui farvi solo un cenno. È forse inutile sottolineare che al fenomeno non è possibile dare una spiegazione unitaria. Unitario è il suo presupposto, ossia l'esistenza di un margine di interpretabilità della disposizione; per contro, molteplici ne sono le cause. Per limitarsi alla tecnica legislativa, possono ricordarsi, da un lato, la indeterminatezza non necessaria di alcuni precetti, che lascia spazio all'opera *lato sensu* creativa del giudice – emblematica è la vicenda dell'associazione per delinquere di stampo mafioso – dall'altro, la necessaria generalità di concetti che, per la loro natura elastica (indipendentemente dal sostrato naturalistico o valutativo del concetto; si pensi, rispettivamente, all'azione e all'omissione), esigono un'interpretazione. Al di fuori delle ragioni astratte, è un dato di realtà che la politica criminale passi non solo per il Parlamento, ma anche per le scelte ermeneutiche della suprema Corte; sicché il punto è capire quale sia il punto di rottura, nell'equilibrio dei poteri, della legittimazione democratica del potere giudiziario. Tale rottura dovrebbe rinvenirsi laddove la decisione giudiziale si fondi su una soluzione ermeneutica che, seppur rientrando nel perimetro consentito dalla lettera della legge, sia in sostanziale contrasto con i principi costituzionali, segnatamente con quello di offensività; come ricordato da MARINUCCI (*Conclusioni*, in *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, a cura di COCCO, Padova, 2005, p. 118), nel delimitare l'interpretazione del giudice, al “limite esterno” della lettera della legge si affianca il “limite interno” dell'offensività; limite interno principale, ma non esclusivo, in presenza di ulteriori, cogenti principi costituzionali. Sul tema, offre un'approfondita panoramica MANES, *Dalla «fattispecie» al «precedente»: appunti di «deontologia ermeneutica»*, in *Cass. pen.*, 6, 2018, 2222 ss.; è sintomatico come (in antitesi rispetto all'orientamento inaugurato dalla sent. n. 356/1996 della Consulta) s'invochi un nuovo “ruolo centrale” della Corte costituzionale “nel governo dell'interpretazione” (*Ivi*, p. 2247), anche per evitare delle sacche di operazioni ermeneutiche solo in apparenza costituzionalmente

Si coglie, così, il senso dell'interesse per i suddetti orientamenti: essi consentono di verificare se e in che misura sussista effettivamente un divieto di diritto penale dell'autore nel cd. diritto vivente. In tal modo, da un lato, si avrà un indice della maturità raggiunta sul rispetto delle garanzie costituzionali nell'attività ermeneutica; dall'altro, l'individuazione di tipologie d'ipotesi ove tale divieto non è rispettato aprirà la strada alla critica. Quest'ultima conserva, dunque, una utilità: evita di ridursi a uno sterile resoconto; inoltre, permette di stigmatizzare aporie che, per quanto rare, rischiano di consolidarsi ai margini del sistema, in virtù dell'ossequio che la prassi giudiziaria notoriamente rivolge alla suprema Corte<sup>10</sup>.

---

conformi. Per altro, la Consulta ha recentemente intrapreso un percorso volto a limitare, per quanto possibile, la libertà ermeneutica dei giudici, assoggettandola a un controllo di costituzionalità: in tal senso, è emblematica la sent. n. 98/2021 (specialmente considerato in diritto, p.to 2.4), su cui cfr. in particolare le notazioni di CUPELLI, *Divieto di analogia «in malam partem» e limiti dell'interpretazione in materia penale: spunti dalla sentenza 98 del 2021*, in *Giur. cost.*, 4, 2021, 1807 ss. e SCOLETTA, *Verso la giustiziabilità del divieto di analogia a sfavore del reo*, in *Osservatorio costituzionale*, 5, 2021, 196 ss. Sul tema dei limiti dell'interpretazione, si segnalano inoltre le interessanti riflessioni di CATERINI, *Partecipazione ad associazione mafiosa: non basta la parola. Nota a Cass. pen., sez. un., 11 ottobre 2021*, in *Arch. pen.*, 3, 2021, 915 ss., spec. 916, 919, 921–922.

<sup>10</sup> A dimostrazione della possibile insidiosità dell'attività ermeneutica, può citarsi la recente sent. n. 41570/2023 della Corte di cassazione a sezione unite (approfondita *infra*, par. 3.3.1). In maniera del tutto slegata dal *thema decidendum*, la Corte offre considerazioni sul principio di proporzionalità nel diritto penale, citando l'art. 131-bis c.p., come riformulato dall'art. 1, comma 1, lett. c), n. 1, d. lgs. 10 ottobre 2022, n. 150. Nel farlo, si profonde in una riflessione di tale tenore: «Si tratta di uno strumento importante con il quale il giudizio di equità ha fatto ingresso nel territorio dell'*an* della responsabilità; il legislatore ha infatti demandato alla discrezionalità del giudice il giudizio sulla “qualità” della responsabilità dell'imputato, consentendo di escludere l'applicazione della sanzione anche in ragione dell'innovativa previsione che assegna rilievo alla condotta susseguente al reato» (considerato in diritto, p.to 2.3). L'inciso risulta allarmante per diverse evidenti ragioni: l'anomalo collegamento tra equità e diritto penale; l'accentuazione del (l'autoriconosciuto) potere discrezionale; la “qualità della responsabilità dell'imputato” come oggetto del giudizio (perché non proprio la personalità dell'imputato?); il collegamento, quanto meno equivoco, tra l'*an* della responsabilità (ossia l'illecito) e un istituto che fa leva sulla successiva punibilità. Non va sottaciuto, comunque, che i problemi nascono a monte, a causa di un prodotto legislativo dimentico delle riflessioni dottrinali: l'innovazione all'art. 131-bis c.p., con la rilevanza della condotta susseguente al reato, avvicina temibilmente l'istituto alle clausole di non punibilità dei Paesi socialisti, spesso utilizzate come strumento di selezione di tipi d'autore. Può ricordarsi il §9 *StGB* della Repubblica Democratica Tedesca; esso faceva seguito al §8 *StGB*, che stabiliva la non punibilità per assenza di pericolosità generica della condotta. Il §9 cit., invece, recitava testualmente: «Non trova luogo alcuna punizione quando al momento del processo penale l'azione non possa più vedersi come socialmente pericolosa, oppure quando successivamente all'azione si sia verificato, nel complessivo comportamento dell'autore, un cambiamento tale da lasciar supporre che egli si atterrà alla legalità socialista». Crediamo che la disputa teorica (sviluppatasi intorno al diverso istituto del reato impossibile, di cui all'art. 49 co. 2 c.p.) tra BRICOLA (*Teoria*, cit., pp. 34-36 e 75-76) e CALVI (*Tipo criminologico e tipo normativo d'autore*, cit., pp. 513 ss.) oggi vivrebbe tutt'altra tensione a causa del moderno trattamento della criminalità bagattellare.

Residuano ancora alcune precisazioni. Valutare il quadro degli orientamenti giurisprudenziali non significa legittimare implicitamente la giurisprudenza come fonte del diritto<sup>11</sup>; tutt'al più, sottende la consapevolezza del più limitato ruolo di “formante” che, nel sistema giuridico, hanno assunto le pronunce giudiziali – consapevolezza tanto diffusa da spingere una parte autorevole della dottrina a sostenere (incidentalmente) che «[...] (oltre alle disposizioni normative) si interpretano anche le sentenze»<sup>12</sup>. Sotto altro profilo, laddove dei riferimenti espressi al diritto penale dell'autore compaiono in sentenze e ordinanze, essi vengono sovente utilizzati come formule di stile, come sinonimo di mancanza di materialità o di offesa; nelle pronunce si accenna con una certa disinvoltura a modelli di diritto penale dell'autore diversi, unificandoli sotto etichette generiche, senza un'adeguata consapevolezza delle diverse radici culturali ad essi sottesi; così si parla di diritto penale dell'autore, di tipo d'autore, di colpa d'autore, più semplicemente di diritto penale della volontà, con il ricorso, talvolta, anche ai termini tedeschi *Täterstrafrecht*, *Täterschuld* e *Tätertyp*; riportare le ipotesi agli idealtipi esaminati nel primo capitolo può rendere più consapevole l'uso critico di tali categorie e, forse, contribuire a un miglior orientamento della prassi.

Ciò posto, due sono risultati gli ambiti maggiormente interessanti: la punizione (o maggiore punizione) di *status* soggettivi e il dolo nelle sue più recenti configurazioni. Mentre nel primo settore si tende a un diritto penale del

---

<sup>11</sup> Si tratta di un punto che non può (più) essere dato per scontato. È sempre più avvertibile la divisione delle voci in dottrina sul tema; emblematici risultano i recenti e interessanti contributi, confluiti negli Atti del Convegno dal titolo “Tra legge e giudice alla ricerca di un equilibrio per la legalità penale” (Firenze, 20 maggio 2022) organizzato dal Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Firenze, pubblicati sulla rivista web *Sistema penale*: da un lato, si pongono le voci contrarie a parlare della giurisprudenza come fonte del diritto [MAIELLO, *Legalità della legge e dintorni: tra Consulta, Cassazione e auspici riformisti*, in *Sistema penale* (riv. web), 12, 2022, 123; PULITANÒ, *Legalità penale e nomofilachia*, ivi, 70; ZACCARIA, *Una «nuova» legalità penale tra testo e interpretazione*, ivi, 19]; dall'altro, quelle che riconoscono (quantomeno in via di fatto) il fenomeno [LATTANZI, *Tra legge e giudice alla ricerca di un equilibrio per la legalità penale. Appunto per la presidenza della sessione mattutina*, ivi, 7–9; ORLANDI, *Nuova legalità penale, diritto giurisprudenziale e funzioni attuali della Corte di cassazione*, ivi, 145 nt. 34; PELISSERO, *Prospettive della legalità penale*, ivi, 152 e 155.]

<sup>12</sup> Così, seppur con riferimento all'interpretazione dei precedenti giudiziali citati in una sentenza, si esprimeva FIANDACA, *Le Sezioni Unite tentano di diradare il «mistero» del dolo eventuale. Nota a Cass. pen., Sez. Unite, 18 settembre 2014, n. 38343*, in «Riv. it. dir. proc. pen.», 4, 2014, 1942.

tipo d'autore, nel secondo ci si dirige verso un diritto penale dell'atteggiamento interiore.

## **2. La punizione di meri *status* soggettivi**

Il (divieto di) diritto penale dell'autore ha costituito un argomento dirimente nell'interpretazione di alcune fattispecie incriminatrici e aggravanti, potenzialmente legate allo *status* soggettivo dell'autore; d'altra parte, permangono delle letture che, in maniera più o meno consapevole, fanno leva proprio sulle qualità dell'autore nell'individuazione del nucleo d'illeceità. Danno conto dell'ambivalenza le fattispecie di associazione per delinquere di stampo mafioso e di omicidio aggravato dallo *stalking*, da un lato, e di associazione finalizzata al traffico di stupefacenti, dall'altro.

### **2.1. Mafia e tipo d'autore**

L'art. 416-*bis* c.p. rende punibile con la reclusione da dieci a quindici anni chiunque fa parte di un'associazione di tipo mafioso formata da tre o più persone; ai sensi del co. 3, l'associazione è di tipo mafioso quando coloro che ne fanno parte si avvalgono della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva per commettere delitti, per acquisire in modo diretto o indiretto la gestione o comunque il controllo di attività economiche, di concessioni, di autorizzazioni, appalti e servizi pubblici o per realizzare profitti o vantaggi ingiusti per sé o per altri, ovvero al fine di impedire od ostacolare il libero esercizio del voto o di procurare voti a sé o ad altri in occasione di consultazioni elettorali<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> Tra i numerosi commenti, con ampi riferimenti bibliografici, si segnala CAVALIERE, *Associazione di tipo mafioso*, in *Trattato di diritto penale: parte speciale. 5: Delitti contro l'ordine pubblico*, a cura di MOCCIA, Napoli, 2007, p. 382 ss.

In relazione al tema in esame, possono essere segnalati almeno due profili d'interesse: da un lato, l'individuazione dei requisiti minimi ai fini della configurazione della condotta del "prendere parte" all'associazione; dall'altro la stessa definizione dell'associazione mafiosa, anche alla luce dell'emergere delle cd. nuove mafie.

Quanto al primo, negli ultimi lustri, la giurisprudenza si è impegnata a delineare il "contributo minimo" dell'associato. Sebbene la dottrina abbia denunciato una certa confusione (se non un'inversione logica) tra i profili sostanziali della tipicità e quelli processuali della prova della partecipazione<sup>14</sup>, occorre riconoscere l'apprezzabile fine di evitare che la fattispecie si risolvesse in una responsabilità da *status*, dipendente dall'essere un mafioso, in assenza di qualsiasi apporto concreto alla vita dell'associazione criminale.

L'orientamento è tanto più degno di nota ove si consideri il modo in cui la giurisprudenza configura il reato di partecipazione ad associazione di tipo mafioso: quest'ultimo si consuma nel momento in cui il soggetto entra a far parte dell'organizzazione criminale, senza che sia necessario il compimento, da parte dello stesso, di specifici atti esecutivi della condotta illecita programmata, poiché, trattandosi di reato di pericolo presunto, per integrare l'offesa all'ordine pubblico è sufficiente la dichiarata adesione al sodalizio, con la c.d. "messa a disposizione", che è di per sé idonea a rafforzare il proposito criminoso degli altri associati e ad accrescere le potenzialità operative e la capacità di intimidazione e di infiltrazione del sodalizio nel tessuto sociale<sup>15</sup>. Ai fini dell'integrazione della condotta di partecipazione, è sufficiente che il soggetto

---

<sup>14</sup> Cfr. in particolare DI VETTA, *Tipicità e prova. Un'analisi in tema di partecipazione interna e concorso esterno in associazione di tipo mafioso*, in «Arch. pen. (riv. web)», 1, 2017, 10 ss. e, in relazione alle recenti S.U. 36958/2021 (ric. Modaffari), MAIELLO, *Legalità della legge e dintorni: tra Consulta, Cassazione e auspici riformisti*, cit., 131.

<sup>15</sup> L'orientamento è costante: cfr. recentemente Cass. Sez. II, n. 27394/2017 e Sez. V, n. 27672/2019. *Contra*, per la dottrina, CAVALIERE, *Associazione di tipo mafioso*, cit., p. 405 ss., ove, per i principi di materialità e offensività, si presta particolare attenzione al profilo degli atti effettivamente compiuti dagli associati, tanto rispetto alla definizione dell'associazione che si *avvale* del metodo mafioso (non a caso, l'assenza di atti di avvalimento del metodo mafioso porta l'Autore a parlare di una "riscoperta del tipo d'autore" [*Ivi*, pp. 418-419]), quanto rispetto alla perimetrazione della condotta di partecipazione all'associazione così individuata [*Ivi*, p. 424 ss.] .

assuma o gli venga riconosciuto il ruolo di componente del sodalizio e aderisca consapevolmente al programma criminoso, accrescendo per ciò solo la potenziale capacità operativa e la “temibilità” dell'associazione<sup>16</sup>. Il rischio di slittamento sul piano meramente soggettivo è accentuato dal dato per cui s’interpreta il “prendere parte” come una condotta a forma libera<sup>17</sup>.

A fronte di tale quadro e dei relativi pericoli, un primo importante riferimento si trova nella sentenza della Cassazione a Sezioni Unite “Mannino” (n. 33748/2005): la condotta di partecipazione è riferibile a colui che si trovi in rapporto di stabile e organica compenetrazione con il tessuto organizzativo del sodalizio, tale da implicare, più che uno “status” di appartenenza, un ruolo dinamico e funzionale, in esplicazione del quale l'interessato “prende parte” al fenomeno associativo, rimanendo a disposizione dell’ente per il perseguimento dei comuni fini criminosi. La partecipazione può essere desunta da indicatori fattuali dai quali, sulla base di attendibili regole di esperienza attinenti propriamente al fenomeno della criminalità di stampo mafioso, possa logicamente inferirsi l’appartenenza nel senso indicato, purché si tratti di indizi gravi e precisi; tra questi ultimi, esemplificando, rientrano i comportamenti tenuti nelle pregresse fasi di “osservazione” e “prova”, l’affiliazione rituale, l’investitura della qualifica di “uomo d'onore”, la commissione di delitti-scopo, oltre a molteplici, e però significativi, “*facta concludentia*”; detti indizi devono essere idonei, senza alcun automatismo probatorio, a dare la sicura dimostrazione della costante permanenza del vincolo (con puntuale riferimento, peraltro, allo specifico periodo temporale considerato dall'imputazione).

Più di recente, le Sezioni Unite “Modaffari” (n. 36958/2021), occupandosi della rilevanza dell’affiliazione rituale, hanno ribadito le conclusioni della sentenza Mannino: l'affiliazione rituale può costituire solo un “grave indizio” della condotta partecipativa, ove la stessa risulti, sulla base di consolidate e comprovate massime d'esperienza e degli elementi di contesto che

---

<sup>16</sup> Così Cass. Sez. II, n. 56088/2017

<sup>17</sup> Orientamento costante sin da Cass., Sez. II, n. 4976/1997; da ultimo, Cass. Sez. VI, n. 5338/2024.

ne evidenzino serietà ed effettività, espressione di un patto reciprocamente vincolante e produttivo di un'offerta di contribuzione permanente tra affiliato ed associazione. Infatti, la partecipazione «non si esaurisce né in una mera manifestazione di volontà unilaterale né in una affermazione di *status*: essa, al contrario, implica un'attivazione fattiva a favore della consorteria che attribuisca dinamicità, concretezza e riconoscibilità alla condotta che si sostanzia nel “prendere parte”. L'opera di concretizzazione giurisprudenziale del significato della locuzione normativa “fa parte” di cui all'art. 416-*bis* c.p., comma 1, non può pertanto lasciare spazio ad ipotesi di identificazione della condotta punibile che risultino del tutto svincolate dalla verifica di un contributo, anche in forme atipiche, ma effettivo, concreto e visibile reso dal partecipe alla vita dell'organizzazione criminosa»<sup>18</sup>.

Nella stessa pronuncia emerge la consapevole distanza da un modello di diritto penale dell'autore. Si osserva come «è pure vero che all'iniziale giuramento può non seguire l'effettiva assunzione di quel ruolo assegnato o promesso dall'affiliante e, quindi, mancare non solo una concreta attivazione del soggetto a favore del gruppo, ma anche la “messa a disposizione” a favore del sodalizio: l'incriminazione del fatto iniziale, non accompagnato da altri indici rivelatori della stabile adesione, significa inevitabilmente punire una mera potenzialità operativa del soggetto, in aperto contrasto con la logica di effettività e proporzione che deve regolare il rapporto tra reato e sanzione. Si rende così evidente l'impropria dilatazione del concetto di partecipazione, sganciata da ogni condotta materiale riferibile all'interessato che viene ricostruita, in ragione della prevalenza accordata a preoccupazioni di tipo preventivo-repressivo, sulla base della sua mera appartenenza alla tipologia “dell'autore mafioso”»<sup>19</sup>.

In questo modo, si è inteso delimitare la tipicità della condotta di partecipazione verso il “basso”, ovvero verso le forme di mera vicinanza o di

---

<sup>18</sup> Cass. S.U. n. 36958/2021, considerato in diritto, p.to 11.2; in precedenza, in dottrina, offriva questa soluzione già CAVALIERE, *Associazione di tipo mafioso*, cit., pp. 431–432.

<sup>19</sup> *Ivi*, p.to 12.2.

contiguità compiacente, penalmente irrilevante<sup>20</sup>. Ancora recentemente, si è affermato che «nel solco di una interpretazione costituzionalmente orientata verso un “diritto penale del fatto”, e non “dell’autore”, va ribadito il principio secondo cui, in tema di associazione di tipo mafioso, la mera “contiguità compiacente”, così come la “vicinanza” o “disponibilità” nei riguardi di singoli esponenti, anche di spicco, del sodalizio, non costituiscono comportamenti sufficienti ad integrare la condotta di partecipazione all'organizzazione, ove non sia dimostrato che l'asserita vicinanza a soggetti mafiosi si sia tradotta in un vero e proprio contributo, avente effettiva rilevanza causale, ai fini della conservazione o del rafforzamento della consorterìa»<sup>21</sup>.

Quanto al secondo profilo d'interesse, negli ultimi anni si è posto alla giurisprudenza il problema dell'applicabilità dell'art. 416-*bis* c.p. alle “nuove mafie”. Tale denominazione si ricava per differenza rispetto alle cd. mafie storiche, quali quella siciliana, la camorra, la ‘ndrangheta, etc.; queste ultime si caratterizzano, sotto il profilo sociologico, per almeno due profili: da un lato per la localizzazione (essendo la fama criminale dell'associazione storicamente radicata in un certo territorio), dall'altro per alcune peculiari caratteristiche legate alla dimensione e all'attività dell'associazione stessa (consistendo in grandi associazioni ad alto numero di appartenenti, dotate di mezzi finanziari imponenti e in grado di assicurare l'assoggettamento e l'omertà attraverso il terrore e la continua messa in pericolo della vita delle persone)<sup>22</sup>. Pertanto, il dubbio è se possano rientrare nel campo d'incriminazione del 416-*bis* sia le mafie storiche ‘delocalizzate’ (si pensi alle cosche calabresi operanti in Piemonte, collegate alla ‘casa-madre’), sia le ‘piccole mafie’ (costituite da

---

<sup>20</sup> La soluzione ermeneutica della Corte di cassazione ha destato, ad ogni modo, alcune perplessità: così, si è rilevato il rischio di un mutamento meramente “nominalistico” di modello di partecipazione, con un sostanziale appiattimento della responsabilità sullo *status*, posto che un contributo causale non equivale a un contributo offensivo: cfr. CATERINI, *Partecipazione ad associazione mafiosa: non basta la parola. Nota a Cass. pen., sez. un., 11 ottobre 2021*, cit., p. 899 ss., spec. 908 ss., 913.

<sup>21</sup> In questi termini, Cass., Sez. V, n. 2640/2021.

<sup>22</sup> L'applicazione dell'art. 416-*bis* alle mafie storiche discende dall'ultimo suo comma. Per una critica, nel senso della indeterminatezza e dunque incostituzionalità della disposizione, cfr. CAVALIERE, *Associazione di tipo mafioso*, cit., p. 423.

piccole e autonome organizzazioni con un basso numero di appartenenti, non necessariamente armate, che assoggettano un limitato territorio o un determinato settore di attività).

Sul piano giuridico, il problema sta nel valutare se e come le predette associazioni utilizzino il “metodo mafioso”, ossia si avvalgano della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva per commettere delitti. Infatti, è dubbio come debbano essere interpretati gli estremi della forza d’intimidazione e, più in generale, le condizioni di riconoscibilità del metodo mafioso<sup>23</sup>.

A tal proposito si registra un contrasto giurisprudenziale<sup>24</sup>: in estrema sintesi, un primo orientamento (minoritario) interpreta estensivamente l’art. 416-*bis* c.p., ritenendo non necessaria l’esternazione della forza intimidatrice, la quale, dunque, ben potrebbe essere solo potenziale; un secondo orientamento, invece, esige l’esteriorizzazione della forza intimidatrice, la prova della quale è necessaria per dire esistente l’“avvalersi” richiesto dall’art. 416-*bis* c.p. Per quanto d’interesse in questa sede, sembra opportuno evidenziare come il secondo orientamento fondi la sua interpretazione, tra l’altro, su un espresso rifiuto di un tipo d’autore mafioso. Così, ad esempio, si legge: «Il relativo metodo - per integrare la fattispecie incriminatrice – [...] [deve] andare al di là di una mera dichiarazione di intenti, altrimenti rischiando di far sconfinare il “tipo” normativo in connotazioni meramente soggettivistiche, sulla falsariga di modelli di “tipo d'autore”, ormai preclusi al sistema»; infatti, «non è la “mafiosità” del singolo o dei singoli a qualificare, in sé, l'associazione»<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> Si tratta di una questione che ripete, in qualche misura, gli stessi dubbi dottrinali sulla “mafiosità” dell’associazione di cui all’art. 416-*bis*; il tema, per la sua complessità, meriterebbe una trattazione a sé e può essere qui solo sfiorato; per un’efficace sintesi del quadro dottrinale, cfr. ancora CAVALIERE, *Associazione di tipo mafioso*, cit., p. 401 ss.

<sup>24</sup> Sul punto, anche per i copiosi riferimenti giurisprudenziali, cfr. CORBO, *Questioni controverse nella giurisprudenza di legittimità*, in *Cass. pen.*, 5, 2021, 1456 ss.; nella dottrina, rivolgono interessanti osservazioni critiche sul contrasto in esame AMARELLI, *Mafie delocalizzate all'estero: la difficile individuazione della natura mafiosa tra fatto e diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3, 2019, 1197 ss. (spec. 1228 ss); DE VERO, *L'ambigua connotazione nemicale della criminalità di stampo mafioso*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2020, 1042–1043; MERENDA, *Mafie straniere e mafie delocalizzate nell'applicazione dell'art. 416-bis c.p.*, in *Diritto di difesa*, 4, 2022, 813 ss.

<sup>25</sup> In questi termini Cass., n. 10255/2019, considerato in diritto, p.to 2.1

Al di fuori dell'art. 416-*bis* c.p., tuttavia, non sembra che la giurisprudenza abbia posto un'attenzione altrettanto meritoria al problema della punizione del mero *status* di mafioso. Emblematico è il consolidato orientamento giurisprudenziale formatosi intorno all'art. 628 co. 3 n. 3 c.p., a mente del quale il reato di rapina (e di estorsione, ai sensi dell'art. 629 co. 2 c.p.) è aggravato se la violenza o minaccia è posta in essere da persona che fa parte dell'associazione di cui all'articolo 416-*bis* c.p.: in particolare, da tre decenni la Cassazione ritiene che non sia necessario che l'agente manifesti o faccia intendere la sua qualità e si avvalga così della forza intimidatrice dell'associazione mafiosa<sup>26</sup>, siccome si sarebbe in presenza di una «circostanza di posizione, in relazione alla quale rileva l'appartenenza all'associazione come fatto storico e non l'agire incriminato dall'art. 416-*bis* c.p.»<sup>27</sup>. Non manca, per altro, una certa consapevolezza dell'assunto, al punto che il dato del mero *status* viene utilizzato per differenziare l'ambito applicativo dell'art. 628 co. 3 n. 3 c.p. da quello dell'art. 416-*bis*.1 c.p.; quest'ultimo aggrava il reato, tra l'altro, se il fatto è commesso avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-*bis* c.p.; si ritiene che, rispetto all'aggravante di cui all'art. 628 co. n.3 c.p., quella *ex art.* 416-*bis*.1 c.p. «richied[a] una ulteriore esternazione funzionale alla semplificazione delle modalità commissive del reato»<sup>28</sup>. In tal caso, appare evidente come l'attività ermeneutica dei giudici abbia dato vita a una forma surrettizia di diritto penale dell'autore<sup>29</sup>; sebbene possano essere intuibili le

---

<sup>26</sup> Così già Cass. Sez. VI - Ud. 26 ottobre 1989 (dep. 16 marzo 1990), in *Cass. pen.*, 7, 1991, 1235.

<sup>27</sup> In questi termini, Cass. S.U. n. 28/03/2001 (ric. Cinalli), i cui insegnamenti vengono ancora ribaditi da Cass. Sez. I, n. 4088/2018, Sez. II, n. 43209/2022, nonché Sez. I, n. 39836/2023.

<sup>28</sup> Così, di recente, Cass. Sez. I, n. 39836/2023, considerato in diritto, pt. 3.3.2.

<sup>29</sup> Si potrebbe argomentare nel senso che l'appartenenza dell'autore al sodalizio criminale rilevi non di per sé, ma come elemento rafforzativo della minaccia e, dunque, come elemento oggettivo della fattispecie. Sennonché l'analisi della giurisprudenza (scarna, quando non tralaticia) smentisce questa conclusione: anche nelle pronunce maggiormente attente al profilo oggettivo, lo *status* personale sembra inquinare la fattispecie oggettiva, ad esempio trasformando il danno alla libertà morale (esito della minaccia) in un pericolo per la stessa (o, in altri termini, trasformando il requisito dell'effettiva idoneità coattiva della minaccia in una mera potenzialità). Così, in Cass., Sez. V, n. 2907/2013, si legge: «Irrilevante è quale fosse il concreto atteggiamento del prevenuto nel contesto di una discussione alla quale fondamentalmente non pare fosse interessato, laddove assume invece rilievo, e il giudice d'appello l'ha bene evidenziato, come la sua presenza, in quanto noto appartenente ad associazione camorristica, fratello dell'indiscusso capo del gruppo criminale, ben avrebbe potuto valere quale ulteriore mezzo di pressione sulla persona che si trovava oggetto delle violente pretese di un gruppo agguerrito e

ragioni politico-criminali di prevenzione generale, nonché quelle legalistiche di conservazione del dato normativo (al fine di evitare duplicazioni sanzionatorie, specialmente in relazione all'art 416-bis.1 c.p.), queste non giustificano un'aporia tanto evidente nel sistema.

## **2.2. Lo stalker**

Recentemente, la Cassazione riunita è stata chiamata a sciogliere un nodo interpretativo formatosi intorno all'aggravante prevista dall'art. 576 c.p., co. 1, n. 5.1), introdotta nel 2009. Quest'ultima commina la pena dell'ergastolo (in luogo della detenzione) per il delitto omicidio, qualora il fatto sia stato commesso «dall'autore del delitto previsto dall'articolo 612-bis c.p. nei confronti della stessa persona offesa». La formulazione letterale, incentrata sul mero *status* di autore del reato di atti persecutori, aveva portato allo sviluppo di due orientamenti.

Un primo orientamento<sup>30</sup> sosteneva che il reato di omicidio, aggravato ex art. 576 c.p., dovesse concorrere con il reato di atti persecutori. Le ragioni addotte erano diverse, tutte miranti a escludere un'ipotesi di concorso apparente di norme. Per quanto d'interesse in questa sede, si assumeva che non potesse configurarsi un reato complesso: l'art. 84 c.p. esclude l'applicazione delle disposizioni sul concorso di reati quando «la legge considera come elementi costitutivi, o come circostanze aggravanti di un solo reato, fatti che costituirebbero, per sé stessi, reato»; l'attenzione normativa è riposta sui “fatti”, per tali dovendosi intendere i profili oggettivi e non anche la relazione eminentemente soggettiva tra il fatto e il suo autore. D'altronde, la scelta

---

determinato a superare il limite della fisica aggressione. Esattamente, quindi è stata contestata e ritenuta l'aggravante ex art. 628 c.p. comma 3, n. 3, per la particolare gravità di un'estorsione alla quale partecipi un associato di organizzazione della pericolosità di quella operante nel territorio salernitano con alla guida il D., appartenenza che di per sé, per il solo fatto di ricollegare la pretesa violenta all'associazione per il tramite di uno degli associati, era rappresentativa di una più consistente potenzialità lesiva dell'azione estorsiva» (considerato in diritto, p.ti 22.2 e 22.3). Ciò sembra indice della sostanziale rilevanza del mero *status* al fine dell'applicazione dell'aggravante.

<sup>30</sup> Cass. Sez. I, n. 20786/2019.

legislativa di attribuire specifico rilievo, nella disciplina dell'aggravante *ex art. 576 c.p.*, comma 1, n. 5.1, alla identità del soggetto autore del delitto di atti persecutori e di quello di omicidio volontario, e non alla relazione tra i fatti commessi, sarebbe stata frutto di una consapevole modalità espressiva; la tesi troverebbe conferma nella disposizione aggravatrice immediatamente precedente, in cui è usata una formula lessicale incentrata sulle condotte lesive; in tal caso, il fatto è aggravato se commesso «in occasione della commissione di taluno dei delitti previsti dagli artt. 572, 600-*bis*, 600-*ter*, 609-*bis*, 609-*quater* e 609-*octies*»; secondo l'indirizzo in esame, l'omessa riproposizione nell'art. 576 co. 1, n. 5.1, dell'espresso riferimento al legame (quanto meno occasionale) con il reato diverso dall'omicidio (nella specie, il delitto di atti persecutori), esclude che il fatto costitutivo di detto reato sia considerato integrativo della fattispecie aggravata.

Un secondo orientamento, invece, sosteneva che il reato di omicidio, aggravato dall'aver commesso atti persecutori, assorbisse il reato di cui all'art. 612-*bis*, così configurando una tipica ipotesi di reato complesso. Tale tesi è stata accolta anche dalla Sezioni unite<sup>31</sup>. La soluzione riposa su due argomenti, il secondo dei quali merita particolare attenzione. In primo luogo, si ritiene che la formula letterale dell'aggravante consenta un richiamo al fatto di *stalking* che ha preceduto l'omicidio, come dimostrerebbero sia il richiamo all'art. 612-*bis*, sia soprattutto il riferimento alla vittima dello stesso delitto di atti persecutori; ciò sarebbe sufficiente a smentire la tesi contraria, che riteneva insussistente un richiamo al fatto. In secondo luogo, l'argomento chiave è la necessità di non consacrare in via ermeneutica un tipo d'autore; ciò avverrebbe se si desse esclusiva rilevanza allo *status* di *stalker* ai fini dell'applicazione dell'aggravante<sup>32</sup>. Secondo la Corte, «[l']omicidio volontario è pertanto aggravato, nell'ipotesi in esame, non per le caratteristiche personali del soggetto

---

<sup>31</sup> Si tratta della sent. Cass. S.U. n. 38402/2021.

<sup>32</sup> In questo senso si era già espressa la dottrina. Cfr., *ex multis*, MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale*, I, cit., p. 110.

agente, ossia l'essere un persecutore, ma per ciò che egli ha fatto, vale a dire per il fatto persecutorio commesso. Fatto che in quanto tale, e non solo per il suo significato in termini di capacità criminale del soggetto agente, è costitutivo della fattispecie astratta di un reato a questo punto complesso nella forma circostanziata»<sup>33</sup>.

In questo caso, dunque, il divieto di diritto penale dell'autore ha orientato correttamente l'interpretazione giudiziale, correggendo una formula legislativa che ben faceva supporre un nuovo tipo d'autore nel sistema.

### 2.3. Il tossicodipendente

Infine, merita di essere segnalato un contrasto giurisprudenziale, formatosi sull'art. 74 co. 3 d.P.R. n. 309/1990. Quest'ultimo prevede un'aggravante per l'associazione finalizzata al traffico illecito di stupefacenti, nel caso in cui «tra i partecipanti vi sono persone dedite all'uso di sostanze stupefacenti o psicotrope». Il dubbio concerne la possibilità di applicare l'aggravante all'associato tossicodipendente.

Nella giurisprudenza di legittimità si registrano due orientamenti, legati ad argomenti teleologici opposti. Per un primo indirizzo<sup>34</sup>, quasi isolato, l'aggravante non si applica all'associato tossicodipendente, ma solo all'associato non tossicodipendente: la *ratio* dell'aggravante consisterebbe nel tutelare il tossicodipendente, il quale verrebbe sfruttato dagli associati non tossicodipendenti per il perseguimento dei fini dell'associazione; proprio tale dato giustificerebbe l'aggravio di pena per l'associato non tossicodipendente, che approfitta dello stato altrui per trarre un vantaggio economico. La tesi, per altro, non manca di un sano realismo, posto che l'esperienza criminologica registra un'attività marginale dei tossicodipendenti all'interno delle associazioni, con mere qualifiche di *pusher*, spesso compensati con la droga

---

<sup>33</sup> *Ivi*, considerato in diritto, p.to 7.

<sup>34</sup> Cfr. Cass., Sez. VI, n. 12845/2007

stessa<sup>35</sup>. Invece, per un secondo indirizzo, maggioritario<sup>36</sup>, l'aggravante si applica (anche) all'associato tossicodipendente, perché la *ratio* sta (non già nella tutela del tossicodipendente, ma) nella maggiore pericolosità sociale di un'associazione che si avvalga anche dell'opera di tossicodipendenti.

Senonché il secondo orientamento rischia di configurare una responsabilità penale aggravata in capo all'associato tossicodipendente soltanto per il suo *status*. Se è vero che l'aggravante si applica anche agli associati non tossicodipendenti, cosicché sembra che si punisca un particolare disvalore del fatto dell'associazione, tuttavia, nell'ottica del tossicodipendente, la maggiore punizione riposa effettivamente solo su una precipua qualità personale, stante l'autonoma offensività del fatto di associazione finalizzata allo spaccio. Su queste basi è stata recentemente proposta un'eccezione d'incostituzionalità, prontamente rigettata in virtù dell'adesione al secondo orientamento<sup>37</sup>. Il dubbio che si sia in presenza di una forma di diritto penale dell'autore avrebbe, probabilmente, reso opportuno un controllo di costituzionalità della disposizione o, quanto meno, una rimessione della questione alle Sezioni unite, al fine di chiarire la corretta interpretazione della lettera della legge.

### **3. Recenti involuzioni nella configurazione del dolo. Verso l'atteggiamento interiore?**

---

<sup>35</sup> Anche la cronaca non manca di raccontare questa realtà, con sfruttamento di minori e tossicodipendenti come manovalanza di base. Cfr. ad es., tra le tristi, recenti testimonianze, l'articolo "Roma, pochi pusher: il crack al Quarticciolo lo vendono i 13enni. È caccia ai fornitori", pubblicato su [www.ilmessaggero.it](http://www.ilmessaggero.it) in data 24/04/2024.

<sup>36</sup> Cfr. Cass. Sez. IV, n. 12123/2022 e, in precedenza, Sez. VI, n. 13749/2021 e Sez. II, n. 48924/2016,

<sup>37</sup> Ciò si è riscontrato in Cass. Sez. IV, n. 12123/2022, ove il ricorrente lamentava, tra i motivi di ricorso, l'omessa considerazione del motivo di appello con cui era stata sollevata questione di legittimità costituzionale: ad avviso del ricorrente, l'ipotesi normativa «configurerebbe una "colpa d'autore", espunta dal nostro ordinamento perché in violazione delle disposizioni degli artt. 3, 25 e 27 Cost. e dei principi generali di uguaglianza, legalità e rieducazione della pena. Dallo stato di tossicodipendenza dei compartecipi [...] deriverebbe un aumento di pena collegato ad un disvalore aggiuntivo non connesso a questioni fattuali, bensì a considerazioni di natura soggettiva del reo, avulse da ogni analisi della sua effettiva pericolosità».

Una concetto che, nell'elaborazione giurisprudenziale, corre il rischio di uno slittamento verso forme di diritto penale dell'autore è quello del dolo. Alla rappresentazione e volontà del fatto, quali elementi costitutivi dell'elemento psicologico, viene sempre più affiancato il rilievo di emozioni e moventi; in tal modo, tuttavia, si assiste ad una soggettivizzazione dell'illecito penale e ad una deviazione verso il modello del diritto penale dell'atteggiamento interiore.

Questo processo, come si tenterà di illustrare, porta a sfumare le stesse categorie dogmatiche tradizionali; così, l'atteggiamento interiore sembra individuare un nuovo *trait d'union* tra forme di dolo generico, di dolo eventuale e di dolo specifico.

### 3.1 Dolo generico “specificizzato”

Diverse fattispecie incriminatrici a dolo generico hanno subito una torsione dell'elemento psicologico. Possono ricordarsi le interpretazioni offerte in tema di lesioni mediche, di atti sessuali e di detenzione di materiale pedopornografico.

Il primo ambito è stato segnato, da ultimo, dalla nota pronuncia delle Sezioni unite “Giulini” del 2009<sup>38</sup>: in sintesi, in caso di intervento terapeutico effettuato nel rispetto delle *leges artis*, in assenza del previo consenso del paziente, il dolo di lesioni non si configura se sussiste una finalità terapeutica nel medico, in caso di esito infausto dell'intervento; se l'esito è fausto, invece, viene a mancare a monte lo stesso elemento oggettivo tipico della malattia.

---

<sup>38</sup> Cass., sez. un., ud. 18/12/2008, dep. 21/01/2009, n. 2437, su cui, per alcune riflessioni, si segnalano FIANDACA, *Luci ed ombre della pronuncia a sezioni unite sul trattamento medico-chirurgico arbitrario - Nota a Cass. pen. sez. un., 18/12/2008, (ud. 18/12/2008, dep. 21/01/2009), n.2437*, in *Foro it.*, 6, 2009, 306 ss. e VIGANÒ, *Omessa acquisizione del consenso informato del paziente e responsabilità penale del chirurgo: l'approdo (provvisorio?) delle sezioni unite*, in *Cass. pen.*, 5, 2009, 1811 ss. Questa sentenza ha portato a compimento il lento e articolato percorso giurisprudenziale in tema di responsabilità medica, iniziato negli anni '90, su cui si era soffermato approfonditamente VIGANÒ, *Profili penali del trattamento chirurgico eseguiti senza il consenso del paziente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 2004, 141 ss. Per una diversa prospettiva, maggiormente attenta alla fattispecie oggettiva (specie in relazione al trattamento arbitrario con esito infausto) mediante la valorizzazione delle teorie dell'imputazione oggettiva dell'evento, cfr. MASARONE, *Profili di rilevanza penale del trattamento medico-chirurgico arbitrario*, in *Crit. dir.*, 1-3, 2010, 25 ss. (spec. 36 ss.).

Nell'accogliere una nozione funzionale di malattia ai fini della configurazione del reato di lesioni, la suprema Corte offre alcuni brevi considerazioni sul risvolto dell'elemento psicologico: da un lato, si osserva come il dolo abbraccia non solo l'alterazione anatomica cagionata, ma anche la conseguenziale alterazione per il benessere del paziente<sup>39</sup>; dall'altro, si afferma una "logica incoerenza" tra la condotta volta a fini terapeutici e il dolo di lesioni (posto che la malattia è la conseguenza peggiorativa della salute, incompatibile con il fine terapeutico)<sup>40</sup>. La Corte rigetta così implicitamente la tesi giurisprudenziale, considerata nella prima parte motiva della sentenza<sup>41</sup>, la quale affermava che in tal modo si sarebbe configurato un dolo specifico, non richiesto dalla norma.

L'orientamento delle Sezioni unite è stato variamente ribadito nel corso degli ultimi anni<sup>42</sup>. Tuttavia, la migliore prova del cedimento verso il rilievo dell'atteggiamento interiore è offerta proprio da queste ultime pronunce: il fattore determinante per la configurazione (non già dell'elemento oggettivo della "malattia", bensì del solo elemento psicologico) è stato individuato, volta a volta, nella motivazione che animava il medico; ciò è avvenuto a dispetto delle pur contestuali negazioni di trasformazione del dolo generico in dolo specifico<sup>43</sup>. Così, il dolo è stato ritenuto integrato laddove il medico avesse agito

---

<sup>39</sup> *Ivi*, p.to 8, motivazione in diritto.

<sup>40</sup> *Ivi*, p.to 9, motivazione in diritto.

<sup>41</sup> *Ivi*, p.to 3, motivazione in diritto, ove si richiama l'orientamento di Cass., Sez. IV, n. 28132/2001.

<sup>42</sup> Possono ricordarsi, tra le difese maggiormente vigorose, le pronunce della Cass., Sez. IV, n. 34521/2010 (che, nella sua particolarissima impostazione, affronta il tema nelle seguenti parti motive: sez. II, p.to 6, lett. C) e sez. III, p.to 3), Sez. V, n. 16678/2015 (considerato in diritto, p.to 5); Sez. I, n. 14776/2017 (considerato in diritto, p.to 11.2); Sez. VI, n. 18944/2022 (considerato in diritto, p.to 4.2).

<sup>43</sup> Emblematica è l'affermazione contenuta in Cass. Sez. V, n. 16678/2015 poc'anzi citata, secondo cui: «In questa maniera non si trasforma il reato di cui all'art. 582 cod. pen., pacificamente a dolo generico, in reato a dolo specifico, come opinato nella sentenza impugnata e da taluni commentatori, giacché la "specificità" attiene ai motivi dell'agere e agli scopi dell'agente, mentre, nella specie, la finalità curativa pone la volontà del medico in rapporto di contraddizione con l'evento tipico. Egli, infatti, non vuole né accetta di procurare una "malattia", anche se la prevede o può prevederla; opera ugualmente, per obbligo professionale e perché "costretto" dalla natura del male che è chiamato a curare. In ciò sta, infatti, la fondamentale differenza tra il medico e qualsiasi volgare attentatore alla incolumità altrui [...], salvo poi aggiungere che gli insegnamenti delle Sezioni Unite valgono «[...] alla fondamentale condizione - più volte espressa e che qui viene ulteriormente rimarcata - che l'opera del medico sia inequivocabilmente sorretta da un "finalismo curativo" non inquinato da scopi e interessi diversi, come sono quelli rimarcati nella sentenza impugnata (scopi di lucro, di carriera, o sperimentali, che vanno -

per fini di “lucro”, di “affermazione personale e professionale”, di “prestigio”, “sperimentali” o “per altri fini altrimenti speculativi”. Non a caso, anche la dottrina che ha accolto con favore, in buona parte, l’impianto argomentativo della giurisprudenza ha necessità di ricordare che il dolo di lesioni resta generico<sup>44</sup>: *excusatio non petita*...

Il secondo ambito tradizionalmente caratterizzato da uno scivolamento verso l’atteggiamento interiore è quello della definizione degli “atti sessuali”, rilevanti ai fini della configurazione dei reati previsti dagli artt. 612-*bis* ss. c.p.; questi ultimi, com’è noto, hanno sostituito nel 1996 gli artt. 519 ss. c.p. La riforma legislativa non ha eliminato i dubbi ermeneutici che, dapprima legati al concetto di ‘atti di libidine’, si sono poi trasferiti sulla nozione di atti sessuali. Così, sono sopravvissuti nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale due orientamenti<sup>45</sup>: da un lato, vi è chi propugna una lettura oggettiva, per cui la sessualità dell’atto va determinata alla luce delle scienze mediche-psicologiche e delle scienze antropologiche-sociologiche<sup>46</sup> (ferma restando la necessità della

---

comunque - pur sempre provati), i quali, se sussistenti, inciderebbero proprio sulla fonte di legittimazione dell’attività medica».

<sup>44</sup> È stato affermato che «la norma non richied[e], conviene ribadirlo, alcun dolo specifico sub specie di *animus nocendi* o simili»: in questi termini, VIGANÒ, *Omessa acquisizione del consenso informato del paziente e responsabilità penale del chirurgo: l’approdo (provvisorio?) delle sezioni unite*, cit., 1829. Per altro, occorre segnalare come una parte della dottrina (riconosca e) accolga favorevolmente l’impianto soggettivizzante in tema di trattamenti medici arbitrari, enfatizzando la portata dei moventi: cfr. CAPPELLINI, *L’orizzonte del dolo nel trattamento medico arbitrario. Un’indagine giurisprudenziale*, in *Riv. it. med. leg.*, 3, 2016, 933 ss. (spec. 951, 955 ss.). Bisogna pure far presente come l’intervento della l. n. 219/2017, sul consenso informato, abbia lasciato irrisolti i principali problemi in esame; per un commento (fermamente contrario alla centralità della finalità terapeutica per la configurazione del dolo), cfr. PIRAS, *L’atto medico senza il consenso del paziente. A dieci anni dalle Sezioni unite e dopo la legge 219 del 2017*, in *Sistema penale*, 11, 2019, 11 ss. (spec. 16 ss.)

<sup>45</sup> Per una sintetica ma efficace ricostruzione, cfr. ROMANO B., *Delitti contro la sfera sessuale della persona*, Milano, 2022, pp. 106–111.

<sup>46</sup> In dottrina, cfr. MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale*, 1, cit., p. 429 ss. All’interno dell’orientamento oggettivo, per altro, convivono dei sotto-indirizzi, che non possono essere approfonditi in questa sede; per un’illustrazione, cfr. CAPPAL, *La qualificazione delle «violenze» prive di un contatto «corpore corpori» alla prova della recente giurisprudenza in tema di atti sessuali*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 2, 2017, 43 ss. Per una recente, pregevole analisi a favore del rilievo dell’atto sessuale in termini rigorosamente oggettivi, cfr. BEGUINOT, *I reati contro la sfera sessuale della persona al tempo di Internet, tra criticità tradizionali ed esigenze di prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3, 2023, spec. 1006 ss. In passato, aveva apportato efficaci critiche contro gli orientamenti soggettivistici in tema di atti sessuali PICOTTI, *Il dolo specifico: un’indagine sugli «elementi finalistici» delle fattispecie penali*, Milano, 1993, p. 139 ss. (spec. 150). In giurisprudenza, tra le affermazioni più recenti, può ricordarsi Cass., Sez. III, n. 10923/2019, considerato in diritto, p.to 3.1, secondo cui «ai fini dell’integrazione dell’elemento soggettivo del reato di violenza sessuale, non è necessario che la

rappresentazione e volontà del carattere sessuale dell'atto, da parte dell'autore, ai fini dell'integrazione del dolo); tuttavia, dall'altro, una minoranza non irrilevante afferma un'interpretazione soggettiva, per cui è sessuale l'atto soggettivamente orientato all'eccitamento o allo sfogo dell'impulso sessuale dell'autore, senza rilievo degli atti ispirati da altri moventi (es.: affetto, simpatia, etc.)<sup>47</sup>. In tal modo, il dolo si connota di sfumature emotive, che rischiano di trasformarlo in una ipotesi tipica di *Gesinnung*.

Un ulteriore esempio è offerto dal reato di accesso a materiale pedopornografico, previsto all'art. 600-*quater* co. 3 c.p. È necessario ricordare come l'art. 600-*quater* preveda due diverse fattispecie incriminatrici. Al co. 1, è prevista la condotta di chi, al di fuori delle ipotesi di cui all'articolo 600-*ter* c.p., *consapevolmente* si procura o detiene materiale pornografico realizzato utilizzando minori degli anni diciotto; al co. 3, invece, si minaccia di pena chi, fuori dei casi di cui al primo comma, mediante l'utilizzo della rete internet o di altre reti o mezzi di comunicazione, accede 'intenzionalmente' e senza giustificato motivo a materiale pornografico realizzato utilizzando minori degli anni diciotto.

---

condotta sia specificamente finalizzata al soddisfacimento del piacere sessuale dell'agente, essendo sufficiente che questi, indipendentemente dallo scopo perseguito, sia consapevole della natura oggettivamente sessuale dell'atto posto in essere volontariamente, ed in particolare del suo carattere invasivo o lesivo della libertà sessuale della persona offesa non consentiente».

<sup>47</sup> In dottrina, cfr. ancora recentemente FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale. Vol. 2, tomo I - I delitti contro la persona*, VI ed., Torino, 2024, pp. 332–335, che mirano ad «attribuire una corretta collocazione agli impulsi e alle intenzioni soggettive dell'autore del fatto»; ANTOLISEI, GROSSO, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, XVI ed., Milano, 2016, p. 227, secondo cui è sessuale “ogni sfogo dell'appetito di lussuria”; MARINI, *Delitti contro la persona*, II ed., Torino, 1996, p. 296, secondo cui gli atti devono essere «[...] legati a motivazioni e/o pulsioni erotiche [...]». In giurisprudenza, questo orientamento è stato affermato anche a seguito della riforma del 1996; tra le ultime pronunce, particolarmente decisa è la presa di posizione in Cass., Sez. V, n. 11598/2010, ove si legge che «ai fini della definizione di “atti sessuali” di cui all'art. 609-*bis* c.p. non è indispensabile il requisito del contatto fisico diretto con il soggetto passivo, ma è sufficiente che l'atto abbia oggettivamente coinvolto la corporeità sessuale della persona offesa e sia finalizzato ed idoneo a compromettere il bene primario della libertà dell'individuo nella prospettiva dell'agente di soddisfare od eccitare il proprio istinto sessuale». Anche nella giurisprudenza di merito riecheggia detta tesi; recentemente, cfr. ad es. le note critiche di SICIGNANO, *La cd. «palpata breve» nella violenza sessuale, tra fattispecie oggettiva ed elemento soggettivo. Nota a Trib. Roma, sez. V penale, 6/7/2023*, in *Dir. pen. proc.*, 3, 2024, 374 ss., spec. 378–379.

Al di là della dominante opinione dottrinale relativamente al contrasto della disposizione con il principio di offensività<sup>48</sup>, preme sottolineare come la giurisprudenza abbia surrettiziamente reso rilevanti delle forme di atteggiamento interiore nel dolo della fattispecie. Una recente pronuncia<sup>49</sup> incentra il fulcro della illiceità sul fine perseguito dall'autore (escludendo il dolo qualora si acceda ai *files* “per curiosità”, viceversa ritenendolo sussistente in caso di finalità di condivisione del materiale pedopornografico, secondo il più classico diritto penale della volontà)<sup>50</sup>. È da evidenziare anche come tanto l'art. 600-*quater* co.1 (reato per cui c'era stata condanna nel grado di giudizio precedente) quanto l'art. 600-*quater* co. 3 (reato per cui si ricorreva in Cassazione, chiedendo la riqualificazione del fatto) non contengono elementi strutturali che facciano emergere il dolo specifico. Mediante una particolare operazione ermeneutica, in realtà, i giudici hanno cercato un modo per incriminare l'autore (detentore di materiale pedopornografico) *a cui piaccia* la

---

<sup>48</sup> Cfr. ancora recentemente, per entrambe le fattispecie, CAROLI, *Quando guardare un reato. Accesso intenzionale a materiale pedopornografico e novità normative in materia di reati sessuali nei confronti di minori*, in *Dir. pen. proc.*, 7, 2022, 973 ss.-spec. 978–980. FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale. Vol. 2, tomo I - I delitti contro la persona*, cit., p. 239. In relazione alla detenzione (ma ciò ci sembra valido *a fortiori* per l'accesso), cfr. DELSIGNORE, *L'incriminazione della detenzione di materiale pedopornografico (art. 660-*quater* c.p.)*, in *Trattato di diritto penale*, a cura di CADOPPI, CANESTRARI, MANNA, PAPA, Milano, 2022, p. 5891 ss; CADOPPI, *Sub art. 600quater*, in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia; aggiornata alle legge n. 38 del 2006*, IV ed., Padova, 2006, p. 229; COCCO, *Può costituire reato la detenzione di pornografia minorile?*, cit., p. 863 ss.; FLORA, *Verso un diritto penale del tipo d'autore?*, cit., pp. 566–567; MAUGERI, *I reati sessualmente connotati e diritto penale del nemico*, cit., p. 43 ss.; PADOVANI, *Legge 3/8/1998 n. 269 Norme contro lo sfruttamento della prostituzione, della pornografia, del turismo sessuale in danno di minori, quali nuove forme di riduzione in schiavitù. Art. 1: Modifiche al codice penale*, in *Leg. pen.*, 1/2, 1999, 53–55. *Contra*, afferma l'offensività della fattispecie di detenzione MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale, I*, cit., p. 567 ss.

<sup>49</sup> Si fa riferimento a Cass. Sez. III, n. 36572/2023.

<sup>50</sup> Il termine ‘consapevolmente’, di cui al co.1, viene interpretato come una sorta di movente qualificato: «[...] al fine di scongiurare il rischio che un utente ignaro che, per caso fortuito o per mera curiosità si trovi ad accedere ad una chat dai contenuti penalmente rilevanti o nella quale gli stessi siano stati solo occasionalmente immessi, sia chiamato a rispondere in via automatica del reato in contestazione, è la consapevolezza della sua partecipazione ad una chat che presenti contenuti integranti la violazione del relativo un precetto penale, e dunque costituita *allo specifico fine di condividere materiale pedopornografico*»; è così necessaria la «la dimostrazione di siffatta consapevolezza, che rileva sul piano dell'elemento psicologico del delitto ex art. 600-*quater* comma 1 c.p.» [considerato in diritto, p.to 1]. Che, invece, il dolo del reato sia generico, tutt'al più intenzionale, è assunto ampiamente condiviso in dottrina: cfr. ROMANO B., *Delitti contro la sfera sessuale della persona*, cit., p. 221; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale. Vol. 2, tomo I - I delitti contro la persona*, cit., p. 241; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale, I*, cit., p. 570.

pedopornografia, piuttosto che il fatto in sé della detenzione o dell'accesso; ciò costituisce un riflesso, nella prassi, delle osservazioni da tempo portate in dottrina, secondo cui l'art. 600-*quater* c.p. mira a colpire le perversioni di un autore, in quanto "nemico"<sup>51</sup>.

### 3.2 Dolo eventuale

La Corte di cassazione riunita, nella nota sentenza n. 38343/2014 sul caso Thyssenkrupp, ha offerto delle fondamentali indicazioni sul dolo eventuale, differenziandolo dalla colpa cosciente.

Non occorre, in questa sede, ripercorrere l'articolata e complessa motivazione che ha condotto alla soluzione ermeneutica prescelta dal Giudice di legittimità, né tantomeno il denso dibattito dottrinale che l'ha preceduta<sup>52</sup>. Piuttosto, bisogna sottolineare come la ricerca di un sostrato ontologico del dolo, quale massima adesione psichica all'evento, ha portato la Corte a rendere rilevanti, in qualche misura, dei momenti emotivi, specie in relazione al dolo eventuale.

Si registra una certa ambiguità. Da un lato, si nega la rilevanza, sul piano sostanziale, degli stati d'animo<sup>53</sup>. Dall'altro, tuttavia, si attribuisce un ruolo «cruciale» alla valutazione dei motivi che hanno animato l'agente<sup>54</sup>, nonché

---

<sup>51</sup> Cfr. PISTORELLI, *L'attenzione spostata sulla perversione del reo*, in *Guida al diritto - il sole 24 ore*, 9, 2006, 51 ss.; CADOPPI, *L'assenza di cause di non punibilità mette a rischio le buone intenzioni*, in *Guida al diritto - il sole 24 ore*, 9, 2006, 40 ss.

<sup>52</sup> Per delle efficaci sintesi del dibattito antecedente alla pronuncia, si segnalano PULITANÒ, *I confini del dolo. Una riflessione sulla moralità del diritto penale*, cit.; DONINI, *Il dolo eventuale: fatto-illecito e colpevolezza. Un bilancio del dibattito più recente*, cit.

<sup>53</sup> «Non rilevano invece, in quanto tali, gli atteggiamenti della sfera emotiva, gli stati d'animo. L'ottimismo ed il pessimismo, la speranza, naturalmente, non hanno un ruolo significativo nell'indagine sull'atteggiamento interno in rapporto alla direzione della condotta verso l'offesa del bene giuridico. Risulta però spesso interessante comprendere le ragioni che hanno determinato la speranza o altro atteggiamento emotivo. E dunque non può neppure dirsi che la considerazione della sfera emotiva sia del tutto estranea al nostro tema» (considerato in diritto, p.to 50). Ancora, si legge «come si è ripetutamente enunciato, gli stati affettivi, emozionali, l'ottimismo, il pessimismo, sono in linea di principio assai poco influenti ed anzi, secondo molti, irrilevanti» (considerato in diritto, p.to 51.10).

<sup>54</sup> Così in considerato in diritto, p.to 51.6

all'emozione (speranza, pessimismo, etc.) che ha accompagnato l'azione<sup>55</sup>; non va sottaciuto come un certo rilievo sia attribuito anche alla personalità dell'autore<sup>56</sup>.

L'ambiguità viene solo in parte superata ove si presti mente alla distinzione dogmatica tra *ratio essendi* e *ratio cognoscendi*: si dice comunemente come non possa confondersi il problema dell'essenza del dolo (eventuale) con quello della sua prova e, in particolare, degli indizi ("indicatori", nel linguaggio della Corte) che inducono a ritenerlo sussistente<sup>57</sup>. In verità, non si coglie come, in assenza di una reale nozione sostanziale di dolo (in sentenza il dolo eventuale si riduce alla "consapevole adesione all'evento", a un atteggiamento psicologico solo "assimilabile alla volontà", una "volontà per analogia"), si possa frammentare il problema della sussistenza e della prova del dolo<sup>58</sup>; perciò, la valorizzazione di aspetti emotivi condiziona il modo stesso

---

<sup>55</sup> «Senza dubbio l'ottimismo o il pessimismo, la rimozione, il chiudere gli occhi, gli stati affettivi in generale, non risolvono il problema del dolo eventuale. Non è tuttavia privo di interesse tentare di cogliere se e quale iter abbia condotto ad un atteggiamento fiducioso. Il caso Oneda è tipico. I genitori, oltre a non augurarsi per nulla la morte della figlia, avevano maturato la speranza che gli interventi autoritativi imponessero i trattamenti salvavita, evitando loro condotte ritenute peccaminose» (considerato in diritto, p.to 51.10)

<sup>56</sup> Specialmente ai punti 51.3 e 51.9 della motivazione. Nel primo, si legge «[...] La personalità, esaminata in concreto e senza categorizzazioni moralistiche, può mostrare le caratteristiche dell'agente, la sua cultura, l'intelligenza, la conoscenza del contesto nel quale sono maturati i fatti; e quindi l'acquisita consapevolezza degli esiti collaterali possibili. Insomma, essa ha un peso indiscutibile, soprattutto nell'ambito del profilo conoscitivo del dolo». Nel secondo, la valorizzazione del contesto lecito o illecito in cui si è svolto il fatto contribuisce a indiziare il giudizio sulla sussistenza del dolo; la Corte si mostra consapevole del rischio che, in tal modo, il giudizio si tramuti in un giudizio sull'autore: «Una situazione illecita di base indizia più gravemente il dolo, mentre un contesto lecito solitamente mostra un insieme di regole cautelari ed apre la plausibile prospettiva dell'errore commesso da un agente non disposto ad accettare fino in fondo conseguenze che lo collocano in uno stato di radicale antagonismo rispetto all'imperativo della legge, tipico del dolo. Naturalmente tale criterio, al pari del resto di tutti gli altri cui si è fatto riferimento, va utilizzato con cautela, ed in accordo con le altre emergenze del caso concreto. Qui si tratta, in particolare, di evitare che il giudizio sulla colpevolezza per il fatto concreto possa nascondere un giudizio sul tipo d'autore». Queste deviazioni indiziarie dal fatto all'autore non sembrano aver impensierito molto la dottrina; in senso adesivo, cfr. FIANDACA, *Le Sezioni Unite tentano di diradare il «mistero» del dolo eventuale. Nota a Cass. pen., Sez. Unite, 18 settembre 2014, n. 38343*, cit., p. 1950. In passato, contro questa posizione ci sembrano porsi le parole di CANESTRARI, *La definizione legale del dolo: il problema del dolus eventualis*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3, 2001, 927-928.

<sup>57</sup> Particolarmente attento a questo profilo critico, mosso da un'apprezzabile motivazione garantistica, è il contributo di RONCO, *La riscoperta della volontà nel dolo. Nota a Cass. pen., Sez. Unite, 18 settembre 2014, n. 38343*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4, 2014, 1953 ss. (spec. 1968-1969).

<sup>58</sup> Una simile considerazione è presente anche in C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale*, cit., pp. 295-296 (spec. nt. 2).

in cui il dolo eventuale viene configurato nella concreta applicazione del diritto e, in definitiva, la sua stessa sostanza.

Per altro, non sono mancate perplessità legate alla concreta utilità di un indicatore “emotivo” di un’entità “interiore”, essendo le emozioni non direttamente conoscibili al pari del dolo stesso<sup>59</sup>; ciò ha comportato la proposta di espunzione del dolo eventuale per indeterminatezza, in ragione della sua “scarsa afferrabilità empirica”<sup>60</sup>.

### 3.3 Il dolo specifico tra tendenze restrittive ed espansive

Il dolo specifico, com’è noto, costituisce la forma di dolo per cui la stessa legge esige, oltre alla coscienza e volontà del fatto materiale, che il soggetto agisca per un fine particolare; quest’ultimo sta oltre il fatto materiale tipico, onde il conseguimento di tale fine non è necessario per la consumazione del reato<sup>61</sup>.

Da tempo la dottrina osserva come, mediante il dolo specifico, assumano rilievo «il fine, l’intenzione, i motivi, l’atteggiamento interiore, la *Gesinnung* e gli stessi impulsi dell’agente»<sup>62</sup>. Perciò, la storia del dolo specifico è la storia della costante frizione con un diritto penale a vocazione oggettiva e dei tentativi

---

<sup>59</sup> Cfr. FIANDACA, *Le Sezioni Unite tentano di diradare il «mistero» del dolo eventuale. Nota a Cass. pen., Sez. Unite, 18 settembre 2014, n. 38343*, cit., p. 1948. Si esprime contro il *dictum* della Cassazione, ma per un diverso motivo (perché speranza e volontà non sono coincidenti ontologicamente) anche RONCO, *La riscoperta della volontà nel dolo. Nota a Cass. pen., Sez. Unite, 18 settembre 2014, n. 38343*, cit., p. 1969.

<sup>60</sup> FIANDACA, *Le Sezioni Unite tentano di diradare il «mistero» del dolo eventuale. Nota a Cass. pen., Sez. Unite, 18 settembre 2014, n. 38343*, cit., p. 1952.

<sup>61</sup> Per questa definizione, già MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 319. Per delle approfondite analisi, attente ai profili di carattere storico e sistematico, possono ricordarsi gli studi di PICOTTI, *Il dolo specifico: un’indagine sugli «elementi finalistici» delle fattispecie penali*, cit., *passim*; GELARDI, *Il dolo specifico*, Padova, 1996, *passim*.

<sup>62</sup> In questi termini, già SGUBBI, *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio*, cit., p. 232. Quest’ultimo, nel prosieguo, offre degli istruttivi spunti di riflessione anche su casi avrebbero potuto essere definiti di dolo generico “specificizzato”, nella nomenclatura proposta al par. 3.1; dell’opera, ormai classica, resta ancora vivo l’insegnamento relativo all’attenzione metodologica al momento ermeneutico, quale occasione di emersione di forme di diritto penale dell’autore.

di arginarne le derive soggettivistiche<sup>63</sup>. Nella prassi, questa tensione si è manifestata limpidamente; così, convivono orientamenti che cercano di restringere, per quanto possibile, gli esiti soggettivistici e orientamenti che, invece, sembrano andare nel senso opposto.

Partendo dal primo gruppo, è particolarmente meritoria l'opera ermeneutica svolta in relazione alla finalità di terrorismo, caratterizzante la maggior parte dei delitti di attentato. La giurisprudenza ha inteso, a chiare lettere e in più occasioni, evitare che l'art. 270-*sexies* c.p. potesse divenire il viatico attraverso cui dare spazio al diritto penale dell'atteggiamento interiore<sup>64</sup>. Così, da un lato, si afferma (seppur incidentalmente) il requisito oggettivo della idoneità dell'azione al fine quale «profilo strutturale dei casi di dolo specifico»<sup>65</sup>; dall'altro, si interpreta restrittivamente la finalità di «costringere i pubblici poteri a compiere o astenersi dal compiere un qualsiasi atto»: al concetto è data una dimensione necessariamente macroscopica, anche al fine di evitare che ogni azione politicamente motivata possa portare a integrare la finalità in parola<sup>66</sup>. È comunque opportuno precisare come questo tentativo non abbia sempre persuaso la dottrina<sup>67</sup>.

---

<sup>63</sup> In relazione al dolo specifico e ai relativi rischi, ancora attuali ed istruttive sono le pagine di MAZZACUVA N., *Il disvalore di evento nell'illecito penale: l'illecito commissivo doloso e colposo*, cit., p. 219 ss. (spec. 223 ss.).

<sup>64</sup> Ad esempio, Cass. sez. VI, n. 28009/2014 asseritamente conduce una interpretazione volta a evitare «un diritto penale dell'intenzione e del tipo d'autore». La pronuncia in parola ha costituito un punto di riferimento per le sentenze dell'ultimo decennio in tema di terrorismo, che spesso si sono limitate a richiamarne i principii ermeneutici. Altrettanto enuncia, più di recente, Cass., sez. I, n. 25158/2022, che mira a evitare la configurazione di un diritto penale dell'atteggiamento interiore, ove l'incriminazione riposerebbe, nelle parole della Corte, solo sul 'desiderio' politico dell'agente. Una parte della dottrina, d'altronde, in tema di terrorismo riconosce ormai (con certa rassegnazione) alla magistratura un ruolo di «conservazione dei limiti costituzionali e sovranazionali» (in questi termini, PELISSERO, *La legislazione antiterrorismo. Il prototipo del diritto penale del nemico tra garanzie e rischi di espansione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2020, 770). Altra parte della dottrina, invece, ha sottolineato come, in alcuni casi, la giurisprudenza abbia proceduto a una «dilatazione applicativa» della fattispecie, con il rischio di «svuotamento» dei requisiti costitutivi, mediante il ricorso a «motivazioni apparenti»: cfr. CAVALIERE, 270-*sexies*, in *Codice penale*, a cura di PADOVANI, vol. I, VII ed., Milano, 2019, pp. 1818–1819.

<sup>65</sup> Cass., sez. VI, n. 28009/2014, considerato in diritto, pt. 4.1 e 4.6.

<sup>66</sup> Cass. sez. VI, n. 28009/2014, considerato in diritto, p.tp 4.4

<sup>67</sup> Cfr., ad es., le notazioni critiche di MASARONE, *Associazione con finalità di terrorismo e custodia cautelare in carcere*, in *Dir. pen. proc.*, 4, 2021, 510 ss., spec. 517-518.

### 3.3.1. (segue) i recenti arresti delle Sezioni Unite

Maggior perplessità, invece, suscitano altre sentenze, caratterizzate da una tendenza espansiva del dolo specifico, nell'ottica di una maggiore pregnanza dei moventi. Possono ricordarsi le recenti pronunce delle Sezioni unite in materia di finalità di profitto nel reato di furto<sup>68</sup> e di finalità di agevolazione mafiosa, prevista, quale aggravante, dall'art. 416-bis.1 c.p.<sup>69</sup>

La prima pronuncia interviene a dirimere un contrasto le cui radici sono antiche<sup>70</sup>. Infatti, il profitto, che costituisce la finalità che anima l'agente nei delitti di furto e di appropriazione indebita, può essere inteso in due modi: o in un'accezione strettamente economica, quale accrescimento del patrimonio del reo, ovvero in senso più ampio, come comprensivo di qualsiasi vantaggio, utilità e godimento, inclusa la soddisfazione di ordine psicologico, estetico, erotico, etc.

Anche questa seconda interpretazione assume graduazioni diverse: così, tra quanti ammettono la concezione estensiva, non manca chi osserva che è pur sempre necessario conservare una nota di patrimonialità, sia pur latamente concepita<sup>71</sup>. A risultati sostanzialmente analoghi giunge una terza tesi, per la quale costituirebbe profitto ogni incremento della capacità strumentale del patrimonio di soddisfare un bisogno umano, materiale o spirituale (economico, affettivo, religioso, artistico, letterario, scientifico, solidaristico, erotico etc.); il fine patrimoniale di profitto non sussiste, pertanto, se il vantaggio non è patrimoniale (avendo il reo agito per un intento di vendetta, dileggio, disprezzo, ludismo, etc.)<sup>72</sup>. Il necessario sostrato patrimoniale della nozione di profitto si

---

<sup>68</sup> Cass. S.U. n. 41570/2023. Si segnala il commento di AMARELLI, *Le sezioni unite dilatano il dolo specifico nel delitto di furto: un caso di cripto-analogia in malam partem con effetti irragionevoli?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 2024, 179 ss., nonché VALENTE BAGATTINI, *Le Sezioni Unite sul fine di profitto nel delitto di furto*, in *Dir. pen. proc.*, 4, 2024, 478 ss.

<sup>69</sup> Cass. S.U. n. 8545/2019

<sup>70</sup> Riportano indietro il contrasto sino al diritto romano FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale. Vol. 2, tomo I - I delitti contro la persona*, cit., p. 37.

<sup>71</sup> Così Ivi, p. 38.

<sup>72</sup> Per tale definizione, MANTOVANI F., *Diritto penale. 2: Parte speciale Delitti contro il patrimonio*, VIII ed., Milano, 2021, p. 43.

afferma per evitare che il dolo specifico venga a confondersi con il movente, di qualunque genere, del reo; ciò ne tradirebbe la funzione selettiva e limitatrice della punibilità.

Le Sezioni riunite accolgono la nozione ampia del profitto. Tuttavia, procedono a una forma di delimitazione, su cui è opportuno soffermarsi. Secondo la Corte, «il profitto rilevante, quale connotato della specifica direzione della volontà che va a svolgere un'ulteriore funzione delimitatrice rispetto al mero profilo oggettivo della condotta di sottrazione e di impossessamento, è quello che, indipendentemente dalla sua idoneità ad essere apprezzato in termini monetari, viene tratto immediatamente dalla costituzione dell'autonoma signoria sulla *res* e non quello che può derivare attraverso ulteriori passaggi dall'illecito»<sup>73</sup>. In altri termini, il *discrimen* tra ciò che è profitto e ciò che tale non è passa per l'alternativa “vantaggio immediato” o “vantaggio mediato”; nella stessa pronuncia, come esempio di vantaggio mediato, si riporta la classica ipotesi del militare che ruba al solo scopo di farsi espellere dal corpo militare nel quale era stato arruolato.

Tuttavia, il criterio selettivo presta il fianco ad almeno una critica, ove si presti mente al caso *sub iudice*. In particolare, un soggetto strappava di mano il cellulare alla fidanzata; il gesto, secondo i giudici di merito, era da ricondurre a un movente di ritorsione e di dispetto nei confronti della donna, dopo che quest'ultima aveva chiamato i carabinieri, richiedendone l'intervento a seguito di una lite; l'imputato, per altro, non avrebbe usato il cellulare successivamente, in ragione dell'immediato intervento delle forze dell'ordine, il che genera incertezze anche maggiori sulla finalità reale dell'autore.

In questo caso, le Sezioni unite ritengono che sussista il fine di profitto, ottenendo il reo un vantaggio immediato dall'appropriazione della *res*. Sennonché, appare evidente come il criterio possa essere manipolato arbitrariamente: il vantaggio, nel caso in esame, ben potrebbe essere ritenuto

---

<sup>73</sup> Cass. S.U. n. 41570/2023, p.to 2.3.

“mediato” (con conseguente esclusione del dolo specifico) in ragione del fatto che l'utilità finale, avuta di mira dal reo, poteva ad esempio consistere nel riavvicinare il rapporto affettivo di coppia, sebbene in maniera distorta (in specie, costringendo la donna a cercare il reo per riavere indietro il cellulare). D'altronde, il caso giudicato è attiguo a quello proposto in dottrina per escludere il dolo specifico, in ragione dell'assenza di qualsivoglia patrimonialità: si fa riferimento al caso dell'amante che sottrae il biglietto aereo alla *partner* allo scopo non di utilizzarlo personalmente, bensì di impedirle di partire<sup>74</sup>.

Insomma, dietro i concetti di vantaggio immediato o mediato, derivante dalla *res* all'autore della sottrazione, si nasconde una sorta di analisi psicologica del tutto incerta, dai risultati arbitrari<sup>75</sup>; più che individuare un'accettabile nozione di profitto (avuto di mira dal reo), la tesi accolta rischia di portare il giudice a distinguere, in concreto, tra autori dalla volontà condivisibile (come l'essere esonerato dal servizio militare) e autori dalla finalità non condivisibile (essere dispettoso o ritorsivo, geloso etc.), prescindendo da un reale collegamento con la *res*. A fronte di queste possibili distorsioni del dolo specifico, sarebbe forse opportuno prediligere la tesi restrittiva<sup>76</sup>.

---

<sup>74</sup> L'esempio è proposto in FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale. Vol. 2, tomo I - I delitti contro la persona*, cit., p. 38.

<sup>75</sup> Si è anzi precisamente sostenuto che, accogliendo l'accezione lata del fine di profitto, «il fenomeno sembra somigliare non poco ai profili della vecchia *Gesinnung*»: così, CARMONA, *Il fine di profitto nel delitto di furto. Presupposti «culturali» e struttura normativa*, Milano, 1983, p. 21 ss. In senso parzialmente diverso AMARELLI, *Le sezioni unite dilatano il dolo specifico nel delitto di furto: un caso di cripto-analogia in malam partem con effetti irragionevoli?*, cit., pp. 189, 193, il quale ritiene condivisibile l'accoglimento della tesi estensiva, purché sia conservato lo scopo propriamente di *profitto* quale fulcro dell'incriminazione; inoltre, andrebbe sempre verificata l'adeguatezza oggettiva della condotta rispetto allo scopo effettivamente perseguito dall'agente; in mancanza di queste due verifiche, rischiano di essere confuse le fattispecie incriminatrici in concreto applicabili, avendosi sempre un furto in luogo delle più miti figure del furto d'uso, della violenza privata, dell'esercizio arbitrario delle proprie ragioni, etc. Senonché, non sembra che l'analisi proposta si sottragga alle critiche qui formulate, posto che, nello sviluppo della stessa, il riferimento utile a discriminare le diverse fattispecie delittuose pare essere il sentimento che muove l'autore del fatto.

<sup>76</sup> Seppur con argomenti diversi, l'accoglimento della tesi restrittiva è stata da tempo patrocinata da una parte autorevole, seppure minoritaria, della dottrina. Cfr. già LEONE, *Per una revisione del concetto di profitto nel delitto di furto*, in *Scritti giuridici in onore di Vincenzo Manzini*, Padova, 1954, p. 285 ss.; BRICOLA, *Dolus in re ipsa: osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, Milano, 1960, p. 52 nt. 78; PECORELLA, *Furto (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XVIII, Milano, 1969, p. 348 ss. (spec. 352 ss.); SGUBBI, *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio*, cit., pp. 152, 158 ss., 203 ss. Più di recente, GELARDI, *Il dolo specifico*, cit., pp. 172–180.

La seconda pronuncia citata porta le Sezioni unite a risolvere il contrasto formatosi in ordine alla natura della circostanza aggravante prevista dall'art. 416-bis.1, co.1, seconda parte, c.p.<sup>77</sup>; quest'ultimo rende punibile più severamente l'avere commesso il fatto «al fine di agevolare l'attività dell'associazione mafiosa» per tutti i reati puniti con pena diversa dall'ergastolo. Il dubbio sulla natura soggettiva od oggettiva dell'aggravante in parola si collegava al regime d'imputabilità della circostanza al concorrente, ai sensi dell'art. 118 c.p.

Prima della pronuncia, si sono fronteggiati due orientamenti, che vale la pena ricordare in sintesi. Per un primo, l'aggravante *de qua* avrebbe natura soggettiva. Essa richiederebbe un atteggiamento psicologico per lo più definito in termini di dolo specifico: occorre che l'agente, oltre alla coscienza e volontà del fatto che costituisce l'elemento oggettivo del reato base, agisca per un fine particolare (quello di agevolare l'attività dell'associazione di tipo mafioso), la cui realizzazione non è necessaria perché sia integrata l'aggravante. Quest'ultima viene quindi ritenuta di natura soggettiva in quanto concernente i motivi a delinquere o l'intensità del dolo. Nel solco di questo orientamento, si richiedeva generalmente la presenza, ai fini del riconoscimento dell'aggravante, di un elemento di natura oggettiva, costituito dalla direzione univoca o dall'idoneità dell'azione ad agevolare l'associazione mafiosa. Tuttavia, tale requisito oggettivo veniva prevalentemente richiesto a fini di prova dell'elemento soggettivo che integra l'aggravante: è proprio la natura meramente probatoria del dato oggettivo che consente di ascrivere l'aggravante

---

<sup>77</sup> Si tratta della già citata sent. n. 8545/2019; tra i diversi commenti, si segnalano APOLLONIO, *Le Sezioni Unite rivisitano istituti generali per definire lo statuto applicativo dell'agevolazione mafiosa di cui all'art. 416-bis.1 c.p.* Nota a Cass. pen., sez. un., 19 dicembre 2019, n.8545, in Cass. pen., 6, 2020, 2232 ss.; P. BARTOLO, *L'aggravante della agevolazione mafiosa si "applica" anche al concorrente che ha agito con dolo eventuale?* Nota a: Cass. pen., sez. un., 19 dicembre 2019, n.8545, in Cass. pen., 3, 2021, 933 ss.; CALABRESE, *La sentenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione a proposito della natura della aggravante della finalità di agevolazione mafiosa.* Nota a Cass. Pen., Sez. Sez. un., data udienza Ud. 19 dicembre 2019 (dep. 3 marzo 2020), n. 8545, in Arch. pen. (riv. web), 2, 2020; CANDORE, *Nota a Cass. Pen., Sez. Sez. un., data udienza Ud. 19 dicembre 2019 (dep. 3 marzo 2020), n. 8545,* in Cass. pen., 6, 2020, 2251 ss. GUERINI, *Le Sezioni unite si pronunciano sulla natura soggettiva dell'aggravante dell'agevolazione mafiosa e sul regime di comunicabilità ai correi,* in Dir. pen. proc., 6, 2020, 763 ss.

tra i motivi a delinquere. Più raramente, tuttavia, la giurisprudenza ne ha evidenziato la necessità, quale ulteriore elemento costitutivo dell'aggravante, ai fini del rispetto del principio di offensività.

Di quest'opinione è anche la dottrina maggioritaria<sup>78</sup>: un elemento oggettivo è necessario per evitare di arrivare a punire un dato meramente intenzionale (giungendosi altrimenti a configurare un reato di pericolo di pericolo, ossia un reato senza offesa, col rischio di trasformarsi in una sostanziale forma di diritto penale dell'autore). In specie, in dottrina si richiede almeno l'effettiva esistenza del gruppo criminale e il possibile raccordo tra quanto programmato dall'agente e l'attività illecita che caratterizza il gruppo criminale. Inoltre, la condotta agevolativa si distingue dal concorso 'esterno' in ragione della non appartenenza dell'agente all'associazione criminale, della non essenzialità del contributo per la realizzazione degli scopi dell'associazione criminale, nonché della irrilevanza di un'effettiva utilità della condotta agevolativa per l'associazione.

Per il contrapposto orientamento, la circostanza in esame sarebbe integrata da un elemento oggettivo, consistente nell'essere l'azione «rivolta ad agevolare un'associazione di tipo mafioso», e sarebbe quindi di natura oggettiva ai sensi dell'art. 70 c.p., in quanto concernente le modalità dell'azione.

Le S.U. accolgono la tesi soggettiva in base ad argomenti teleologici e letterali. L'argomentazione parte da considerazioni squisitamente politico-criminali: la *ratio* dell'aggravante è creare «una sorta di cordone di contenimento» a fronte di tutte quelle condotte che, pur non comportando un

---

<sup>78</sup> Cfr. DE FRANCESCO, *Dogmatica e politica criminale nei rapporti tra concorso di persone ed interventi normativi contro il crimine organizzato*, in AA. VV., *Lotta alla criminalità organizzata: gli strumenti normativi*, a cura di GIOSTRA, INSOLERA, Milano, 1995, p. 70 ss.; DE VERO, *La circostanza gravante del metodo e del fine di agevolazioni mafiosi: profili sostanziali e processuali*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1, 1993, 42 ss. (spec. 53); SQUILLACI, *La circostanza aggravante della c.d. agevolazione mafiosa nel prisma del principio costituzionale di offensività. Nota a Cass. pen., Sez. I, 20 marzo 2011 (ud. 8 febbraio 2011)*, in Arch. pen. (riv. web), 1, 2011, 13. Più di recente, MESSORI, *La comunicabilità delle circostanze al correo: una lettura costituzionalmente imposta dell'art. 118 c.p.*, in Arch. pen. (riv. web), 3, 2021, 20 ss.

effettivo contributo all'associazione, comunque contribuiscano a rafforzarla o rafforzare il pericolo della sua espansione.

L'interpretazione dell'aggravante porta a considerarla come motivo a delinquere qualificato, che ben può concorrere con altro motivo egoistico dell'azione. Il Supremo consesso appunta la propria posizione, invero non molto chiaramente, sulla necessaria esistenza di elementi oggettivi, quali "dati probatori" del motivo; per la Corte, questi ultimi sarebbero per altro utili a garantire l'offensività della fattispecie<sup>79</sup>. Sennonché, nella stessa motivazione, si nega la necessità di una qualche reale utilità dell'agevolazione, il che equivale ad affermare la possibile inesistenza di una qualsivoglia offensività<sup>80</sup>.

Il richiamo espresso all'offensività ha rasserenato gli animi di diversi commentatori<sup>81</sup>; tuttavia, una lettura più attenta induce a rimodulare l'entusiasmo. Invero, si assiste a una vera e propria truffa delle etichette.

L'interpretazione offerta dalle S.U. mira ad offrire un riscontro probatorio all'intenzione dell'agente (al suo "motivo a delinquere"), ma una cosa è cercare una conferma oggettiva dell'intenzione, altra cosa è ritenere quell'elemento offensivo. Il primo dato consente un rispetto del principio di tipicità (data la necessità di accertare, anche mediante indizi, la fattispecie

---

<sup>79</sup> Cfr. Cass. sent. n. 8545/2019, ove si afferma: «La forma aggravata in esame esige quindi che l'agente deliberi l'attività illecita nella convinzione di apportare un vantaggio alla compagine associativa: è necessario però, affinché il reato non sia privo di offensività, che tale rappresentazione si fondi su elementi concreti, inerenti, in via principale, all'esistenza di un gruppo associativo avente le caratteristiche di cui all'art. 416-bis c.p. ed alla effettiva possibilità che l'azione illecita si iscriva nelle possibili utilità, anche non essenziali al fine del raggiungimento dello scopo di tale compagine, secondo la valutazione del soggetto agente, non necessariamente coordinata con i componenti dell'associazione. Trattandosi invero di un'aggravante che colpisce la maggiore pericolosità di una condotta, ove finalizzata all'agevolazione, è necessario che la volizione che la caratterizza possa assumere un minimo di concretezza, anche attraverso una mera valutazione autonoma dell'agente, che non impone un raccordo o un coordinamento con i rappresentanti del gruppo e, soprattutto, non prevede che il fine rappresentato sia poi nel concreto raggiunto, pur essendo presenti tutti gli elementi di fatto, astrattamente idonei a tale scopo. È bene ribadire che tale finalità non deve essere esclusiva, ben potendo accompagnarsi ad esigenze egoistiche quali, ad esempio, la volontà di proporsi come elemento affidabile al fine dell'ammissione al gruppo o qualsiasi altra finalità di vantaggio, assolutamente personale, che si coniughi con l'esigenza di agevolazione» (considerato in diritto, p.to 7).

<sup>80</sup> Nell'analizzare la differenza tra la condotta di concorso esterno e quella di agevolazione, si continua a sostenere che «[...] l'utilità dell'intervento può essere anche valutata astrattamente solo da uno degli agenti, senza estensione ai componenti del gruppo, e del tutto estemporanea e fungibile rispetto all'attività delinquenziale programmata e, soprattutto, non necessariamente produttiva di effetti di concreta agevolazione»: cfr. Cass. sent. n. 8545/2019, considerato in diritto, p.to 9.

<sup>81</sup> Guardano con un certo ottimismo alla sentenza i commentatori citati *supra*, nota 77.

soggettiva), ma non anche di quello di offensività. Infatti, a ben vedere, l'effettiva possibilità che il contributo abbia agevolato l'associazione (in ciò sta il pericolo) non è veramente effettiva, dovendo sussistere solo nell'intenzione dell'agente; ciò è dimostrato dai riferimenti in sentenza alla "mera valutazione dell'agente", alla non necessità di alcun risultato concreto a seguito dell'ideale contributo e persino alla non necessità di un confronto con gli associati; tutti questi dati inducono a dubitare del presupposto di una reale maggiore pericolosità della condotta. In realtà, il fatto resta del tutto indifferente nel suo disvalore oggettivo e l'aggravante è effettivamente sensibile solo all'intenzione. Non è un caso che le S.U. non usino l'unica qualificazione che garantirebbe l'offensività della condotta, ossia la "idoneità" del fatto (secondo una prognosi postuma oggettiva, non calibrata sulla psiche dell'agente)<sup>82</sup>.

Così, ad esempio, si dovrebbe dire aggravato dalla finalità di agevolazione mafiosa l'avvelenamento del bestiame commesso dal paesano, simpatizzante mafioso, ai danni del compaesano che non aveva rivolto l'ossequioso saluto al capoclan, all'uscita dalla chiesetta nel giorno di festa. Questo fatto non contribuisce in alcun modo all'associazione; nella logica della giurisprudenza, però, si dovrebbe dire rafforzata la fama criminale della stessa associazione, con sua conseguente agevolazione; ma si è così lontani da una qualche offesa ulteriore (rispetto al danno patrimoniale, nell'esempio) che, a ben vedere, si punisce maggiormente soltanto per il movente, per l'essere un simpatizzante, per un atteggiamento interiore.

Un ultimo cenno può essere fatto in relazione all'esercizio arbitrario delle proprie ragioni. Si tratta di un tema che esprime l'ambiguità della giurisprudenza verso il rilievo dell'atteggiamento interiore.

Com'è noto, gli artt. 392-393 c.p. prevedono dei reati a dolo specifico, posto che la violenza dev'essere posta in essere "al fine di esercitare un preteso

---

<sup>82</sup> In dottrina, segnala incidentalmente la necessaria «*idoneità* del delitto ad agevolare, se non l'intera associazione, almeno la sua attività in un determinato momento», CAVALIERE, *Associazione di tipo mafioso*, cit., p. 468.

diritto”. Anche (ma non solo) su quest’ultimo profilo sono stati offerti dei fondamentali chiarimenti, nel 2020, dalla sentenza “Filardi” della Corte di Cassazione a Sezioni Unite<sup>83</sup>. Specialmente interessante si mostra l’ipotesi di realizzazione plurisoggettiva del reato di ‘ragion fattasi’, allorquando il titolare del preteso diritto concorra con un terzo; va infatti ricordato che, trattandosi di reato proprio non esclusivo, è possibile configurare i delitti in parola anche se l’esecutore materiale è un terzo. In tal caso, sorge il fondamentale problema della distinzione tra l’esercizio arbitrario delle proprie ragioni e l’estorsione.

Le S.U. hanno riaffermato l’orientamento tradizionale sul punto, basando il distinguo sul movente del terzo<sup>84</sup>. Difatti, nel caso in cui la condotta tipica sia posta in essere da un terzo a tutela di un diritto altrui, si configurano i delitti di cui agli artt. 392-393 c.p. se il terzo ha commesso il fatto al solo fine di esercitare il preteso diritto per conto del suo effettivo titolare, dal quale abbia ricevuto incarico di attivarsi. Per contro, il terzo non deve essere spinto anche da un fine di profitto proprio, ravvisabile ad esempio nella promessa o nel conseguimento di un compenso per sé, anche se di natura non patrimoniale; qualora il terzo agente - seppure inizialmente inserito in un rapporto inquadrabile *ex art. 110 c.p.* nella previsione dell’art. 393 c.p. - inizi ad agire in piena autonomia per il perseguimento dei propri interessi, deve ritenersi che tale condotta integri gli estremi del concorso nel reato di estorsione *ex artt. 110 e 629 c.p.*

La pronuncia, a ben vedere, rischiava di introdurre surrettiziamente un profilo di atteggiamento interiore differenziale, distinguendo i reati in base alle disposizioni d’animo del terzo (il senso – mal riposto - di giustizia piuttosto che cupidigia, egoismo, un *animus lucrandi* etc.). A dimostrazione dell’assunto, è

---

<sup>83</sup> Cass. S.u. n. 29541/2020, per un cui commento cfr. BRASCHI, *La natura dei reati di ragion fattasi e il loro rapporto con la fattispecie di estorsione: alcuni chiarimenti dalle Sezioni unite*, in *Dir. pen. proc.*, 3, 2021, 314 ss. – ove, per altro, viene condivisa l’argomentazione soggettivistica della Corte (pp. 321-322).

<sup>84</sup> Cfr. sent. ult. cit., considerato in diritto, punti 13 ss.

interessante notare come una pronuncia della Corte di Cassazione<sup>85</sup> abbia meritoriamente rovesciato gli assunti delle Sezioni unite.

In specie, si procede a una ridefinizione dell'*interesse proprio* del terzo: si esclude espressamente che il movente del terzo possa assumere valore determinante ai fini della configurazione del reato di ragion fattasi o di estorsione<sup>86</sup>. Per la Corte, l'interesse proprio del terzo va individuato valorizzando l'elemento tipico soggettivo, che distingue la fattispecie di cui agli artt. 392-393 c.p. da quella *ex art.* 629 c.p.; perciò, ai fini della configurazione dell'estorsione, il terzo concorrente deve coartare la volontà della vittima comunque rappresentandosi un ingiusto profitto con altrui danno. Secondo la Corte, se il terzo ha richiesto alla persona offesa esattamente lo stesso oggetto del diritto agito, l'eventuale motivo egoistico che possa averlo mosso ad agire non può determinare la differente e più grave qualificazione giuridica.

Invero, può avvenire che il creditore abbia promesso una ricompensa al terzo o altro profitto, ovvero che il terzo abbia agito nella prospettiva della realizzazione di un proprio futuro guadagno indiretto; tuttavia, questo motivo è estraneo all'azione delittuosa commessa nei confronti della vittima e non consente di qualificare il fatto come un'estorsione. Infatti, il dolo del terzo rimane sempre quello di agire esattamente e precisamente per la realizzazione del solo diritto sotteso all'azione e non anche per arrecare danni altrui, con

---

<sup>85</sup> Cass., sez. II, n. 46097/2023. Quest'ultima, a dispetto di un asserito rispetto della decisione delle Sezioni unite, ne contesta sostanzialmente gli assunti.

<sup>86</sup> In verità, a un'analisi minuziosa, non può sfuggire come l'*iter* logico sia assai stravagante, passando dal soggettivo all'oggettivo: si parte dall'idea, ossequiosa del *dictum* delle S.U. Filardi, che l'*interesse proprio* attenga al piano psicologico del terzo; si dice che, però, il reato di estorsione non è a dolo specifico, ma a dolo generico, sicché l'*interesse proprio* non può che consistere nella rappresentazione e volontà dell'evento dell'estorsione; quest'ultimo consiste, appunto, nell'ingiusto profitto con altrui danno. Mediante il riferimento all'evento, tuttavia, si passa a delineare il contributo materiale del comportamento del terzo: per essere rilevante come estorsione, è necessario che vi sia, appunto, prima di tutto, un ingiusto profitto con altrui danno. Con questo articolato percorso logico, verosimilmente, si è voluta eludere la tesi tradizionale, condivisa dalle S.U. Filardi, che distingueva i reati di estorsione e di esercizio arbitrario delle proprie ragioni in base a un criterio soggettivistico; in tal modo, si distinguono i due reati in base al profilo oggettivo; tuttavia, ai fini della distinzione, non si guarda più alla gravità della violenza (proporzionata o sproporzionata), come pure era stato proposto in giurisprudenza prima dell'intervento delle S.U., ma alla qualità dell'evento prodotto (esatto importo vantato dall'altrui diritto, con conseguente configurazione degli artt. 392-393 c.p., oppure extraprofitto, con configurazione dell'estorsione).

corrispondente ingiusto profitto; così che l'eventuale guadagno sotteso può costituire il prezzo del reato di cui all'art. 393 c.p. o il movente del reato, ma non costituisce un interesse proprio diretto, tale da determinare la più grave qualificazione giuridica, non arrecando alcun danno altrui. In altri termini, ove il terzo abbia avuto quale motivo dell'azione un interesse proprio mai oggetto di richiesta nei confronti della vittima, dipendente da circostanze del tutto estranee all'azione criminosa, continua a rispondere di esercizio arbitrario pure, per usare le parole della Corte, se possa avere immaginato di ricavare un qualche guadagno dall'azione criminosa.

In definitiva, la Corte ha premura di precisare, in maniera significativa, che il dolo riguarda la sfera della rappresentazione e volizione dell'evento; non rientra nel suo oggetto il movente (definito in sentenza come la causa psichica della condotta umana e costituisce lo stimolo che ha indotto l'individuo ad agire); quest'ultimo «non ha alcuna rilevanza ai fini del dolo».

## CAPITOLO III – L'INCERTA CATEGORIA DEL REATO ABITUALE

### 1. Introduzione

L'analisi sin qui condotta consente di focalizzare l'attenzione, con maggiore consapevolezza, su una specifica categoria dommatica. Di particolare interesse risulta il reato abituale.

Com'è stato efficacemente sostenuto, la «storia del reato abituale è costellata dagli oscillanti rapporti fra gli elementi della pluralità delle condotte idonea a darvi corpo, da una parte, e dell'inclinazione criminosa, della quale questa sarebbe indefettibile estrinsecazione, dall'altra»<sup>1</sup>. La tensione tra oggettivo e soggettivo connota, così, l'essenza della figura in esame; ciò si riflette in un quadro dottrinale e giurisprudenziale inquieto, che ha variamente declinato il connotato dell'abitualità nei diversi reati in cui emergeva.

Il quadro concettuale, in origine, era reso anche più oscuro dalla portata meramente ermeneutica della categoria, in assenza di un riscontro espresso nel Codice penale: le stesse dispute sulla nomenclatura da attribuire alla figura (reato collettivo – sulla scorta della categoria tedesca dei *Kollektivdelikten* –, reato frequentativo, ossia “di frequenza”, reato a condotta plurima o reiterata, per citarne solo alcune) sottendevano il problema dell'interpretazione oggettiva o soggettiva dell'abitualità<sup>2</sup>. Tuttavia, l'assunto non è più attuale<sup>3</sup>. Il recente art. 131-bis c.p., introdotto nel 2015, al co. 4° offre un espresso riconoscimento ai reati che «hanno ad oggetto condotte abituali», per altro accostandoli a quelli che hanno «ad oggetto condotte reiterate e plurime».

---

<sup>1</sup> Così MANTOVANI M., *Metamorfosi del reato abituale: fra ritorni al passato e trasfigurazione in un delitto di evento*, in *Ind. pen.*, 1, 2019, 45.

<sup>2</sup> Per un quadro anche storico delle diverse denominazioni, cfr. PETRONE, *Reato abituale*, in *Nss. D.I.*, vol. XIV, Torino, 1967, pp. 942–943 e note allegate, con gli opportuni riferimenti bibliografici.

<sup>3</sup> In tal senso, cfr. MANTOVANI M., *Metamorfosi del reato abituale: fra ritorni al passato e trasfigurazione in un delitto di evento*, cit., 43.

Si è in presenza di una categoria ancora in evoluzione. Non può essere sottaciuta, infatti, l'introduzione di ulteriori fattispecie con struttura oggettiva complessa, quali gli atti persecutori e la tortura, che sembrano mutare il paradigma tradizionale del reato abituale: esse contemplanò un evento offensivo come risultato della condotta reiterata. Secondo una parte della dottrina, incentrare l'offesa sull'evento piuttosto che sulla condotta reiterata potrebbe facilitare l'armonizzazione della categoria dei reati abituali con i principi costituzionali (specie di tassatività e materialità)<sup>4</sup>. Sul punto e sulle relative implicazioni si dovrà ritornare nel prosieguo.

S'impone, dunque, una verifica della prevalenza dell'aspetto oggettivo o di quello soggettivo nel reato abituale. In questa operazione, torneranno utili i paradigmi di diritto penale dell'autore in precedenza considerati. Anticipandosi le conclusioni, la verifica delle criticità tanto della tesi oggettiva quanto di quella soggettiva inducono a suggerire l'eliminazione della categoria ovvero una riformulazione alla luce dei principi costituzionali di determinatezza e offensività.

## **2. Le concezioni oggettive del reato abituale**

Pur nella varietà delle interpretazioni, l'opinione maggioritaria accoglie una concezione oggettiva del reato abituale<sup>5</sup>. Tre elementi possono dirsi pacificamente comuni alle diverse voci.

---

<sup>4</sup> Cfr. MANTOVANI M., *Metamorfosi*, cit., p. 56.

<sup>5</sup> Possono ricordarsi le opere specialistiche di LEONE, *Del reato abituale, continuato e permanente*, Napoli, 1933; PETRONE, *Reato abituale*, cit.; ID., *Reato abituale*, in *Digesto discipline penalistiche*, vol. XI, Torino, 1996, p. 188 ss.; FORNASARI, *Reato abituale*, in *Enc. giur.*, vol. XXVI, Roma, 1991.

Rispetto ai singoli reati abituali, la ricostruzione oggettivistica è attualmente imperante; è sufficiente prendere a riferimento due ipotesi classiche di reati abituali: i maltrattamenti in famiglia e lo sfruttamento della prostituzione (la cui natura di reato abituale, tradizionalmente affermata in relazione all'art. 534 c.p. abr., è stata ribadita nonostante le modifiche della legge Merlin, cfr. MANTOVANI F., *La nuova disciplina penale della lotta contro lo sfruttamento della prostituzione altrui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1959, 468)

Per il reato di maltrattamenti in famiglia, cfr. già in passato COLACCI, *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, Napoli, 1963, p. 17 ss. MANTOVANI F., *Riflessioni sul reato di maltrattamenti in famiglia*, in *Studi in onore di Antolisei*, vol. II, Milano, 1965, p. 229 ss.; COPPI, *Maltrattamenti in famiglia*, Perugia,

In primo luogo, il *proprium* della categoria riposa sulla reiterazione, di condotte, secondo alcuni<sup>6</sup>, o più propriamente di fatti, secondo altri<sup>7</sup>; i fatti/atti non sarebbero tra loro isolati, ma avvinti da un oggettivo nesso di abitualità, che darebbe identità alla serie<sup>8</sup>. Il secondo dato caratterizzante è dato dalla nuova dimensione offensiva che caratterizza il reato<sup>9</sup>: nei reati abituali propri, la ripetizione dei comportamenti costituisce l'offesa al bene giuridico; in quelli impropri, invece, porta a configurare un'offesa diversa rispetto a quella integrata dai singoli episodi della serie criminosa. L'ultimo profilo concerne la

---

1979, *passim*; più di recente, con ulteriori riferimenti bibliografici, cfr. AA.VV., *Codice penale commentato - Sub art. 572 c.p.*, vol. III, a cura di DOLCINI, GATTA, Vicenza, 2021, p. 739 ss.

Per il reato di sfruttamento della prostituzione, seppur con divergenza di vedute in ordine al bene giuridico tutelato (moralità pubblica, buon costume ovvero libertà di autodeterminazione della prostituta) cfr. GUSTAPANE, *Casa di prostituzione e lenocinio*, Lecce, 1959, 140 ss. Seppur con delle precisazioni, cfr. anche CALVI, *Sfruttamento della prostituzione*, Padova, 1970, p. 73 (il quale, se da un lato s'interroga sull'oggetto giuridico tutelato dall'art. 3 n. 8 l. n. 75/1958 – escludendo che esso consista nella dignità della prostituta o nei suoi diritti patrimoniali – dall'altro giunge a interpretare la fattispecie alla luce della tipologia soggettiva sottesa alla norma – cfr. *ivi*, p. 91 ss.), nonché PALAZZO, *Considerazioni sul delitto di lenocinio a mezzo stampa - nota a Trib. Firenze, sez. II, 26/1/1974*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2, 1975, 699–700, 704. Per un quadro sintetico della dottrina più recente, cfr. CADOPPI, *Dignità, prostituzione e diritto penale*, in *Arch. pen. (riv. web)*, 22 gennaio 2019, 6 ss.

<sup>6</sup> Cfr. LEONE, *Del reato abituale, continuato e permanente*, cit., p. 30. Per ulteriori riferimenti, può rinviarsi a PETRONE, *Reato abituale*, cit., p. 942 nt. 2.

<sup>7</sup> Si tratta dell'impostazione risalente a MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. I, cit., pp. 709–710, poi ripresa da PETRONE, *Reato abituale*, cit., p. 942, e successivamente in *Reato abituale*, 1996, cit.

<sup>8</sup> All'interno dell'orientamento oggettivistico, contesta l'esistenza di tale nesso oggettivo LEONE, *Del reato abituale, continuato e permanente*, cit., p. 77 ss.: il tratto unificante delle diverse condotte andrebbe individuato nell'elemento psicologico. Tale tesi è stata recentemente ripresa, nel solco di un'impostazione soggettivizzante, da MUSCATIELLO, *Pluralità e unità di reati*, Padova, 2002, p. 283 ss., il quale, a p. 286, afferma: «[...] Il nesso di abitualità, il cui recupero dogmatico appariva doveroso ed opportuno, per il solo fatto di allontanare lo spettro di tentazioni “sintomatiche” o esageratamente soggettivistiche d'illecito, finisce per attrarre l'attenzione esclusiva della dogmatica penale verso prospettive forzatamente oggettive, le quali giungono ad obliterare l'esistenza di qualsiasi altro legame, ovvero, con pari risultato, a ricercare un legame, che pur si intuisce di tipo affettivo, in termini ostinatamente naturalistici e fisicamente apprezzabili. L'idea di concepire il nesso di abitualità come frequenza ovvero non sporadicità degli episodi della serie, sembra, così, tradursi in un *maquillage* semantico che aggiunge, alla ripetizione degli illeciti, il rapporto di persistente frequenza tra i vari episodi della serie, invano spacciato come traduzione obiettiva di un legame affettivo [...]». La tesi di Muscatello verrà comunque approfondita *infra*, par. 3.

<sup>9</sup> Cfr. già LEONE, *Del reato abituale, continuato e permanente*, cit., pp. 48, 78. Inoltre, cfr. PETRONE, *Reato abituale*, cit., p. 948 nt. 2, 953. Più di recente, cfr. BELLAGAMBA, *L'eclettica struttura del reato abituale nel labirintico contesto delle fattispecie di durata*, in *Leg. pen. (rivista web)*, 5 luglio 2020, 28. In relazione al delitto di maltrattamenti, cfr. molto chiaramente, *ex multis*, PISAPIA, *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, in *D. disc. pen.*, Torino, 1993, p. 524.

netta distinzione tra abitualità nel reato, attinente alla teoria del reo, e reato abituale, relativo alla teoria del reato e, in specie, alla tipicità<sup>10</sup>.

Meno pacifico è l'atteggiarsi dell'elemento psicologico. Una parte della dottrina ritiene necessario un dolo unitario della serie di condotte abituali; in tal senso, il dolo tende a configurarsi alla stregua di un programma criminoso, non dissimile dal medesimo disegno criminoso che unifica il reato continuato<sup>11</sup>.

Altra parte della dottrina, invece, ritiene che tale conclusione sia insostenibile tanto ontologicamente, quanto normativamente. Sotto il primo profilo, l'abitualità non sarebbe sinonimo di programma criminoso: se è vero che la consapevolezza della reiterazione può preesistere all'inizio dell'esecuzione, è pur vero che essa può svilupparsi *in itinere*<sup>12</sup>. Sotto il secondo profilo, la pretesa unitarietà del dolo sarebbe il riflesso dell'unitario evento offensivo, di cui all'art. 43 c.p.; sennonché, la norma non imporrebbe questa conclusione, consentendo un adeguamento dell'elemento psicologico al tipo di reato in questione<sup>13</sup>. Pertanto, si ritiene necessaria e sufficiente la rappresentazione e volontà, di volta in volta, delle singole condotte, accompagnate dalla consapevolezza che la nuova condotta si aggiunga alle precedenti<sup>14</sup>. Per altro, il contrasto appena descritto si ritrova ancora nella giurisprudenza<sup>15</sup>.

---

<sup>10</sup> Cfr. chiaramente SESSO, *Abitualità nel reato*, in *Enc. dir.*, vol. I, Milano, 1958, p. 116 ss. Tuttavia, questa distinzione emergeva già nei primi lavori dei sostenitori della concezione oggettivistica: ad es., LEONE, *Del reato abituale, continuato e permanente*, cit., p. 84, nt. 1, affermava che «nessun elemento di comparazione può esistere tra la figura del lenocinio abituale e quella del delinquente abituale: basterà tra l'altro osservare che si può avere benissimo la prima senza che ricorra la seconda».

<sup>11</sup> Cfr. LEONE, *Del reato abituale, continuato e permanente*, cit., p. 133 ss., che parla di dolo unitario e complesso; MORO, *Unità e pluralità di reati. Principi*, Padova, 1959, pp. 218 e 226, il quale, specie in relazione al reato abituale improprio, assimila il reato continuato e il reato abituale sotto il profilo dell'elemento psicologico; con riferimento al delitto ex art. 572 c.p., esprimono la medesima posizione COLACCI, *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, cit., pp. 109–110; PISAPIA, *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, in *Nss. D.I.*, vol. X, Torino, 1964, p. 77; PETTENATI, *Sulla struttura del delitto di maltrattamenti in famiglia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, 1111 ss.

<sup>12</sup> Cfr. PETRONE, *Reato abituale*, cit., p. 955.

<sup>13</sup> Cfr. MANTOVANI F., *Riflessioni sul reato di maltrattamenti in famiglia*, cit., p. 257 ss.

<sup>14</sup> Cfr. PETRONE, *Reato abituale*, cit., pp. 954–955; FORNASARI, *Reato abituale*, cit., p. 6; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 497; FIANDACA, MUSCO, *Dir. pen., parte gen.*, cit., p. 216. In tal senso, seppur partendo dalla prospettiva del delitto di maltrattamenti in famiglia, si esprime in termini generali per il reato abituale anche COPPI, *Maltrattamenti in famiglia*, cit., pp. 182–183.

<sup>15</sup> Per un quadro degli orientamenti, cfr. TELESICA, *Considerazioni sulla configurabilità del tentativo nel «reato» abituale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4, 2021, 1455 ss.

La concezione oggettivistica fa da sfondo alla distinzione tra reati necessariamente ed eventualmente abituali: è la natura dell'interesse giuridico protetto a consentire che anche con un solo atto possa essere integrata l'offesa, necessaria a configurare il tipo incriminato, sicché il reato si dice essere solo "eventualmente" abituale.

Il reato eventualmente abituale è figura diffusa nella prassi<sup>16</sup>, mentre, come si dirà, è contestata da parte della dottrina in ragione della sua grave indeterminatezza.

## 2.1 Considerazioni critiche

Le tesi oggettivistiche non vanno esenti da alcune ambiguità. In primo luogo, va segnalato come, nella ricostruzione dei caratteri del reato abituale, si utilizzino anche argomenti facenti leva sul modo d'essere dell'autore. Può sorprendere, invero, come un indirizzo oggettivistico proponga di correggere l'ermeneusi delle norme incriminatrici del reato abituale adoperando il tipo d'autore in chiave negativa: secondo questa tesi, la fattispecie andrebbe interpretata in modo da escludere che possa essere applicata a quel tipo d'autore che non era nella mente del legislatore, al momento dell'emanazione della

---

<sup>16</sup> La giurisprudenza si è sbizzarrita nel configurare come eventualmente abituali una nutrita schiera di figure criminosi: nel Codice penale, si pensi all'interpretazione delle fattispecie di esercizio abusivo della professione (art. 348 c.p., cfr. Cass. Sez. II, n. 44837/2023); di sfruttamento del lavoro (art. 603-*bis* c.p., cfr. Cass. Sez. IV, n. 46842/2021); di tortura (art. 613-*bis*, cfr. Cass. Sez. V, n. 47079/2019); di molestia o disturbo alle persone (art. 660 c.p., cfr. Cass. Sez. I, n. 47633/2019). Nella legislazione complementare, si pensi ai reati di sfruttamento della prostituzione (art. 3, l. n. 75/1958, cfr. ancora recentemente Cass. Sez. II, n. 2881/2023); di attività di gestione di rifiuti non autorizzata (art. 256, co. 1, d.lgs. 152/2006, Cass. Sez. III, n. 18020/2024); di abusiva attività finanziaria (art. 132 d.lgs. n. 385/1993, cfr. Cass. Sez. II, 4651/2020); di dichiarazioni mendaci nel corso di procedure collaborative con l'Amministrazione finanziaria a seguito dell'omessa dichiarazione, da parte dell'imprenditore di investimenti all'estero, suscettibili di produrre redditi in Italia (punito *ex* art. 5 *septies*, d.l. n. 167/1990, conv. con modificazioni dalla l. n. 227/1990, cfr. Cass. Sez. III, n. 2559/2024); di emissione di fatture per operazioni inesistenti (art. 8, d.lgs. n. 74 del 2000, cfr. Cass. Sez. III, n. 33071/2021); di uso di impianti audiovisivi e di altre apparecchiature per finalità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori (sanzionato penalmente dal combinato disposto degli artt. 4 e 38, co. 1, l. n. 300/1970 e 23 d.lgs. n. 151/2015, cfr. Cass., Sez. III, n. 51897/2016).

norma<sup>17</sup>; ciò, per altro, è esattamente quanto si proponeva nel primigenio diritto penale dell'autore di marca tedesca, nel tentativo di scoprire il tipo d'autore oltre la norma<sup>18</sup>.

D'altra parte, quando si è cercato di chiarire il numero minimo di condotte utile a dar vita alla reiterazione, è stato sostenuto, tra l'altro, che la fattispecie è realizzata quando i fatti «denotano il tenore di vita dell'agente»<sup>19</sup>.

Quest'ultimo punto apre una seconda breccia nell'impostazione oggettivistica. La tipicità, secondo un'autorevole impostazione, dev'essere ricostruita alla luce dell'esigenza politico-criminale del *nullum crimen*<sup>20</sup>. Il reato abituale non soddisfa in particolare il principio di determinatezza, tanto nella sua forma necessaria, quanto nella sua forma eventuale. La prima, infatti, non consente di comprendere dopo quanti atti debba ritenersi integrata la condotta abituale, se non mediante il ricorso a criteri sostanziali; questa consapevolezza conduce la dottrina a rassegnarsi a una ineliminabile discrezionalità giudiziale<sup>21</sup>,

---

<sup>17</sup> Cfr., in particolare, il riferimento operato al tipo d'autore del *lenone* per individuare l'ambito dello sfruttamento della prostituzione, escludendo dallo stesso la pratica dell'alfonsismo, ossia dell'essere mantenuto economicamente da una prostituta: è il classico caso della prostituta che, con i suoi guadagni, finanzia gli studi dell'amato fidanzato per garantirsi un futuro migliore: cfr. FORNASARI, *Reato abituale*, cit., p. 4, nonché MANNA, SERENI, *Diritto penale. Parte generale: teoria e prassi*, Milano, 2024, pp. 189–190. Questi ultimi ritengono di poter applicare il tipo normativo d'autore anche per escludere l'applicazione della legge Merlin ai clienti delle prostitute, non coincidenti con la figura del lenone. Nel proporre tale tesi, si rifanno all'insegnamento di CALVI, *Sfruttamento della prostituzione*, cit., p. 91 ss. Con specifico riferimento al reato di sfruttamento della prostituzione, è critico sull'uso anche *in bonam partem* del tipo d'autore PAGLIARO, *Principi di diritto penale - parte generale*, cit., p. 335.

<sup>18</sup> Cfr. *supra*, Cap. I, par. 6.

<sup>19</sup> Cfr. PETRONE, *Reato abituale*, cit., p. 955 nt. 10, che richiama adesivamente CAVALLO, *Diritto penale, parte generale*, vol. II, Napoli, 1955, p. 813. Non è un caso che tale riferimento non sia stato ripreso nel successivo lavoro dell'Autore (PETRONE, *Reato abituale*, 1996, cit.), ove vi è un mero riferimento alla necessità che la serie minima integri l'offesa secondo la valutazione discrezionale del giudice: «Stabilire quando (al terzo, al quarto episodio e così via) i fatti ripetuti e frequenti si siano ormai sostanziati in una condotta abituale (ad esempio: maltrattamenti) resta affidato alla valutazione del giudice: il quale, ovviamente, sarà soprattutto orientato dall'essere ormai avvenuta o meno l'offesa (lesione o messa in pericolo) dell'interesse protetto».

<sup>20</sup> Cfr. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, cit., pp. 50–52. Per la dottrina italiana, cfr. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, cit., pp. 32–33, 121–124.

<sup>21</sup> Sono emblematiche le parole di LEONE, *Del reato abituale, continuato e permanente*, cit., p. 93: «[...] Quale numero di azioni occorre per integrare il reato? Anche questo problema si presenta astrattamente insolubile. Appartiene all'interpretazione delle singole norme il fissare il numero di azioni indispensabile alla integrazione del reato. Lo studio dogmatico del reato abituale deve necessariamente prescindere dai caratteri particolari che presentano le singole fattispecie. Con ciò non si vuole affermare la loro irrilevanza. Si tratta invece di un problema di confini: uno studio di parte generale in tanto può tenere conto dei caratteri delle singole ipotesi di reato, in quanto essi concorrono alla costruzione di un

che, tuttavia, ci sembra superare i confini della legalità costituzionale<sup>22</sup>. La seconda, invece, è da tempo considerata indeterminata in dottrina, per altro col riconosciuto rischio di aperture a tipologie soggettive criminologiche<sup>23</sup>. Non è un caso, d'altronde, che il reato eventualmente abituale sia stato affermato, in origine, proprio dalla concezione soggettivistica, seppur con una differenza: alla singola condotta *sub iudice* doveva comunque affiancarsi il riferimento a fatti pregressi, i quali, unitamente a quella, dimostrassero l'abitualità del reo<sup>24</sup>. Così, l'onere di allegazione rendeva paradossalmente più garantista la concezione soggettivistica.

Un ulteriore banco di prova delle tesi in parola è offerto dalla configurazione dommatica delle forme di manifestazione del reato necessariamente abituale; al reato eventualmente abituale, ove si ammetta la sua legittimità, si applicheranno le coordinate ermeneutiche generali.

Del tentativo di reato abituale si discute da tempo. In passato, l'opinione maggioritaria ne negava la configurabilità in base al dato per cui l'abitualità è riconoscibile solo *a posteriori*, a fatti già integralmente compiuti, non anche mediante una prognosi postuma a partire da un singolo fatto<sup>25</sup>. In seguito,

---

istituto. Ma quando le particolarità si ribellano a qualsiasi inquadramento per la loro natura varia e cangiante, esse non possono rientrare nello schema ricostruttivo di un determinato istituto». Tale tesi era comprensibile in assenza del principio costituzionale di determinatezza e nel contesto di uno spiccato tecnicismo giuridico (cfr. *Ivi*, p. 30, ove l'Autore, dopo la definizione del reato abituale, precisava: «come e perché questo accada non è compito del giurista di indicare, costituendo ciò oggetto della politica criminale»). Tuttavia, non può più ricevere accoglimento nell'ordinamento costituzionale vigente.

<sup>22</sup> Cfr. in senso analogo, di recente, il commento di MANTOVANI, M., *Metamorfosi del reato abituale: fra ritorni al passato e trasfigurazione in un delitto di evento*, cit., p. 53 ss. Di diverso avviso è stata la Corte costituzionale, la quale, nella sent. n. 172/2014, ha ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 612-bis c.p. in relazione al principio di determinatezza. La Consulta, dopo aver qualificato la fattispecie come reato abituale di evento, ha affermato che si ha una reiterazione tipica in presenza di «almeno due condotte» (considerato in diritto, pt. 5). Resta assai dubbio, per altro, se le conclusioni della sentenza possano essere estese a tutti i reati abituali.

<sup>23</sup> Cfr. FORNASARI, *Reato abituale*, cit., p. 6, secondo cui «sarebbe un dato meramente criminologico, in assenza di precisi dati normativi a fungere da scrimine» tra fattispecie necessariamente ed eventualmente abituali.

<sup>24</sup> Come segnala PETRONE, *Reato abituale*, cit., pp. 946–947. Sul punto, cfr. *infra*, par. 3.

<sup>25</sup> Cfr. LEONE, *Del reato abituale, continuato e permanente*, cit., p. 73 ss. Similmente PETROCELLI, *Il delitto tentato. Studi*, Padova, 1966, p. 50, secondo cui, una volta realizzatasi la nota dell'abitualità, il reato è perfetto; anteriormente, gli atti sono penalmente indifferenti (come nel caso del singolo sfruttamento della prostituta) o punibili a diverso titolo (come nel caso delle percosse rispetto ai maltrattamenti in famiglia). *Contra* (con un certo anticipo sui tempi e pur partendo dall'analisi del

invece, il dibattito si è articolato. Rispetto alla tradizionale categoria dei reati abituali di mera condotta, l'opinione maggioritaria afferma l'ammissibilità: la critica tradizionale costituirebbe un riflesso "pratico-operativo", non anche un ostacolo alla configurazione dommatica<sup>26</sup>; in specie, la fattispecie necessariamente abituale tentata dovrebbe ritenersi sussistere quante volte l'accadimento storico si manifesti tramite una condotta idonea e univocamente diretta alla instaurazione di uno stato di fatto abitudinario, assunto ad oggetto di una figura del tipo in esame<sup>27</sup>. La tesi minoritaria, invece, nega che un tentativo possa venire ad esistenza, perché si sarebbe in presenza di un fatto del tutto inoffensivo<sup>28</sup>. Con l'introduzione del delitto di atti persecutori all'art. 612-*bis* c.p., considerato dalla dottrina maggioritaria e dalla giurisprudenza come un reato abituale di evento<sup>29</sup>, il quadro sembrerebbe parzialmente mutato, ammettendosi un tentativo compiuto, con l'intera serie di condotte già realizzata, cui non segua l'evento del reato. L'esempio sarebbe offerto dalla

---

delitto di maltrattamenti in famiglia), COLACCI, *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, cit., pp. 125–127, il quale ritiene sussistente un *iter criminis* anche nel reato abituale, come dimostrerebbe soprattutto il reato abituale improprio.

<sup>26</sup> In questi termini, PETRONE, *Reato abituale*, cit., p. 957.

<sup>27</sup> *Ibid.* Similmente, inoltre, cfr. MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 498, il quale ritiene che il tentativo sia configurabile quando il soggetto pone in essere, senza successo, atti idonei e diretti in modo non equivoco a commettere quei fatti che, da soli o aggiungendosi ai precedenti, avrebbero integrato la serie minima richiesta per l'esistenza del reato abituale. Così nel caso del lenone che richiede alle innumerevoli neoprotette il versamento dei loro proventi mediante lettere, che vengono intercettate. Aderiscono alla tesi positiva, inoltre, PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 340. DE FRANCESCO, *Diritto penale*, cit., pp. 622–623; C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale*, cit., p. 542.

<sup>28</sup> Recentemente, con un'analisi attenta alle varie figure criminose abituali, si esprime nel senso della mancanza di offensività del tentativo di reato abituale (tanto proprio, quanto improprio; sia necessario, che eventuale), TELESICA, *Considerazioni sulla configurabilità del tentativo nel «reato» abituale*, cit., p. 1441 ss.-spec. 1461 ss. Inoltre, in questi termini, cfr. FIORE S., *Tipologie delittuose e configurabilità del tentativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 2022, 65–66. Nella manualistica, negano la configurabilità del tentativo MANNA, SERENI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 411, perché le singole azioni sarebbero scevre di una rilevanza penale loro propria; similmente, anche FIANDACA, MUSCO, *Dir. pen., parte gen.*, cit., p. 498.

<sup>29</sup> Tra i primi commenti in tal senso, MACRÌ, *Modifiche alla disciplina delle circostanze aggravanti dell'omicidio e nuovo delitto di «atti persecutori»*, in *Dir. pen. proc.*, 7, 2009, 825; VALSECCHI, *Il delitto di «atti persecutori» (il cd. stalking)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3, 2009, 1389. L'opinione sembra ormai consolidata: cfr. AA.VV., *Codice penale commentato*, a cura di DOLCINI, GATTA, Vicenza, 2021, pp. 1922–1923. Per la giurisprudenza costituzionale, C. cost. n. 172/2014; per la giurisprudenza di legittimità, *ex multis*, Cass. Sez. I, n. 7889/2019; Sez. V, n. 15651/2020; (incidentalmente, in relazione al tentativo di atti persecutori) Sez. V, n. 1943/2021; ancora recentemente, Cass. Sez. V, n. 24744/2024. *Contra* MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale, I*, cit., p. 391, secondo cui gli eventi citati nella disposizione devono considerarsi condizioni obbiettive (estrinseche) di punibilità, posto che l'offesa è incentrata sulla condotta e detti eventi non apportano alcun disvalore particolare.

reiterazione di condotte persecutorie (per ipotesi, telefonate notturne), cui tuttavia non segua il verificarsi di uno degli eventi tipici, in ragione del carattere particolarmente forte della vittima designata, ovvero della mancata percezione da parte sua di alcuni degli atti posti in essere.

In realtà, la tesi della configurabilità del tentativo non persuade, quanto meno nei termini suesposti. Rispetto ai reati abituali di mera condotta, occorre partire dal dato per cui la fattispecie oggettiva del tentativo del reato abituale consiste in condotte che non hanno raggiunto la serie minima affinché si configuri il delitto perfetto. Sennonché, a ben vedere, i requisiti dell'idoneità e dell'univocità, che devono connotare detta fattispecie ai sensi dell'art. 56 c.p., vengono snaturati.

Per dimostrarlo, pare opportuno prendere a riferimento una voce autorevole che ammette la configurabilità del tentativo nel reato abituale<sup>30</sup>; nell'impianto dell'opera ove detta tesi è presentata, in relazione al tentativo, si legge come siano idonei quegli atti che si presentino «adeguati alla realizzazione del delitto perfetto, perché potenzialmente capaci di causarne o favorirne la verificazione. Essi, secondo il piano criminoso del soggetto, si inseriscono nel processo finalistico o come *condiciones sine quibus non* ovvero, comunque, facendolo procedere verso la sua realizzazione»; gli atti sono univoci, invece, «quando, per il grado di sviluppo raggiunto, lasciano prevedere come verosimile la realizzazione del delitto voluto». Allorché si riportino queste nozioni al tema in esame, sorgono problemi d'impostazione. Pare opportuno sviluppare l'intera proposizione logica: ai fini della configurazione del tentativo di reato abituale, bisognerà valutare se una singola condotta (o più condotte, non già integranti la serie minima) sia idonea (cioè potenzialmente capace di produrre la reiterazione) e univocamente diretta (per il grado di sviluppo raggiunto) a commettere quella ulteriore, integrante la serie minima, secondo il piano criminoso dell'agente.

---

<sup>30</sup> Cfr. MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 498.

In primo luogo, può notarsi l'anomalia di un tentativo incentrato sul pericolo di reiterazione della condotta. In generale, nel tentativo, il pericolo dovrebbe riguardare l'offesa finale, non realizzatasi; tuttavia, si è già notato come non sia certo il numero minimo di condotte in presenza della quale l'offesa finale è consumata. Nel passaggio dal reato consumato a quello tentato, dunque, si assiste a un mutamento di paradigma: dal reato abituale (di danno) al pericolo di abitudine; meno astrattamente, ad esempio, si passa dallo sfruttamento della prostituzione al pericolo di sfruttamento da parte dell'autore della singola condotta. Tuttavia, tale valutazione, lungi dal garantire la conformità al principio di offensività, affonderebbe le sue radici esclusivamente in considerazioni soggettive: solo una (pretesa) inclinazione all'abitudine potrebbe illuminare l'idoneità e l'univocità di una condotta, di per sé non necessariamente espressiva di un programma criminoso abituale.

Quest'ultimo punto, per altro, apre la strada alla seconda critica. È noto come le caratteristiche dommatiche del tentativo impongono di avere come riferimento il dolo del delitto consumato. Sennonché, si assiste a una disarmonia evidente: si è già evidenziato come la concezione oggettivistica, specie nei suoi sviluppi più recenti, non richieda un dolo unitario della serie criminosa. È anomalo, dunque, che il dolo del tentativo del reato abituale sia più ampio del dolo del reato abituale consumato. Eppure, senza un riferimento a un programma criminoso, il tentativo di reato abituale perde di significato. Anche in tal caso si assiste a una torsione soggettiva dell'istituto.

Tutto ciò induce a riconsiderare le ragioni che spingevano la dottrina meno recente a negare la configurazione dommatica del tentativo; è riduttivo parlare, come fanno i commentatori moderni, di mere difficoltà pratico-operative; queste ultime sussistono certamente<sup>31</sup>, ma non sono altro che il riflesso dell'ardua configurazione dommatica dell'istituto, quanto meno in chiave oggettiva.

---

<sup>31</sup> In un recente contributo, si è indicativamente rilevato come non risulti giurisprudenza sul punto: FIORE S., *Tipologie delittuose e configurabilità del tentativo*, cit., p. 66.

Quanto ai reati abituali di evento, la configurabilità del tentativo va meditata solo dopo aver inquadrato adeguatamente la categoria. Si è detto che un'ipotesi generalmente riconosciuta è quella di cui all'art. 612-*bis* c.p. Giova ricordare che detta fattispecie, introdotta dal d.l. 23 febbraio 2009 n. 11, convertito con l. 23 aprile 2009 n. 38, incrimina chiunque “con condotte reiterate” minaccia o molesta taluno in modo da cagionare un perdurante e grave stato di ansia o di paura ovvero da ingenerare un fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto o di persona al medesimo legata da relazione affettiva ovvero da costringere lo stesso ad alterare le proprie abitudini di vita. Il richiamo al carattere reiterato delle condotte ha giustificato la pressoché immediata riconduzione alla categoria del reato abituale, inteso in senso oggettivo.

Tuttavia, il quadro dommatico non sembra potersi distaccare del tutto dalla parete del diritto positivo. L'introduzione, ad opera del d.lgs. n. 28/2015, dell'art. 131-*bis* c.p. ha portato a un'espressa distinzione, all'attuale co. 4°, tra reati aventi ad oggetto condotte reiterate e reati aventi ad oggetto condotte abituali. A dispetto delle diffuse critiche dottrinali sulla scarsa qualità dell'innovazione legislativa<sup>32</sup>, resta il dato ermeneutico della distinzione tra le due categorie<sup>33</sup>. Anche la giurisprudenza, non potendo procedere a una *interpretatio abrogans*, si è trovata costretta a tenere distinte le ipotesi del reato

---

<sup>32</sup> Accanto a dette critiche, per altro, una larga parte della dottrina procede a una sostanziale interpretazione abrogatrice della distinzione legislativa, in maniera espressa (ad es., cfr. DE FRANCESCO, *Diritto penale*, cit., p. 255, secondo cui la ripetizione delle parole è “inutile”; dello stesso avviso sono FIANDACA, MUSCO, *Dir. pen., parte gen.*, cit., p. 828, che parlano di una “inutile ridondanza foriera di problemi ermeneutici privi di sostanziale ragion d'essere”; parimenti, GROSSO, PELISSERO, PETRINI, PISA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, IV ed., Milano, 2023, p. 300, ove si parla di una mera *endiadi* tra i termini “abituali” e “reiterate”) o implicita (ad es, cfr. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 179). Diversamente, invece, C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale*, cit., p. 694, secondo cui solo il riferimento alle condotte abituali esprimerebbe certamente il rinvio alla nozione di reato abituale, mentre non sarebbe chiaro a cosa si riferiscano le nozioni di condotte reiterate e plurime; simile cauto scetticismo dimostra MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 793; sennonché, in tal modo si riconosce implicitamente la distinzione tra i reati abituali e i reati a condotta reiterata.

<sup>33</sup> Come si è esattamente osservato, «[u]na norma, di certo, può rappresentare – di fronte all'armonia del sistema, cui pure una somma di altre norme concorrono – il segno indiscutibile di un'evidente antinomia. Ma non è già l'interprete, in simili casi, colui che risulti legittimato a ristabilire, con discutibili artifici esegetici, una lineare coerenza da cui lo stesso legislatore si sia discostato»: in questi termini, CALVI, *Sfruttamento della prostituzione*, cit., p. 88, che si rifà all'insegnamento autorevole di Zimmerl.

abituale (cui ha ascritto il delitto di maltrattamenti) e del reato a condotta reiterata (cui ha riportato il delitto di atti persecutori)<sup>34</sup>.

Un discorso analogo può essere svolto rispetto al delitto di tortura, previsto all'art. 613-*bis* c.p., introdotto con l. 14/07/2017, n. 110. Il carattere abituale viene di regola dedotto dal tenore letterale della disposizione: quest'ultima rende punibile chiunque, con violenze o minacce gravi, ovvero agendo con crudeltà, cagiona acute sofferenze fisiche o un verificabile trauma psichico a una persona privata della libertà personale o affidata alla sua custodia, potestà, vigilanza, controllo, cura o assistenza, ovvero che si trovi in condizioni di minorata difesa, a condizione che il fatto sia stato commesso "mediante più condotte". La disposizione, largamente criticata dalla dottrina<sup>35</sup>, fonda così espressamente il suo nucleo comportamentale sulla reiterazione della condotta. Anche in tal caso, come per lo *stalking*, sembra però che la sovrapposizione automatica tra reiterazione e abitudine non regga alla luce dell'art. 131-*bis* c.p. Stando così le cose, deve ritenersi in realtà insussistente la categoria del reato *abituale* di evento, con conseguente estraneità al tema in esame della configurabilità del tentativo.

In verità, la distinzione di cui all'art. 131-*bis* co. 4° c.p. potrebbe forse fungere da viatico per la contestazione della stessa concezione oggettivistica del reato abituale. Come si dirà oltre<sup>36</sup>, l'assunto non può che condurre a risultati distruttivi per la stessa categoria dommatica, alla luce dei principii costituzionali.

Anche il concorso di persone nel reato abituale merita una riflessione. Esso è ammesso, secondo alcuni, solo a condizione che il concorrente abbia contribuito causalmente alla realizzazione del numero minimo di condotte

---

<sup>34</sup> Ci si riferisce all'autorevole opinione della Corte di Cassazione a Sezioni unite, sent. n. 13681/2016, considerato in diritto, p.to 14.

<sup>35</sup> Incisivamente, MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale*, I, cit., p. 405, definisce i delitti introdotti dalla l. n. 110/2017 (tra cui il delitto di tortura) come il «solito e peggiore prodotto di sciatteria legislativa, stracarico di elementi costitutivi asistematici, che rendono non agevole, per non dire impossibile, l'individuazione del precetto».

<sup>36</sup> Cfr. *infra*, par. 4.

necessario per l'integrazione del reato abituale<sup>37</sup>. Altri distinguono a seconda del tipo di contributo: se il concorrente partecipa realizzando la condotta tipica, deve aver posto in essere tutti gli episodi integranti la serie minima; se partecipa mediante condotta atipica, deve aver contribuito, seppure tramite apporti parziali, alla realizzazione dell'intera serie minima<sup>38</sup>.

Pure in tal caso la concezione oggettivistica presta il fianco a delle perplessità. È noto come il reato plurisoggettivo, seppur venuto a esistenza con il concorso di più autori, sia unico, sicché unica deve ritenersi l'offesa prodotta attraverso l'azione esecutiva e i contributi secondari (moralì o materiali che siano) dei partecipi<sup>39</sup>; ciò non può che valere anche per il reato abituale. Ciò

---

<sup>37</sup> Cfr. MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 311; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 498. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Torino, 2016, p. 229. In precedenza, rispetto al delitto di sfruttamento della prostituzione, cfr. PALAZZO, *Considerazioni sul delitto di lenocinio a mezzo stampa - nota a Trib. Firenze, sez. II, 26/1/1974*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 1975, 691 (nel caso di responsabilità del direttore di una rivista, per aver consentito la pubblicazione di inserzioni provenienti da soggetti che si prostituivano o sollecitavano a prostituirsi dietro corrispettivo).

<sup>38</sup> In particolare, è la tesi sostenuta da PETRONE, *Reato abituale*, cit., pp. 961–962; FORNASARI, *Reato abituale*, cit., p. 7. Quest'ultimo qualifica come *analogà* (alla propria) la posizione di Petrone, il che impone di accomunare le due opinioni; tuttavia, ci sembra che il secondo adotti una soluzione diversa dal primo: esige che «tramite un contributo parziale, taluno, rappresentandosi l'intera serie, ne abbia in qualche modo determinato l'integrazione. [...] in ogni altra ipotesi il contributo non potrà che apparire irrilevante» [p. 7]; a ciò, aggiungasi come viene espressamente ritenuta punibile tanto l'istigazione quanto la determinazione del reato abituale. Ciò induce a ritenere che, per il Fornasari, non sia necessaria una pluralità di apporti atipici, che abbiano contribuito alla realizzazione dell'intera serie minima, come invece sostiene il Petrone; la posizione di Fornasari, per gli argomenti che seguiranno, è da ritenere più coerente con l'impostazione oggettivistica.

<sup>39</sup> Deve ritenersi ancora insuperata la tradizionale concezione monistica del reato plurisoggettivo, secondo cui nel concorso si ha un reato unico con pluralità di agenti. Non può essere accolta, invece, la teoria pluralistica, secondo cui si configurerebbero distinti reati per ciascun correo. Il *punctum dolens* sta proprio nel mancato rilievo dell'unicità dell'offesa alla base del reato; diversamente, se s'intendessero esistenti più fattispecie (più «reati di concorso»), unitario diverrebbe solo l'accadimento materiale, con una configurazione formalistica del reato, ormai da tempo superata. Per la teoria monistica, cfr. DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Milano, 1956, pp. 50, 57 ss., 110; PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 349; GALLO M., *Appunti di diritto penale*, vol. III, Torino, 2003, pp. 141, 176 ss.; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 503. FIANDACA, MUSCO, *Dir. pen., parte gen.*, cit., p. 537. Per la teoria pluralistica, GROSSO, PELISSERO, PETRINI, PISA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 566–568, 604–605. Recentemente, ha espresso una posizione scettica SEMINARA, *Accessorietà e fattispecie plurisoggettiva eventuale nel concorso di persone nel reato. Considerazioni sul senso di una disputa dottrinale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2021, 452, secondo cui il concetto di offesa è «in sé troppo vago» e «inoltre la sua unitarietà viene smentita dal diffuso riconoscimento della configurabilità di diversi titoli di reato, legati all'elemento psicologico di ciascun partecipe». Invero, tali critiche non convincono: il mutamento del titolo di reato è cosa diversa rispetto al mutamento dell'offesa del reato; ciò sembra vero anche ove si tratti di concorso di persone in un reato proprio, laddove l'offesa effettiva resta legata alla qualità dell'*intraneus* e il diverso titolo di reato (in capo all'*extraneus* senza dolo) è imposto dal rispetto del principio di colpevolezza, non già di offensività; una simile considerazione è stata alla base della recente sent. Cass. S.U. n. 27727/2024,

posto, sembra che le possibilità siano due. La piena adesione a una tesi oggettivistica imporrebbe di ammettere che un qualsiasi contributo, tipico o atipico, singolo o reiterato, contribuisca a offendere il bene giuridico assieme all'azione esecutiva abituale, indipendentemente dalla realizzazione di una sorta di serie minima di contributi partecipativi; il problema diverrebbe solo l'accertamento dell'elemento psicologico di concorso in capo al partecipe<sup>40</sup>. La tesi suesposta, invece, rimane indifferente al piano dell'offesa; piuttosto, sembra celare un tentativo dottrinale di mascherare come inoffensivo (e dunque non rilevante per il concorso) quel contributo all'attività esecutiva abituale che, semplicemente, non denota un *habitus* del partecipe, in tal modo ricadendosi nella tesi soggettivistica.

Tutto ciò riguarda le criticità della *pars costruens* della concezione oggettivistica. Anche la *pars destruens*, però, presenta dei punti deboli. Infatti, quand'anche si analizzino le critiche dei sostenitori della concezione oggettivistica alla tesi soggettivistica, esse non sempre sembrano decisive. Si pensi, ad esempio, al seguente argomento: il reato abituale non avrebbe nulla a che vedere col diritto penale dell'autore, perché è punito meno gravemente (e non più gravemente) del concorso dei singoli reati<sup>41</sup>. È evidente come, da un lato, si tratti di una critica incompleta, che vale solo per il reato abituale improprio, non anche per quello proprio, ove i singoli fatti non costituiscono di per sé reato. Dall'altro, anche il trattamento più mite (al pari di quello più grave) può basarsi su considerazioni relative al modo d'essere dell'autore: più si ripete un comportamento, più ci si abitua, meno si riesce a resistere agli impulsi

---

considerato in diritto, p.to 3, con cui si è sostanzialmente riaffermata la concezione monistica del reato. Inoltre, più in generale, non sembra corretto affermare che l'offesa cambi in base all'elemento psicologico: ad esempio, anche ove si ritenesse ammissibile un concorso doloso in omicidio colposo (il che è di per sé discusso), comunque unitaria rimarrebbe la lesione del bene vita.

<sup>40</sup> È questa, in effetti, la tesi di FORNASARI, *Reato abituale*, cit., p. 7. In senso analogo si è recentemente espresso, in una pregevole analisi, BELLAGAMBA, *L'eclettica struttura del reato abituale nel labirintico contesto delle fattispecie di durata*, cit., pp. 60–62.

<sup>41</sup> Adoperano tale argomento MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 497; ANGELINI, *Sull'elemento soggettivo nel reato abituale*, in *Cass. pen.*, 2, 1993, 463–464.

dell'abitudine<sup>42</sup>; d'altronde, ciò viene affermato anche da uno dei primi sostenitori della concezione oggettivistica<sup>43</sup>. Ci sembra, tuttavia, che questa spiegazione abbia ben poco a che vedere con il carattere reiterato della condotta, o con una consistenza diversa dell'offesa; si fa leva, in definitiva, su un modo d'essere dell'autore.

### 3. Le concezioni soggettive del reato abituale

Sul versante opposto, il reato abituale si è prestato a interpretazioni facenti leva sull'autore. Si tratta di posizioni che vantano radici dottrinali antiche, diffuse nel panorama europeo<sup>44</sup>. Nel contesto italiano, possono individuarsi due diversi orientamenti.

Un primo indirizzo ritiene che il reato abituale incrimini un modo d'essere dell'agente, con avvicinamento dei concetti del reato abituale e dell'abitualità. La ripetizione delle condotte, richiesta dalla legge, rappresenta «la espressione di un vero e proprio *habitus* di vita»<sup>45</sup>; anzi, si afferma che il

---

<sup>42</sup> Come si dirà oltre, ancora in scritti recenti la caratteristica del reato abituale è da taluno riscontrata in un'abitualità ottundente, in una colpevolezza affievolita: così MUSCATIELLO, *Pluralità e unità di reati*, cit., pp. 303–304.

<sup>43</sup> Cfr. LEONE, *Del reato abituale, continuato e permanente*, cit., pp. 84–85. Egli cercava di spiegare così la *ratio* del trattamento non aggravante dell'abitualità, trattandosi di una «minore resistenza dei centri volitivi all'atto a cui l'organismo è abituato».

<sup>44</sup> In specie, la dottrina francese e tedesca, a cavallo tra la fine dell'Ottocento e l'inizio del Novecento, portò a una compiuta elaborazione delle tesi soggettivistiche del reato abituale. Per un quadro di sintesi delle principali posizioni, con relative critiche, cfr. LEONE, *Del reato abituale, continuato e permanente*, cit., pp. 77, 114 ss.; FORNASARI, *Reato abituale*, cit., pp. 1–2.

<sup>45</sup> In questi termini, PISAPIA, *Istituzioni di diritto penale*, Padova, 1975, pp. 48–49. Per altro, la posizione di Pisapia è ambigua; nelle sezioni enciclopediche dedicate ai maltrattamenti in famiglia (*Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, 1964, cit.; *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, 1993, cit.) emerge una posizione sostanzialmente oggettivistica, salvo che per alcuni riferimenti che accentuano profili legati allo stile di vita o alla volontà del reo: ad es., si segnala come la sostanza del reato *de qua* consista nel “regime di vita” del reo, per effetto del quale il soggetto passivo è posto in uno stato di sofferenza continua fisica o morale (PISAPIA, *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, cit., p. 75 – la presa di posizione non è senza rilevanza, posto che, nella letteratura scientifica coeva, già si criticava il riferimento al regime di vita del reo per l'integrazione del reato di maltrattamenti – cfr. COLACCI, *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, cit., p. 76); inoltre, si sottolinea come, nel reato in esame, l'elemento materiale è “non solo impregnato di anti-giuridicità, ma anche strettamente collegato con l'elemento soggettivo” (*Ivi*, p. 76).

In precedenza, si segnala l'autorevole posizione di MORO, *Unità e pluralità di reati. Principi*, Padova, 1959, p. 218 ss. (spec. 223–224, nt. 75), il quale, pur ritenendo essenziale la reiterazione, enuclea il significato essenziale della serie «dal fatto che essa significa un modo di essere dell'agente». La ricerca

*proprium* della categoria sta non «nella reiterazione della condotta, ma nel particolare tipo di colpevolezza che la presidia. Il reo che commette un reato abituale agisce con colpa d'autore o con colpevolezza d'*habitus*, o di inclinazione (così come il recidivo)»<sup>46</sup>. Ancora più radicalmente, si afferma che la reiterazione vale semplicemente come *sintomo della tendenza delittuosa dell'agente*; perciò, la pluralità di azioni non sarebbe un elemento essenziale del fatto delittuoso, posto che «una volta che questa tendenza sia comunque accertata, il reato può benissimo consistere anche di un'unica azione»<sup>47</sup>; in tal modo, perde di significato la distinzione oggettivistica tra reato necessariamente ed eventualmente abituale<sup>48</sup>. Non manca chi, a differenza delle opinioni appena

---

del fondamento soggettivo dell'abitualità conduce, tuttavia, ad alcune ambiguità nel pensiero dell'illustre autore: se da un lato si ritiene che dalla situazione di fatto si possa *presumere* un modo d'essere dell'agente, con apparente adesione all'impostazione sintomatica, dall'altro si qualifica espressamente come una *aberrazione* l'attribuire «alle azioni valore puramente sintomatico di fronte al modo di essere del soggetto, con la conseguenza di fermarsi, eventualmente, ad una sola azione, desumendo altri indizi di abitualità da reati già giudicati o commessi all'estero o perpetrati prima dell'entrata in vigore della norma».

<sup>46</sup> CONTENTO, *Corso di diritto penale*, vol. II, Roma-Bari, 1996, pp. 532–533.

<sup>47</sup> DELITALA, *Il «fatto» nella teoria generale del reato*, cit., p. 162. Per la tesi sintomatologica, cfr. anche RICCIO S., *L'abitualità nel reato*, Napoli, 1938, p. 9-10, secondo cui il reato abituale gli istituti dell'abitualità e professionalità sono nati dallo stesso principio e hanno lo stesso fondamento giustificativo; entrambi sono manifestazioni di una tendenza del soggetto; il reato abituale, perciò, avrebbe valore sintomatico e costituirebbe la base degli istituti dell'abitualità e della professionalità. D'altra parte, è indicativo il fatto che Grispiigni, in passato, argomentasse la tesi sintomatologica del reato in generale anche sulla base dell'abitudine; seppure con particolare riferimento alla recidiva, egli scriveva: «l'avvenuto reato infatti dimostra innanzitutto che nell'autore di esso esiste la capacità non solo generica, ma concreta e specifica di commettere un reato. [...] Al che deve aggiungersi nel campo psichico essere accertato che non solo ogni azione, una volta compiuta, implica minore sforzo ad essere ripetuta; ma che veramente esiste una tendenza della psiche alla ripetizione degli atti compiuti. Ed è superfluo dire che, ove l'azione sia già stata compiuta, non una sola volta ma diverse volte (*recidiva*), allora la ripetizione si può dire che costituisca la regola»: così GRISPIGNI, *La personalità criminale e il valore sintomatico del reato*, cit., pp. 125–126. Cfr. anche DELL'ANDRO, *La recidiva nella teoria della norma penale*, Palermo, 1950, p. 213. La tesi di Delitala compare ancora nella letteratura scientifica; recentemente, ha ritenuto espressamente di aderire alla sua tesi anche ANGELINI, *Sull'elemento soggettivo nel reato abituale*, cit., p. 472, nt. 75 (seppur non accogliendo la tesi del reato eventualmente abituale, perfezionabile anche *unico actu*); in particolare, nel contestare la critica di Leone agli orientamenti soggettivistici, Angelini ritiene che Leone «rifugga in qualche modo dalla realtà. Invero, almeno sul piano della *ratio*, è difficile non convenire con il Delitala [...], secondo il quale la reiterazione vale come un sintomo della tendenza delittuosa dell'agente. Cosa diversa è però far discendere da ciò che il reato possa essere costituito da una sola azione: conclusione questa non accettabile».

<sup>48</sup> Più di recente, CONTENTO, *Corso di diritto penale*, vol. II, cit., p. 533, afferma a chiare lettere: «se si accertasse in qualunque modo (e quindi anche ricorrendo a elementi cd. *aliunde*), anziché necessariamente attraverso la reiterazione della condotta, la sussistenza di tale particolare specie di colpevolezza, non si dovrebbe più attendere che il soggetto agisca più volte, e che ripeta l'attività prevista dalla norma. Si tratta di una posizione estremamente interessante e che merita accoglimento, anche se si deve saperne fare corretta applicazione. Essa, infatti, consente di pervenire a risultati di

riportate, rileva in chiave critica tale dato, senza però giungere alla formulazione di un chiaro giudizio sulla categoria<sup>49</sup>.

Una recente opinione ha mutato solo in parte i termini tradizionali<sup>50</sup>. È stato sostenuto che la caratteristica del reato abituale sta nel riconoscimento non «di un elemento psicologicamente in più, ma nell'esistenza di una struttura psicologica in meno, o meglio, se proprio si vuole, l'elemento psicologico in più, comunque incapace a legittimare opzioni di maggior rigore, non è quello della *volontà*, ma della *memoria* che unifica il passato, vivifica il presente e dunque apre al futuro». L'abitudine avrebbe così un effetto «ottundente» sulla capacità del soggetto. Infatti, «ciò che lega un episodio ad un altro, è l'affievolirsi della capacità inibente che, in ragione del precedente, smarrisce la capacità di frapporre impedimenti alla commissione di una azione, nella specie illecita, resa più facile e, talvolta persino più piacevole, dalla stabilità, dall'*habitus* dell'agire».

Tutto ciò comporta la possibilità di riferirsi a un'inclinazione dell'agente, seppure in un senso particolare. Infatti, la dinamica psicologica descritta «pure potrebbe intendersi come “interiorizzazione di esperienze pregresse” o “inclinazione al reato” - nel che si sostanzia il punto di contatto con le teoriche meno recenti - a patto, però, di intendere il riferimento, non già al modo di essere del soggetto, non già alla pericolosità del reo, ma al concreto ed esclusivo

---

giustizia sostanziale che altrimenti potrebbero essere agevolmente impediti dalle consuete difficoltà di accertamento. Si immagini ad esempio che Tizio, notoriamente vissuto sempre in modo parassitario e magari più volte già condannato per sfruttamento della prostituzione, sia colto nell'atto in cui, benché per la prima volta, chieda e ottenga denaro da una (nuova) prostituta. È vero che lo sfruttamento non può ritenersi realizzato di regola *unico actu* ma, data la particolare personalità del reo e la certezza della sua subiettiva inclinazione alla reiterazione dell'atto, si può ben cogliere il già attuale disvalore illecito-penale della situazione. Se si vuole essere particolarmente rigorosi si deve dire che il soggetto ha compiuto, almeno, atti idonei diretti in modo non equivoco a commettere il delitto di sfruttamento: ma non parrebbe giusto ritenere del tutto penalmente irrilevante, sol perché non ancora reiterata, tale condotta». Procede a una difesa della tesi di Contorno (il quale sarebbe mosso da condivisibili esigenze probatorie e di giustizia sostanziale) MUSCATIELLO, *Pluralità e unità di reati*, cit., p. 283, nt. 157.

<sup>49</sup> Secondo FIANDACA, MUSCO, *Dir. pen., parte gen.*, cit., p. 216, la punizione si fonda “in non piccola parte” sullo stile di vita del reo ed entra in conflitto con un diritto penale del fatto “rigorosamente inteso”. Similmente anche GROSSO, PELISSERO, PETRINI, PISA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 225.

<sup>50</sup> Ci si riferisce alla tesi di MUSCATIELLO, *Pluralità e unità di reati*, cit., p. 295 ss.-spec. 303 ss., i cui passi salienti sono di seguito riportati per esteso, al fine di evitare un fraintendimento del pensiero dell'Autore.

atteggiamento mentale del reo, che si risolve in quel tipico sistema continuativo di illeciti. Un *habitus vitae*, non del reo *tout court*, piuttosto “del reo in quel reato”, il che vale quanto dire, una valutazione complessiva della colpevolezza che si modelli alla natura del reato, sposandone profili strutturali: attitudine soggettiva, se si vuole, ma nel senso di stile di vita, di atteggiamento abitudinario e reiterante, nel singolo reato, a ragione del quale la somma della colpevolezza d’insieme è sempre inferiore alla somma algebrica delle singole colpevolezze».

Anche l’orientamento descritto ci sembra debba essere inquadrato tra quelli soggettivizzanti, facenti leva su un modo d’essere dell’autore. Lo spostamento d’accento dalla pericolosità alla colpevolezza non elide la sostanza della tesi: l’attenzione per un reo “ottuso”<sup>51</sup>. Quest’ultimo, per la forza dell’abitudine, finisce con l’essere destinato all’agire delittuoso. Comunque si voglia proporzionare la reazione punitiva, alla base rimane un preconcetto sul modo d’essere dell’autore.

Un secondo indirizzo soggettivistico accentua il ruolo dell’elemento psicologico nel reato abituale (di cui rimane incontestato il carattere oggettivamente reiterato). Una prima declinazione afferma che l’abitudine caratterizzerebbe (non tanto l’elemento oggettivo, quanto) il dolo, senza tuttavia offrire precise argomentazioni. Così, si è sostenuto in passato, genericamente, che l’abitudine costituisce l’elemento psicologico del reato<sup>52</sup>.

---

<sup>51</sup> ‘Reo ottuso’ non è che il rovescio linguistico dell’espressione utilizzata da Muscatiello: se l’abitudine ottunde il reo, consegue che il reo, ormai abituato, è un ottuso. Questa *deminutio*, implicita nelle parole dell’Autore, non ci pare debba passare inosservata.

<sup>52</sup> In particolare, SANTORO, *Manuale di diritto penale*, Torino, 1958, pp. 316–317, da un lato, ritiene che l’abitudine connoti il modo d’essere della condotta (unitaria, ma formata da più azioni); dall’altro, però, sostiene che *l’habitus costituisce l’elemento psicologico* del reato abituale, in espressa contrapposizione con la tesi di Leone; non è ulteriormente precisato, comunque, la maniera in cui l’Autore utilizza il riferimento all’*habitus* - forse che l’autore del reato debba rappresentarsi e volere il proprio modo d’essere? Ad ogni modo, conviene incidentalmente con tale opinione anche COLACCI, *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, cit., p. 110, il quale, nell’argomentare la tesi del dolo unitario, afferma come “non a torto” una parte della dottrina assimili l’elemento psicologico all’“*habitus*, inteso come una data qualifica personale dell’agente e quindi come di forma particolare di colpevolezza”.

Similmente, si è ritenuto erroneo il ravvisare nel reato abituale una pluralità di condotte, posto che sarebbe l'unitarietà del dolo a determinare l'unitarietà della condotta stessa; in altri termini, il dolo del reato abituale ha contenuto tale per cui può trovare congrua realizzazione solo mediante una molteplicità di atteggiamenti esteriori; per esemplificare, la volontà di maltrattare i familiari non può trovare congrua realizzazione in un singolo episodio in cui un familiare sia percosso o, ancora, la volontà di sfruttare una prostituta non si realizza nel farsi consegnare denaro una sola volta<sup>53</sup>. Se da un lato si esclude espressamente la riconduzione del reato abituale alla colpa d'autore<sup>54</sup>, dall'altro si accentua considerevolmente il profilo della volontà, al punto che si ritiene che il significato della volontà abituale (qualitativamente diversa dalla volontà del fatto singolo) possa essere assunto «nella sua formazione successiva, anche durante la realizzazione dei fatti singoli»<sup>55</sup>.

In verità, la tesi non appare del tutto chiara. Il riferimento alla formazione successiva della volontà abituale sembra un implicito rifiuto della tesi del dolo unitario del reato abituale<sup>56</sup>; tuttavia, quanto al resto, non è agevole cogliere in che modo l'accentuazione del profilo psicologico offra una nuova prospettiva alla ricostruzione del reato abituale<sup>57</sup>.

Una seconda declinazione, rimasta sostanzialmente isolata in dottrina, intende l'abitualità come una *Gesinnung*<sup>58</sup>. In premessa, detta tesi riconosce la necessità che la condotta sia reiterata affinché possa effettivamente configurarsi la fattispecie oggettiva del reato abituale. Tuttavia, la ripetizione non sarebbe sufficiente a illuminare la fattispecie abituale, dovendosi prestare attenzione al dolo quale elemento unificatore. Quest'ultimo non dovrebbe essere costretto

---

<sup>53</sup> È questa l'autorevole posizione di PAGLIARO, *Principi di diritto penale - parte generale*, cit., p. 505.

<sup>54</sup> Si afferma, infatti, che la punizione riposa pur sempre su una condotta, anche se complessa e carica di un significato che un atto singolo non potrebbe possedere – Cfr. *ivi*, p. 335.

<sup>55</sup> Cfr. *ivi*, p. 505.

<sup>56</sup> Diversamente intende AIMI, *Le fattispecie di durata: contributo alla teoria dell'unità o pluralità di reato*, II ed., Torino, 2020, p. 161, che, nel criticare la tesi di Pagliaro, parla di un inammissibile riferimento a un reato *in itinere*.

<sup>57</sup> *Ivi*, pp. 160–161, viene commenta come *oscura* la tesi di Pagliaro.

<sup>58</sup> Cfr. ANGELINI, *Sull'elemento soggettivo nel reato abituale*, cit., p. 462 ss. (spec. 468-469), il quale richiama espressamente le tesi di MORSELLI; cfr. *supra*, cap. I, par. 5.

negli “angusti margini della coscienza e volontà dell’evento”: «Il particolare sistema criminoso proprio dei reati abituali non può corrispondere a rapporti psicologici costituiti semplicemente da volontà e rappresentazione; verosimilmente esso costituisce, invece, l’estrinsecazione materiale di un particolare stato d’animo del soggetto agente, di “un medesimo sentimento, di una medesima *Gesinnung*”»<sup>59</sup>. Esemplificando, il padre che è solito maltrattare il figlio mostra una inclinazione che rimane invariata dal primo all’ultimo fatto del reato di maltrattamenti, anche se compiuto a distanza di tempo<sup>60</sup>.

Secondo la tesi illustrata, comunque, la *Gesinnung* rilevante non equivale a stati affettivi atipici quali odio, gelosia, vendetta; questi atterrebbero alla *causa sceleris*, ossia ai moventi di una determinata azione e non concorrerebbero in alcun modo a descrivere la *Gesinnung* del reo ad essi sottostante, che costituisce l’elemento soggettivo tipico. Rispetto all’esempio proposto, un padre potrebbe picchiare il figlio una volta per gelosia, una volta per odio, senza per questo manifestare inclinazioni diverse. Sarà quindi compito del giudice verificare, di volta in volta, quando la reiterazione dei fatti sia o meno sintomatica del medesimo *animus nocendi*, oppure sia espressione di distinte condotte<sup>61</sup>.

---

<sup>59</sup> *Ivi*, p. 468. L’Autore apporta ulteriori chiarimenti: «l’elemento unificatore del reato abituale può e deve ravvisarsi al di qua delle singole azioni (od omissioni), le quali, per quanto interdipendenti, rimangono necessariamente plurime e tra loro distinte, giacché plurimi e distinti sono, per ciascuna di esse, gli atti volitivi che danno loro vita; questo nesso abituale va individuato nel *dolus generalis* che riconnette ed unifica sì è fatta pluralità in un’unica condotta». Il dolo del reato abituale troverebbe una sua adeguata definizione «solo nell’ambito emozionale (*Gesinnung*) richiamando entità estranee alla sfera conoscitivo-volitiva»; perciò sarebbe frequente il richiamo in dottrina «a espressioni quali “indole perversa”, “malvagità”, “mal’animo”, “sentimento perverso”, “malevolenza”». In precedenza, aveva espresso una tesi simile MOSSO, *L’elemento soggettivo nel reato abituale e nel reato continuato - nota a Cass. pen., sez. II, 25/05/1962*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 1963, 200, secondo cui, pur rifiutandosi il ricorso a un tipo d’autore, è necessario trovare un elemento che cementi tra di loro i vari fatti costitutivi dell’illecito; tale elemento, nel reato ipotizzato dall’articolo 572 c.p., consisterebbe in un «particolare stato psicologico di malanimo, di malevolenza dell’agente, che si manifesta e si concreta appunto in una serie di maltrattamenti».

<sup>60</sup> Cfr. *ivi*, p. 469.

<sup>61</sup> Cfr. *ibidem*. In questo modo, l’Autore intende replicare a quanti, in precedenza, avevano contestato la tesi della *Gesinnung* in base all’assunto per cui i moventi sono irrilevanti; in particolare, infatti, si era già posto con decisione contro una ricostruzione dell’elemento psicologico alla stregua di un atteggiamento interiore MANTOVANI F., *Riflessioni sul reato di maltrattamenti in famiglia*, cit., p. 249 ss.; la tesi compare ancora nel suo manuale (MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 497, nt. 163).

La tesi in parola, peraltro, lascia il campo ad alcune ambivalenze nella sua sostanza soggettivistica. Da un lato, critica quanti confondono il reato abituale con la colpa d'autore. La ragione dell'appunto avrebbe carattere dommatico: la colpa d'autore attiene alla colpevolezza, mentre il *proprium* del reato abituale (oltre alla reiterazione delle azioni sul piano oggettivo) consiste nell'elemento psicologico, il quale però appartiene alla tipicità<sup>62</sup>. Dall'altro, però, legittima il collegamento del dolo come *Gesinnung* «a una sorta di colpa d'autore. Non si può invero non convenire con chi ritiene che la reiterazione degli atti sia il prodotto di un particolare tipo d'autore; solo che questo non autorizza a inferire da ciò la sostanziale inutilità della molteplicità dei fatti per arrivare alla punizione del reo, una volta accertata diversamente questa particolare tendenza»<sup>63</sup>.

### 3.1 Rilievi critici

Anche la concezione soggettivistica si dimostra fortemente problematica. Gli orientamenti appena esaminati rispecchiano limpidamente i due paradigmi del diritto penale dell'autore analizzati in precedenza: quello a sfondo criminologico-sintomatico e quello dell'atteggiamento interiore. La loro inaccettabilità alla luce dei principi costituzionali di materialità e offensività è stata già argomentata<sup>64</sup>.

Deve inoltre segnalarsi la carenza di determinatezza e tassatività dell'approccio soggettivistico. Un esempio potrà dimostrare agevolmente l'assunto. Si è ricordato come una parte della dottrina proponga ancora oggi di utilizzare *in bonam partem* il tipo normativo d'autore avuto in mente dal legislatore; così, si è proposto di non ritenere punibile il mantenuto dalla

---

<sup>62</sup> Cfr. MANTOVANI F. *op. ult. cit.*, p. 464.

<sup>63</sup> Cfr. MANTOVANI F. *op. ult. cit.*, p. 469.

<sup>64</sup> Cfr. *supra*, cap. I, par. 8. Anche la dottrina maggioritaria adotta una critica di tale tenore: ad esempio, nella manualistica, cfr. MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 496–497 (per il contrasto con il principio di offensività); FIANDACA, MUSCO, *Dir. pen., parte gen.*, cit., p. 216 (per un contrasto con il “diritto penale del fatto rigorosamente inteso” e, dunque, con il principio di materialità).

prostituta, data la sua divergenza dalla figura soggettiva del lenone, la quale costituirebbe il “vero” sfruttatore<sup>65</sup>. Senonché, sotto l’imperio dell’art. 534 c.p., prima dell’avvento della legge Merlin, la giurisprudenza ebbe modo di interpretare in maniera diametralmente opposta il tipo normativo d’autore sotteso alla disposizione, ritenendo che lo “sfruttamento” della prostituzione fosse rinvenibile solo nel caso del soggetto mantenuto, non anche del lenone<sup>66</sup>. Ciò dimostra come, a parità di espressione legislativa (lo “sfruttare”), il ricorso al tipo d’autore conduca massimamente all’arbitrio del giudice.

A ciò si aggiungano le critiche tradizionali. In relazione alla tesi del reato abituale come espressione dell’*habitus*, si è obiettato che la legge non richiede la sussistenza (e tanto meno la prova) della inclinazione o della tendenza abituale dell’agente ai fini della configurazione del reato<sup>67</sup>. Inoltre, le disposizioni incriminatrici fanno espressamente leva sul dato della pluralità dei comportamenti; pertanto, il principio di stretta legalità impedisce di ritenere sussistente il reato in caso di azione unica, cui si accompagni il riscontro *aliunde* dell’abitualità, trattandosi di una analogia *in malam partem*; d’altronde, in caso

---

<sup>65</sup> cfr. *supra*, nota 17.

<sup>66</sup> In particolare, in una colorita pronuncia del 1939, si legge (in relazione al delitto di sfruttamento, di cui all’art. 534 c.p. abr.): «[...] elemento essenziale del reato è che il reo si faccia mantenere, anche in parte da una prostituta, occorre cioè che il soggetto attivo del reato sia un parassita vero e proprio, e limiti in sostanza la sua attività ad esigere danaro dalla prostituta in rapporto al turpe mestiere da essa esercitato. Il lenone invece svolge un’attività, che per quanto ignominiosa, costituisce un concorso all’esercizio della prostituzione che non può per sé sola considerarsi illecita dal momento che il legislatore, per considerazione di ordine sociale, che qui è inutile ricordare, ha ritenuto di dovere tollerare non solo l’esercizio individuale della prostituzione ma anche l’apertura di case di meretricio. L’attività svolta dal lenone, non essendo, come tale, proibita dalla legge, è evidente come non possa incriminarsi il fatto che egli ricavi i suoi mezzi di sussistenza dalla prostituzione che viene esercitata col concorso delle sue prestazioni reali o personali [...]» - Cass. - I sez. pen. - Udienza 20 luglio 1938; Pres. Romano, Est. Colamonico, P. M. Feraudo (concl. conf.) — Ricc. Caltabiano ed altri, in «Foro it.», 1939, 161 ss. La pronuncia, per altro, si mostra ineccepibile nel suo implicito riferimento ai lavori preparatori al Codice penale: nel verbale di discussione relativo al delitto *de qua*, si fa riferimento al dato che il “mantenimento”, cui è assimilato lo sfruttamento, comporta l’esame di un “sistema di vita” – cfr. i *Lavori preparatori del Codice penale e del Codice di procedura penale*, vol. IV-parte III, Roma, 1929, p. 178. Nella Relazione introduttiva, invece, si illumina il fenomeno del “mantenutismo” alla luce del tipo d’autore del prosseneta: esso «è il tenore di condotta dei così detti *souteneurs*, che, facendosi protettori di prostitute, le sfruttano, attingendo ai proventi di esse i loro mezzi di sussistenza» - cfr. *Lavori preparatori del Codice penale e del Codice di procedura penale*, vol. IV-parte I, Roma, 1929, p. 418.

<sup>67</sup> Cfr. LEONE, *Del reato abituale, continuato e permanente*, cit., p. 83. Più di recente, cfr. FORNASARI, *Reato abituale*, cit., p. 2.

di fatti criminosi già coperti dal giudicato, la loro successiva valutazione violerebbe il divieto del *bis in idem*<sup>68</sup>.

Rispetto all'asserita riconduzione del reato abituale al *Gesinnungsstrafrecht*, resta l'indeterminatezza della *Gesinnung*; di quest'ultima si predica la diversità rispetto al movente, ma non si offre una definizione che si spinga oltre formule sostanzialmente vuote, come l'"inclinazione" o il "sentimento" dell'autore. Così, il contrasto con il principio di determinatezza risulta evidente. A questo dato si aggiunga il disposto di cui all'art. 220, co. 2°, c.p.p., a mente del quale non sono ammesse perizie per stabilire l'abitualità o la professionalità nel reato, la tendenza a delinquere, il carattere e la personalità dell'imputato e in genere le qualità psichiche indipendenti da cause patologiche. Risulta in tal modo anche materialmente impossibile il compito, demandato al giudice, di verificare se la reiterazione dei fatti sia o meno sintomatica del medesimo *animus nocendi*.

#### **4. Una conclusione *de iure condendo***

Dall'analisi svolta emergono inconvenienti in rapporto a entrambe le concezioni del reato abituale. Riassumendo, la concezione oggettivistica non riesce a sottrarsi ad alcune torsioni soggettive; tuttavia, le concezioni soggettivistiche non consentono il rispetto dei principii costituzionali. Sono risultati lesi i principii di legalità, *sub specie* determinatezza, e di offensività.

A ciò deve aggiungersi, come già notato incidentalmente<sup>69</sup>, il disposto dell'art. 131-*bis* co. 4 c.p. Quest'ultimo ha minato il fondamento stesso della concezione oggettivistica, espropriando il reato abituale del carattere della reiterazione. Benché la disposizione sia contestabile, non vi è altro modo di leggere il riferimento distinto ai "reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate".

---

<sup>68</sup> Cfr. PETRONE, *Reato abituale*, cit., pp. 946–948.

<sup>69</sup> Cfr. *retro*, par. 2.1

Per ‘salvare’ la concezione oggettiva, si potrebbe forse immaginare che il legislatore abbia inteso distinguere le fattispecie incriminatrici in base al tenore letterale delle disposizioni: i reati a condotta reiterata sarebbero quelli in cui la pluralità di condotte è requisito esplicito (come nel caso degli atti persecutori e della tortura); quelli a condotta abituale sarebbero caratterizzati da una ripetitività di condotte solo implicita, perché ontologicamente connaturata all’attività incriminata (lo sfruttare, il maltrattare, l’avere una relazione incestuosa, etc.).

Tale lettura, in verità, sarebbe comunque inappagante sotto il profilo sistematico: resterebbero escluse delle ipotesi pacificamente riconosciute come abituali. Si pensi, ad esempio, al reato previsto dall’art. 1159 c.nav., che minaccia di pena il comandante della nave che fa mancare i viveri necessari alle persone imbarcate; se certamente non compare alcun riferimento alla reiterazione, ben più di un dubbio potrebbe sorgere sulla connaturata abitualità della condotta. Paradossalmente, sfuggirebbero a entrambe le categorie anche quei reati fondati espressamente (non già sulla reiterazione, ma) sull’abitualità: si pensi alla tolleranza abituale della prostituzione, di cui all’art. 3 n. 3 l. n. 75/1958, ovvero al reato risultante dagli artt. art. 75 e 8 co. 4 d.lgs. n. 159/2011, nel caso in cui il proposto abbia violato il divieto di associarsi abitualmente alle persone che hanno subito condanne e sono sottoposte a misure di prevenzione o di sicurezza.

Bisognerebbe allora chiedersi che resta del reato abituale, oggettivamente inteso. Se la distinzione del 131-*bis* co. 4 c.p. verrà presa in seria considerazione in futuro, il rischio è che si possa aprire la strada alle concezioni soggettivistiche. Tuttavia, ciò garantirebbe l’incostituzionalità della categoria.

È auspicabile, allora, un’abolizione delle figure di reato abituale o, comunque, una loro riformulazione, che tenga conto delle esigenze di determinatezza e di offensività costituzionalmente imposte; utile potrebbe

essere la riconduzione delle ipotesi esaminate ai reati permanenti<sup>70</sup>; diversamente, si lascerebbe in vita un inammissibile viatico di diritto penale dell'autore.

---

<sup>70</sup> Non è casuale il tentativo di una parte minoritaria della dottrina di ricondurre il reato abituale al reato permanente, anche per sottrarre il primo al suo problematico versante soggettivo: cfr. RONCO, *Il reato: modello teorico e struttura del fatto tipico*, in *Scritti patavini*, vol. I, Torino, 2017, p. 138. Più di recente, COCCO, *Reato istantaneo, di durata e a più fattispecie. Questioni controverse di unità e pluralità*, in *Resp. civ. prev.*, 2, 2017, 379; AIMI, *Le fattispecie di durata*, cit., p. 165 ss. Per una netta presa di posizione contraria, in coerenza con la dottrina maggioritaria, cfr. la recente critica di BELLAGAMBA, *L'eclettica struttura del reato abituale nel labirintico contesto delle fattispecie di durata*, cit., p. 42 ss.

## Bibliografia

- AA.VV. *Codice penale commentato*, a cura di DOLCINI – GATTA, Vicenza, 2021.
- AA.VV., *Delitto politico e delitto penale del nemico*, a cura di GAMBERINI – ORLANDI Bologna, 2007.
- AA.VV., *Diritto penale del nemico: un dibattito internazionale*, a cura di DONINI – PAPA, Milano, 2007.
- ACHENBACH, *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*, Berlin, 1974.
- AIMI, *Le fattispecie di durata: contributo alla teoria dell'unità o pluralità di reato*, Torino, 2020 (II ed.).
- ALESCI, (In-) Sicurezza e immigrazione la “colpevolizzazione” dello straniero nel diritto dell'emergenza, in *Archivio penale (rivista web)*, 3, 2018
- AMARELLI, *Le sezioni unite dilatano il dolo specifico nel delitto di furto: un caso di cripto-analogia in malam partem con effetti irragionevoli?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1, 2024, 179 ss.
- , *Mafie delocalizzate all'estero: la difficile individuazione della natura mafiosa tra fatto e diritto*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 3, 2019, 1197 ss.
- AMATI, *L'enigma penale. L'affermazione politica dei populismi nelle democrazie liberali*, Torino, 2020.
- AMBOS, *Il diritto penale del nemico*, in *Diritto penale del nemico: un dibattito internazionale*, Milano, 2007.
- , *Nationalsozialistisches Strafrecht: Kontinuität und Radikalisierung*, Baden-Baden, 2019.
- AMBROSETTI, *L'eterno ritorno del tipo d'autore nella recente legislazione e giurisprudenza penale*, in *Indice penale*, 2, 2016, 393–403.
- , *Prefazione*, in *Il soggetto autore del reato: aspetti criminologici, dogmatici e di politica criminale*, Padova, 2013.

- AMENDOLA, *Persona e soggetto giuridico nello Stato di prevenzione*, in «Filosofia politica», 3, 2007, 411 ss.
- ANASTASIA – ANSELMi – FALCINELLI, *Populismo penale: una prospettiva italiana*, Padova, 2020.
- ANGELINI, *Sull'elemento soggettivo nel reato abituale*, in *Cassazione penale*, 2, 1993, 462 ss.
- ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983.
- ANTOLISEI – GROSSO, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Milano, 2016 (XVI ed.)
- APOLLONIO, *Le Sezioni Unite rivisitano istituti generali per definire lo statuto applicativo dell'agevolazione mafiosa di cui all'art. 416-bis.1 c.p. Nota a Cassazione penale, sez. un., 19 dicembre 2019, n.8545*, in *Cassazione penale*, 6, 2020, 2232 ss.
- APRILE, *Osservazioni a C.cost. data udienza 7 aprile 2020, data deposito 24 aprile 2020, n. 73*, in *Cassazione penale*, 9, 2020, 3126 ss.
- ARDITA, *Il nesso tra immigrazione e criminalità nel dibattito su immigrazione e sicurezza*, in *Cassazione penale*, 5, 2008, 1727 ss.
- ARROYO ZAPATERO – BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, *Curso de derecho penal. Parte general*, Barcellona, 2016.
- BARATTA, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza. Contributo alla filosofia e alla critica del diritto penale*, Milano, 1963.
- , *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale. Aspetti teoretici e ideologici dello sviluppo della scienza penalistica tedesca dall'inizio del secolo al 1933*, Milano, 1966.
- BARTOLO, P., *L'aggravante della agevolazione mafiosa si "applica" anche al concorrente che ha agito con dolo eventuale? Nota a: Cassazione penale, sez. un., 19 dicembre 2019, n.8545*, in *Cassazione penale*, 3, 2021, 933 ss.
- BEGUINOT, *I reati contro la sfera sessuale della persona al tempo di Internet, tra criticità tradizionali ed esigenze di prevenzione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 3, 2023, 1001 ss.

- BELLAGAMBA, *L'eclettica struttura del reato abituale nel labirintico contesto delle fattispecie di durata*, in *La legislazione penale (rivista web)*, 5 luglio 2020.
- BELLAVISTA, *I reati senza azione*, Napoli, 1937.
- , *Il problema della colpevolezza*, in *Annali del seminario giuridico della Università di Palermo*, vol. XIX, Palermo, 1944.
- BENDERSKY, *Carl Schmitt teorico del Reich*, trad. it. a cura di GHELARDI, Bologna, 1989.
- BERNASCONI, *Giudizio di bilanciamento, circostanze c.d. privilegiate e principio di proporzione: il caso della recidiva reiterata*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6, 2012, 4057 ss.
- BETTIOL, *Azione e colpevolezza nelle teorie dei tipi di autore (1942)*, in *Scritti giuridici*, vol. II, Padova, 1966, p. 535 ss.
- , *Sui recenti orientamenti metodologici nello studio del diritto penale (1940)*, in *Scritti giuridici*, vol. I, Padova, 1966, p. 479 ss.
- , *Sul diritto penale dell'atteggiamento interiore.*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1971, p. 3 ss.
- , *Sul reato proprio (1939)*, in *Scritti giuridici*, vol. I, Padova, 1966, p. 400 ss.
- BOULOC, *Droit pénal général*, Paris, 2017.
- BRASCHI, *La natura dei reati di ragion fattasi e il loro rapporto con la fattispecie di estorsione: alcuni chiarimenti dalle Sezioni unite*, in *Diritto penale e processo*, 3, 2021, 314 ss.
- BRICOLA, *Dolus in re ipsa: osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, Milano, 1960.
- *Teoria generale del reato*, in *Novissimo digesto italiano*, vol. XIX, Torino, 1973, p. 26 ss.
- BRUNETTI P., *Diritto penale del nemico: una lettura critica dei presupposti filosofici*, in *Penale. Diritto e procedura*, 2, 2020, 315 ss.
- BUSTOS RUBIO, *El reflejo de la poena naturalis en la poena forensis. Posibilidades en derecho penal español*, in *Teoría & derecho*, 19, 2016, 119 ss.
- CADOPPI, *Dignità, prostituzione e diritto penale*, in *Archivio penale (rivista*

web), 22 gennaio 2019.

—, *L'assenza di cause di non punibilità mette a rischio le buone intenzioni*, in *Guida al diritto - il sole 24 ore*, 9, 2006, 40 ss.

—, *Sub art. 600quater*, in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia; aggiornata alle legge n. 38 del 2006*, Padova, 2006 (IV ed.), p. 227 ss.

CALABRESE, *La sentenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione a proposito della natura della aggravante della finalità di agevolazione mafiosa. Nota a Cass. Pen., Sez. Sez. un., data udienza Ud. 19 dicembre 2019 (dep. 3 marzo 2020), n. 8545*, in *Archivio penale (rivista web)*, 2, 2020.

CALISTI, *Il sospetto di reati: profili costituzionali e prospettive attuali*, Milano, 2003.

CALVI, *Introduzione*, in VON LISZT, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Milano, 1962.

———, *Sfruttamento della prostituzione*, Padova, 1970.

———, *Tipo criminologico e tipo normativo d'autore*, Padova, 1967.

CANDORE, *Nota a Cass. Pen., Sez. Sez. un., data udienza Ud. 19 dicembre 2019 (dep. 3 marzo 2020), n. 8545*, in *Cassazione penale*, 6, 2020, 2251 ss.

CANESTRARI, *La definizione legale del dolo: il problema del dolus eventualis*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 3, 2001, 906 ss.

CAPPAL, *La qualificazione delle «violenze» prive di un contatto «corpore corpori» alla prova della recente giurisprudenza in tema di atti sessuali*, in *Diritto Penale Contemporaneo - Rivista Trimestrale*, 2, 2017, 43 ss.

CAPPELLINI, *L'orizzonte del dolo nel trattamento medico arbitrario. Un'indagine giurisprudenziale*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 3, 2016, 933 ss.

CAPUTO, *Diseguali, illegali, criminali, (una guida pratica alla lettura)*, in *Questione giustizia*, 1, 2009.

CARMONA, *Il fine di profitto nel delitto di furto. Presupposti «culturali» e struttura normativa*, Milano, 1983.

- CAROLI, *Quando guardare un reato. Accesso intenzionale a materiale pedopornografico e novità normative in materia di reati sessuali nei confronti di minori*, in *Diritto penale e processo*, 7, 2022, 973 ss.
- , *Recensione a «Kai Ambos, Nationalsozialistisches Strafrecht. Kontinuität und Radikalisierung»*, in *Indice penale*, 3, 2019, 699–704.
- CARUSO, *Su recidiva reiterata e giudizio di bilanciamento: parola ‘fine’ della Corte Costituzionale?*, in *Archivio penale (rivista web)*, 1, 2013.
- CATENACCI, *I reati di pericolo presunto fra diritto e processo penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di DOLCINI, PALIERO, Milano, 2006, p. 1415 ss.
- CATERINI, *Il diritto penale del nemico “presunto”*, in *Politica del diritto*, 2, 2015, 635 ss.
- , *Partecipazione ad associazione mafiosa: non basta la parola. Nota a Cass. pen., sez. un., 11 ottobre 2021*, in *Arch. pen.*, 3, 2021, 915 ss.
- CAVALIERE, *Associazione di tipo mafioso*, in *Trattato di diritto penale: parte speciale. 5: Delitti contro l’ordine pubblico*, a cura di MOCCIA, Napoli, 2007, p. 382 ss.
- , *“Diritti” anziché “beni giuridici” e “principi” in diritto penale? A proposito di un saggio di Francesco Viganò*, in *Sistema penale*, 10, 2023, 63 ss.
- , *Diritto penale “del nemico” e “di lotta”: due insostenibili legittimazioni per una differenziazione, secondo tipi di autore, della vigenza dei principi costituzionali*, in *Delitto politico e delitto penale del nemico*, a cura di GAMBERINI, ORLANDI (*Nuovo revisionismo penale*), Bologna, 2007.
- , *Diritto penale e politica dell’immigrazione*, in *Immigrazione illegale e diritto penale. Un approccio interdisciplinare*, a cura di ROCCHI, ROSI, Napoli, 2013.
- , *Diritto penale e politica dell’immigrazione*, in *Critica del diritto*, 1, 2013, 17 ss.
- , *Il furore casistico nella recente legislazione penale. In particolare: circostanze e soggettivismo*, in *Penale. Diritto e procedura*, 4, 2022, 541 ss.

- , *Il furore casistico nella recente legislazione penale. In particolare: circostanze e soggettivismo*, in AA.VV., *Scritti in onore di Nicola Mazzacupa*, a cura di AMATI, FOFFANI, GUERINI, Pisa, 2023, p. 65 ss.
- , *La discussione intorno alla punibilità del negazionismo, i principi di offensivi e libera manifestazione del pensiero e la funzione della pena*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2, 2016, 999 ss.
- , *Le vite dei migranti e il diritto punitivo*, in *Sistema penale*, 4, 2022, 43 ss.
- , *L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale: contributo ad una sistematica teleologica*, Napoli, 2000.
- , *Misure di sicurezza e doppio binario. Considerazioni introduttive*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1, 2022, 343 ss.
- , *Riflessioni intorno a oggettivismo e soggettivismo nella teoria del reato*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. II, Milano, 2006, p. 1443 ss.
- , *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, in *Costituzione, diritto e processo penale. I quarant'anni della Corte costituzionale. Atti del Convegno*, a cura di GIOSTRA, INSOLERA, Milano, 1998.
- , *270-sexies*, in *Codice penale*, a cura di Padovani, vol. I, VII ed., Milano, 2019, 1817 ss.
- CIRILLO, *Istigazione e apologia nei recenti (dis)orientamenti giurisprudenziali*, in *Diritto penale e processo*, 9, 2019, 1292 ss.
- CIVELLO, *Recidiva reiterata e limiti al bilanciamento ex art. 69 c.p.: due nuove conquiste nella battaglia contro "il divieto di prevalenza"*, in *Archivio penale (rivista web)*, 2, 2014.
- COCCO, *Può costituire reato la detenzione di pornografia minorile?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 3, 2006, 863 ss.
- , *Reato istantaneo, di durata e a più fattispecie. Questioni controverse di unità e pluralità*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2, 2017, 374 ss.
- COGO, *Guida in difetto di patente, misure di prevenzione e diritto penale d'autore. Brevi riflessioni a margine della sentenza n. 211/2022 della Corte*

- costituzionale, in *Sistema penale (rivista web)*, 2023.
- COLACCI, *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, Napoli, 1963.
- COLAIANNI, *Mendicità e solidarietà. Nota a sentenza 28 dicembre 1995, n. 519*, in *Foro italiano*, 4, 1996, 1148 ss.
- CONTENTO, *Corso di diritto penale*, vol. II, Roma-Bari, 1996.
- CONTIERI, *Dialettica del bene giuridico: per il recupero di una prospettiva costituzionalmente orientata*, Pisa, 2019.
- COPPI, *Maltrattamenti in famiglia*, Perugia, 1979.
- , *Osservazioni sui «reati di sospetto», e, in particolare, sul possesso ingiustificato di valori*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1968, 1704.
- CORBO, *Questioni controverse nella giurisprudenza di legittimità*, in *Cassazione penale*, 5, 2021, 1456 ss.
- CRESPO, “*Compatibilismo umanista*”: *una proposta per conciliare le neuroscienze e il diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2, 2022, 645 ss.
- CRISAFULLI, *Libertà costituzionale di accattonaggio? Questione di costituzionalità o questione di interpretazione ed applicazione di norme*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1964, 1185.
- CRUPI, *Diritto penale d'autore, diritto penale del nemico e diritto penale del fatto: quale modello per la posizione dello straniero?*, in *Immigrazione e garanzie dei diritti fondamentali*, a cura di VERDE, GENNA, Torino, 2012, p. 274 ss.
- CUPELLI, *Divieto di analogia «in malam partem» e limiti dell'interpretazione in materia penale: spunti dalla sentenza 98 del 2021*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 4, 2021, 1807 ss.
- CURI, *Il diritto penale speciale del testo unico immigrazione*, in *I migranti sui sentieri del diritto. Profili socio-criminologici, giuslavoristici, penali e processualpenalistici*, a cura di CURI, MARTELLONI, SBRACCIA, VALENTINI, Torino, 2020, p. 109 ss.
- DAHM, *Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft*, in

«ZStW», 1937, p. 225 ss.

—, *Der Tätertyp im Strafrecht*, Lipsia, 1940.

—, *Verbrechen und Tatbestand*, in AA. VV., *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, Berlino, 1935, p. 62 ss.

DAHLM – SCHAFFSTEIN, *¿Derecho penal liberal o Derecho penal autoritario? (1933)*, trad. spagn. a cura di L. BROND, Santiago (Cile), 2020.

D'AMATO, *Imputabilità e neuroscienze*, in *La legislazione penale (rivista web)*, 2022.

D'AMICO, *I delitti contro l'uguaglianza*, in *Trattato di diritto penale*, a cura di CADOPPI, CANESTRARI, MANNA, PAPA, Milano, 2022, p. 6101 ss.

D'ANZA, *La Corte costituzionale torna ad occuparsi della guida senza patente da parte di persona già sottoposta a misura di prevenzione personale, nella ricerca di un delicato equilibrio tra garanzia del principio di offensività e rispetto della discrezionalità del legislatore. Nota a Corte cost., 17/10/2022, n. 211*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4, 2022, 1709 ss.

DE FRANCESCO, *Diritto penale: principi, reato, forme di manifestazione*, (II ed.), Torino, 2022.

—, *Dogmatica e politica criminale nei rapporti tra concorso di persone ed interventi normativi contro il crimine organizzato*, in AA. VV., *Lotta alla criminalità organizzata: gli strumenti normativi*, a cura di GIOSTRA, INSOLERA, Milano, 1995, p. 66 ss.

DE MARTINO F. M., *Abitualità, professionalità e tendenza a delinquere: tre insostenibili tipi legali di pericolosità sociale*, in *Indice penale*, 3, 2022, 551 ss.

DE VERO, *La circostanza gravante del metodo e del fine di agevolazioni mafiosi: profili sostanziali e processuali*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1, 1997, 42 ss.

—, *L'ambigua connotazione nemicale della criminalità di stampo mafioso*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2, 2020, 1033 ss.

—, *Ordine pubblico (delitti contro)*, in *Digesto Discipline Penalistiche*, vol. IX, Torino, 1995.

- DELITALA, *Il «fatto» nella teoria generale del reato*, Padova, 1930.
- DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Milano, 1956.
- , *La recidiva nella teoria della norma penale*, Palermo, 1950.
- DELSIGNORE, *L'incriminazione della detenzione di materiale pedopornografico (art. 660-quater c.p.)*, in *Trattato di diritto penale*, a cura di CADOPPI, CANESTRARI, MANNA, PAPA, Milano, 2022, p. 5891 ss.
- DI TULLIO, *Manuale di antropologia e psicologia criminale (applicata alla pedagogia emendativa, alla polizia ed al diritto penale e penitenziario)*, Roma, 1931.
- DI VETTA, *Tipicità e prova. Un'analisi in tema di partecipazione interna e concorso esterno in associazione di tipo mafioso*, in *Archivio penale (rivista web)*, 1, 2017.
- DIAMANTI, *Recidiva reiterata e danno di speciale tenuità*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 4, 2023, 1557 ss.
- DODARO, *Discriminazione dello straniero irregolare nell'aggravante comune della clandestinità*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4, 2008, 1634 ss.
- DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Padova, 1979.
- DONADIO, *L'uomo delinquente di Marco Tullio Cicerone*, in *JusOnline*, 4, 2022, 95–143.
- DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Questione giustizia*, 1, 2009, 125 ss.
- , *Il dolo eventuale: fatto-illecito e colpevolezza. Un bilancio del dibattito più recente*, in *Diritto penale contemporaneo*, 1, 2014, 70 ss.
- , *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Diritto penale contemporaneo - rivista trimestrale*, 2013.
- , *Il volto attuale dell'illecito penale: la democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004.
- , *Misure di prevenzione e guida senza patente: apparente offensività oggettiva del reato e diritto penale d'autore nella sentenza C. cost. 211 del*

- 2022, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6, 2022, 3011 ss.
- , *Negazionismo e protezione della memoria. L'eredità dell'Olocausto e la sua sfida per l'etica pubblica e il diritto penale*, in *Sistema penale - rivista web*, 2021.
- , *Populismo penale e ruolo del giurista*, in *Sistema penale - rivista web*, 2020
- , *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996.
- FALCINELLI, *Il reato d'autore e tecniche di frammentazione penale*, Pisa, 2014.
- FAUCONNET, *Recensione a Tesar, «Die symptomatische Bedeutung des verbrecherischen Verhaltens. Ein Beitrag zur Wertungslehre im Strafrecht»*, in *L'Année Sociologique*, 11, 1909, 450–454.
- FERRAJOLI, *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, Roma, 1990 (II ed.)
- , *Il populismo penale nell'età dei populismi politici*, in *Questione giustizia*, 1, 2019, 79 ss.
- , *La criminalizzazione degli immigrati (note a margine della legge n. 94/2009)*, in *Questione giustizia*, 5, 2009, 9 ss.
- FERRI, *Principi di diritto criminale*, Torino, 1928.
- , *Sociologia criminale*, Torino, 1900.
- FIANDACA, *Intorno a dottrine e interpretazione penalistiche dal codice penale Rocco a oggi*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4, 2023, 1279 ss.
- , *Le Sezioni Unite tentano di diradare il «mistero» del dolo eventuale. Nota a Cassazione Penale, Sez. Unite, 18 settembre 2014, n. 38343*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4, 2014, 1938 ss.
- , *Luci ed ombre della pronuncia a sezioni unite sul trattamento medico-chirurgico arbitrario - Nota a Cassazione penale sez. un., 18/12/2008, (ud. 18/12/2008, dep. 21/01/2009), n.2437*, in *Foro italiano*, 6, 2009, 306 ss.
- , *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, 95 ss.
- , *Prima lezione di diritto penale*, Bari Roma, 2017.
- FIANDACA – DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale: per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003.
- FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale. I: Parte speciale*, Bologna, 2021 (VI ed.)

- , *Diritto penale. Parte generale*, Torino, 2019 (VIII ed.)
- , *Diritto penale. Parte speciale. Vol. 2, tomo I - I delitti contro la persona*, Torino, 2023 (VI ed.).
- FILINDEU, *Neuroscienze ed elemento psicologico del reato: considerazioni in tema di dolo*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2, 2021, 603 ss.
- IORE, *Decodificazione e sistematica dei beni giuridici*, in G. MARINUCCI, M. RAMAT, *Beni e tecniche della tutela penale: materiali per la riforma del codice*, Milano, 1987, pp. 73–89.
- IORE C., *I reati di opinione*, Padova, 1972.
- , *Il contributo della giurisprudenza costituzionale all'evoluzione del principio di offensività*, in AA. VV., *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di VASSALLI, Napoli, 2006, p. 91 ss.
- IORE, C. – IORE, S., *Diritto penale: parte generale*, Milano, 2020 (VI ed.).
- IORE S., *Tipologie delittuose e configurabilità del tentativo*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1, 2022, 59 ss.
- IORELLA, *Lo sviluppo in Italia, nel '900, delle fondamentali categorie del diritto penale alla luce delle influenze della dottrina tedesca*, in *Rivista per le scienze giuridiche*, 6, 2015, 173 ss.
- , *Sui rapporti tra il bene giuridico e le particolari condizioni personali*, in *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di STILE, Napoli, 1985, p. 193 ss.
- , *Reato (dir. pen.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXVIII, Milano, 1987.
- IORA, *Verso un diritto penale del tipo d'autore?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2, 2008, 559–571.
- FLORIAN, *Il metodo positivo nella scienza del diritto penale*, Milano, 1925.
- FLORIO, *La riscoperta della poena naturalis: note a margine di una recente questione di costituzionalità*, in *La legislazione penale (rivista web)*, 15 novembre 2023.
- FORNASARI, *Diritto penale liberale e derive autoritarie: riflessi nel pensiero del giovane Giuseppe Bettiol*, in *Dallo Stato Costituzionale di diritto allo Stato*

- di polizia?*, a cura di RIONDATO, Padova, 2012, p. 57 ss.
- , *I principi del diritto penale tedesco*, Milano, 1993.
- , *Osservazioni rapsodiche su tre diramazioni del diritto penale del nemico*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2, 2020, 1049 ss.
- , *Reato abituale*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXVI, Roma, 1991.
- FORZATI, *Il diritto penale dell'obbedienza fra fondamento etico-religioso dell'offesa e funzione potestativa della pena*, in *Archivio penale (rivista web)*, 3, 2017.
- , *Il penale dell'immigrazione oltre i diritti e le garanzie della persona. Il D.L. 14 giugno 2019 n. 53 e le nuove frontiere della diseguaglianza sanzionatoria*, in *Archivio penale (rivista web)*, 3, 2019.
- , *L'illecito personologico fra destrutturazione del Tatstrafrecht e affermazione del Täter-prinzip: soggettivizzazione del reato e crisi della materialità penale nel XIX e XX secolo*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4, 2019, 1989 ss.
- H. FRANK, *Fondamento giuridico dello Stato nazionalsocialista*, trad. it. a cura di PALERMO, Milano, 1939.
- FRANZ, *Brevi osservazioni in merito alla costituzionalità del reato di cui all'art. 708 c.p., ed alla applicazione concreta della fattispecie*, in *Cassazione penale*, 10, 1993, 2216 ss.
- FURIA, *I delitti contro il sentimento per gli animali*, in *Trattato di diritto penale*, a cura di CADOPPI, CANESTRARI, MANNA, PAPA, vol. II, Milano, 2022, p. 4372 ss.
- GALANTE, *Legalità e mutamenti giurisprudenziali nel diritto penale. Fondamento e limiti del divieto di retroattività dei mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli*, Firenze, 2021.
- GALLAS, *Sullo stato attuale della teoria del reato*, in *Scuola positiva*, 1963, 3 ss.
- GALLO E., *Attentato» (delitto di)*, in *Appendice del Novissimo digesto italiano*,

Torino, 1980.

GALLO M., *Appunti di diritto penale*, vol. III, Torino, 2003.

—, *Il concetto unitario di colpevolezza*, Milano, 1951.

—, *Dolo (dir. pen.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIII, Milano, 1964, p. 750 ss.

GAROFALO, *Criminologia*, Torino, 1891.

GATTA, *Aggravante della 'clandestinità' (art. 61 n. 11 bis c.p.): uguaglianza calpestata*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2, 2009, 713 ss.

—, *Il "reato di clandestinità" e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, in *Diritto penale e processo*, 11, 2009, 1323 ss.

GELARDI, *Il dolo specifico*, Padova, 1996.

GIAMPAOLI, *L'art. 707 c.p. e le condizioni personali ivi richiamate*, in *Scuola positiva*, 1971, 556.

GIUNTA – CAPUTO – CICALA, *Opinioni a confronto. Il reato di immigrazione clandestina*, in *Criminalia*, 2009, 387 ss.

GÓMEZ MARTIN, *El derecho penal de autor - desde la vision criminológica tradicional hasta las actuales propuestas de Derecho penal de varias velocidades*, Valencia, 2007.

GRISPIGNI, *Indici del futuro svolgimento del diritto penale*, in *Studi in memoria di Arturo Rocco*, vol. II, Milano, 1952.

—, *Introduzione alla sociologia criminale*, Torino, 1928.

—, *La personalità criminale ed il valore sintomatico del reato*, in *La Scuola positiva*, 1920, 97 ss.

—, *La personalità ed il valore sintomatico del reato*, in *La Scuola positiva*, 1955, 263 ss.

—, *La sanzione criminale nel moderno diritto repressivo*, in *Scuola positiva*, 1920, 390 ss.

—, *Recensione a Lersch («La struttura del carattere»)*, in *Scuola positiva*, 1951, 251 ss.

—, *Regresso di un secolo nella legislazione penale*, in *Scuola positiva*, 1949, p.

329 ss.

—, *Spirito nuovo negli istituti penitenziari*, in *Scuola positiva*, 1938, 224 ss.

GRISPIGNI – MEZGER, *La riforma penale nazionalsocialista*, Milano, 1942.

GROSSO – PELISSERO – PETRINI – PISA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2023 (IV ed.).

GUARNERI, *Il delinquente tipo*, Milano, 1942.

GUERINI, *Le Sezioni unite si pronunciano sulla natura soggettiva dell'aggravante dell'agevolazione mafiosa e sul regime di comunicabilità ai correi*, in *Diritto penale e processo*, 6, 2020, 763 ss.

GUSTAPANE, *Casa di prostituzione e lenocinio*, Lecce, 1959, 140 ss.

HARTL, *Das nationalsozialistische Willensstrafrecht*, Berlin, 2000.

JAKOBS, *Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart (Kommentar)*, in *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, a cura di ESER, HASSEMER, Monaco, 2000, p. 51 ss.

—, *Diritto penale del nemico? Una analisi delle condizioni di giuridicità*, in *Delitto politico e delitto penale del nemico*, a cura di GAMBERINI, ORLANDI (*Nuovo revisionismo penale*), Bologna, 2007.

—, *I terroristi non hanno diritti (traduzione di Terroristen als Personen im Recht?, 2005)*, in *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, a cura di KOSTORIS, ORLANDI, Torino, 2006.

—, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung (Referat auf der Strafrechtslehrertagung in Frankfurt a.M. im Mai 1985)*, in *ZStW*, 97, 1985, 753 ss.

KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 2000.

KOLLMANN, *Der symptomatische Verbrechensbegriff*, in *ZStW*, 28, 1908, 449 ss.

LA CUTE, *Serrata*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLII, Milano, 1990, p. 230 ss.

LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, Padova, 2011.

LATTANZI, *Tra legge e giudice alla ricerca di un equilibrio per la legalità penale. Appunto per la presidenza della sessione mattutina*, in *Sistema penale (rivista web)*, 12, 2022.

LEO, *Gli statuti differenziali per il delinquente pericoloso: un quadro della giurisprudenza*, in *Pericolosità e giustizia penale*, a cura di PAVARINI, STORTONI, Bologna, 2013, p. 141 ss.

LEONE, *Del reato abituale, continuato e permanente*, Napoli, 1933.

—, *Per una revisione del concetto di profitto nel delitto di furto*, in *Scritti giuridici in onore di Vincenzo Manzini*, Padova, 1954.

LOMBROSO, *L'uomo delinquente in rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza e alle discipline carcerarie*, vol. I, Torino, 1889.

MACRÌ, *Modifiche alla disciplina delle circostanze aggravanti dell'omicidio e nuovo delitto di «atti persecutori»*, in *Diritto penale e processo*, 7, 2009, 816 ss.

MAIELLO, *Legalità della legge e dintorni: tra Consulta, Cassazione e auspici riformisti*, in *Sistema penale (rivista web)*, 12, 2022, 121 ss.

MALDONATO, *Nota a Corte costituzionale, 24 aprile 2020, n.73*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2, 2020, 1224 ss.

MANES, *Dalla «fattispecie» al «precedente»: appunti di «deontologia ermeneutica»*, in *Cassazione penale*, 6, 2018, 2222 ss.

—, *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, in *Diritto Penale Contemporaneo - Rivista Trimestrale*, 1, 2012, 99 ss.

—, *Il principio di offensività nel diritto penale: canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005.

MANNA, *Diritto penale e neuroscienze: un'introduzione*, in AA.VV., *Diritto penale e neuroetica*, Padova, 2013.

—, *Il diritto penale dell'immigrazione clandestina, tra simbolismo penale e colpa d'autore*, in *Cassazione penale*, 2, 2011, 446 ss.

—, *La giustizia penale fra Otto e Novecento: la disputa fra soggettivismo e*

- oggettivismo, in *L'Indice penale*, 2, 2006, 509 ss.
- , *Le fattispecie criminose in materia di immigrazione clandestina fra Corte costituzionale Sezioni unite penali*, in *Diritto penale e processo*, 12, 2021, 1634 ss.
- , *Manuale di diritto penale: parte generale*, Milano, 2021 (II ed.).
- , *Misure di prevenzione e diritto penale: una relazione difficile*, Pisa, 2021.
- MANNA – SERENI, *Diritto penale. Parte generale: teoria e prassi*, Milano, 2024.
- MANTOVANI, F., *Diritto penale. 2: Parte speciale Delitti contro il patrimonio*, Milano, 2021 (VIII ed.).
- , *Diritto penale. Parte generale*, Milano, 2017.
- , *Diritto penale. Parte speciale, 1: Delitti contro la persona*, Milano, 2019 (VII ed.).
- , *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale e l'amico del diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2, 2007, 470 ss.
- , *La nuova disciplina penale della lotta contro lo sfruttamento della prostituzione altrui*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1959, 452 ss.
- , *Riflessioni sul reato di maltrattamenti in famiglia*, in *Studi in onore di Antolisei*, vol. II, Milano, 1965, p. 229 ss.
- MANTOVANI, M., *Metamorfosi del reato abituale: fra ritorni al passato e trasfigurazione in un delitto di evento*, in *Indice Penale*, 1, 2019, 42 ss.
- MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. I, Torino, 1981 (V ed.).
- , in *Trattato di diritto penale italiano*, vol. X, 1986.
- MAPELLI CAFFARENA, *Pena natural – “poena naturalis” – o daños colaterales en la realización de una infracción penal*, in *Estudios de Derecho penal. Homenaje al Profesor Santiago Mir Puig*, a cura di SILVA SÁNCHEZ, QUERALT JIMÉNEZ, CORCOY BIDASOLO, CASTIÑEIRA PALOU, Buenos Aires, 2017, p. 1003 ss.
- MARINI, *Delitti contro la persona*, Torino, 1996 (II ed.)

MARINUCCI, *Conclusioni*, in *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, a cura di COCCO, Padova, 2005, p. 111 ss.

—, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1983, 1190 ss.

—, *Il reato come azione*, Milano, 1971.

—, *Il tipo normativo d'autore: inquadramento dogmatico ed esperienze giurisprudenziali*, in *Il soggetto autore del reato: aspetti criminologici, dogmatici e di politica criminale*, Padova, 2013, p. 75 ss.

—, *Soggettivismo e oggettivismo nel diritto penale. Uno schizzo dogmatico e politico-criminale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1, 2011, 1 ss.

MARINUCCI – DOLCINI, *Costituzione e politica dei beni giuridici*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2, 1994, 333 ss.

MARINUCCI – DOLCINI – GATTA, *Manuale di diritto penale: parte generale*, Milano, 2023 (XII ed.)

MARRA, *Il paradosso della legalità nella modernità penalistica. Note a margine di Wolfgang Naucke, Negatives Strafrecht. 4 Ansätze, Lit, Berlin, 2015*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2, 2018, 725 ss.

MASARONE, *Associazione con finalità di terrorismo e custodia cautelare in carcere*, in *Diritto penale e processo*, 4, 2021, 510 ss.

—, *Misure di sicurezza detentive e Cedu*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1, 2022, 369 ss.

—, *Profili di rilevanza penale del trattamento medico-chirurgico arbitrario*, in *Critica del diritto*, 1–3, 2010, 25 ss.

MASERA, *Corte costituzionale ed immigrazione: le ragioni di una scelta compromissoria. Nota a Corte cost., sentt. 5-8 luglio 2010, n. 249 e n. 250*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 3, 2010, 1373 ss.

—, *Il diritto penale «dei nemici» - la disciplina in materia di immigrazione irregolare*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2, 2020, 804 ss.

—, *“Terra bruciata” attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e*

*negazione reale dei diritti*, in *Il “Pacchetto sicurezza” 2009*, a cura di MAZZA, VIGANÒ, Torino, 2009, p. 27 ss.

MAUGERI, *I reati di sospetto dopo la pronuncia della Corte costituzionale n.370 del 1996: alcuni spunti di riflessione sul principio di ragionevolezza, di proporzione e di tassatività*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2, 1999, 434 ss.

—, *I reati sessualmente connotati e diritto penale del nemico*, Pisa, 2021.

—, *La riforma della confisca (d.lgs. 202/2016). Lo statuto della confisca allargata ex art. 240-bis c.p.: spada di Damocle sine die sottratta alla prescrizione (dalla l. 161/2017 al d.lgs. n. 21/2018)*, in *Archivio penale (rivista web) - Supplemento 1*, 2018, 235 ss.

MAUGERI – PINTO DE ALBUQUERQUE, *La confisca di prevenzione nella tutela costituzionale multilivello tra istanze di tassatività e ragionevolezza (C. cost. 24/2019)*, in *Sistema penale – rivista web*, 29 novembre 2019.

MAZZACUVA, N., *Diritto penale e Costituzione*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, Torino, 2000.

—, *Il disvalore di evento nell'illecito penale: l'illecito commissivo doloso e colposo*, Milano, 1983.

—, *Il soggettivismo nel diritto penale: tendenze attuali ed osservazioni critiche*, in *Foro italiano*, 5, 1983, 45 ss.

— *L'interpretazione della legge penale (e i reati connessi a Internet)*, in *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, a cura di COCCO, Padova, 2005, p. 45 ss.

MELCHIONDA ACHILLE, *Vari aspetti di incostituzionalità dell'art. 708 c.p?*, in *Scuola positiva*, 1968, 147.

MERENDA, *Mafie straniere e mafie delocalizzate nell'applicazione dell'art. 416-bis c.p.*, in *Diritto di Difesa*, 4, 2022, 813 ss.

MESSORI, *La comunicabilità delle circostanze al correo: una lettura costituzionalmente imposta dell'art. 118 c.p.*, in *Archivio penale (rivista web)*, 3, 2021.

- MEZGER, *Deutsches Strafrecht. Ein Leitfadens*, Berlino, 1936.
- , *Die materielle Rechtswidrigkeit im kommenden Strafrecht*, in *ZStW*, 1936, 6 ss.
- , *Die Straftat als Ganzes*, in *ZStW*, 1938, 675 ss..
- , *Tatstrafe und Täterstrafrecht insbesondere im Kriegsstrafrecht*, in *ZStW* (1941), 353 ss.
- MEZZETTI, *Gli eccessi del legislatore e l'irrilevanza autoreferenziale della dottrina penalistica*, in *Archivio penale (rivista web)*, 2, 2019.
- MIR PUIG, *Derecho penal - parte general*, Barcellona, 2008 (VIII ed.)
- MOCCIA, *Ancora e sempre contro il doppio binario*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1, 2022, 451 ss.
- , *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2, 1995, 343 ss.
- , *I nipotini di Lombroso: neuroscienze e genetica nel diritto penale*, in *Diritto penale e processo*, 5, 2016, 681 ss.
- , *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992.
- , *Il volto attuale del sistema penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 3, 2013, 1093 ss.
- , *La perenne emergenza – tendenze autoritarie del sistema penale*, Napoli, 2000.
- , *Le teorie penali pure nel pensiero tedesco: tra Illuminismo e idealismo*, Napoli, 2023.
- , *Ordine pubblico (disposizioni a tutela del)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXII, Milano, 1990, p. 1 ss.
- , *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, Padova, 1988.
- MORO, *Unità e pluralità di reati. Principi*, Padova, 1959.
- MORSELLI, *Il ruolo dell'atteggiamento interiore nella struttura del reato*, Padova, 1989.

- MOSSO, *L'elemento soggettivo nel reato abituale e nel reato continuato - nota a Cass. pen., sez. II, 25/05/1962*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1, 1963, 197 ss.
- MUÑOZ CONDE, *Alcune osservazioni su Filippo Grispigni e il diritto penale fascista, pubblicato in Revista De Derecho Penal y Criminologia 2014, 205 ss*, trad. it. a cura di COCO P., in *Archivio penale*, 3, 2019.
- , *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo*, Valencia, 2003.
- MUÑOZ CONDE – GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, Valencia, 2010.
- MUSCATIELLO, *Pluralità e unità di reati*, Padova, 2002.
- MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva. Profili storici e costituzionali*, Milano, 1978.
- , *L'illusione penalistica*, Milano, 15 giugno 2004.
- NAUCKE, *I confini del diritto penale. Abbozzo del problema in sette tesi*, in *Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*, a cura di BORRÉ, PALOMBARINI, ALBRECHT, Milano, 1998.
- , *Negatives Strafrecht: 4 Ansätze*, Berlin Münster, 2015.
- NESE – BELLI, *La tutela della salute mentale in carcere ed il superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari (Opg): attuali criticità e prospettive*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1, 2022, 353 ss.
- NISCO, *Neokantismo e scienza del diritto penale - sull'involuzione autoritaria del pensiero penalistico tedesco nel primo Novecento*, Torino, 2019.
- NOTARO, *La fine ingloriosa, ma inevitabile, di una manifesta irragionevolezza: la Consulta "lima" il divieto di prevalenza delle attenuanti sulla recidiva reiterata*, in *Cassazione penale*, 5, 2013, 1755 ss.
- NUVOLONE, *A proposito di una sentenza del Reichsgericht sul Tätertypus*, in *Rivista italiana di diritto penale*, 1941, 47 ss.
- , *I fini e i mezzi nella scienza del diritto penale (da Riv. it. dir. pen., 1948, n.1-3)*, in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, vol. I, Padova, 1969, p. 151 ss.

- , *Il momento penale (da Archivio penale, maggio-giugno 1946, fasc. V-VI)*, in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, vol. I, Padova, 1969, p. 140 ss.
- , *La capacità a delinquere nel sistema del diritto penale (1942)*, in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, vol. I, Padova, 1969, p. 578 ss.
- , *La riforma del § 2 del Codice penale germanico (da Riv. it. dir. pen., 1938, n. 5-6)*, in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, vol. I, Padova, 1969, p. 1 ss.
- ODDI, *Note minime (vagamente antistoriche) sugli effetti perversi delle sentenze interpretative di rigetto in materia penale*, in *Diritto penale e processo*, 5, 2011, 613 ss.
- ORLANDI, *Nuova legalità penale, diritto giurisprudenziale e funzioni attuali della Corte di cassazione*, in *Sistema penale (rivista web)*, 12, 2022, 133 ss.
- PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2023.
- , *Fatto e pericolosità*, in *Pericolosità e giustizia penale*, a cura di PAVARINI, STORTONI, Bologna, 2013, p. 117 ss.
- , *La «pena naturale» al vaglio della Corte costituzionale*, in *Sistema penale (rivista web)*, 17 aprile 2024.
- , *Legge 3/8/1998 n. 269 Norme contro lo sfruttamento della prostituzione, della pornografia, del turismo sessuale in danno di minori, quali nuove forme di riduzione in schiavitù. Art. 1: Modifiche al codice penale*, in *La legislazione penale*, 1/2, 1999, 53 ss.
- PAGLIARO, *Principi di diritto penale - parte generale*, Milano, 2000.
- , *Fatto (dir. pen.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XVI, Milano, 1967.
- PALAZZO, *Considerazioni sul delitto di lenocinio a mezzo stampa - nota a Trib. Firenze, sez. II, 26/1/1974*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2, 1975, 688 ss.
- , *Corso di diritto penale*, Torino, 2016.
- , *La nuova frontiera della tutela penale dell'eguaglianza*, in *Sistema penale*, 2021.
- , *La recente legislazione penale*, Padova, 1985.

—, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2, 1998, 350 ss.

PALIERO, *Il diritto liquido. Pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 3, 2014, 1099 ss.

—, *Minima non curat praetor. Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985.

PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milano, 1990.

PECCIOLI, *La progressiva erosione della blindatura della recidiva reiterata alla luce del principio di colpevolezza: il caso del vizio di mente*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4, 2020, 1975 ss.

PECORELLA, *Furto (dir. pen.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XVIII, Milano, 1969.

PELISSERO, *Il controllo dell'autore imputabile pericoloso nella prospettiva comparata. La rinascita delle misure di sicurezza custodiali*, in *Pericolosità e giustizia penale*, a cura di PAVARINI, STORTONI, Bologna, 2013, p. 191 ss.

—, *La legislazione antiterrorismo. Il prototipo del diritto penale del nemico tra garanzie e rischi di espansione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2, 2020, 745 ss.

—, *La parola pericolosa. Il confine incerto del controllo penale del dissenso*, in *Questione giustizia*, 4, 2015, 37 ss.

—, *Pericolosità sociale e doppio binario: vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008.

—, *Prospettive della legalità penale*, in *Sistema penale (rivista web)*, 12, 2022, 149 ss.

PETROCELLI, *Il delitto tentato. Studi*, Padova, 1966.

—, *La pericolosità criminale e la sua posizione giuridica*, Padova, 1940.

—, *Principii di diritto penale*, vol. I, Napoli, 1955.

PETRONE, *Reato abituale*, in *Novissimo Digesto italiano*, vol. XIV, Torino,

1967.

—, *Reato abituale*, in *Digesto discipline penalistiche*, vol. XI, 1996, p. 188 ss.

PETTENATI, *Sulla struttura del delitto di maltrattamenti in famiglia*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1961.

PICOTTI, *I primi vent'anni della Convenzione di Budapest nell'ottica sostanzialista e la mancata ratifica ed esecuzione del Primo Protocollo addizionale contro il razzismo e la xenofobia*, in *Diritto penale e processo*, 8, 2022, 1028 ss.

—, *Il dolo specifico: un'indagine sugli «elementi finalistici» delle fattispecie penali*, Milano, 1993.

PIFFERI, *Problemi costituzionali del diritto penale. Tra riformismo e ascesa del paradigma autoritario (1920-1940)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 48, 2019, 309 ss.

PIRAS, *L'atto medico senza il consenso del paziente. A dieci anni dalle Sezioni unite e dopo la legge 219 del 2017*, in *Sistema penale*, 11, 2019, 11 ss.

PISA, *Dichiarata illegittima la fattispecie di possesso ingiustificato di valori. Nota a sentenza Corte costituzionale 2 novembre 1996, n. 370*, in *Diritto penale e processo*, 1996, 1473 ss.

—, *La repressione dell'immigrazione irregolare: un'espansione incontrollata della normativa penale?*, in *Diritto penale e processo. Speciale immigrazione*, 2009, 5 ss.

PISAPIA, *Istituzioni di diritto penale*, Padova, 1975.

—, *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, in *Novissimo digesto italiano*, vol. X, Torino, 1964, p. 72 ss.

—, *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, Torino, 1993, p. 518 ss.

PISTORELLI, *L'attenzione spostata sulla perversione del reo*, in *Guida al diritto - il sole 24 ore*, 9, 2006, 51 ss.

PIZZORUSSO, *Nota a sent. 30 ottobre 1975, n. 236*, in *Foro italiano*, 1, 1976, 14 ss.

- , *Nota a Sentenza 19 luglio 1968, n. 110*, in *Foro italiano*, 10, 1968, 2357 ss.
- PRADEL, *Manuel de droit pénal général*, Parigi, 2006.
- PUGLISI, *La parola acuminata. Contributo allo studio dei delitti contro l'eguaglianza, tra aporie strutturali e alternative alla pena detentiva*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 3, 2018, 1325 ss.
- PULITANÒ, *Bene giuridico e giustizia costituzionale*, in *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di STILE, Napoli, 1985, p. 133 ss.
- , *Diritto penale*, Torino, 2013 (V ed.)
- , *Giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità di norme penali*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 3, 2008, 1004 ss.
- , *I confini del dolo. Una riflessione sulla moralità del diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1, 2013, 22 ss.
- , *Populismo e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in *Criminalia*, 2013, 123 ss.
- , *Principio di legalità ed interpretazione della legge penale*, in *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, a cura di COCCO, Padova, 2005, p. 27 ss.
- RAMPIONI, *le modifiche al sistema penale fra «giustizialismo» e «populismo giudiziario»*, in *Indice Penale*, 1, 2019, 145 ss.
- RANIERI, *Colpevolezza e personalità del reo*, Milano, 1933.
- , *Manuale di diritto penale (vol. I, parte generale)*, Padova, 1952.
- , *Reato e personalità*, in «*Rivista italiana di diritto penale*», 1933, 156 ss.
- RENOLDI, *I nuovi reati di ingresso e permanenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 4, 2009, 38 ss.
- RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Torino, 2019.
- RICCIO S., *L'abitudine nel reato*, Napoli, 1938
- ROCCHI, *La recidiva tra colpevolezza e pericolosità: prospettive d'indagine nel sistema penale integrato*, Napoli, 2020.
- , *Le ricadute della reato di «clandestinità» nella lotta globale alla tratta e al*

- traffico di migranti*, in *Immigrazione illegale e diritto penale. Un approccio interdisciplinare*, a cura di ROSI, ROCCHI, Napoli, 2013, p. 245 ss.
- RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona. Trasformazioni di una categoria giuridica*, in *Filosofia politica*, 3, 2017, 365 ss.
- ROMANO M. – GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, 2004 (III ed.)
- ROMANO B., *Delitti contro la sfera sessuale della persona*, Milano, 2022.
- RONCO, *I rapporti tra imputabilità e colpevolezza: aspetti attuali di un problema antico*, in *Il soggetto autore del reato: aspetti criminologici, dogmatici e di politica criminale*, a cura di AA. VV., Padova, 2013.
- , *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Torino, 1979.
- , *Il problema della pena: alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*, Torino, 1996.
- , *Il reato: modello teorico e struttura del fatto tipico*, in *Scritti patavini*, vol. I, Torino, 2017.
- , *La riscoperta della volontà nel dolo. Nota a Cassazione Penale, Sez. Unite, 18 settembre 2014, n. 38343*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4, 2014, 1953 ss.
- , *Libertà di manifestazione del pensiero e nuove istanze punitive*, in *Scritti patavini*, vol. II, Torino, 2017, 1727 ss.
- , *Retribuzione e prevenzione generale (già in Studi in ricordo di Gian Domenico Pisapia, I, Milano, 2000)*, in *RONCO, Scritti patavini*, vol. II, Torino, 2017, p. 1433 ss.
- , *Sviluppi delle neuroscienze e libertà del volere: un commiato o una riscoperta?*, in *AA.VV., Diritto penale e neuroetica*, Padova, 2013.
- , *Voluntas ut ratio. Sullo statuto della volontà nel diritto penale*, Torino, 2023.
- ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, trad. it. a cura di GARIN, Roma-Bari, 2010.
- ROXIN, *Derecho penal - parte general*, trad. spagn. a cura di LUZON PEÑA — DÍAZ — CONLLEDO — DE VICENTE REMESAL, vol. I, Madrid, 1997.

- , *Politica criminale e sistema del diritto penale*, Napoli, 1998.
- SANTORO, *Manuale di diritto penale*, Torino, 1958.
- SCARANO L., *Significato politico delle più recenti tendenze della dommatica penale tedesca. Estratto dalla Rivista «Archivio Penale», Gennaio-Febbraio 1946, Fasc. 1-2*, Roma, 1946.
- SCHAFFSTEIN, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, Berlino, 1935.
- , *Rechtswidrigkeit und Schuld im Aufbau des neuen Strafrechtssystems*, in *ZStW*, 1938, p. 295 ss.
- SCHIAFFO, *Istigazione ed apologia nei delitti contro l'ordine pubblico*, in *Trattato di diritto penale: parte speciale. 5: Delitti contro l'ordine pubblico*, a cura di Moccia, Napoli, 2007, p. 139 ss.
- , *Il diritto penale tra scienza e scientismo. Derive autoritarie e falsificabilità nella scienza del diritto penale*, Napoli, 2012.
- , *Le ragioni giuridico-penali della necessità di una riforma di sistema in materia di Opg e misure di sicurezza: gli interventi possibili e l'ipotesi minima di una modifica in tema di perizia*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1, 2022, 383 ss.
- , *Le situazioni «quasi-scriminanti» nella sistematica teleologica del reato. Contributo ad uno studio sulla definizione di struttura e limiti della giustificazione*, Napoli, 1998.
- SCHMIDHÄUSER, *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht*, Tubinga, 1958.
- SCHMITT, *I tre tipi di pensiero giuridico*, in *Le categorie del politico*, a cura di MIGLIO, SCHIERA, Bologna, 1972, p. 247 ss.
- SCOLETTA, *Verso la giustiziabilità del divieto di analogia a sfavore del reo*, in *Osservatorio costituzionale*, 5, 2021, 196 ss.
- SEMINARA, *Accessorietà e fattispecie plurisoggettiva eventuale nel concorso di persone nel reato. Considerazioni sul senso di una disputa dottrinale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2, 2021, 421 ss.
- SESSA, *La fisiologica sistematicità dell'emergenza: tendenze autoritarie nel diritto giurisprudenziale*, in *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti*

*in onore di Sergio Moccia*, a cura di CAVALIERE, LONGOBARDO, MASARONE, SCHIAFFO, SESSA, Napoli, 2017, p. 309 ss.

SESSO, *Abitualità nel reato*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. I, Milano, 1958, p. 116 ss.

SGUBBI, *Il diritto penale totale: punire senza legge, senza verità, senza colpa: venti tesi*, Bologna, 2019.

—, *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio: libertà economica, difesa dei rapporti di proprietà e reati contro il patrimonio*, Milano, 1980.

SICIGNANO, *La cd. «palpata breve» nella violenza sessuale, tra fattispecie oggettiva ed elemento soggettivo. Nota a Trib. Roma, sez. V penale, 6/7/2023*, in *Diritto penale e processo*, 3, 2024, 374 ss.

SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis: mitigar el dolor en el derecho penal*, Barcelona, 2018.

SILVANI, *Definitivamente estromessa dal sistema penale l'ubriachezza manifesta. Nota a sentenza Corte costituzionale 17 luglio 2002, n. 354*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 4, 2002, 2659 ss.

SPROTTE, *Die poena naturalis im Straf- und Strafzumessungsrecht*, Frankfurt am Main, 2013.

SQUILLACI, *La circostanza aggravante della c.d. agevolazione mafiosa nel prisma del principio costituzionale di offensività. Nota a Cassazione penale, Sez. I, 20 marzo 2011 (ud. 8 febbraio 2011)*, in *Archivio penale (rivista web)*, 1, 2011.

STANIG, *Il nuovo diritto penale d'autore*, in *Scuola Positiva e sistema penale: quale eredità?*, a cura di PITTARO, Trieste, 2012, p. 45 ss.

STILE (a cura di), *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, Napoli, 1991.

TELESCA, *Considerazioni sulla configurabilità del tentativo nel «reato» abituale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4, 2021, 1441 ss.

TESAR, *Die symptomatische Bedeutung des verbrecherischen Verhaltens*, in *Abhandlungen des kriminalistischen Seminars and der Universität Berlin*, vol.

5, 1907.

—, *Die symptomatische Verbrechensbegriff*, in *ZStW*, 29, 1909, 82 ss.

TORREBRUNO, *Ancora una questione di costituzionalità sull'art. 707 c.p.*, in *Giustizia penale*, 1, 1976, 114.

TRAMONTANO, *L'«irragionevole indeterminatezza» della norma penale non più al passo coi tempi: dichiarato incostituzionale l'art. 708 c.p. Nota a sentenza 2 novembre 1996, n. 370*, in *Foro italiano*, 6, 1997, 1695 ss.

VALENTE BAGATTINI, *Le Sezioni Unite sul fine di profitto nel delitto di furto*, in *Diritto penale e processo*, 4, 2024, 478 ss.

VALSECCHI, *Il delitto di «atti persecutori» (il cd. stalking)*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 3, 2009, 1377 ss.

VASSALLI, *Diritto penale della volontà e diritto penale dell'evento nella recente legislazione (in «Quaderni 2» - supplemento della «Rassegna della Giustizia militare» [Studi in onore di Vittorio Vetro, 1986, p. 179-185])*, in *Scritti giuridici*, vol. I, Milano, 1997, p. 981 ss.

—, *Tipicità (dir. pen.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLIV, Milano, 1992

VENDITTI, *Colpevolezza*, in *Novissimo digesto italiano*, vol. 3, Torino, 1959.

VIGANÒ, *Diritto penale e diritti della persona*, in *Sistema penale (rivista web)*, 13 marzo 2023.

—, *Diritto penale e immigrazione: qualche riflessione sui limiti alla discrezionalità del legislatore*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 3, 2010.

—, *La neutralizzazione del delinquente pericoloso nell'ordinamento italiano*, in *Pericolosità e giustizia penale*, a cura di PAVARINI, STORTONI, Bologna, 2013, p. 43 ss.

—, *Nuove prospettive per il controllo di costituzionalità in materia penale?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 4, 2010, 3017 ss.

—, *Omessa acquisizione del consenso informato del paziente e responsabilità penale del chirurgo: l'approdo (provvisorio?) delle sezioni unite*, in *Cassazione penale*, 5, 2009, 1811 ss.

—, *Profili penali del trattamento chirurgico eseguiti senza il consenso del*

*paziente*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1, 2004, 141 ss.

VON LISZT, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, trad. it. a cura di CALVI, Milano, 1962.

—, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1922 (XXIV ed.)

VORMBAUM, *Diritto e nazionalsocialismo. Due lezioni*, Macerata, 2013

WELZEL, *Derecho penal. Parte general*, trad. spagn a cura di FONTÁN BALESTRA, Buenos Aires, 1956.

—, *Diritto naturale e giustizia materiale*, Milano, 1965.

WOLF, *Krisis und Neubau der Strafrechtsreform*, Tubinga, 1933.

—, *Tattypus und Tätertypus. Zur Frage der Neugliederung der Verbrechenslehre*, in *ZAkDR*, 3, 1936, 358 ss.

—, *Vom Wesen des Täters*, Tubinga, 1932.

WÜRTENBERGER, *La situazione spirituale della scienza penalistica in Germania*, Milano, 1965.

ZAFFARONI, *Doctrina penal Nazi: la dogmática penal alemana entre 1933 y 1945*, Buenos Aires, 2017.

—, *Tratado de derecho penal - parte general*, vol. III, Buenos Aires, 1981.

—, *Tratado de derecho penal. Parte general*, vol. 2, Buenos Aires, 1987.

ZINCANI M., *Pene naturali: ci rivedremo presto. Un commento a prima lettura della sentenza n. 48/2024 della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza penale web*, 3, 2024.

ZUCCALÀ, *L'infedeltà nel diritto penale*, Padova, 1961.

—, *Sul preteso principio di necessaria offensività del reato*, in *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, vol. III, Milano, 1984, p. 1700.

*Lavori preparatori del Codice penale e del Codice di procedura penale*, vol. IV-parte III, Roma, 1929.

*Lavori preparatori del Codice penale e del Codice di procedura penale*, vol. IV-parte I, Roma, 1929.

## **Decisioni (in ordine cronologico)**

### **Corte costituzionale**

|           |           |
|-----------|-----------|
| 1959/51   | 2012/251  |
| 1968/110  | 2014/105  |
| 1971/14   | 2014/106  |
| 1971/66   | 2014/172  |
| 1975/236  | 2016/74   |
| 1984/66   | 2016/109  |
| 1984/270  | 2017/120  |
| 1988/1085 | 2017/205  |
| 1991/333  | 2018/145  |
| 1992/464  | 2019/24   |
| 1994/48   | 2019/141  |
| 1995/519  | 2019/278  |
| 1996/356  | 2020/73   |
| 1996/370  | 2021/98   |
| 2000/51   | 2022/211  |
| 2000/263  | 2023/141  |
| 2002/354  | 2023/188  |
| 2005/265  | 2023/201  |
| 2008/225  | 2023/214  |
| 2010/249  | 2024/43   |
| 2010/250  | 2024/48   |
| 2011/183  | 2024/146. |

## **Corte di cassazione**

### **Civile**

2021/13217.

### **Penale**

|                                                             |                                 |
|-------------------------------------------------------------|---------------------------------|
| Cass. Sez. VI - Ud. 26 ottobre 1989<br>(dep. 16 marzo 1990) | 2019/27315, Sez. V              |
| 1997/4976, Sez. II                                          | 2019/27672, Sez. V              |
| 2001/28132, Sez. IV                                         | 2019/43392, Sez. II             |
| 2006/16355, Sez. II                                         | 2019/47079, Sez. V              |
| 2007/12845, Sez. VI                                         | 2019/47633, Sez. I              |
| 2008, dep. 2009 – 2437, Sez. Un.                            | 2020, dep. 2021 - 4651, Sez. II |
| 2008/25686, Sez. II                                         | 2020/15651, Sez. V              |
| 2010/11598, Sez. V                                          | 2020/29541, Sez. Un.            |
| 2010/34521, Sez. IV                                         | 2021/1943, Sez. V               |
| 2010/35738, Sez. Un.                                        | 2021/2640, Sez. V               |
| 2011/20798, Sez. Un.                                        | 2021/13749, Sez. VI             |
| 2011/43372, Sez. I                                          | 2021/24858, Sez. III            |
| 2013/2907, Sez. V                                           | 2021/33071, Sez. III            |
| 2014/13084, Sez. V                                          | 2021/34499, Sez. V              |
| 2014/28009, Sez. VI                                         | 2021/36958, Sez. Un.            |
| 2014/38343, Sez. Un.                                        | 2021/38402, Sez. Un.            |
| 2015/7845, Sez. I                                           | 2021/43067, Sez. II             |
| 2015/16678, Sez. V                                          | 2021/46842, Sez. IV             |
| 2015/25170, Sez. V                                          | 2022/5234, Sez. III             |
| 2015/26516, Sez. I                                          | 2022/12123, Sez. IV             |
| 2016/13681, Sez. Un.                                        | 2022/14697, Sez. II             |
| 2016/48924, Sez. II                                         | 2022/15559, Sez. I              |
| 2016/51897, Sez. III                                        | 2022/18944, Sez. VI             |
| 2017/14776, Sez. I                                          | 2022/25158, Sez. I              |
| 2017/27394, Sez. II                                         | 2022/43209, Sez. II             |
| 2017/56088, Sez. II                                         | 2023/2881, Sez. II              |
| 2018/4088, Sez. I                                           | 2023/36572, Sez. III            |
| 2018/5727, Sez. II                                          | 2023/39836, Sez. I              |
| 2019/10923, Sez. III                                        | 2023/41570, Sez. Un.            |
| 2018/12561, Sez. V                                          | 2023/44837, Sez. II             |
| 2019/7889, Sez. I                                           | 2023/46097, Sez. II             |
| 2019/8545, Sez. Un.                                         | 2024/2559, Sez. III             |
| 2019/20786, Sez. I                                          | 2024/5338, Sez. VI              |
|                                                             | 2024/16153, Sez. Un.            |

2024/18020, Sez. III  
2024/24744, Sez. V

2024/27727, Sez. Un.

### **Tribunali**

Trib. Firenze, sez. II, 26/1/1974

Trib. Trento, 10/11/2008

Trib. Roma, sez. V penale, 6/7/2023.