

Il fatto penalmente rilevante. Analisi storico-giuridica.

di Alessandro Continiello

L'indagine che verrà svolta ruoterà attorno al concetto di fatto penalmente rilevante, alla luce delle varie correnti di pensiero giuridiche che si sono susseguite nel tempo. Secondo la tesi di Fiandaca e Musco, per reato deve intendersi «ogni fatto umano a cui la legge ricollega una sanzione penale»¹.

Questa prima definizione in apparenza chiara, al contrario riassume molti dilemmi al suo interno.

Per compiere una prima esegesi della stessa, si aggiunga il pensiero di Antolisei sul punto, secondo cui «trattasi di un fatto che non può essere tollerato dall'ordinamento giuridico».

Per quale ragione il nostro ordinamento giuridico non può tollerarlo, tanto da ricollegare una sanzione penale?

Lo spiega, nuovamente, Antolisei: «Perché contrasta con i fini dello Stato, fini che, giova ribadirlo, non consistono soltanto nell'assicurare le condizioni fondamentali e indispensabili della vita in comune, come affermava la vecchia teoria della tutela giuridica, ma anche nel promuovere il progresso della società».

Secondo quanto letto, quindi, lo Stato dovrebbe garantire delle regole “per conservare” la pace sociale, promuovendo contestualmente il progresso della società per mezzo di norme (anche) con finalità punitive: a tale scopo, alcuni comportamenti umani, alla loro realizzazione, esigono una minaccia prodromica (funzione deterrente) ed un'applicazione di una sanzione punitiva (con funzione anche rieducativa). Ma, con estrema lungimiranza, Antolisei² parlava altresì della “relatività storica” degli illeciti penali: che mutano con il tempo, essendo strettamente connessi con il grado di civiltà, l'indole di ciascun popolo ed il cambiamento ed evoluzione degli usi e costumi di una società.

Qual è il risvolto negativo di questo condivisibile rilievo?

Che lo Stato senta la necessità di adeguarsi, incrementando i reati o fatti penalmente rilevanti. Se, infatti, con l'aumento generalizzato della cultura di un popolo, del miglioramento dei costumi, della tolleranza, alcune azioni/condotte diventano “di uso comune”, non avendo più un rilievo penale (si pensi, ad esempio, alla sfera sentimentale affettiva), in altri casi vi è la necessità, per lo Stato - alla luce del primo pilastro della “conservazione della pace sociale” -, di intervenire per la tutela del secondo, ossia per il “progresso della società”, anche sotto un profilo pedagogico. Si pensi, ad esempio, alla maggior sensibilità e tutela nei confronti degli animali.

¹ Fiandaca, Giovanni-Musco, Enzo, Diritto penale. Parte generale, Zanichelli, Bologna 2010

² Antolisei, Francesco, Manuale di diritto penale. Parte generale, Giuffrè, Milano 1975

Qual è, ad avviso di scrive, il rischio della deriva di questi paralleli scopi sociali?

In primis una (potenziale) spasmodica ricerca di punizione per condotte ritenute penalmente rilevanti, sotto quella che viene definita “l’onda della emotività”; in secondo luogo il rischio di una forte ingerenza dello Stato in tematiche che dovrebbero rimanere di dominio privato, imponendo un pensiero unico e prodotto unicamente da coloro che si trovano a governare quello specifico momento storico (si pensi al tema della eutanasia ed al delitto di istigazione al suicidio³).

Per esser ancor più chiari, l’imposizione di postulati (personali) sull’etica, confusa con “scelte di politica criminale”, rischia di confondere il “giusto dall’ingiusto”.

Quando e come, ci si domanda, si lavora per il progresso sociale e quando, al contrario, lo si ostacola?

Chi decide che alcuni fatti umani sono comportamenti inconciliabili con i fini dello Stato? E quali sono, con certezza, le sanzioni giuste e necessarie per reprimerli efficacemente ?

Hobbes aveva visto, nell’esistenza di uno Stato assoluto, il solo mezzo per garantire la sicurezza delle persone e dei beni: è il Leviatano la risposta ultima ma necessaria, per l’autore, all’esigenza di protezione totale.

Ma questa concezione presta il fianco all’osservazione per cui si parlava di un mondo senza regole, uno stato di natura senza alcuna legge (anomia), ove ogni individuo veniva mosso dal suo più intimo istinto – *bellum omnium contra omnes* - al fine di danneggiare i consociati, eliminando chiunque fosse di ostacolo al soddisfacimento dei propri desideri⁴: per tale motivo, attraverso la stipulazione di un “contratto sociale” (o “patto”), gli uomini hanno deciso di limitare la propria libertà, accettando regole che vengono fatte rispettare dal sovrano, capo dello stato, leviatano.

Questa visione, molto interessante, non risolve comunque il problema.

Prima di quello che fu il processo di maturazione del diritto penale, giunto con il pensiero illuministico, se non era lo Stato (o il sovrano) – come entità astratta o composta da uomini prescelti – a pensare alla conservazione di quelli che abbiamo definito due pilastri, intervenivano, con una competenza estesa ad aree che oggi noi consideriamo attinenti solo alla nostra sfera morale, il *corpus* dei giudici. La loro amplissima discrezione, che giungeva fino all’arbitrio, prevedeva la qualificazione, appunto discrezionale, di un fatto come delitto e la quantità di pena da infliggere: sanzione che poteva sovente arrivare sino al pubblico supplizio (cosicché fosse tangibile, *coram populo*, cosa comportasse l’aver sfidato l’Autorità). E qui entra inevitabilmente in gioco un altro elemento di analisi: l’autorità (che è noto è cosa ben diversa dalla autorevolezza di chi amministra l’autorità).

Ad un pensiero aulico e, per certi versi astratto, quale lo Stato come un’entità portatrice di valori e, come visto, di un organo giudiziario del passato, quale componente unica e superiore portatrice di punizioni (si pensi, come ulteriore

³ Sul punto, Il delitto di istigazione o aiuto al suicidio nell’ordinamento sovranazionale, di Continiello/Poggiali, su questa rivista, aprile 2017

⁴ Leviathan or The Matter, Forme and Power of a Common Wealth Ecclesiastical and Civil (generalmente abbreviato in Leviathan), pubblicato nel 1651

parallelo storico, ai Tribunali della Santa Inquisizione), si potrebbe aggiungere il pensiero di Pessina, che ruotava attorno ad un'altra entità, il Diritto: <<Il Diritto non è il prodotto artificiato delle convenzioni umane, non è fattura della volontà dell'uomo, non è l'interesse individuale o l'interesse sociale, o la somma di entrambi; esso è la ragione medesima, e come tale è un principio assoluto che governa l'attività umana, individuale e sociale in tutto quello che dipendendo dalla libertà dell'uomo serve indispensabilmente al compimento della sua destinazione. Il Diritto è vincolo di solidarietà per il genere umano; e l'uomo innanzi alla legge etica del mondo ha il dovere di combattere, perché esso regni sovrano in mezzo alla lotta inevitabile degli interessi>>⁵.

Interessante è sottolineare e comprendere la visione del diritto con la "D" maiuscola, a cui è negata la dimensione di sovrastruttura, tanto cara, invece, alle concezioni ottocentesche che, partendo da posizioni analitiche di natura materialistico-storica, criticavano la società istituzionalizzata di allora, così istruita all'insegna di una cultura giuridica formale, vista come mero riflesso delle dinamiche socioeconomiche, dalle cui dialettiche, in generale, emergono di era in era delle classi dominanti e delle classi subordinate. Il Diritto è funzionale al compimento della dimensione ontologica dell'essere umano, alla sua realizzazione quale animale sociale avente bisogni individuali. Il Diritto è dedicato al compimento delle finalità intrinsecamente umane, secondo la teleologia gius-filosofica pessiniana. Esso serve a realizzare gli interessi individuali e quelli sociali, ma non si identifica al contempo con gli interessi *de quibus*, presi singolarmente o in combinazione fra loro; essendo il Diritto, per il Pessina, qualcosa di più. L'identità del Diritto viene condensata attorno al concetto di vincolo, riprendendo il portato sapienziale delle *obligationes* proprie dell'antico diritto romano, trasposto macroscopicamente, tuttavia, nel terreno scientifico della teoretica pubblicistica. Il vincolo, poi, viene qualificato attraverso il carattere della "solidarietà per il genere umano", quasi attraverso un mutuo cooperativismo, nella lotta per l'esistenza. L'essenza propria del Diritto, tra l'altro, viene rinvenuta dall'autore nell'armonia dei legittimi interessi nella convivenza sociale, e tale armonia viene concepita come una delle determinazioni concrete della vita morale.⁶ Diritto come armonia quindi.

La modernizzazione del diritto penale, come anticipato, è intervenuta grazie anche al contributo decisivo di autorevoli pensatori quali Bentham, Montesquieu, Voltaire, Hommel, Feuerbach e, in Italia, Beccaria, Filangeri e Pagano, che hanno permesso di superare quella concezione penalistica tipica dell'oscurantismo medievale.

Il marchese Beccaria riteneva che il fine delle pene non fosse, infatti, quello <<di tormentare ed affliggere un essere sensibile, né di disfare un delitto già commesso>>, sostenendo che la scelta della pena da infliggere dovesse esser compiuta alla stregua del principio secondo cui <<quelle pene dunque e quel metodo d'infliggerle deve

⁵ Pessina, Enrico, *Elementi di diritto penale*, vol. I, Napoli, Riccardo Marghieri di Gius., 1882, 5.

⁶ in *Riflessioni sul pensiero filosofico-penalistico di Enrico Pessina prima del Codice Zanardelli*, 14 Gennaio 2016, su tfofilodiritto.com

esser prescelto che, serbata la proporzione, farà una impressione più efficace e più durevole sugli animi degli uomini, e la meno tormentosa sul corpo del reo»⁷.

Sulla efficacia delle pene si aprirebbe un ulteriore momento di riflessione, di cui forse si farà un breve accenno, ricordando solamente che Beccaria fu uno strenuo sostenitore della inefficacia della pena di morte (««parmi un assurdo che le leggi, che sono l'espressione della pubblica volontà, che detestano e puniscono l'omicidio, ne commettono uno esse medesime, e, per allontanare i cittadini dall'assassinio, ordinino un pubblico assassinio»). Il suo grido naturalmente non fu condiviso da tutti – si pensi solo a Kant – e, ancora oggi, in alcuni Paesi, com'è noto, vige la pena capitale. Ma non si vuole avanzare alcun giudizio morale sia su questo argomento (ché su altri), al fine di non inquinare quel corso di pensieri che si desidera esporre.

Solo come ulteriore inciso sul punto è bene ricordare che, per molti autorevoli teologi, la pena di morte aveva delle radici anche nel pensiero cattolico cristiano: si pensi a Sant'Ambrogio, Sant'Agostino, Tommaso D'Aquino. Nello Stato della Chiesa la pena di morte fu praticata sino alla sua caduta, nel 1870.

Si parlava poc'anzi della cosiddetta anomia, o mancanza di norme. Un breve accenno risulta necessario per la prosecuzione della presente dissertazione.

Ulteriore problematica attinente ai “fatti punibili” consta nella ricerca, quasi spasmodica, di una previsione sempre più particolareggiata dei casi da considerarsi penalmente rilevanti: per esser ancor più chiari anche su questo punto, una tendenza a prevedere l'infinita varietà dei casi che possono presentarsi nella vita, onde normarli con un precetto ed una sanzione.

Vero è che, l'altra faccia della questione sarebbe il rischio di un cosiddetto *horror vacui* – mancanza totale di una norma – o comunque una violazione del principio di legalità, quantomeno in ordine al principio di tassatività (o sufficiente determinatezza).

È, quindi, il Legislatore a stabilire quali comportamenti “devianti” siano inconciliabili con i fini dello Stato e quale sanzione risulti necessaria per reprimerli efficacemente.

Nell'analisi della devianza – che, inevitabilmente porta alla commissione di fatti punibili – un punto di partenza potrebbe essere la riflessione posta da Merton, che consiste sostanzialmente nel chiedersi quali siano i motivi per cui una società eserciti delle spinte nei confronti dei suoi consociati che vanno nella direzione della diversità e non solo in quella del conformismo. Merton distingue tra “mete culturali” e “mezzi istituzionali”: le mete rappresentano il benessere; i mezzi sono, invece, gli strumenti legittimi di cui i soggetti possono disporre per soddisfare questi desideri socialmente mediati. Nella sua analisi Merton osserva come queste due componenti non siano fortemente integrate e, pertanto, l'esaltazione eccessiva delle mete conduce ad una demoralizzazione, cioè ad una de-istituzionalizzazione dei mezzi.

Conseguenza inevitabile di questo processo è che la società diventa instabile e si sviluppa in essa quella che Durkheim definiva appunto con il termine “anomia”,

⁷ Beccaria, Cesare, Dei delitti e delle pene, 1754

ossia mancanza di norme, una sorta di insofferenza nei confronti dei sistemi di controllo – alla luce di una concorrenzialità che si è venuta a creare all’interno dei vari strati sociali – e che conduce, inevitabilmente, alla “rottura delle regole” e, quindi, al fenomeno della anomia⁸. Il passaggio alla successiva commissione di fatti penalmente rilevanti risulta breve.

Questo per significare che, pur adattandosi ai tempi, il Legislatore potrebbe pur normare qualunque comportamento ritenuto *contra legem*, risultando però un mero esercizio di stile – come si suole dire – se la società resta sorda, stante una situazione generalizzata di disagio (ad esempio per mancanza di lavoro, false aspettative, povertà media dilagante e corruzione tangibile) che sfocia, inesorabilmente, in disordini sociali e criminalità diffusa (oppure solo per l’emanazione di leggi ingiuste).

Anche quest’ultima considerazione, che potrebbe apparire un mero postulato, trova la sua concretizzazione in attuali condizioni sociali presenti in alcune nazioni (si pensi a certe alcune realtà del continente sud americano) ove, per fermare la suddetta deriva, è dovuto intervenire l’esercito con l’uso della forza, l’applicazione delle c.d. leggi marziali, il coprifuoco (a cui aggiungere, la violazione delle regole del giusto processo).

Tornando all’esame della tematica principale, degno di nota è il pensiero di Manzini, che ha definito lo studio dei delitti (e delle pene) «da considerarsi sotto tre aspetti: a) come scienza dell’ordinamento giuridico penale (scienza normativa: diritto penale in senso proprio); b) come scienza del fenomeno psico-sociologico della delinquenza (scienza fenomenologica: antropologia, criminologia, sociologia, psicologia criminale); c) come arte dell’adeguatezza del mezzo allo scopo (dottrina teleologica, politica criminale)».⁹

Espliare, in sintesi, l’articolato pensiero del giurista risulta cosa non facile, si possono, però, riportare dei punti fermi dello stesso.

Ad esempio l’autore poneva delle riserve sulla “inutilità giuridica delle indagini filosofiche” per quanto attiene al diritto penale (nella scelta dei fatti punibili); così come parlava di luci e ombre (*rectius*: “errori e meriti”) dell’antropologia criminale. Al contrario elogiava la “sociologia criminale” come interconnessa al diritto penale. Infine, ammoniva sul confondere la “morale con il diritto penale” – vedasi la teoria del minimo etico - così’ come con la religione.

Tornando ad un rilievo specifico del pensiero del Manzini, ossia il diritto penale come “arte dell’adeguatezza del mezzo allo scopo”, egli affermava, quanto ai fatti punibili, che «lo Stato non può conseguire il fine superiore del mantenimento dell’ordine giuridico, senza imporre limiti alla libertà individuale, per modo che il detto fine venga anteposto da tutti e da ciascuno ad ogni altro scopo».

⁸ Rossi, Lino-Zappala, Angelo, Personalità e crimine. Elementi di psicologia criminale, Carrocci, Roma 2005

⁹ Manzini, Vincenzo, Trattato di diritto penale italiano, volume I, Utet, Torino 1961

Manzini riteneva, dunque, una necessità dello Stato di «determinare i soggetti all'obbedienza del precetto e di assicurare la collettività circa l'attività dello Stato, diretta al mantenimento ed alla reintegrazione dell'ordine giuridico generale», contemperando tale “mezzo di difesa sociale” con il “criterio di garanzia della libertà personale”. L'autore definiva, in tal guisa, il reato come «un fatto umano (azione ed omissione) con cui si viola un precetto giuridico munito di quella sanzione specifica di coercizione indiretta che è la pena in senso proprio».

Anche il Bricola, cimentatosi in questo nodo gordiano di definizione di fatto punibile, ha ritenuto un fatto penalmente rilevante, come conseguenza della circostanza che viene collegata «la costituzione, modificazione o l'estinzione del dovere di applicare una sanzione criminale»¹⁰.

In precedenza ci si era posti il quesito su chi e con quali criteri decidere se alcuni comportamenti fossero illeciti e quali le sanzioni necessarie per reprimerli: non è certo facile, come visto, rispondere in modo univoco a questo dilemma.

Si può, con una certa certezza, affermare lo scopo per cui alcune azioni umane sono soggette a conseguenti sanzioni penali: e ciò sta nel fatto che alcuni dei cosiddetti beni (o beni giuridici, vedasi il bene-vita, la proprietà *et c.*) necessitano di una specifica tutela per chi li viola. È di facile intuizione se si riprende il concetto del bene-vita: uccidere non può e deve essere consentito. Ma, anche per tale azione, apparentemente inattaccabile, è inevitabile che sussistano dei rilievi. È indiscutibile che non si possa privare della vita un'altra persona. Ma, per difendersi, è legittimo offendere e, come *extrema ratio*, uccidere di conseguenza (secondo il noto brocardo *vim vi repellere licet*, secondo la causa di giustificazione prevista ai sensi dell'articolo 52 del nostro codice penale).

Come si è visto, diverse visioni sul tema ma non contrastanti.

Si è detto che, alcuni ordinamenti giuridici, prevedono la pena di morte, come massima sanzione, per chi si sia macchiato di gravi delitti, tra cui l'omicidio.

Non si deve uccidere, ma è previsto il c.d. omicidio di Stato.

Si prenda ulteriormente come esempio la tutela della proprietà. L'azione umana di impossessarsi di una *res* altrui è punita dalla legge, secondo la norma che richiama il furto, in tutte le sue accezioni. Se, però, si ruba per estrema necessità (ad esempio materiale edibile), può esser prevista una cosiddetta causa di esclusione della anti-giuridicità, nello specifico lo stato di necessità, che va a neutralizzare la punibilità di quel fatto.

I suindicati esempi potrebbero risultare delle banali esemplificazioni di fatti punibili – e non punibili – secondo il nostro diritto penale. Si potrebbe allora entrare ancor più in difficoltà se si richiamasse, come ulteriore esempio, l'azione riferibile al delitto di istigazione al suicidio. È fuor di dubbio (nel senso di ingiusto, deplorabile) che sia penalmente rilevante istigare una persona, che ad esempio versi in uno stato psicologico molto precario, al suicidio. Ma agevolare, aiutare una persona, ad

¹⁰ Bricola, Franco, Codice penale. Parte generale, Utet Torino, 1984

esempio malata terminale, che desidera porre legittimamente, coscientemente e lucidamente fine alla propria vita, può esser un fatto penalmente rilevante?

Chi lo decide? L'etica? Il pensiero religioso insito nel legislatore? Il Diritto?

Questo esempio solo per significare che risulta molto complicato sanzionare un comportamento non "palesamente illecito", secondo dei parametri "generalisti" (affermazione, questa, di per sé ulteriormente discutibile).

Analoghe riserve si pongono – come corollario alla dissertazione - sulla sanzione da irrogare. Molte nazioni, tra cui la nostra, che non hanno nel loro ordinamento la pena di morte, hanno però il cosiddetto fine-pena-mai (ergastolo, con il termine giuridico corretto). Ci sono correnti di pensiero, anche in questo caso, che ritengono poco "rieducativa" l'estrema sanzione carceraria. Si conviene sulla circostanza che, per avere una anche potenziale funzione rieducativa della pena, sancita peraltro nella nostra carta costituzionale, sia necessario un periodo di internamento coatto del reo, temperato con attività di studio o sociali che lo redimano. Ma chi decide se la pena irrogata sia giusta? Non si intende nella sua quantificazione finale (valutata, discrezionalmente, dall'organo giudiziario), bensì *ab origine*.

Anche tale argomento risulta ostico ma, ad avviso di chi scrive, solo consequenziale rispetto alla "scelta" dei fatti punibili o penalmente rilevanti, oggetto della presente dissertazione.

Ed allora, per porre termine a queste riflessioni, si potrebbe intanto dire che i "fatti punibili" sono quelle specifiche condotte, attive o omissive, non scriminate dalla legge, commesse (con dolo o colpa) da un soggetto imputabile, ritenute illecite dalla legge del tempo, che prevedono una sanzione penale.

La scelta di quali siano effettivamente i fatti punibili, viene dunque compiuta dal legislatore secondo dei principi generali, a volte personali, che, volente o nolente, non possono esulare dalle condizioni del tempo, dagli usi e costumi di quella particolare società che viene amministrata e dallo stesso livello culturale di un popolo. Naturalmente senza dimenticare il noto principio di offensività, che vincola il legislatore a costruire fattispecie incriminatrici offensive di beni meritevoli di tutela.

Il fine ultimo della "pace sociale" o convivenza civile è indubbio; sulla circostanza che una norma miri anche al "progresso sociale", si pongono delle riserve: semmai il progresso sociale si ha quando, presente o no una norma che ammonisca sul non compiere un'azione, quest'ultima non venga a priori commessa per dei principi già presenti nel soggetto (che lo frenano dalla stessa).

Il monito da seguire, per concludere, perché l'autorevolezza non si tramuti in mera autorità, sta – ad avviso di chi scrive - nel noto brocardo latino di ciceroniana memoria "*summum ius, summa iniuria*": ossia – secondo una traduzione non letterale – il diritto spinto all'eccesso, una sua applicazione acritica, ne uccide lo stesso spirito, diventando somma ingiustizia o costituire lo strumento stesso per perpetrare ingiustizia.