

CAPITOLO IX

IL FATTO TIPICO

1. La tipicità

1.1 Concezione tradizionale

1.2 Concezione innovativa

1.3 Il fatto nella teoria del reato e della fattispecie

5. L'evento

5.2.2 Concezione innovativa

1. La tipicità

Nel linguaggio comune è tipico ciò che funge da modello, da caso caratteristico in un determinato genere, ciò che è esemplare. Individuata una situazione come “tipica”, è possibile ricondurre al “tipo” una infinita serie di fenomeni ad essa conformi.

L'utilità di una classificazione per tipi, in qualsiasi ambito della conoscenza, è lampante: l'individuazione di caratteristiche comuni e la costruzione di modelli di riferimento agevola lo studio e la comprensione della materia, permettendo altresì il rapido inquadramento del caso concreto.

Questo ragionamento di portata generale vale anche in ambito giuridico¹. Le norme giuridiche descrivono e disciplinano fattispecie che corrispondono ad avvenimenti o situazioni verificabili nella realtà. L'analisi di tali fattispecie consente all'interprete non solo l'elaborazione di concetti e qualificazioni giuridiche, ma anche la deduzione dei principi che governano il sistema. Per quanto concerne il diritto penale, sono le singole fattispecie di reato a rappresentare i modelli di riferimento.

La tipicità è, dunque, una categoria della parte speciale del diritto penale, posta a presidio delle diverse figure di reato. Ma, ancor prima, è uno dei caratteri fondamentali del diritto penale, tanto da assurgere a vero e proprio principio fondamentale, corollario del più ampio principio di legalità².

¹ Il carattere della tipicità non è esclusivo dei reati e delle pene, ma può valere anche per istituti disciplinati in altri settori dell'ordinamento giuridico. Si pensi, in particolare, al diritto civile, pure largamente regolato dall'opposto principio di atipicità (artt. 1322 e 2043 c.c.), avendo il legislatore scelto di tipizzare le principali figure di contratti ed atti unilaterali.

² Volume 1, Cap. II, § 4.2.

Questa duplice natura spiega perché, pur essendo categoria dogmatica, la tipicità è stata elaborata induttivamente, dal particolare al generale, mercè un procedimento logico di sintesi delle note comuni alle fattispecie criminose.

Come categoria sistematica la tipicità segna la prevalenza della concezione analitica del reato su quella unitaria: proprio la possibilità di utilizzare uno schema idoneo a comprendere le varie componenti strutturali del reato consente di superare l'obiezione più forte alle teorie analitiche, relativa alla disarticolazione dell'illecito penale, che – nella realtà più ancora che nella norma – si presenta come un'entità unica. In tal senso il concetto di tipicità non è una prerogativa delle sole teorie che ad essa fanno riferimento per qualificare l'elemento di fatto del reato, ma riguarda qualsiasi dogmatica del reato che miri a scomporlo per lo studio sistematico ed a ricomporlo in vista della sua applicazione.

La definizione ontologica della tipicità prescinde dalle impostazioni formali di cui la dottrina si è avvalsa, attingendo piuttosto il ruolo che i fatti assumono nell'ordinamento penale: l'assenza di intermediazioni tra realtà e norma penale implica che la categoria della tipicità deve fare i conti direttamente con le categorie scientifiche. A livello legislativo la configurazione di una fattispecie criminosa avviene attraverso un procedimento complesso, che muove dalla selezione di un fatto reale, poi ne identifica le componenti essenziali, infine ne fissa la descrizione in termini astratti. La tipicità è, dunque, il risultato di un'operazione razionale, che risponde anzitutto alle regole che governano il fatto nel suo dominio di appartenenza, cioè le leggi di natura. Tale premessa è imprescindibile se si vuole che il fatto concreto trovi corrispondenza nella norma e possa dunque realizzarsi proprio il giudizio di tipicità, su cui si fonda l'accertamento della responsabilità penale "al di là di ogni ragionevole dubbio".

Sotto tale angolazione la tipicità è correlata ai principi di determinatezza e materialità, i quali assicurano che la fattispecie penale sia strettamente aderente a ciò che accade *in rerum natura*, realizzando pienamente la funzione di garanzia cui presiede la tipizzazione dell'illecito penale: la determinatezza assicura che i reati siano descritti con precisione e corrispondenti ad episodi di vita reale, la materialità che essi abbiano un nucleo fenomenico minimo.

La categoria della tipicità è alimentata anche dai principi di necessità, offensività e frammentarietà. I vincoli nelle scelte politica criminale, sulla base delle quali si giustifica l'intervento penale e si selezionano le modalità di aggressione all'interesse tutelato meritevoli di pena, presiedono all'attività di tipizzazione del legislatore, ma anche all'elaborazione dogmatica della categoria, atteso che il concetto di «tipo» in materia penale si costruisce anzitutto sul bene giuridico protetto, secondariamente sulle modalità della lesione.

La trama dei principi costituzionali ed il loro nesso con le categorie scientifiche colloca la tipicità sul piano degli assiomi. La sua definizione nella teoria generale del reato, però, è opera della dottrina che ha studiato il problema nell'ambito della struttura della fattispecie penale.

Si deve, dunque, dar conto di questa dottrina, prima di riprendere lo studio della tipicità dalla prospettiva logico-scientifica.

1.1 Concezione tradizionale

Originariamente la tipicità rappresentava una categoria priva di autonomia dogmatica, in quanto volta essenzialmente ad esprimere la qualificazione che la singola norma opera dei fatti umani suscettibili di rilevanza penale. In tale prospettiva la tipicità esprime la mera conformità alla fattispecie, sicché il fatto come oggetto di tipicità si identifica nel fatto giuridico, cioè nel reato.

Un concetto così delineato è utile esclusivamente per lo studio della parte speciale del diritto penale: non esiste il «fatto tipico» ma i «tipi di fatto», e la tipicità è data dalla classificazione dei reati in apposite disposizioni.

Parallelamente all'affermazione della tipicità come autonoma categoria³, si iniziò a porre in termini generali il problema di individuare quali elementi del reato siano da considerare tipici, cioè presenti in ogni illecito penale, e, però, idonei a contrassegnare lo specifico titolo di reato, distinguendolo da tutti gli altri.

La soluzione è stata ricercata sul piano degli elementi ricorrenti nelle singole figure, da leggere alla luce della funzione di garanzia del principio di legalità. Le conclusioni risentono dell'evoluzione storica della teoria del reato.

La tesi iniziale, originata dalle riflessioni di Ernst Beling⁴, sosteneva una nozione ristretta di tipicità, limitata agli elementi oggettivi della fattispecie, così da evitare il rischio di interpretazioni valutative discrezionali, e da definire con precisione l'area di illiceità. In base a questa corrente di pensiero tipici sono tutti gli elementi in grado di essere fotografati dall'esterno, dunque solo quelli materialmente percepibili, suscettibili di caratterizzare la realtà nel suo apparire e modificarsi a seguito del realizzarsi di un determinato comportamento. Gli stati psichici, di qualunque consistenza, non possono essere oggetto di tipicità, ma appartengono all'area della colpevolezza.

³ Dovuta, come ricordato al cap. I, sez. I, § 2.4, alla dottrina tedesca che elaborò la teoria tripartita del reato.

⁴ BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906. L'Autore, muovendo dalla premessa secondo cui la fattispecie penale comprende soltanto gli elementi che caratterizzano il particolare tipo di delitto, deduce che la nozione di fatto come oggetto di tipicità riguarda solo l'aspetto dell'accadimento in base al quale può dirsi che è realizzata una particolare fattispecie e non un'altra. In tale prospettiva l'autonomia della nozione di tipicità riposa sulla funzione sanzionatoria della norma penale, che ha per oggetto il solo fatto, non anche i profili di antigiuridicità e colpevolezza, risolvibili sulla base degli ordinamenti extrapenalici.

All'esito di una prima revisione di questa impostazione, si è approdati alla tesi che il fatto tipico comprende il soggetto attivo, i presupposti della condotta, la condotta, l'evento, il rapporto di causalità tra condotta ed evento, nonché le finalità non realizzate (cosiddetto dolo specifico) che contrassegnano un particolare delitto. È da rilevare, peraltro, che l'identificazione di questi elementi non collima del tutto con la nozione proposta, perché, da un lato, non si fa menzione delle condizioni obiettive di punibilità, le quali certo contribuiscono a delineare il particolare tipo di delitto, e, dall'altro, si introducono nel fatto elementi come il soggetto attivo e il rapporto di causalità, i quali sono sempre identici a se stessi e non mutano, quindi, con il variare del tipo delittuoso (nei reati propri le qualifiche soggettive o meglio i fatti che le fondano sono riportati alla categoria dei presupposti).

Se questa è la struttura del fatto in termini generali, la sua individuazione nei singoli reati varia a seconda della natura della fattispecie.

Nei reati a forma vincolata il tipo si ricava dall'intero fatto descritto dalla norma. Ad esempio nel delitto di truffa, di cui all'art. 640, comma 1 c.p. ("*Chiunque, con artifici o raggiri, inducendo taluno in errore, procura a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da euro 51 a euro 1.032*"), gli elementi costitutivi del fatto tipico sono la condotta fraudolenta, nei suoi diversi segmenti (artifici o raggiri, induzione in errore), e l'evento di profitto con altrui danno, nonché il rapporto di causalità, configurabile ove tale condotta determini un atto di disposizione patrimoniale da parte del soggetto passivo.

Nei reati a forma libera il tipo si ricava dalla struttura reale di produzione dell'evento individuato dalla norma. Ad esempio nel delitto di omicidio, di cui all'art. 575 c.p. ("*Chiunque cagiona la morte di un uomo è punito con la reclusione non inferiore a 21 anni*"), gli elementi costitutivi del fatto tipico sono la condotta che causa la morte, l'evento di morte, nonché, appunto, il rapporto di causalità tra la condotta del colpevole e l'evento morte.

La teoria del Beling in Italia emerse più tardi, con i primi studi sulla concezione tripartita⁵, che avevano abbandonato la premessa fondata sull'ormai superata concezione sanzionatoria dell'illecito penale, fornendo una diversa giustificazione alla tesi del fatto come oggetto di tipicità.

Precisamente, si osservava che la considerazione autonoma di quegli aspetti dell'accadimento, i quali sono caratteristici del particolare tipo di reato, si giustifica per l'esigenza di sistemare in un'autonoma categoria gli elementi del reato non riconducibili al momento dell'antigiuridicità o a quello della colpevolezza. Il rilievo rispecchia l'imprescindibile esigenza di un'analisi strutturale del reato. Tuttavia, la partizione del reato in fatto, antigiuridicità, colpevolezza è l'effetto – non la causa – dell'elaborazione concettuale del reato. Inoltre anche antigiuridicità e colpevolezza non

⁵ DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, Padova, 1930.

possono prescindere dal riferimento a un tipo di reato, in quanto ogni illecito penale si differenzia dagli altri per la peculiare anti giuridicità e colpevolezza posseduti.

La delimitazione della tipicità alla componente oggettiva del fatto è stata messa in crisi dalla scoperta nella fattispecie penale dei cd. elementi normativi del fatto e dall'esistenza delle fattispecie soggettivamente pregnanti.

La categoria della tipicità, costruita sugli elementi materiali, non era pienamente capace di spiegare né i reati tecnici, in cui il fatto tipico viene descritto attraverso elementi valutativi, spesso mutuati da altri settori dell'ordinamento giuridico, né le fattispecie – come i reati colposi e quelli a dolo specifico – dove la componente soggettiva permea la stessa conformazione del fatto incriminato.

Più in generale si è obiettato che l'ancoraggio della tipicità ai soli elementi oggettivi della fattispecie non consente di cogliere la dimensione illecita dei reati in cui la condotta assume un significato penalmente rilevante solo nella misura in cui il comportamento esteriore corrisponde effettivamente alla realizzazione di una certa intenzione.

Un esempio è il delitto di corruzione, che consiste in un patto di retribuzione indebita, ascrivibile alla categoria dei reati contratto, in cui l'incriminazione si incentra sull'accordo oneroso avente ad oggetto la prestazione di un'attività pubblica in favore di un privato.

La qualifica di illiceità grava per intero sul mercimonio della funzione amministrativa, e si materializza nella previsione dell'adozione di un atto da parte del funzionario pubblico.

Se il comportamento che il pubblico ufficiale si è impegnato a tenere è illegittimo (corruzione propria), l'accordo si connota negativamente già sul piano esteriore. Ma se l'accordo ha per oggetto il compimento di atti rientranti nel suo ufficio (corruzione impropria), la condotta penalmente rilevante del pubblico funzionario è soggettivamente pregnante.

L'art. 318 c.p. prevede che: *“Il pubblico ufficiale che, per compiere un atto del suo ufficio, riceve per sé o per un terzo, in denaro od altra utilità, una retribuzione che non gli è dovuta, o ne accetta la promessa, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni. Se il pubblico ufficiale riceve la retribuzione per un atto d'ufficio da lui già compiuto, la pena è della reclusione fino ad un anno”*.

Considerato esclusivamente nel suo aspetto oggettivo, il fatto tipico della corruzione appare insignificante, consistendo essenzialmente nella conclusione di un patto mediante il quale si fa (o si promette che si farà) qualcosa per qualcuno. Onde affermare che la condotta del funzionario esprima il disvalore sotteso alla norma penale, occorre, invece, indagare l'intenzione con cui agiscono le parti. Il fatto che la consegna di un bene di valore economico al pubblico ufficiale trovi causa effettivamente in un impegno illecito è, difatti, soltanto un'eventualità. Un bene potrebbe essere trasferito per retribuire un precedente comportamento, esulante dallo svolgimento delle funzioni pubbliche, o a titolo precario o senza effetto traslativo. Pertanto la verifica della conformità

della condotta realizzata in concreto con quella incriminata dal legislatore non può prescindere da una penetrante valutazione del nesso che la collega al compimento di un determinato atto di ufficio, il quale, dovendo trovare causa in un negozio, cioè in una dichiarazione di volontà, non può prescindere dalla consapevolezza e dall'intenzione dell'agente. Ne consegue che la tipicità dei fatti di corruzione non può che abbracciare il dolo⁶.

Tali argomentazioni hanno portato al superamento dell'impostazione iniziale, essendosi arricchito il concetto di tipicità di elementi prima classificati nelle categorie dell'antigiuridicità e della colpevolezza. Tutti gli elementi – oggettivi e soggettivi, descrittivi e valutativi – che comunemente connotano il comportamento umano nella realtà entrano nella tipicità del fatto.

Questa conclusione trova un fondamento anche gnoseologico: le azioni dell'uomo devono essere valutate nel loro complesso, senza limitarsi all'identificazione del ristretto numero di elementi caratteristici percepibili esteriormente, dunque considerandone l'immanente aspetto psicologico. In tale prospettiva si apprezza la caratteristica dell'ordinamento penale quale diritto del fatto. I fatti umani si manifestano in tutta la loro poliedrica composizione, intreccio e sintesi di fattori fisici e psichici, che occorre cogliere nell'insieme. Abbandonata la rigidità della tesi belinghiana, l'approccio moderno soddisfa altresì alla complessità della qualificazione normativa del reato, non essendo sempre possibile una distinzione netta tra componenti descrittive e valutative della fattispecie e tra aspetti oggettivi e soggettivi del fatto.

La concezione appena esposta ha avuto ingresso anche nella dottrina italiana, storicamente fedele ad un'impostazione di matrice liberale e garantista, che esalta i dati materiali, cui principalmente ricollega la lesione del bene giuridico ed il fondamento della punizione. Pur rivalutando l'importanza degli elementi normativi e soggettivi all'interno del fatto tipico, la tesi più recente lascia in primo piano le componenti naturalistiche dell'illecito penale, esse rappresentando il nucleo centrale della fattispecie, come peraltro è imposto dai principi di determinatezza, materialità, offensività. La rilevanza assegnata agli elementi normativi della fattispecie è stata, peraltro, canalizzata nella tematica della descrizione del fatto, essi non costituendo una deviazione dal paradigma oggettivistico del reato, quanto piuttosto una tecnica sintetica di formulazione della norma.

Inizialmente la dicotomia tra le due concezioni della tipicità prima delineate riflette quella tra le due teorie dell'azione, che a sua volta si proietta sulla teoria generale del reato. La concezione tripartita costruisce il reato come un fatto tipico, antigiuridico e colpevole, ma vi è profonda differenza in relazione alla teoria dell'azione cui si aderisce. La corrente naturalistica adotta la nozione

⁶ Simili considerazioni potrebbero essere svolte con riferimento ad altre fattispecie di reato a dolo generico ma caratterizzate da condotte soggettivamente pregnanti: in proposito si considerino gli articoli 594 (“Ingiuria”) e 595 (“Diffamazione”) del codice penale.

psicologica della colpevolezza, con la conseguenza che l'elemento soggettivo resta estraneo alla tipicità; la corrente finalistica comprende nel fatto l'atteggiamento psicologico, perché questo è un modo d'essere dell'azione, non del soggetto, mentre la colpevolezza ha natura puramente normativa.

La contrapposizione tra le due impostazioni si è attenuata successivamente, specie nella dottrina italiana, che, pur rifiutando il finalismo, aderisce alla concezione normativa della colpevolezza, sicché molti autori inseriscono nella tipicità anche l'elemento soggettivo. Ne consegue che ai fini dell'approfondimento della nozione di tipicità nel pensiero delle scuole di diritto penale può farsi riferimento alla concezione tripartita del reato fondata sulla categoria normativa della colpevolezza, esaminando i riflessi che ha avuto nella ricostruzione del fatto tipico⁷.

L'esistenza di azioni configurabili nello schema della tipicità solo per l'elemento intenzionale che le sorregge e l'affermarsi nel secondo dopoguerra della teoria della causalità umana dimostrarono che il dolo nella sua essenza psicologica era parte integrante del fatto tipico e doveva essere concepito come indipendente dalla imputabilità e quindi dalla colpevolezza. Così trovavano soluzione i problemi della partecipazione e del tentativo che possono essere concepiti solo in funzione del dolo. Sono note le complicazioni cui si va incontro per stabilire la rilevanza dell'azione del non imputabile, che per mancanza di dolo non poteva essere considerato partecipe o autore principale, cui non può dare risposta la figura dell'autore mediato. Il delitto tentato a sua volta non poteva essere individuato nell'inizio dell'attività esecutiva senza il dolo, lo stesso elemento psicologico che diventava poi elemento di colpevolezza nel delitto consumato.

Lo stesso destino era riservato al delitto colposo. Se in un primo tempo la colpa, a differenza del dolo, era stata mantenuta nell'ambito della colpevolezza, questo dipendeva dalla rilevanza dell'elemento normativo che la caratterizza: la violazione della norma cautelare coincideva con il momento della violazione dell'obbligo oggetto di riprovazione.

Anche nella prima formulazione della dottrina finalistica dell'azione, in cui l'elemento oggettivo del delitto colposo si faceva consistere nella evitabilità dell'evento per un intervento potenziale della finalità, la colpa incosciente restava collegata con la colpevolezza perché la possibilità di antivedere l'evento nocivo e quindi di evitarlo finalisticamente era concepita come dipendente da una maturità psichica che si identifica con la imputabilità. Allo stesso modo nella colpa con previsione si riteneva che, se esiste la coscienza del possibile verificarsi dell'evento, può non essere avvertita la gravità del pericolo nella sua effettiva proporzione, che sarebbe riconoscibile solo con una diligenza più intensa qual è appunto quella dell'imputabile. Il momento della colpevolezza era considerato dunque come costitutivo del fatto colposo: «Azioni colpose sono quelle causazioni di

⁷ L'illustrazione che segue è tratta da SANTAMARIA, *Enciclopedia del diritto*, voce *Colpevolezza*, VII, 1960.

un evento che erano evitabili finalisticamente. La ragione per cui l'autore non ha evitato la causazione dell'evento consiste in un'insufficiente diligenza del suo agire. La diligenza presuppone una penetrazione consapevole negli obblighi dell'azione e la capacità di dirigersi secondo essi, vale a dire dunque colpevolezza. Di conseguenza le fattispecie colpose possono essere realizzate solo da un autore capace di colpevolezza»⁸.

Ma la necessità di configurare l'azione tipica colposa anche per il non imputabile e la critica a cui è stato sottoposto il concetto di una finalità potenziale portavano a staccare il delitto colposo dalla colpevolezza ed a configurarlo nel fatto tipico indipendentemente dall'imputabilità. L'elemento normativo del delitto colposo deve essere valutato oggettivamente nella violazione della diligenza relativa al tipo di fatto colposo. La colpevolezza viene in questione solo se l'agente non poteva, per incapacità o per circostanze di fatto, adempiere all'obbligo di diligenza o se, nonostante che fosse imputabile, non si poteva esigere la valutazione delle conseguenze possibili del suo comportamento. Anche nei delitti colposi il tipo dell'azione va distinto dalla colpevolezza: al primo corrisponde l'inosservanza oggettivamente intesa della diligenza, alla seconda l'inosservanza riprovevole della diligenza oggettivamente prescritta nei rapporti sociali.

Del resto ad una configurazione del dolo e della colpa indipendente dalla colpevolezza si è costretti a giungere per le disposizioni contenute nel diritto positivo. Come in Germania nei § 42b e 330a ad un'azione «minacciata con pena» commessa in stato di non imputabilità viene collegata una conseguenza giuridica, così in Italia dalla distinzione tra fatto doloso e fatto colposo dipende una disciplina diversa nell'applicazione delle misure di sicurezza (art. 133 per rinvio dell'art. 203, art. 222, art. 224 c.p.). Il che significa che il dolo e la colpa, lungi dal costituire elementi della colpevolezza, funzionano da presupposto anche per il giudizio di pericolosità criminale e se dovessero essere assunti a forme della colpevolezza lo sarebbero anche della pericolosità criminale. Si determinerebbe così una confusione di concetti che devono essere mantenuti rigorosamente separati, perché la colpevolezza e la pericolosità sono condizioni per l'applicazione di due misure giuridiche essenzialmente diverse (pena e misura di sicurezza). Gli elementi di un concetto non possono essere nello stesso tempo elementi dell'altro concetto. La colpevolezza si distingue dalle altre componenti del reato proprio perché contiene i presupposti caratteristici ed esclusivi per l'applicabilità della pena.

La rilevanza giuridica dell'elemento psicologico del reato nelle sue specie del dolo e della colpa è quella di costituire la tipicità del fatto incriminato o, per meglio dire, di indicare quale specie di fatto può costituire la base di un giudizio di pericolosità o di colpevolezza. Ecco perché quando si esamina in astratto la figura tipica di un delitto nel suo elemento psicologico non si stabilisce la

⁸ WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, Berlino, 1949, 85.

colpevolezza. Dire che il furto è incriminato a titolo di dolo specifico significa dire che il fatto tipico previsto dalla legge (e che può implicare la pena ai sensi dell'art. 1 c.p. o la misura di sicurezza ai sensi dell'art. 202 c.p.) è la sottrazione di una cosa mobile altrui con il fine di trarne profitto (art. 624 c.p.); ma questo non significa accertare la colpevolezza nel furto. Il dolo è un concetto tecnico-giuridico che indica il modello legale del fatto ed i suoi problemi sono quelli relativi alla configurazione della «specie del fatto». La colpevolezza riguarda invece il soggetto: la sua maturità e la sua libertà nel commettere il fatto tipico doloso o colposo ci dicono che l'azione esprime una ribellione contro il vincolo della norma.

La distinzione tra elementi oggettivi e soggettivi per indicare le due parti del modello legale, che la concezione bipartita riferiva al reato, ritorna con riferimento al fatto tipico, e si pone in termini più dialettici, perché i due elementi dialogano e si coordinano. La preoccupazione del Beling di evitare la tipizzazione dell'elemento di valore del reato (colpevolezza) resta superata dalla moderna concezione normativa, per cui il dolo e la colpa, avendo perduto la funzione costitutiva della responsabilità, sono diventati elementi di determinazione della tipicità, che in alcuni reati dipende esclusivamente dalla struttura psicologica.

In definitiva dolo e colpa si distaccano dalla colpevolezza, a sua volta intesa non più in senso psicologico ma normativo. Ciò consente loro, da un lato, di conservare un significato prettamente psicologico, dall'altro di rompere la barriera che – quali forme delle colpevolezza psicologica, vuoi all'interno della concezione bipartita, vuoi all'interno di quella tripartita – li separava dal fatto, così accedendo alla tipicità.

In Italia i termini «dolo» e «colpa» evocano l'idea della colpevolezza, perché includono in sé l'idea del disvalore. Per la colpa tale accezione è insita nella stessa radice semantica, per il dolo ciò emerge chiaramente mettendolo in contrapposizione al termine «intenzione», che esprime un semplice atteggiamento psicologico.

La terminologia legislativa, tuttavia, ne accredita la struttura psicologica. L'art. 43 c.p. definisce il delitto doloso «secondo l'intenzione». L'art. 222 c.p. utilizza l'espressione «delitto colposo» per contrassegnare il fatto tipico del non imputabile.

In Germania già da tempo il dolo e la colpa hanno assunto una terminologia coerente (*Vorsatz-Fahrlässigkeit*), con la progressiva normativizzazione del concetto di colpevolezza è stata loro assegnata la funzione di elementi psicologici del fatto tipico. Nella terminologia giuridica del secolo scorso si ritrova il termine *dolus*. Ma a quei tempi *dolus* era il vocabolo con cui si contrassegnava l'elemento intenzionale del reato che costituiva il presupposto della pena e si identificava quindi con la colpevolezza in un sistema che non conosceva il concetto di azione. Assunto il suo ruolo psicologico il dolo spiega la sua funzione tipica nell'ambito della determinazione della specie del

fatto. Ciò vale anche per il dolo eventuale, nato come criterio di responsabilità, che mantiene un valore costitutivo della responsabilità, ma non come forma di colpevolezza, bensì come diversa qualificazione del fatto tipico, dato che anche il dolo eventuale costituisce presupposto per l'applicazione sia della pena che delle misure di sicurezza.

1.2 Concezione innovativa

Spostando l'analisi della struttura del reato dall'impostazione dogmatica ad un'impostazione di ordine logico-scientifico, la categoria della tipicità deve essere riletta secondo categorie gnoseologiche. In particolare si deve tener conto della divisione di competenza tra leggi scientifiche e leggi giuridiche: le prime, quali leggi di natura, regolano il fatto di reato e la sua imputazione reale; le seconde, quali leggi formali, regolano la sua qualificazione.

Un diretto corollario di tale impostazione è la rivisitazione del concetto di «fatto», il quale deve essere desunto dalle leggi scientifiche. Dal punto di vista scientifico il fatto è un accadimento naturale⁹, oggetto di rilievo e di spiegazione come processo naturale, all'interno di un quadro esplicativo del mondo fisico, coerente e il più comprensivo possibile.

Tale definizione è del tutto compatibile con la nozione di reato come fatto umano, atteso che l'entità naturalistica è identica, mentre il riferimento all'essere umano implica la ricerca dei criteri di imputazione.

Nell'accezione oggi prevalente la natura è la “totalità dei corpi”, ovvero la “totalità della realtà materiale”, cioè l'intero universo fisico. Questo non significa necessariamente considerare la natura in un senso puramente materialista, essendo accreditato nel pensiero contemporaneo che la natura si apra anche alle dimensioni psicologiche, razionali e sociali dell'uomo in un modo non riduttivista, ma accettando la loro specificità. La natura appare, insomma, come il sistema formato da tutta la realtà accessibile più o meno direttamente alla nostra esperienza. Al di fuori di essa restano solo – oltre la metafisica – le caratteristiche spirituali dell'uomo ed i fenomeni creativi (culturali, artistici, etc.) in quanto tali, al di fuori dell'opera in cui consistono.

Anche in tale più ampio significato la natura è considerata come un “dato”, che nelle scienze fisiche rileva come fenomeno, nel diritto penale come reato. Tra i due domini vi è simmetria con riguardo all'elemento fisico, sia sotto il profilo teorico, che sotto quello pratico.

In termini teorici vale la distinzione tra “fatto bruto” e “fatto scientifico”, dove il primo è determinato dall'esperienza, mentre il secondo rappresenta un artefatto, una costruzione operata dallo scienziato. I fatti della scienza fisica, come quelli della scienza penale, apparterebbero a

⁹ «Factum» è il participio passato di «feri», diventare. Dunque etimologicamente sta ad indicare un evento accaduto.

questa seconda categoria e non avrebbero nulla a che vedere con l'esperienza concreta¹⁰. In materia penale, tuttavia, la distinzione sembra ricalcare quella tra fatto storico e fatto giuridico.

In termini pratici sia i fatti della scienza fisica, sia quelli della scienza penale, sono suscettibili di essere isolati tramite l'osservazione e successivamente accertati in modo inconfutabile, attraverso l'esperimento o il processo al di là del ragionevole dubbio.

La valenza fenomenica del reato obbliga l'interprete come il legislatore a puntare l'attenzione sull'evento: il «fatto» è, appunto, la modificazione della realtà naturale di cui l'accadimento consiste. Intorno all'evento deve, allora, costruirsi la nozione penalistica di «fatto».

L'anatomia del fatto tipico presuppone sempre una precisa consapevolezza del momento logico d'avvio della ricostruzione, perché esso finisce con il costituire il suo filo conduttore, fatalmente influenzandola nel suo insieme.

La scelta dell'evento come punto di partenza non è solo una diretta conseguenza delle leggi scientifiche, ma si sposa anche con i principi fondamentali della responsabilità penale, segnatamente materialità ed offensività. L'evento è, da un lato, la manifestazione più tangibile della materialità del fatto, dall'altro la soglia d'ingresso della sua rilevanza penale. Sul disvalore di evento si incentra l'offesa al bene giuridico, l'unico efficace baluardo dal rischio che la sanzione penale colpisca il semplice atteggiamento interiore dell'agente.

Alla centralità dell'evento segue, di necessità, l'identificazione della condotta come altro elemento costitutivo del «fatto» penale. Dal punto di vista scientifico la condotta è sua volta un accadimento, che rileva per il diritto penale in quanto antecedente causale dell'evento di reato, posto in essere da una persona fisica.

Anche la condotta entra a comporre il fatto di reato in piena armonia con i principi di materialità ed offensività. Il concetto di condotta designa l'intervento dell'individuo nel divenire fenomenico e le modalità di aggressione del bene protetto. Il disvalore di azione connota l'intensità dell'offesa complessivamente arrecata e concorre a giustificare la sanzione penale.

La valenza costitutiva del fatto di reato svolta dall'evento e dalla condotta è plasticamente evidenziata dalle norme generali sul reato. Spicca, al riguardo, l'art. 40 c.p., il quale conferma il primato del modello oggettivo di reato, assegnando all'evento la funzione di definire il fatto (letteralmente dall'evento dipende la "esistenza" del fatto previsto dalla legge come reato), ed alla

¹⁰ Minoritaria è la tesi che sostiene l'impossibilità di una distinzione tra le due classi, dal momento che il "fatto scientifico" altro non sarebbe che il "fatto bruto" tradotto in un linguaggio specialistico, dotato di maggiore precisione e maggiore comodità ai fini degli scopi specifici che si prefigge, condiviso da un gruppo più ristretto che costituisce la comunità scientifica. Detta tesi implicherebbe che, in campo scientifico, ad essere creato non è tanto il fatto quanto il linguaggio che lo esprime. Si tratta di una questione frequente nelle scienze sociali: il fatto pre-esiste rispetto alle innumerevoli espressioni di esso? Se così fosse, non potendo rinunciare a una qualunque forma di espressione del fatto, altrimenti indicibile, deve ammettersi una forma di espressione base, universale, distinta da una forma di espressione speciale. E qui si pone un'altra decisiva questione: se due o più forme di espressione alternative possono riferirsi allo stesso fatto, o piuttosto non identificano sempre e comunque due o più fatti diversi e alternativi.

condotta il ruolo di causa dell'evento. La formulazione testuale (secondo cui “*l'evento è conseguenza dell'azione od omissione*”, non già l'azione od omissione ne è causa) si spiega proprio con la posizione di preminenza assunta nel fatto di reato dal concetto di evento, che finisce per essere il termine di riferimento della nozione di condotta, come pure nella disposizione sull'elemento psicologico (art. 43 c.p.)¹¹.

Estraneo alla nozione di «fatto» è, invece, il rapporto di causalità. Dal punto di vista della fisica la causalità è un processo di produzione del fatto, non un fatto, e può essere descritto da leggi esplicative¹². Sono, piuttosto, le sue componenti a rilevare come fatti, in quanto ciascun fattore che entra nell'eziologia di un evento naturale necessariamente costituisce, a sua volta, un accadimento del mondo fisico¹³.

Nel diritto penale il concetto non muta. Il rapporto di causalità è la relazione che lega in senso naturalistico un atto e l'evento che vi discende. Un concetto dinamico, che può essere costruito dalla prospettiva di chi agisce, o dell'osservatore cui perviene il risultato dell'azione. Nella dinamica descritta la sintesi delle due prospettive si chiama nesso. Il nesso di causalità è, appunto, il rapporto fra le due prospettive, studiato al fine di ricavare l'imputazione di un dato evento a uno specifico atto.

L'idea – dominante nel pensiero giuridico – che il rapporto di causalità sia un elemento del fatto muove, evidentemente, da una nozione di fatto non coincidente con quella della fisica. Mentre ciò appare comprensibile nell'ambito della concezione tripartita, in virtù del ruolo conformante che vi assume il principio di tipicità, rimane oscuro con riguardo alla concezione bipartita, più strettamente ancorata ad una impostazione naturalistica.

In entrambi i casi, tuttavia, si tratta di una soluzione ingiustificata: come si è avuto modo di chiarire sin dall'inizio, la costruzione del reato da parte del legislatore ordinario, ed a maggior ragione dell'interprete, è vincolata al rispetto delle categorie proprie delle scienze naturali, allorquando il

¹¹ La condotta appare dotata di rilevanza autonoma solo nell'ipotesi di interruzione del nesso causale (art. 41, comma 2 c.p.) ed in quella di cd. *suitas* (art. 42, comma 1 c.p.).

¹² La filosofia della scienza nel '600 (Keplero, Galilei, Cartesio) approfondì il concetto di causa efficiente facendolo coincidere con quello di legge o connessione causale dove il rapporto causa-effetto è rappresentato da grandezze misurabili matematicamente. Da questo punto nasce la fisica classica che da Newton assume la meccanica come modello di interpretazione dei fenomeni naturali. Al determinismo propugnato dalla fisica classica ed alla sua pretesa di spiegare le relazioni causali in termini di necessità, si è contrapposto in tempi recenti uno schema probabilistico. Non ha però avuto successo il tentativo di sostituire il concetto teorico di causalità con quello di funzione, per cui le leggi scientifiche si limiterebbero a descrivere sinteticamente quanto avviene in modo costante ed uniforme nei fenomeni naturali, ricorrendo a necessarie costanti verifiche empiriche. Nell'epistemologia contemporanea il concetto di causalità rimane ineludibile, benché abbia perso la sua valenza di regola esplicativa assoluta dell'universo.

¹³ La causalità, dunque, è una categoria della realtà, non è la realtà e, come tale, non può entrare nel “fatto” di reato. La fisica subatomica e quella cosmica hanno posto in dubbio tale conclusione, ipotizzando che le leggi causali non siano solo descrizione del funzionamento delle cose, ma siano esse stesse cose, cioè forze in movimento. Tale rilievo, tuttavia, non è significativo per l'ordinamento penale, che guarda al mondo in cui operano gli esseri umani.

dominio giuridico sia chiamato a recepirle per disposto costituzionale. I principi fondamentali del diritto penale impediscono che la nozione di «fatto» propria della fisica possa essere manipolata.

Proprio l'art. 40 c.p. conferma l'assunto, dettando una definizione della causalità fondata sull'impianto delle scienze naturali. La disposizione, inoltre, chiarisce nitidamente la funzione della causalità, che ha valenza ascrittiva e non costitutiva del fatto di reato. Nell'ordinamento penale il ruolo della causalità è quello di imputare – mercè il collegamento tra la condotta umana e l'evento di reato – il fatto alla persona, cioè in sostanza quello di identificare il suo autore materiale¹⁴.

L'analisi delle disposizioni della parte speciale del codice penale non modifica tale conclusione.

Nei reati a forma libera, dove la causalità rende determinato il fatto tipico, ciò avviene in ragione della sua capacità di selezionare la porzione della realtà genericamente descritta dal legislatore, attribuendo rilevanza alle sole condotte che entrano nel processo di produzione dell'evento. La determinazione del fatto, dunque, non implica anche che la causalità entri nel fatto stesso.

Nei reati a forma vincolata la selezione delle modalità di produzione dell'evento è operata direttamente dal legislatore, ma la causalità resta estranea al fatto: si tratta di accadimenti che descrivono una relazione, non di relazione tra accadimenti¹⁵.

Il ragionamento operato per la causalità materiale vale a maggior ragione per la causalità psichica, su cui si fonda l'elemento soggettivo del reato, soprattutto il dolo.

Non vi è margine alcuno per accogliere la tesi elaborata dalla più recente dottrina tripartita, che annovera il dolo nel fatto tipico. Se è indiscutibile l'esistenza di una relazione strutturale tra il fatto materiale e l'atteggiamento psicologico dell'agente, è del tutto fuorviante pervenire alla costruzione di una figura unica: il dolo non è un contenuto del fatto tipico, ma una tecnica di imputazione soggettiva, la cui funzione è, come già per la causalità materiale, ascrittiva e non costitutiva del fatto di reato.

Dal punto di vista scientifico gli stati psichici (volontà, previsione, prevedibilità) possono – anzi devono – essere disegnati come provvisti di un substrato reale, che si colloca nell'area dei fenomeni neurologici, ma questo substrato non è certo adiacente o complementare a quello del fatto materiale. Un conto è ciò che l'azione genera nel mondo fisico, un conto è la situazione mentale dell'agente rispetto al fatto posto in essere. Mentre è ipotizzabile che l'azione sia assistita da un contenuto psicologico minimo (la “coscienza e volontà” di cui all'art. 42, comma 1 c.p.), che la qualifichi in quanto fatto umano, altrettanto non può dirsi per il suo finalismo. Se il dolo ha ad oggetto il fatto, non può esserne elemento integrativo¹⁶. Ciò non implica la rottura dell'unitarietà del concetto di

¹⁴ La dimostrazione formale in cap. X, § 1.2.

¹⁵ *Postea*, § 1.4.

¹⁶ La dimostrazione formale nel cap. IV, sez. III, § 3.3.

azione dolosa, quando la sua collocazione su un diverso piano, che è quello del rapporto tra elementi strutturali eterogenei, ma che hanno un oggetto comune (art. 47 c.p.).

Alle stesse conclusioni deve giungersi per la colpa. Con riguardo ai reati colposi si può riscontrare una maggior convinzione della dottrina ad inserire l'elemento soggettivo nell'area della tipicità, in ragione della componente normativa che caratterizza la colpa (la violazione della regola cautelare), particolarmente avvertito nelle fattispecie a forma aperta. Tuttavia, come già per il rapporto di causalità, la circostanza che la colpa rende determinato il fatto tipico, non significa che ne faccia parte, essendo tale effetto pienamente compatibile con la sua funzione di criterio di imputazione – e non di costituzione – del fatto.

Esemplificando: nell'omicidio il fatto tipico è cagionare la morte di un uomo. Tale fatto è identico nell'ipotesi di omicidio doloso o colposo, mentre si modifica il titolo di attribuzione della responsabilità. La violazione della regola cautelare consente, insieme al rapporto di causalità, di imputare all'agente l'evento non voluto. Ma nulla aggiunge alla sua condotta sul piano fenomenico, né alla relazione causale, rilevando piuttosto come un elemento di connotazione di entrambi.

L'estraneità del rapporto causale e dell'elemento soggettivo all'area del fatto di reato è in perfetta armonia con i principi di determinatezza e personalità, chiamati a regolare rispettivamente il fatto (art. 25, comma 2 Cost.) e la sua imputazione (art. 27, comma 1 Cost.).

Nella misura in cui l'imputazione delimita il fatto (come nei reati a forma libera), allora essa è espressione anche del principio di determinatezza. Si tratta, ancora una volta, di una manifestazione dell'unitarietà del reato, pur nella eterogeneità dei suoi elementi analitici.

Infine, nessun dubbio può sorgere, nell'impostazione del *Sistema*, in ordine all'estraneità al fatto delle esimenti, stiano esse a colorare l'antigiuridicità obiettiva o la colpevolezza normativa, quali elementi negativi del fatto. Le cause di giustificazione e di scusa attengono alla fase di qualificazione del reato, sicché intervengono quando la funzione di determinazione del fatto tipico è esaurita.

In conclusione, secondo l'impostazione scientifica, il fatto è solo quello materiale, tipico in quanto è ricorrente nella norma incriminatrice, che vale ad assegnargli rilevanza all'interno dell'ordinamento giuridico (prima qualificazione).

La nozione di fatto tipico appena delineata lascia aperta la porta ad una variante estensiva: quando dal concetto di portata generale, elaborato dalla dogmatica per definire la struttura del reato, che considera "tipiche" le componenti del fatto comuni a tutte le figure di reato, si passa a considerare un concetto più specifico, destinato ad operare nella definizione del singolo reato, "tipici" diventano tutti gli elementi del fatto – anche diversi dalla condotta e dall'evento – previsti dalla fattispecie legale per il perfezionamento del reato.

Delimitare la nozione di fatto tipico non significa negare al principio di tipicità la capacità di unificare gli elementi strutturali del reato, quanto piuttosto cogliere l'eterogeneità rispetto al concetto scientifico di fatto delle categorie dell'imputazione che ad esso solitamente vengono invece riferite. La funzione unificatrice del principio di tipicità si esplica nell'ambito di una diversa accezione del fatto, che si colloca sul piano giuridico, perché mira a risolvere il problema dell'attribuzione del fatto ad una persona, ai fini del riconoscimento della responsabilità: il «fatto giuridico».

1.3 Il fatto nella teoria del reato e della fattispecie penale

L'elaborazione dogmatica del concetto di «fatto» ha portato nell'impostazione tradizionale ad un avvicinamento tra il «fatto tipico», che indica un elemento strutturale del reato, ed il «fatto giuridico», che indica il rapporto logico tra fatto e fattispecie normativa (norma-fatto-effetto)¹⁷.

Tale processo di convergenza appare cristallizzato nella più recente nozione del fatto tipico, estesa ad ogni elemento della fattispecie astratta che trovi corrispondenza nel comportamento incriminato, restando fuori solo gli elementi (antigiuridicità e colpevolezza) che implicano un giudizio da parte dell'ordinamento da condurre sulla base di norme diverse da quella che incrimina il fatto.

Tale impostazione mostra tutti i suoi limiti quando mette a raffronto il concetto dogmatico con quello normativo, espresso tramite la formula «fatto di reato», che ricorre frequentemente – alla lettera o tramite abbreviazione – nella parte generale del codice penale, per designare il fondamento legale della pena (art. 25, comma 2 Cost.; articoli 1 e 2 c.p.), gli elementi costitutivi del reato (articoli 40; 42, comma 2; 45; 46; 47; 48 c.p.), gli elementi scriminanti (articoli 52 e 54 c.p.), gli elementi scusanti (art. 59, comma 4 c.p.).

Assumendo – come fa la dottrina estensiva del fatto – che il «fatto di reato» è il «fatto giuridico», cioè la porzione essenziale della fattispecie criminosa, allora per la proprietà transitiva sarebbe inevitabile riconoscere un'area di sovrapposizione anche tra «fatto di reato» e «fatto tipico». Ciò implicherebbe una tendenziale duplicazione del concetto di «fatto», essendo oggetto del giudizio di tipicità lo stesso fatto che identifica il reato dal punto di vista legale. Invece il fatto, quale componente strutturale di base del reato, è qualcosa di più ridotto rispetto al fatto in senso giuridico, non comprendendo il momento dell'imputazione.

Tuttavia, anche inteso in senso estensivo il concetto di «fatto», non è sovrapponibile a quello di «reato», in quanto al primo difetta la prospettiva teleologica che consente di configurare l'illecito. Ne consegue che gli elementi soltanto strutturali vanno trattati nella teoria del fatto, le

¹⁷ Volume 1, cap. V, § 1.3.

caratteristiche che esprimono la illiceità (antigiuridicità oggettiva, colpevolezza normativa) trovano sistemazione dogmatica solo nella teoria del reato¹⁸. La teoria del reato comprende in sé tanto gli aspetti soltanto strutturali che vengono trattati nella teoria del fatto, quanto gli elementi teleologici che trovano la loro sede appropriata nella teoria della qualificazione dell'illecito. Il concetto di reato si rivela, dunque, come il punto di confluenza dei concetti di «fatto», «imputazione», «illiceità». Per risolvere la questione occorre evadere dai confini delle teorie tradizionali sul reato, e ripensare la classificazione di tali concetti alla luce della rappresentazione logico-scientifica.

Il concetto di «fatto tipico» elaborato su base scientifica è recepito dall'ordinamento giuridico, per i vincoli posti dalla Costituzione alla costruzione legale del reato. Ne consegue che, allorquando nel codice penale si impiega la nozione di «fatto» per designare un elemento strutturale del reato, il riferimento non può che essere al «fatto tipico». Ciò è confermato dagli articoli 40; 42, comma 2; 45; 46; 47; 48 del codice penale. Nell'art. 40 c.p. è descritto l'insieme degli elementi materiali del fatto (condotta ed evento), mentre ciò che li lega (la causalità) non può esserne al tempo stesso una parte. Nell'art. 42, comma 2 c.p. è chiaro che, se il fatto deve essere «commesso con dolo», lo stesso non può che consistere della sola porzione materiale. Negli articoli 45 e 46 c.p. sono disciplinati fenomeni che interrompono il nesso tra la condotta e l'evento (caso fortuito), oppure tra la condotta e l'agente (forza maggiore e costringimento fisico), da cui discende la non punibilità del fatto, che pertanto non può che essere quello materiale. Negli articoli 47 e 48 c.p. è disciplinato l'errore sul fatto che esclude il dolo: ne consegue che, essendo il fatto contemplato come oggetto del dolo, non può esserne comprensivo.

Invece, allorquando nel codice penale si utilizza la nozione di «fatto» per designare il reato, il riferimento non può che essere al «fatto giuridico». Ciò è confermato dall'art. 25, comma 2 Cost. e dagli artt. 1 e 2 c.p.; nonché dalla parte speciale del codice penale. Le prime disposizioni citate sottopongono il reato al principio di legalità, che investe, quanto meno a livello formale, tutti gli elementi del reato. Le norme di parte speciale non possono che riferirsi al fatto nella sua accezione più ampia, come risulta evidente in tutte le ipotesi di delitti aggravati dall'evento (descritti con la formula «se dal fatto deriva ...», che sta a indicare il fatto costitutivo del reato), o nelle disposizioni che rinviano al fatto previsto da un'altra disposizione per determinare il reato in esse previsto (es. art. 576, comma 1; art. 640-bis).

È del tutto coerente con il sistema penale che «fatto tipico» e «fatto giuridico» siano differenziati, perché il primo riflette la nozione scientifica di «fatto», il secondo quella normativa. Più precisamente il «fatto tipico» designa il fatto materiale, ed è un concetto che attiene alla teoria del

¹⁸ La dottrina tradizionale critica questa tesi contestando la stessa categoria dell'antigiuridicità obbiettiva, ad iniziare dalla possibilità di distinzione tra norme di determinazione e norme di valutazione del fatto, o dalla necessità di una categoria che illumini la portata lesiva del fatto (cfr. PAGLIARO, *Enciclopedia del diritto*, voce *Fatto*, XVI, 1967).

reato. Il «fatto giuridico» designa tutti gli elementi costitutivi del reato (quindi non solo il fatto, ma anche l'imputazione oggettiva e soggettiva), ed è un concetto che attiene alla teoria della fattispecie¹⁹.

Ciò posto, il «fatto di reato», che è l'unico concetto di diritto positivo, può identificare il fatto tipico o il reato nella sua totalità, a seconda del contesto in cui si trova. C'è da precisare che esistono elementi della fattispecie diversi dal fatto tipico e dal fatto giuridico²⁰, ragion per cui il «fatto di reato» in senso lato indica la porzione della fattispecie corrispondente all'intero complesso di fatto preso in considerazione dalla norma.

Definiti i diversi concetti, è opportuno inquadrarli nei modelli logici del reato e della responsabilità penale.

Si inizia dalla struttura del reato nella teoria generale²¹.

Struttura del reato

PREMESSA MINORE Fatto	PREMESSA MAGGIORE Norma	CONCLUSIONE Effetto
<i>Soggetto</i> Condotta + evento	prima qualificazione (leggi scientifiche) imputazione (leggi scientifiche) seconda qualificazione (leggi giuridiche)	Responsabilità penale

Il reato come ente giuridico è costituito dal fatto tipico (qualificazione del fatto materiale da parte della singola norma penale), dall'imputazione oggettiva e soggettiva (rapporto materiale e psicologico tra i due elementi costitutivi del fatto), dalla qualificazione oggettiva e soggettiva (valutazione del fatto tipico da parte dell'intero ordinamento penale).

Il singolo reato (fatto di reato) è, invece, quello previsto dalla fattispecie incriminatrice.

Fattispecie incriminatrice

PREMESSA MINORE Fatto	PREMESSA MAGGIORE Norma	CONCLUSIONE Effetto
Fatto Causalità Elemento soggettivo <i>Requisiti di punibilità</i>	Norma incriminatrice	Reato

¹⁹ Dal che risulta confermato come la dilatazione della nozione di fatto tipico sottesa alla dottrina tripartita che aderisce alla concezione normativa della colpevolezza sia del tutto inappropriata.

²⁰ Le condizioni di punibilità e gli elementi negativi.

²¹ Volume 1, cap. I, sez. II, § 4.

La fattispecie incriminatrice è costituita dal fatto giuridico (fatto tipico e imputazione) e da eventuali requisiti di punibilità previsti dalla legge.

A un livello successivo c'è la fattispecie penale qualificatrice.

Fattispecie qualificatrice

PREMESSA MINORE Fatto	PREMESSA MAGGIORE Norma	CONCLUSIONE Effetto
Reato Elementi qualificanti	Norme di qualificazione (scriminanti, scusanti, etc.)	Illiceità penale

La fattispecie penale qualificatrice è costituita dal fatto giuridico e dagli elementi che lo qualificano rispetto all'ordinamento complessivo.

Coordinando la fattispecie incriminatrice e quella qualificatrice si giunge a individuare la fattispecie della responsabilità penale.

Fattispecie di responsabilità

PREMESSA MINORE Fatto	PREMESSA MAGGIORE Norma	CONCLUSIONE Effetto
Fatto giuridico Elementi qualificanti	Norma incriminatrice Norme di qualificazione	Responsabilità penale

Pur se attengono ad aree diverse, reato e fattispecie finiscono per coincidere, nel senso che il reato nella sua interezza è oggetto della fattispecie penale complessivamente considerata, come quella da cui scaturisce la responsabilità penale.

5.2.2 Concezione innovativa

Per giungere ad una definizione di sintesi dell'evento, coerente con entrambi i principi che governano la teoria del fatto (materialità ed offensività), occorre anzitutto dimostrare come la contrapposizione tra concezione naturalistica e giuridica non sia inevitabile, anzi celi un falso problema²².

Gli argomenti in cui si articola questa polemica appaiono quelli di un dissenso puramente linguistico: il contrasto si riduce a ciò, che con la parola «evento» alcuni ritengono che si debba denominare solo la modificazione del mondo esterno, altri pensano che si debba contrassegnare il

²² SANTAMARIA, *Enciclopedia del diritto*, cit. .

risultato dell'aggressione al bene tutelato, comunque esso si manifesti, consista o meno in una modificazione del mondo esterno.

La dottrina dell'evento giuridico non disconosce che l'evento possa consistere in un effetto naturale dell'azione, ma, poiché deve acquistare rilevanza per il diritto, «l'effetto naturale dell'azione giuridicamente rilevante non è altro che l'effetto dannoso. [...] Di essenziale, in definitiva non c'è che la lesione o la messa in pericolo dell'interesse protetto, e l'effetto naturale non è null'altro che un indice o, se si vuole, il modo d'essere di tale lesione»²³. Riservare la parola evento esclusivamente al risultato dell'aggressione al bene che coincida con una modificazione del mondo esterno, vuol dire semplicemente restringere il termine ad un certo tipo di risultato dell'aggressione al bene tutelato, e precisamente a quello che presenti una consistenza naturalistica.

Il contrasto non verte, tuttavia, sulla definizione dell'effetto dell'aggressione al bene, ma riguarda il modo di concepire il rapporto tra l'azione e l'evento. Ambedue le teorie considerano l'evento, secondo il proprio punto di vista, come il prodotto dell'azione, vale a dire come qualcosa di distinto da essa e da essa cagionato. Ma su questo modo di intendere l'evento nel suo rapporto con l'azione la tesi naturalistica si contrappone alla tesi giuridica: la teoria naturalistica dell'evento nega che l'evento in senso giuridico, e precisamente il pericolo o la lesione del bene, possa intendersi come conseguenza dell'azione. Conseguenza è, secondo questa opinione, soltanto l'effetto naturale dell'azione. La lesione o la messa in pericolo dell'interesse protetto, altrimenti contrassegnata con il termine «offesa», non sarebbe l'effetto o il risultato del fatto, ma soltanto una sua qualità, che non si distingue sul piano delle coordinate spazio-temporali dall'azione, non essendo un'entità materiale. L'offesa non è un elemento del fatto, ma un suo modo d'essere: lo stesso fatto considerato da un punto di vista speciale, e precisamente dal punto di vista della tutela apprestata dall'ordinamento giuridico a determinati interessi.

Corollario di questa ricostruzione è che nei reati con evento materiale l'offesa è un attributo dell'evento (omicidio), nei reati senza evento materiale è un attributo della condotta (omissione di atti d'ufficio). Non esiste, dunque, un'autonoma nozione di «evento giuridico», ma quella di «offesa», quale predicato del fatto, che si lega ora all'azione, ora all'evento.

Al contrario la tesi giuridica concepisce il pregiudizio rilevante per il bene tutelato (danno o pericolo) sempre come un risultato dell'azione incriminata. Il rapporto di causa ad effetto tra l'azione e l'offesa costituisce la premessa della dottrina giuridica dell'evento: «Evento del reato è la conseguenza lesiva dell'azione: l'offesa all'interesse protetto dalla norma penale»²⁴. In tal modo si enuncia lo schema logico della concezione causale dell'azione che definisce il tipo della condotta

²³ DELITALA, *Il «fatto» nella teoria generale del reato*, 1930, 70.

²⁴ DELITALA, *op. cit.*, 123.

attraverso la lesione o messa in pericolo del bene tutelato che un comportamento umano cagiona come suo effetto.

Così riassunto il punto critico della contesa teorica, si apprezza perché nessuna delle due teorie soddisfa pienamente.

La concezione naturalistica rinnega l'esistenza nel nostro ordinamento di un evento in senso giuridico, non già perché assume che l'offesa sia un attributo del fatto, piuttosto che un suo elemento, quanto perché, ammettendo l'esistenza di reati senza evento, esclude che in tali casi l'offesa sia una conseguenza della condotta, finendo per identificarsi con essa. In tal modo oblitera dati positivi inconfutabili (artt. 40 e 43 c.p.), da cui si evince chiaramente che la qualifica di offensività è riferita all'evento («dannoso o pericoloso») e che lo stesso rappresenta la conseguenza, materiale e psichica, della condotta. Mentre è corretto collocare l'offesa all'esterno del fatto, quale suo predicato, non lo è riferire tale predicato alla condotta, sul presupposto che esistano reati senza evento.

La concezione giuridica, invece, per approdare alla conclusione che l'offesa è sempre il risultato della condotta, ammette che essa si sostanzia in un evento, pur definito «giuridico», che entra nel fatto come una vera e propria componente. In tal modo, a sua volta, si pone in conflitto con un principio positivo invalicabile, concependo la causalità come relazione di tipo giuridico al di fuori di un'espressa previsione, e trascura un dato scientifico immanente, secondo cui l'evento è una modificazione della realtà, e la realtà è quella naturale, non quella normativa, che – specie nel diritto penale – ne può rappresentare la qualificazione, non la sostituzione.

Si è già chiarito come la causalità giuridica nell'ordinamento penale ha spazi limitati²⁵, e che, anche a voler riconoscere la figura del reato di pura condotta, ciò nondimeno essa non potrebbe operare, ma troverebbe pur sempre applicazione la causalità di fatto²⁶.

Qualora si ammettesse l'evento giuridico come un'entità autonoma dall'evento naturalistico, si dovrebbe ritenere che la verifica sull'esistenza dell'offesa debba essere operata valutando direttamente se la condotta ha causato una lesione – in termini di danno o pericolo – all'oggetto giuridico del reato, il che non appare possibile, data l'inconciliabilità dei due termini.

L'argomento speso dalla dottrina per superare l'obiezione è assai modesto: si osserva che «la qualità del fatto di reato è data non dalla sua consistenza, più o meno naturalistica, ma dalla sua funzione di tipizzare la materia del divieto, vale a dire dal ruolo che gli è assegnato nella dottrina del reato. [...] «Non è dunque dalla natura del fatto che deriva la materialità dell'evento, ma dal suo coincidere con una modificazione del mondo esterno». A sostegno di tale argomentazione si menziona il reato omissivo, in cui il fatto non ha una dimensione naturalistica.

²⁵ Cap. IV, sez. II, § 3.

²⁶ Cap. IV, sez. II, § 4.

Di entrambi i profili si è già detto. Quanto al rapporto tra fatto e tipicità, è sufficiente ricordare come il fatto sia costruito – e non può essere diversamente in un ordinamento impostato sui principi di materialità e determinatezza – sulla base delle categorie scientifiche, mentre la tipicità rappresenta la qualificazione del fatto da parte della norma; qualificare non significa manipolare o creare, ma connotare un oggetto, attribuendogli le specificità proprie del dominio cui appartengono le regole di qualificazione. Quanto al reato omissivo, proprio la sua peculiare collocazione nella teoria del fatto ha suggerito una trattazione separata rispetto al reato di azione, essendo del tutto inappropriato invocarlo per sostenere che il fatto giuridicamente rilevante in diritto penale può essere ricostruito su base non empirica, atteso che a collegare l'omissione all'evento c'è una disposizione apposita (l'art. 40, comma 2 c.p.), che legittima l'impiego della causalità giuridica.

D'altronde la tesi che sostiene l'ammissibilità di un rapporto tra condotta e lesione giuridica nell'illecito penale genera una grave antinomia con l'illecito civile, dove il «danno ingiusto» (l'omologo dell'evento giuridico del reato) è legato alla condotta da un rapporto di causalità materiale, in quanto l'ingiustizia è considerata una qualifica dell'evento di danno, dipendente dal suo impatto su un interesse protetto nel diritto privato²⁷.

In definitiva: la dottrina naturalistica ha ragione quando sostiene che l'unico concetto possibile di evento è quello materiale, e che l'offesa ne costituisce un attributo; ha torto quando ritiene che esistano reati senza evento materiale, in cui l'offesa sia un attributo della condotta. La dottrina giuridica ha ragione quando sostiene che l'offesa debba sempre accompagnare il risultato dell'azione, e non l'azione di per sé; ha torto quando ritiene che l'offesa si strutturi in un vero e proprio evento, che assurge ad elemento costitutivo del fatto e si trova in relazione causale con la condotta.

La soluzione si articola in due punti:

- 1) tutti i reati hanno un evento materiale;
- 2) l'offesa è una qualificazione dell'evento materiale.

Il passaggio più complesso da dimostrare è il primo, essendo consolidata, se non unanime²⁸, la convinzione che l'ordinamento preveda numerose ipotesi di reati di pura condotta. La dottrina

²⁷ Cass. sez. un., n. 581 del 2008: «L'insufficienza del tradizionale recepimento in sede civile dell'elaborazione penalistica in tema di nesso causale è emersa con chiarezza nelle concezioni moderne della responsabilità civile, che costruiscono la struttura della responsabilità aquiliana intorno al danno ingiusto, anziché al fatto illecito, divenuto fatto dannoso. In effetti, mentre ai fini della sanzione penale si imputa al reo il fatto-reato (il cui elemento materiale è appunto costituito da condotta, nesso causale, ed evento naturalistico o giuridico), ai fini della responsabilità civile ciò che si imputa è il danno e non il fatto in quanto tale. E tuttavia un fatto è pur sempre necessario perché la responsabilità sorga, giacché l'imputazione del danno presuppone l'esistenza di una delle fattispecie normative di cui agli articoli 2043 e segg. c.c., le quali tutte si risolvono nella descrizione di un nesso, che *legghi storicamente un evento o ad una condotta* o a cose o a fatti di altra natura, che si trovino in una particolare relazione con il soggetto chiamato a rispondere.

²⁸ Alcuni esponenti della corrente naturalistica avevano paventato l'impossibilità logica di reati senza evento: «Se ogni reato è un'azione e ogni azione ha un risultato, evidentemente a ogni reato è necessario un risultato, cioè un evento, e non vi è reato alcuno che consista in una semplice manifestazione o estrinsecazione di volontà non produttiva di alcun

giuridica, dal canto suo, non disconosce i reati di pura condotta, ma i reati senza evento giuridico, nel senso che l'evento materiale può anche mancare, ma non può mai mancare quello normativo²⁹.

In verità già la teoria eclettica aveva intuito la possibilità di ravvisare nei reati di pura condotta una situazione reale cui ascrivere l'offesa dell'interesse tutelato dalla norma, non trovando, però, la strada per definire con precisione in cosa questa situazione consista.

Il passo ulteriore è cogliere l'inerenza al mondo fisico di tale situazione, in termini effettivamente distaccati dalla condotta, e non in forza di un artificio qual è il considerare la condotta dal punto di vista dell'osservatore esterno invece che da quello di chi la pone in essere.

Sul piano scientifico il principio «*natura non facit saltum*» impone di riflettere sul fenomeno del pluralismo degli eventi, che si succedono ininterrottamente nella realtà naturale e che il legislatore non può variare, ma solo inquadrare nella norma, mercè il principio di tipicità.

E' indiscusso che in natura – almeno nel mondo dove funzionano le leggi della fisica classica – non esistano fenomeni spontaneamente arrestabili, non esistono cioè fatti che non siano preceduti e seguiti da altri fatti. Tutto si compendia nel quesito se nel diritto penale, attraverso il “fermo immagine” realizzato dalla norma, esistano fatti elementari, in cui ad una causa non segua un effetto, nel senso che anche il primo effetto sia irrilevante per la norma.

La dottrina, appunto, sostiene che in taluni reati il legislatore descrive un fatto elementare, composto dalla sola condotta, perché il suo sviluppo è ignorato, salvo rilevare ad altri fini (condizione di punibilità, circostanza, reato ulteriore). Il che porta a negare la tesi secondo cui il reato coincide con l'evento, mentre porta a ricondurre la *ratio* dell'incriminazione penale sulla condotta, perché è quella che non può mai assolutamente difettare, pena la violazione del principio di personalità e della stessa funzione della legge penale.

Questa costruzione non è coerente con gli articoli 40, 43 e 49 c.p. che fanno sempre riferimento all'evento, come elemento costitutivo del fatto di reato. Dei primi due si è detto; del terzo, escluso che sia il rovescio dell'art. 56 c.p. (cd. tentativo inidoneo), non resterebbe che intendere l'inidoneità dell'azione con riferimento all'ipotesi di fatto tipico ma inoffensivo (cd. concezione realistica³⁰), perché l'evento materiale sia in concreto sprovvisto della attitudine lesiva che gli è propria nella descrizione legale.

A fronte di queste disposizioni generali, appare arduo sostenere che il legislatore isoli la condotta, in modo tale che le modificazioni da essa determinate siano irrilevanti. Ragionando così, peraltro, si

risultato o effetto o evento che voglia dirsi» (ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, 1923, p. 1921). Tuttavia senza affrontare il vero problema, che è quello – come si chiarirà più avanti – dei limiti alla discrezionalità del legislatore di “tagliare” il fatto al momento della condotta.

²⁹ Il che, in disparte la fragilità dell'identificazione tra offesa ed evento in senso giuridico, non è necessariamente vero, potendosi dare reati di pura creazione legislativa, in cui è il fatto tipico a non presentare una dimensione offensiva.

³⁰ Cui si può aderire a patto di precisare che l'offesa non è un elemento autonomo del fatto tipico, ma la sua connotazione. A mancare nel caso concreto, dunque, è proprio questo connotato.

dovrebbe utilizzare la definizione giuridica dell'evento per spiegare come sia possibile che la condotta sia suscettibile di produrre una lesione giuridica di per sé, a prescindere dai suoi effetti.

Si tratta di un risultato inaccettabile, perché il danno penale non può collocarsi in un'area metafisica, ma postula l'identificazione di un effetto – anche solo preliminare – dell'azione, in modo che sia percepibile la modificazione tra il prima ed il dopo creata dalla condotta, senza la quale la legge penale punirebbe comportamenti neutri.

I fautori dell'esistenza di reati senza evento materiale invocano l'art. 41, comma 2, secondo periodo c.p. e l'art. 42, comma 4 c.p. a sostegno della tesi.

L'art. 41, comma 2 – dopo aver stabilito che le cause sopravvenute escludono il rapporto di causalità quando sono state da sole sufficienti a determinare l'evento – aggiunge che *“se l'azione od omissione precedentemente commessa costituisce per sé un reato, si applica la pena per questo stabilita”*. Poiché la norma si riferisce espressamente ad ipotesi in cui sembra che l'azione od omissione costituisca reato *“per sé”*, se ne deduce che il codice concepisce reati senza evento.

Questo ragionamento non è corretto, poiché la formulazione normativa è legata al caso regolato, che è quello di interruzione del rapporto tra la condotta e l'evento, sicché, nell'incriminare un fatto isolandolo dall'evento provocato dalla causa sopravvenuta, l'art. 41 non poteva non riferirsi che alla condotta quale parte iniziale del decorso causale interrotto. Non vi è alcun argomento per sostenere che l'espressione secondo cui *“l'azione od omissione precedentemente commessa costituisce per sé un reato”* accrediti l'esistenza di reati senza evento, una volta che il *“per sé”* sia interpretato nel senso di *“escluso l'evento finale”*.

Esattamente al contrario, invece, la norma accredita l'idea che il reato è punito se ed in quanto la condotta determini un evento lesivo: l'esclusione del rapporto di causalità per un fattore sopravvenuto, da solo sufficiente a produrre l'evento, è un'ipotesi logicamente concepibile solo quando la condotta anteriore abbia efficienza causale, il che rende possibile, se non probabile, che nel suo decorso abbia causato un evento minore già illecito³¹.

L'art. 42, comma 4 c.p. stabilisce che *“Nelle contravvenzioni ciascuno risponde della propria azione od omissione cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa”*. Poiché la norma riferisce l'insorgere della responsabilità penale alla condotta, se ne deduce che nelle contravvenzioni la punibilità prescinde dall'evento. L'argomentazione è debole, essendo la formulazione testuale dettata da ragioni di simmetria con il primo comma della disposizione (*“Nessuno può essere punito per un'azione od omissione preveduta dalla legge come reato, se non l'ha commessa con coscienza*

³¹ Si consideri il classico caso di chi realizzi un'azione finalizzata all'omicidio, cagionando lesioni intermedie: se l'evento morte si produce per il subentrare di una causa alternativa, l'agente risponderà di tentato omicidio se gli atti compiuti in precedenza erano già idonei a mettere in pericolo la morte, ovvero di lesioni volontarie. Altro esempio di scuola è l'azione preterintenzionale, in cui l'agente – se l'evento morte si verifica per altra causa – risponde delle percosse o lesioni realizzate in precedenza.

e volontà”), che regola la partecipazione psichica dell’individuo alla condotta, e non già dell’intero fatto. A questo, invece, si riferiscono l’art. 42, commi 2 e 3 e l’art. 43 c.p. che menzionano il nesso psichico tra agente ed evento. In particolare l’ultimo comma dell’art. 43 c.p. (“*La distinzione tra reato doloso e reato colposo [...] si applica altresì alle contravvenzioni ogni qual volta per queste la legge penale faccia dipendere da tale distinzione un qualsiasi effetto giuridico*”) richiama per le contravvenzioni la distinzione tra reato doloso e colposo allorquando essa debba rilevare, con ciò implicando l’applicazione delle rispettivi nozioni, comprensive appunto dell’evento.

L’analisi delle disposizioni fondamentali sul reato in generale conferma, dunque, che nella teoria del fatto penale non vi è cittadinanza per reati senza evento.

Rimane aperto il problema se il legislatore abbia la facoltà, tramite il principio di tipicità, di isolare la condotta, elevandola a fatto. E’ una questione il cui esame richiede lo studio della parte speciale del diritto penale, atteso che sarebbe la presenza positiva di reati di pura condotta a rendere necessario un ribaltamento delle conclusioni valide in linea generale.

Le fattispecie da analizzare al riguardo sono di due tipi: i reati aggravati dall’evento e i reati a forma libera.

I reati aggravati dall’evento sono interessanti perché, essendo descritto un evento che aggrava una fattispecie già perfetta, se fosse vero che esistono reati senza evento, alcuni di questi dovrebbero trovarsi senz’altro tra le fattispecie ad evento aggravato. Come esempi potrebbero citarsi i reati contro la vita e l’incolumità individuale da cui derivino lesioni o morte, come la rissa (art. 588 c.p.), l’abbandono di minori o incapaci (art. 591 c.p.), l’omissione di soccorso (art. 593 c.p.). Per essi si rinvia all’apposita sede.

I reati a forma libera possono essere descritti come reati di condotta ogni qualvolta la condotta sia costruita non sulla produzione dell’evento ma su un comportamento tipico, di cui però non siano precisate le modalità. Mancando nella norma la descrizione della conseguenza della condotta, e potendo questa realizzarsi in qualsiasi modalità, sembra agevole classificarli come reati senza evento. Per questi reati, che larga parte della dottrina definisce «formali», non occorre accertare la sequenza causale, ma solo individuare gli elementi interni al fatto tipico, al verificarsi dei quali il reato è perfezionato.

Per stabilire l’esattezza o meno di questa conclusione consideriamo come modello di analisi i reati contro l’onore.

A testimonianza dell’incertezza dell’impostazione che ammette i reati senza evento in ordine alla qualificazione di tali delitti esistono tre orientamenti diversi. La tesi tradizionale afferma che qui ricorre un caso tipico di modificazione della realtà naturale nella sfera psichica: l’evento si identifica, infatti, con un risultato psicologico dell’azione che consiste nella «percezione di una

parola ingiuriosa da parte dell'offeso o di terze persone»³². Una variante a tale tesi sostiene, con riferimento alla diffamazione, che è reato di evento, però immateriale, il che «non significa che si consideri l'evento in senso giuridico e si aderisca, quindi, all'opinione che, in ogni reato, vede l'evento»; l'offesa alla reputazione rappresenta, infatti, il «risultato» della condotta, da cui si deduce che l'art. 595 configura un «vero e proprio reato di evento (immateriale)»³³. Infine, l'opinione per la quale che un evento in senso naturalistico manca, per cui ai fini del dolo basta la coscienza e volontà dell'azione con la consapevolezza del contenuto offensivo delle parole ingiuriose³⁴.

E' singolare come il dissenso verta sulla qualificazione di un elemento descritto piuttosto chiaramente dalle norme, che nell'ingiuria è la presenza fisica dell'offeso, nella diffamazione è la comunicazione con più persone, le quali devono necessariamente percepire l'offesa, diretta a sé (ingiuria) o al terzo assente (diffamazione), a prescindere dall'ulteriore profilo inerente la comprensione del suo significato³⁵.

La struttura del delitto di ingiuria è emblematica del problema di fondo, inerente la possibilità o meno del legislatore di isolare nella norma una condotta che nella realtà è un *continuum*, in modo tale che il fatto tipico si esaurisca in essa³⁶.

Interpretando l'art. 594 c.p. alla luce del criterio teleologico, la rilevanza della percezione dell'offesa, già implicita nella lettera della disposizione (atteso che l'offesa deve avvenire nei confronti di una persona presente), appare elemento costitutivo del reato, non potendosi altrimenti ravvisare alcuna lesione per l'onore o il decoro dell'individuo³⁷.

Astrattamente è possibile che la legge costruisca il fatto in assenza della percezione dell'ingiuria, come è possibile che in una qualsiasi fattispecie “tagli” il fatto nella sua dimensione elementare, cioè la causa, come lo scienziato può isolare in laboratorio un elemento, per studiarlo singolarmente; ma questo la legge non lo fa, né per l'ingiuria, né per gli altri reati, perché se spezzasse il divenire naturale sino a retrocedere al primo anello della catena, non potrebbe identificare alcun fatto offensivo. Per quanto, infatti, si possa anticipare la soglia di rilevanza

³² ANTOLISEI, *La disputa*, cit, 258.

³³ NUVOLONE, *L'evento e il dolo nella diffamazione*, in Riv. it. dir. pen., 1949, 754.

³⁴ PECORARO-ALBANI, *Il dolo*, 1955, 632, 642, 648.

³⁵ Taluno parla di evento inoffensivo: basta che le parole siano udite, senza che sia necessario accertare il danno o il pericolo. Altri ritengono che l'ingiuria sia un reato di pericolo. Prevale, però, la tesi secondo cui l'effetto della percezione realizza obiettivamente la lesione del bene tutelato, indipendentemente dalla valutazione che ne faccia del soggetto passivo, per cui il reato è di danno.

³⁶ Non è in dubbio che il legislatore possa fotografare la condotta, privandola del suo dinamismo naturalistico, e facendone un fattore statico (che anzi in ciò si ravvisa l'elemento unificatore della diverse concezioni). Il problema è se tale operazione possa legittimamente condurre a coagulare l'intero fatto tipico intorno ad essa.

³⁷ Il tentativo è ammissibile, per quanto remoto, specie nell'ipotesi di ingiuria rivolta a persona presente (si pensi al caso di un forte rumore concomitante alla declamazione delle frasi ingiuriose, che impedisce al destinatario di sentirle). Più facile, invece, nei casi di ingiuria a distanza previsti dal terzo comma (ad esempio, spedizione di una lettera ingiuriosa che viene intercettata prima che il destinatario la possa leggere).

penale, l'azione umana deve pur sempre entrare in contatto con il bene giuridico, e ciò è possibile solo se la norma contempla almeno l'impatto iniziale che l'azione ha sul mondo circostante.

Il reato di atti osceni (art. 527 c.p.) è da tutti considerato senza evento, poiché si perfeziona al compimento dell'atto osceno in luogo visibile al pubblico, senza necessità che qualcuno vi assista. La lesione dell'interesse protetto (il pudore) si realizza già solo per il compimento dell'atto, siccome avvenuto in condizioni da renderlo visibile a terzi. Si tratta, dunque, di un reato di pericolo concreto.

Questa esegesi del fatto tipico, tuttavia, non implica l'assenza dell'evento. Il pericolo, infatti, si radica su uno stato del mondo fisico che è preliminare rispetto a quello che si intende evitare, cioè la visione degli atti sconvenienti da parte di un qualsiasi individuo. Proprio la circostanza che l'atto osceno deve avvenire in luogo visibile al pubblico ed in condizioni materiali tali da essere concretamente percepibile con i sensi, dimostra che l'azione incriminata non è considerata in sé, ma è calata in un contesto spazio-temporale, per gli effetti che vi produce.

In natura non può non separarsi l'atto sessuale che configura l'osceno, dalla sua percepibilità all'esterno, che è rimessa alla condotta dei soggetti attivi. Ciò posto, è anche piuttosto chiaro che il legislatore abbia implicitamente dato rilievo a tale condotta, punendo solo il comportamento che, oltre ad essere osceno e avvenire in luogo esposto al pubblico, determina l'effetto materiale di essere visibile all'esterno. Tutti i casi di non punibilità ravvisati dalla giurisprudenza, pur in presenza di attività oscene compiute in luoghi esposti, sono da ricondurre alla mancata realizzazione dell'evento materiale, cui si connette il pericolo per la morale pubblica³⁸. Sul piano testuale la rilevanza di tale evento come elemento costitutivo del reato si coglie nella formula "luogo esposto al pubblico" (oltre che, a maggior ragione, in quelle di "luogo pubblico" o di "luogo aperto al pubblico"). L'argomento letterale è corroborato da quello teleologico e sistematico, che fa leva sull'oggetto giuridico e sulla definizione di «osceno» (art. 529 c.p.).

Nell'ermeneutica di questa disposizione, come delle altre che si ritiene prevedano reati di pura condotta, l'interprete è vincolato ad applicare, oltre al principio di offensività, quello di determinatezza, la cui funzione è innanzitutto quella di dare consistenza empirica alla fattispecie, disegnandola in modo conforme a quanto avviene nella realtà. Ciò porta ad escludere che, se la legge scientifica governa il fatto come successione di eventi, il legislatore possa disegnare quello stesso fatto in termini divergenti. Nel caso in esame ciò significa che, se il reato di atti osceni implica la visibilità dell'atto al pubblico, come nella realtà si deve tener conto che atto osceno e sua percepibilità sensoriale siano fatti diversi, così nell'interpretazione della norma si deve separare

³⁸ Una coppia che ha rapporti carnali all'interno di un'autovettura con i vetri appannati in modo tale da impedire la visibilità dall'esterno, o in un bosco pubblico in un luogo coperto da fitta vegetazione o da ripari naturali, o in una barca in mare aperto.

l'atto umano dalla situazione consistente nella sua visibilità a terzi, che ne costituisce una conseguenza, in relazione alle modalità spazio-temporali in cui è commesso, cioè l'evento (materiale) del reato, cui si associa il disvalore penale.

La difficoltà della dottrina di accorgersi della presenza di un evento nei reati di condotta si spiega³⁹, oltre che con la fisiologica diffidenza a leggere la fattispecie con l'ausilio delle categorie scientifiche, con la natura di tali reati, dove l'evento è descritto implicitamente, non mercè l'uso della categoria della causalità, pur trattandosi di reato a forma libera (nel senso che può compiersi con qualsiasi modalità idonea ad integrare la condotta tipica).

Ma questo è un problema di tecniche di rappresentazione della realtà nell'ordinamento giuridico, su cui il legislatore è libero, ove garantisca il risultato di rendere il fatto descritto conforme a quanto accade nel modo fisico. Per alcuni reati, dove è incriminato un effetto immediato della condotta, ma già idoneo a ledere il bene protetto in termini sufficienti da giustificare la sanzione penale⁴⁰, la tecnica più opportuna è parsa quella di evidenziare la condotta, piuttosto che le sue conseguenze.

Nei reati a forma libera, peraltro, è comune che il legislatore incorpori l'evento nella descrizione della condotta, anche laddove i due termini siano ben distinti. Ad esempio nel reato di cui all'art. 660 c.p. (molestia o disturbo alle persone), è punito *“Chiunque in luogo pubblico o aperto al pubblico, ovvero col mezzo del telefono, per petulanza o per altro biasimevole motivo, reca a taluno molestia o disturbo”*. L'atto di arrecare molestia o disturbo ad altri è concetto distinto dalla molestia o disturbo che si verificano, ed il legislatore impiega un verbo (“recare”) che evidenzia il rapporto causale. Analogamente il comportamento di chi danneggia cose altrui (art. 635 c.p.) contiene in sé l'azione e l'evento.

Per identificare con chiarezza in una fattispecie l'evento si deve attingere alle leggi di copertura (scientifiche o non) per stabilire il novero degli effetti materiali della condotta e cercare nella norma quale di esso è considerato. Operando, invece, al contrario, cioè cercando nella norma se esiste un segmento ulteriore rispetto all'azione (senza conoscere qual è, in natura, la classificazione di tali situazioni), si rischia di cadere in equivoco.

Un altro genere di problemi esiste nei reati tecnici, dove l'evento è variamente connotato in termini giuridici. In tali ipotesi, proprio il minor tasso di materialità, può occultare la presenza dell'evento.

³⁹ Non mancano, peraltro, opinioni più attente: osservava già il MAYER (*Der allgerneine Teil des deutschen Strafrechts*, 1923, p. 119): «Né può trarre in inganno che l'evento si realizzi contemporaneamente all'azione: all'analisi logica non può sfuggire, infatti, la distinzione tra azione ed evento come si distinguono, ad esempio, nel falso giuramento, da un lato il pronunciare le parole (azione), dall'altro l'ascoltarle e il percepirne il significato da parte del giudice (evento) escluso l'evento finale».

⁴⁰ La lesione può essere di danno o di pericolo. Nell'ingiuria o nell'evasione è di danno, negli atti osceni è di pericolo.

Il caso più emblematico sono i reati contratto, dove l'illiceità penale si concentra sulla pattuizione e la fattispecie si perfeziona di regola con la conclusione dell'accordo⁴¹.

Tuttavia, una volta che si riconosca come la norma incrimina proprio la realizzazione di uno schema negoziale astrattamente produttivo di effetti giuridici, è logico riscontrare nell'effetto disposto dal contratto l'evento del reato.

Le difficoltà sono date dalla non coincidenza tra la sfera di efficacia giuridica del contratto propria nell'ordinamento civile, e quella che assume nell'ordinamento penale.

In altri termini, almeno secondo i dettami della prevalente concezione intermedia, il perfezionamento del reato non si identifica con l'efficacia civilistica del contratto.

Se così fosse, infatti, la nullità civile dovrebbe escludere sempre l'illiceità penale, mentre la soluzione va trovata caso per caso, interpretando la fattispecie penale e calando in essa la patologia che vizia il contratto.

Ciò, tuttavia, non significa che il reato-contratto sia di pura condotta, nel senso che sanzioni l'atto di stipulazione in quanto tale, cioè come risvolto esteriore dell'attività delle parti, indipendentemente dagli effetti che è diretto a produrre.

È pacifico, per la stessa concezione intermedia, che il cuore dell'illiceità è l'accordo come fatto, non come atto bilaterale, dunque come effetto dell'esercizio del potere negoziale che diviene a sua volta fatto produttivo di effetti. Solo che questi effetti vanno considerati nella loro portata all'interno dell'ordinamento penale, sicché un contratto nullo può generare effetti apprezzabili.

Ad esempio, una vendita di un bene immobile che abbia carattere usurario (per la macroscopica sproporzione del corrispettivo rispetto al valore del bene, non giustificata da liberalità o altra causa), integra il reato di cui all'art. 644 c.p. anche se il contratto è nullo per mancanza della forma scritta. Benché il contratto non produca l'effetto traslativo, se la volontà delle parti si è manifestata seriamente ed il contratto è stato inteso come vincolante, la sua stessa esistenza (incontestabile, pur in mancanza di un documento scritto) rappresenta l'evento lesivo, poiché genera una situazione negativa per la vittima sul piano reale, cui non è estranea la valenza giuridica dell'atto negoziale, come si può ben vedere considerando l'ipotesi che detto contratto non sia stato concluso, perché non sia stato trovato l'accordo sul corrispettivo.

Acclarato che il contratto rileva per i suoi effetti, pur non coincidenti con quelli disposti dall'ordinamento civile, è indiscutibile che l'attività di formazione del contratto (norma-potere-effetto) sia la condotta, mentre il contratto come fatto giuridico generatore di effetti (norma-fatto-effetto) sia l'evento.

⁴¹ Esistono reati a schema alternativo, come la corruzione e l'usura, che si perfezionano anche con l'esecuzione dell'accordo, cioè con dazione del corrispettivo pattuito. Ciò non toglie che, in assenza di tale accadimento, il reato è perfetto con il mero accordo illecito.

Risolto il problema dell'evento materiale, nel senso che un evento materiale esiste in qualsiasi reato, per logico corollario l'elemento dell'offesa non richiede alcuna sistemazione strutturale, cade cioè la stessa esigenza sottesa alla concezione giuridica dell'evento, atteso che l'offesa trova il proprio punto di riferimento all'interno del fatto tipico. La lesione del bene giuridico è attribuito, che si colloca nella tipicità, per effetto della qualificazione dell'evento operata dalla norma incriminatrice. L'evento tipico è di per sé offensivo, ed eventuali ipotesi di scarto tra tipicità ed offensività vanno risolti sul piano dell'interpretazione della fattispecie o tramite l'applicazione dell'art. 49 c.p., salva, in assenza dei rimedi ordinari, la censura di incostituzionalità della norma.