

Il reato tra aporie definitorie e dissonanze costituzionali. Riflessioni sulle orme di Franco Bricola

Autore: Marco Notarangelo

In: Diritto penale

Qual è lo scarto attualmente esistente tra il volto che l'**illecito penale** assume nella normativa costituzionale e la rappresentazione che esso conserva nella legge penale ordinaria?

Un'analisi che si ponga l'obiettivo di rispondere a tale interrogativo dovrebbe essere scevra da comuni vizi di natura ermeneutica. Lo stesso Bricola denuncia la tendenza ad interpretare le norme costituzionali in materia penale alla luce delle norme ordinarie. Concorrente è inoltre la frequente utilizzazione, da parte della Corte Costituzionale, dello strumento "ambiguo" delle sentenze interpretative[1].

La definizione di reato

La ricostruzione astratta del reato è storicamente coinvolta nella contrapposizione dogmatica intercorrente tra un rigoroso normativismo e un suggestivo giusnaturalismo. Si ritiene che la compresenza di entrambe le tendenze assicuri un presunto equilibrio dalle sembianze legittimanti l'operato legislativo. Sorvolando circa le applicazioni sostenute dai singoli ordinamenti occidentali, senza dubbio capeggiate da una Germania "ultralegale" e da un tecnicismo italiano che trae dal positivo il proprio perimetro d'azione, basti qui codesta riflessione riguardo l'esclusività delle due attitudini. Un sistema giuridico sviluppato su correnti naturali, finirebbe col "riavvolgersi" in se stesso, stigmatizzato dalla sicura incoerenza che nel tempo assumono i propri corollari. Allo stesso modo l'unicità del tecnicismo, se da una parte appare garante della solidità strutturale dell'intero sistema, soprattutto se retta da un impianto costituzionale, dall'altro soffre l'assenza di "critica". Del resto, disconoscere la rilevanza di tale manovra nella creazione della norma, significherebbe svuotare di contenuti il divenire giurisprudenziale e l'esegesi della dottrina.

Ebbene, così come preso atto dal capostipite della scuola bolognese, <<**la teoria del reato** deve avere per noi come oggetto esclusivo il diritto positivo, inteso però non come un dato definitivo, ma come un quid che può essere mutato e alle cui modifiche strutturali il giurista, senza che ciò esorbiti dai suoi limiti di competenza, deve cooperare>>[2]. Pertanto, lo scontro degli opposti si riassume, trovando armonia legislativa, nella consapevolezza che il dato positivo rinviene la propria esistenza attraverso le sollecitazioni di stampo naturalistico.

Ma tornando all'interrogativo dal quale abbiamo preso le mosse, lo studio del rapporto sussistente tra costituzione e norme penali conduce inevitabilmente a ricercarne gli estremi indagando gli aspetti e i

significati sostanziali del reato. L'analisi ipso re suggerisce di affidarsi a un processo di generalizzazione della definizione di reato. Difatti il tecnicismo giuridico ha permesso l'instaurarsi di una visione antagonista rispetto a quelle **concezioni c.d. "realistiche" o "materialistiche"** che sostenevano definizioni di reato coincidenti con fatti conformi ai modelli legali. Nondimeno bisogna ammettere che i significati generalizzati, non sono in grado di stabilire una sostanza del crimine immutabile, essendo i giudizi dell'uomo variabili nel tempo e nei luoghi. E' quello che oserei definire il più classico dei problemi del diritto penale: la **determinatezza della norma**, un carattere ossequioso della più ampia legalità quanto dirompente dell'interpretazione conforme all'evolversi temporale. Peraltro, quantunque appaia eclettico nel contenuto e nelle possibili soluzioni, il medesimo principio conserva omogeneità ed equilibrio nell'attribuzione alla fattispecie di elementi distintivi, pressochè immuni ai mutamenti più sensibili, garantendo una perdurante aderenza alle forme empiriche. Soltanto attraverso l'astrazione del reale si garantisce la **legalità**: la determinatezza penale è l'individuazione astratta di un crimine rilevato, la scultura concettuale di un fatto vivente da ripudiarsi. Tutto ciò erige a necessità una teoria generale del reato che anziché ancorarsi ai capisaldi astratti dell'illecito, operi una distinzione, assegnando a quello penale tratti unici, retti sui principi costituzionali.

La questione sembra per di più dirimersi laddove si ponga rilevanza alla posizione da assegnare al reato nell'ordinamento. Sicuramente la sanzione risulta onerosa per la comunità sociale, motivo per cui gli stessi padri costituenti hanno optato per conferire alla branca penale il rispetto del principio di **"extrema ratio"**. Pertanto il legislatore, vincolato soltanto dal perimetro del "costituzionalmente rilevante", ha il compito di ponderare le risposte dell'ordinamento formalizzando illeciti di diversa natura, nonché tenendo in debito conto che il penalmente rilevante è da circoscriversi ad un'area in ogni modo ristretta. Si comprende, ordunque, la necessità di validi criteri volti a determinarne le scelte, scongiuranti flussi di "ipercriminalizzazione" e il noncurante libero arbitrio del Parlamento, nel pieno rispetto del principio di legalità. Tra l'altro, tale sensibilità giuridica, consentirebbe una maggior coscienza applicata alle soventi iniziative di depenalizzazione[3]. Il criterio che il legislatore dovrebbe utilizzare, per operare una restrizione delle fattispecie incriminatrici, dovrebbe ancorarsi a Costituzione per mezzo di giudizi di valore: la "ghigliottina" del diritto penale trova **legittimazione ad agire allorchè si verifici la lesione di un bene** che abbia rilievo costituzionale. A questo punto, lapalissiano è il bisogno di rinvenire nella tutela del valore protetto un interesse sovrastante la libertà personale. Si comprende, poi, che lo studio dei valori costituzionali in un'ottica di confronto tra i medesimi, comporta la scoperta di una intrinseca gerarchia che inconsapevolmente determina la c.d. "significatività" di ciascun interesse. Su questi presupposti, si instaurano i giudizi sulla pena, ancora una volta ottemperando alla tendenza tecnicista, nonostante il carattere socio - criminologico di tali valutazioni[4]. Inutile rimarcare che le costanti criminologiche abbiano un ruolo fondante nella teoria generale del reato, concorrendone a definirne la forma, consentendo un sano raffronto tra astrazione ed empiria: la loro rilevanza se non acquista un ruolo centrale nella fase di formazione, diventa quasi protagonista al momento dell'applicazione, che di un'analisi interpretativa alla luce delle scienze empiriche non può fare a meno.

L'ordinamento penale e il bene costituzionalmente offeso

La libertà personale è dunque un bene che va “sacrificato” in modo proporzionale all’importanza del bene costituzionale offeso. E’ chiaro, allora, rispondendo alla questione che ha stimolato le nostre riflessioni, che la Corte Costituzionale sarebbe legittimata a pronunciarsi sulla ragionevolezza delle leggi, sindacandone, all’occorrenza, la manifesta sproporzione. La giurisprudenza di legittimità, assume le vesti di arbitro parziale tra le leggi penali e i diritti costituzionali, garantendo il rispetto delle ultime ed esortando una corretta produzione delle prime. Nondimeno occorre rilevare il ruolo del Parlamento, il quale, memore di una politica criminale autoritaria, dovrebbe promuovere incessantemente la ricerca dell’armonia ordinamentale in simbiosi ai valori riconosciuti come primari[5]. Se così dev’essere, valga allora riflettere su di una tendenza recente che, ormai non più timidamente, conduce il legislatore ad emanare forme estintive dei reati ovvero di esclusione della punibilità, accordate alla riparazione del danno. Si parla, ad avviso dello scrivente, di ipotesi di soddisfazione del danno post factum, idonee assai frequentemente ad eludere l’onere risarcitorio nascente dal reato e che, pertanto, rappresentando una desiderabile occasione per “sfuggire” alle pretese del diritto penale, incentiva i tanto apprezzati ravvedimenti[6], prestando nel frattempo “respiro” alle aule di giustizia. Ci si dimentica, però, che la valutazione penale, dinnanzi a un fatto rilevabile, non può trascurare la funzionalità sociale del diritto e l’obiettivo di tutela speciale preventiva. La personalità del “reo riparatore” non può eliminare il dato fattuale del crimine. Quello che anche **Bricola chiama “indice diagnostico”** e che affianca alla condotta post delictum, deve essere temperato con gli altri elementi oggettivi del fatto, registrabili la pericolosità dell’agente, perché ciò che è accaduto sottolinea il bisogno d’intervento del diritto penale, che tra le sue preoccupazioni pone in prima linea la rieducazione del soggetto attivo del reato. E allora, si capisce, piegarsi al tendente regime riparatorio è, probabilmente, sintomo di un confuso intreccio tra obiettivi prettamente civilistici di reintegrazione del danno procurato e valori penali a garanzia della persona, posti quali limite legale entro cui il Parlamento può implementare l’impianto normativo.

Teoria generale del reato

Peraltro, ipse dixit Franco Bricola, <<teoria generale del reato e funzione della pena non sono due momenti concettuali distinti posto che, dal fine costituzionalmente attribuito alla pena può derivare una connotazione globale e sostanziale dello stesso illecito penale>>: proprio dalla funzione costituzionale della pena occorre intraprendere, per induzione, un percorso logico - giuridico attraverso il quale riconoscere il reato per i suoi elementi essenziali, non ancorandone l’attribuzione della sua natura, delittuosa o **contravvenzionale che sia, alla mera lettura codicistica della sanzione**. Ritengo questo modus operandi una svilente formalità, noncurante dei valori costituzionali, oltreché screditante l’immagine del giurista, il quale dovrebbe ricercare l’essenza criminale attraverso lo studio analitico degli elementi piuttosto che per mezzo di una mera presa d’atto della conseguenza sanzionatoria accordata alla fattispecie incriminatrice. Difatti, la circostanza dell’esclusivo riferimento al dato formale della sanzione,

porta a considerare che chi opera nel campo dell'interpretazione servendosi di questi canoni, sia del tutto superficiale circa la reale qualifica del reato, accontentandosi delle apparenze formali. Eppure, e qui il problema immutabile, la mancata diagnosi sostanziale alla luce delle funzioni del diritto penale, delude le aspirazioni di chi ancora crede nella possibilità di poter distinguere, tra le odierne fattispecie, quelle che possono dirsi formalmente reato e quelle che non possono considerarsi tali per doverosa analisi costituzionale.

Anche a voler evidenziare il rigoroso ossequio dei capisaldi legittimanti il sistema produttivo delle prescrizioni, si incorrerebbe, malgrado, nell'ineluttabile equivoco delle forme: condizionare imprescindibilmente l'individuazione del penalmente rilevante al rispetto della riserva di legge, ostruirebbe il riconoscimento dei caratteri criminologici da esorcizzare, divenendo tale premura ostaggio dei sentimentalismi politici del tempo[7]. D'altra parte, lo stesso Bricola non cela la forte percezione che l'intero ordinamento e gli operatori posseggono dell'art. 25 c. 2 Cost. Peraltro il potere del legislativo, ricorda, rappresentando garanzia necessaria per il cittadino, è un potere che, come sovente insegna il Delitala, si giustifica proprio per la sua rappresentatività. E come talora accade nei sistemi giuridici complessi, l'eccesso di celebrazione della dogmatica, distrae ineluttabilmente dalla doverosa visione pragmatica delle conseguenze: l'incidenza della sanzione penale sul bene fondamentale della libertà non sarà mai ben ponderata se non si utilizza una misura costituzionalmente orientata in rapporto evolutivo con il **divenire dell'humus criminologico**, così come tra l'altro prospettato ex tunc dai padri costituenti, allorchè edificarono un impianto "elastico" potenzialmente immune alle "erosioni" del tempo.

Si comprende, pertanto, che molte delle odierne criticità gravitanti attorno ai vizi di legittimazione delle norme penali, sorgono sul generale sistema della delega, oggi sussistente nelle sue diverse forme, legittime e non. La "legalizzazione" ex art. 25 c. 2 Cost. del diritto penale altro non è, di fatto, una "astratta procura" tra le fonti del diritto, un trasferimento di oneri e onori non indifferente alla logica dei decreti legge e decreti legislativi, arcaici strumenti di "legislazione esecutiva", un problema dirompente che anche il sommo giurista Bolognese non mancava di lamentare e che oggi può contare numerosissime erosioni costituzionali, rilevabili nei codici complementari[8].

Senza alcuna pretesa di completezza, non si vuol risparmiare una simil riflessione d'un congruo apprezzamento sulla personalità della responsabilità penale, così come indicizzata all'art. 27 c.1 Cost. D'altra parte, lo si deve ammettere, l'estensione perimetrale della portata definitoria del principio inficia, e non poco, sulle "vesti" del reato. E da Bricola, la diagonale astratta che percorre la figura poliedrica e irregolare della personalità penale, ha subito notevoli cambiamenti a causa delle variabili socio-temporali. La responsabilità per fatto proprio, indiscutibile baluardo ermeneutico del disposto ex art. 27 c.1, pare aver assunto tante sembianze quante sono le scelte contenutistiche del tempo sul significato di "persona", un concetto assodato nel suo senso scientifico ma di cui, più volte nel corso della storia, si sono nutriti dilemmi giuridici. E allora se la "personalità" si misura nelle componenti soggettive e se l'imputazione penale richiede una connessione di carattere psicologico di una volontà colpevole, sembrerebbe chiara l'esclusione dell'ente dal novero dei soggetti attivi del reato, poiché ne uscirebbe irrimediabilmente vulnerabile il volto personalistico dell'illecito penale. Eppure dirompente e impetuoso

dei tradizionalismi giuridici è stato il riconoscimento della responsabilità penale delle imprese, e con esso, quindi, il superamento del principio <<societas delinquere non potest>>. Non fu più possibile minimizzare il ruolo sociale degli enti, che si collocano ormai all'interno di un panorama reale ove hanno da tempo assunto un'influenza sempre più egemonica, anche nella delinquenza, in un'economia di mercato globalizzata e in crescita, in qualità di attori e operatori economici. Inutile negare che tutto ciò comporta <<un graduale progressivo stravolgimento culturale dell'illecito penale e di un suo conseguente ulteriore allargamento nel nostro sistema, che è proprio l'opposto della direzione di cambiamento da molto tempo condivisa e sollecitata>>[9]; soprattutto a seguito del riformulato principio di colpevolezza, il quale, relata refero dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 364/88, non permette che si verifichino sostituzioni tra colui che realizza il reato e quello che ne subisce le conseguenze penali. Si vuole evidenziare, però, che la stessa sentenza menzionata, sintetizzabile nel brocardo <<nulla poena sine culpa>>, sottende la necessità di un **giudizio di rimproverabilità del fatto** al soggetto ai fini della sua punibilità: questa "particolarità imputativa", se da una parte non consente attribuzioni di responsabilità con legame meramente oggettivo, non osta sicuramente al riconoscimento della responsabilità dell'ente per un fatto di reato, allorché gli si possa rimproverare la violazione di un dovere di diligenza nelle forme espresse nel decreto n. 231 del 2001.

In ogni modo, profetico fu l'entimema giuridico proveniente dal Bricola, che facendo leva su di una similitudine, concluse dichiarando la genuinità della responsabilità per fatto proprio, allorquando il fatto sia commesso nella duplicità sussistente tra esecuzione materiale della condotta e soggetto rappresentato: non può, infatti, negarsi, che la responsabilità penale della società è conforme all'**art. 27 c. 1 Cost. quanto lo è quella dell'<<istigatore per il fatto materiale realizzato dall'istigato>>**[10].

È assodato per logica coerenza che la marcata interrelazione tra il principio poc'anzi discusso e quello disposto al comma 3 del medesimo articolo costituzionale, impone al legislatore il temperamento del reciproco rispetto. Invero, ritenendo irrinunciabile l'esigenza retributiva, la funzione rieducativa della pena trova sconforto applicativo laddove irreperibile è una sembianza psicologica. E se è vero che la "ghigliottina" del diritto penale oggi trova la sua ragion d'essere seguendo l'estensione applicativa del penalmente rilevante in base alle mutabili accezioni della personalità, occorre altresì prendere atto del rischio sotteso a questa interceduta "elasticità sanzionatoria": l'azzardo è quello di una responsabilità dai canoni oggettivistici, soprattutto quando l'imputazione si allontana considerevolmente dal momento esecutivo del crimine. E' il vizio verso cui sembra vistosamente proiettarsi la responsabilità penale del datore di lavoro: il sistema delle **deleghe ex d.lgs. 81/2008** sta incentivando, con la complicità dei sentimentalismi di origine sindacale, le iscrizioni degli imprenditori nel registro degli indagati. Le indagini delle Procure vertono ormai abitualmente verso la sommità dell'organigramma aziendale, sollecitate dall'impianto reticolare extrapenale che disegna rapporti di causalità immuni dal doveroso rispetto della responsabilità personale.

Questa reale asserzione, seguendo la logica della definizione, dovrebbe condurre il giurista ad interrogarsi, una volta determinata la "persona" penalmente individuabile, su quali debbano essere gli indici di disvalore della condotta. Posto che, a giudizio di chi scrive, è da escludersi la subordinazione del

diritto penale all'analisi della coscienza dell'agente, si ritiene congrua la valutazione "sociale" dei comportamenti, disprezzando la **naturale soggettivizzazione del reato** che ne conseguirebbe allorché non si rinvenga un criterio pressoché obiettivo della condotta punibile. Il diritto penale della *Gesinnung*[11], come rievocato da Franco Bricola riferendosi alla legislazione tedesca, non è un modello da ripudiarsi bensì sistema illustrativo di come la giurisprudenza dovrebbe intendere la condotta, espressione della personalità morale dell'agente, al solo fine di individuare la migliore misura di sicurezza. E allora il disvalore di cui necessita la punibilità non è rinvenibile se non nel sentimento sociale. Di qui, si coglie la più vera e onorabile virtù di chi è chiamato a "modellare" l'impianto normativo: ascoltare, percepire i richiami provenienti dalle attitudini sociali, è un "must" dal quale gli attuali competenti non possono sottrarsi se non vogliono ulteriormente "invecchiare" le pagine dei codici. Occorre quanto prima intraprendere una corsa verso la conformità alle istanze sociali, comprendendone la portata alla luce, soprattutto, dell'evoluzione pluridimensionale, perché anche il sentimento giuridico possa dirsi sensibile, valutando correttamente la sostanza sociale e al contempo costituzionale dell'illecito.

Concludendo, ci si permette il pregio di poggiarsi sul prezioso epilogo circoscritto dall'illustre professore di Bologna, avvalorando l'autorevole teoria sul reato e rilevandone la mancata applicazione pan-processuale. Lo stesso lamentava la lentezza con la quale la normativa penale ordinaria si andava adeguando al tessuto costituzionale, profetizzando un futuro e "fedele" processo di adeguamento. Eppure, noi giuristi appartenenti al "futuro Bricoliano" non possiamo che constatare, con sconforto, il disinganno delle aspettative. Invero, benché il nostro diritto penale si eriga a fronte di un sistema codicistico che cagiona invidia ai più strutturati sistemi penali, risulta nostalgico di equilibrio laddove si presti attenzione alla punibilità, mancando, ancora, determinazione in ordine alla lesività e alla significatività del valore protetto. Non che Arturo Rocco non fosse stato in grado di rappresentarne gli estremi, predisponendo, indicizzandola, una precisa gerarchia dei valori. Nondimeno è trasparente la scelta di ribaltarne l'ordine con l'entrata in vigore della Costituzione, imponendo così al legislatore di "sistemare", in assetti tutt'altro che immutabili, i criteri di significatività, assicurandone costante armonia. Il vaglio costituzionale delle leggi, oggi strumento di ortopedia giuridica di esclusiva utilizzazione giurisprudenziale, dovrebbe essere un passaggio obbligatorio all'esame della navette parlamentare. La volontà di un approccio fedele a Costituzione da parte delle forze politiche, fortemente auspicata da Franco Bricola, deve ancora rivelarsi. Forse, voltandoci indietro, ci si accorge che non siamo poi così "futuristici". Riavvolgendo il nastro della storia penalistica degli ultimi 50 anni si palesa la quasi piena identità dei problemi gravitanti intorno alla teoria del reato. E allora, non si può far altro che aspettare, ancora, l'avvento di uno Stato autenticamente democratico e, chissà, forse, sorprendendo le vetuste attese, si esaurirà il <<particolare momento transitoriamente antinomico del nostro sistema penale positivo>>[12].

Volume consigliato

Note

[1] BRICOLA, Teoria generale del reato, in *Novissimo Digesto Italiano*, Azara - Eula (diretto da), XIX, Torino, 1974, p. 8.

[2] BRICOLA, op. cit., p. 12.

[3] Al contrario, oggi, mi chiedo se di questo principio se ne faccia uno spropositato abuso, che sotto le mentite spoglie dell'*extrema ratio celi* una difficoltà dell'esecutivo nella gestione delle carceri.

[4] Nondimeno sembra necessario utilizzare i risultati delle rilevazioni criminologiche nella strutturazione della fattispecie.

[5] A tal proposito si dà merito al legislatore di non aver sconfinato nel riconoscimento di concezioni eccessivamente soggettivistiche del reato, un errore nel quale sarebbe stato facile cadere una volta espugnato il "crimine d'autore" che tanto prosperò nella Germania nazista. Tuttavia, a differenza delle filosofie finalistiche del reato pre e post belliche d'oltralpe, l'Italia si dimostrò sempre restia all'accoglimento di principi sovversivi della teoria tripartita del reato, timorosa di soggiacere ad un naturalismo che, come si è detto, storicamente poco ispira la penna del legislatore.

[6] Mi domando, allora, se di "ravvedimenti" si debba ancora parlare, considerando la natura poco spontanea della condotta bonaria. Con la consapevolezza che mai il legislatore penale ha preteso un giudizio approfondito sull'*animus* del reo al momento del ravvedimento operoso, considero comunque improprio nel suo significato linguistico l'utilizzo del termine.

[7] Sintomatiche di tale "moderna patologia" sono anche le recenti creazioni legislative, spinte da un'orda popolare di giustizia avverso circostanze reali di disagio. Tanto per esemplificazione si rammenta l'ormai discussa fattispecie di omicidio stradale p. e p. all'art. 589 bis c.p., introdotta irrompendo sulle ipotesi di omicidio colposo, innalzando le pene al verificarsi del medesimo evento "su strada". E se non può parlarsi di "ipercriminalizzazione" in questa specie, ci venga consentito per lo meno di interrogarci sul perché il comma 5 preveda un innalzamento delle pene per specifiche e singolari circostanze connotate da un disvalore che ben potrebbe rilevarsi in altre ipotesi non ivi enunciate. Peraltro, non sono soltanto queste le scelte che lo scrivente ritiene discutibili, proseguendo la lettura della norma al comma seguente, laddove il legislatore si occupa di attribuire disvalore penale a circostanze tipicamente amministrative, fuorviando l'*extrema ratio* e con tale principio l'ordine costituzionale.

[8] Non si vuole, però, disconoscere il ruolo fondamentale della legislazione secondaria nella normativa penale, di talché la prima rappresenta sovente la determinatezza della seconda.

[9] ROMANO, *Societas delinquere non potest*. (Nel ricordo di Franco Briscola) in *Riv. it. dir. proc. pen.*, Milano, 1995, p. 1937.

[10] BRICOLA, Il costo del principio "societas delinquere non potest" nell'attuale dimensione del

fenomeno societario, in Riv. it. dir. proc. pen., Milano, 1970, p. 1011.

[11] BRICOLA, Teoria generale, cit., p. 65

[12] BRICOLA, Teoria generale, cit., p. 93

<https://www.diritto.it/il-reato-tra-aporie-definitorie-e-dissonanze-costituzionali-riflessioni-sulle-orme-di-franco-bricola/>