



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PADOVA

SEDE AMMINISTRATIVA: UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PADOVA

DIPARTIMENTO DI STORIA E FILOSOFIA DEL DIRITTO E DIRITTO CANONICO

SCUOLA DI DOTTORATO DI RICERCA IN GIURISPRUDENZA

– XXI CICLO –

*Il concetto penalistico di «onore»:
per una concezione «relazionale» del bene giuridico tutelato*

DIRETTORE DELLA SCUOLA: Ch.mo Prof. FRANCESCO GENTILE

SUPERVISORE: Ch.mo Prof. FRANCESCO GENTILE

DOTTORANDO: GABRIELE CIVELLO

INDICE

Considerazioni introduttive.....	5
Capitolo I – Teoria del bene giuridico e teoria del reato: le aporie del “diritto vivente” e l’approdo ad una concezione “relazionale”	
<i>1. Il “bene giuridico tutelato”: un topos nel “diritto vivente”.....</i>	<i>34</i>
<i>2. Le funzioni del bene giuridico tutelato.....</i>	<i>37</i>
<i>3. La sovrapposizione tra il bene giuridico tutelato e la littera legis.....</i>	<i>42</i>
<i>4.1. La sovrapposizione tra il bene giuridico tutelato, la voluntas legis e la ratio legis.....</i>	<i>52</i>
<i>4.2. (Segue) Bene giuridico tutelato e voluntas legis: brevi profili di teoria generale del diritto e della pena.....</i>	<i>63</i>
<i>5.1. La nozione “tassonomica” del bene giuridico.....</i>	<i>77</i>
<i>5.2. Abuso della concezione “tassonomica” del bene giuridico in tema di concorso di reati: l’artificiosa frammentazione del disvalore del fatto e la perdita dell’unità teleologica ed assiologica del medesimo.....</i>	<i>83</i>

5.3. <i>Abuso della concezione “tassonomica” del bene giuridico in tema di individuazione della persona offesa, ai fini dell’opposizione alla richiesta di archiviazione.....</i>	104
6.1. <i>Il ruolo del concetto di “bene giuridico tutelato” nella teoria generale del reato. Alla ricerca di una “tipicità relazionale”.....</i>	117
6.2. <i>L’inidoneità del concetto di ‘bene giuridico tutelato’ a denotare ed esprimere il nucleo centrale del disvalore penalistico.....</i>	126
6.2.1. <i>Il ruolo del bene giuridico tutelato, tra illecito penale ed illeciti extrapenalì.....</i>	127
6.2.2. <i>Il ruolo del bene giuridico tutelato nel sistema penale vigente.....</i>	142
6.2.3. <i>Alla ricerca delle radici “relazionali” del bene giuridico tutelato: la dimensione esistenziale della condotta umana, quale “progetto” (Entwurf) e “prendersi cura” (Besorgen) dell’altro nella relazione intersoggettiva.....</i>	153
6.2.4. <i>L’approdo ad una nozione “relazionale” del bene giuridico. Dalle possibili obiezioni ad una “teoria penale della colpa” al profilarsi di una teoria unitaria dell’illecito penale: la funzione euristica, dogmatica e critica della nozione “relazionale” del bene giuridico.....</i>	172

Capitolo II – Il concetto penalistico di “onore”: per una concezione relazionale del bene giuridico

<i>1. Il bene giuridico dell'onore: un fertile “terreno di coltura” nell'ambito della teoria generale del bene giuridico.....</i>	<i>199</i>
<i>2. La concezione “fattuale” dell'onore: aporie.....</i>	<i>204</i>
<i>3. La concezione “normativa” dell'onore: aporie.....</i>	<i>227</i>
<i>4. L'approdo ad una nozione “relazionale” dell'onore: il superamento delle aporie mediante lo strumento della dialettica. Il riconoscimento del valore insopprimibile ed immutabile della persona.....</i>	<i>241</i>
Considerazioni conclusive.....	254
Bibliografia.....	278

CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE

“Non sarà uno studio dell’atto che presuppone la persona [...] sarà invece lo studio dell’atto che rivela la persona; studio della persona attraverso l’atto. [...] L’atto costituisce il particolare momento in cui la persona si rivela. Esso ci permette nel modo più adeguato di analizzare l’essenza della persona e di comprenderla nel modo più compiuto”.

KAROL WOJTYLA, *Persona e atto*, Introduzione, § 2

“È certo che la filosofia non ha altro dato che la vita, ed il suo nobile scopo è di spiegare la vita, di rendere alla vita una chiara consapevolezza di se stessa. Ma chi si accosti al pensiero moderno, soprattutto al pensiero contemporaneo, ha l’impressione che la vita sia lontana, non riesce a trovare il punto di congiunzione tra la vita che esso vive ed ama, la vita che egli vive nella concreta ed attiva sua coscienza quotidiana e quella vita o realtà o pensiero della quale si sente parlare nella ricerca filosofia”¹.

¹ CAPOGRASSI, *Analisi dell’esperienza comune*, premesse, § 1, recentemente ripubblicato in CAPOGRASSI, *La vita etica*, a cura di F. MERCADANTE, Milano, 2008, 249; d’altra parte, anche in seno all’ermeneutica contemporanea, “*se il bene si presenta all’uomo sempre nella concretezza particolare delle singole situazioni nelle quali egli viene a trovarsi, il sapere filosofico dovrà appunto guardare alla situazione concreta [...] Un sapere generale che non sa applicarsi alla situazione concreta rimane privo di senso, e anzi rischia di oscurare le esigenze concrete che*

Questa amara constatazione – la quale suona, implicitamente, quale accorato monito intellettuale – stilata da Capograssi nel 1930, mi colpiva quasi come una beethoveniana ode “*An die Freude*”, quasi un sibillino vibrare di diapason – ma anche un perentorio *ultimatum* – che imponeva un risveglio dal “sonno concettuale” richiamato dal Maestro di Sulmona e, per l’effetto, una radicale *Kehre* verso una autentica “filosofia della vita”²; infatti, proprio nel momento in cui mi accingevo ad uno studio del tema penalistico del “bene giuridico tutelato” (con l’atteggiamento interiore – forse implicito ed inconsapevole – di chi è in procinto di svolgere un’indagine che si preannuncia, per lo più, compilativa e ricognitiva di mere classificazioni e sistemazioni dogmatiche), il citato insegnamento di Capograssi rappresentava un gioioso ed energico richiamo ad un approccio filosofico, continuamente ed incessantemente propenso a cogliere

nella situazione si fanno sentire” (GADAMER, *Verità e metodo*, Milano, 2000, II, II, 2, b), 647; il riportato passo è tratto dal paragrafo intitolato “*l’attualità ermeneutica di Aristotele*”).

² Il riferimento alla “filosofia della vita” deve qui intendersi solamente in senso a-tecnico e, per così dire, “intuitivo”, senza un preciso rinvio ad alcuna particolare corrente filosofia. Storicamente, il termine “filosofia della vita” (*Lebensphilosophie*) si fa risalire allo scrittore tedesco Karl Philipp MORITZ (1756–1793), il quale, nel 1780, pubblicò l’opera *Beiträge zur Philosophie des Lebens* del 1789, in aperta polemica con l’illuminismo ed in sintonia con l’anti-illuminismo di Goethe e Winckelmann; successivamente, il termine venne utilizzato principalmente con riferimento alla corrente di pensiero, tendenzialmente contrapposta al neo-kantismo, i cui maggiori esponenti sono Wilhelm DILTHEY (1833-1911) e Georg SIMMEL (1858-1918) ed i cui approdi teoretici vengono unanimemente ricondotti alle radici dell’esistenzialismo novecentesco.

ogni stimolo ed ogni istanza emergente dalla concreta esperienza ed esistenza umana, in un'autentica e devota *apertura sulla realtà* (*Durchbruch zur Wirklichkeit*)³; di talché, l'indagine sul "bene giuridico" si rivelava, sin da subito, bisognosa di un approdo – se pure interlocutorio o, fors'anche, meramente intuitivo – al riconoscimento di un *bonum*, ancor prima che giuridico, autenticamente reale, ossia rinvenibile pre- e meta-giuridicamente nell'esistenza umana.

Peraltro, al principio della ricerca, un invito alla "apertura sulla realtà" mi proveniva anche da una tesi del *tardo stile* di Kierkegaard, secondo la quale "*tutto ciò che è cristiano deve somigliare, nella forma di rappresentazione, alla diagnosi di un medico al letto di un malato; quantunque soltanto l'esperto possa capirla, non bisogna mai dimenticare dove ci si trova. Quel rapporto del cristianesimo con la vita (in contrasto con la lontananza dalla vita che è propria della scienza), il lato etico del cristianesimo, è per l'appunto quello che edifica. [...] Ogni conoscenza cristiana, per quanto rigorosa ne sia la forma, dev'essere ansiosa; e quest'ansia è per l'appunto ciò che edifica, essa è il rapporto con la vita, con la personalità reale*"⁴; per

³ Anche il Maestro di metafisica, Marino Gentile, ha evidenziato come il nucleo centrale del sapere filosofico è costituito dalla "*apertura alla varietà dell'esperienza*" (MARINO GENTILE, *Trattato di filosofia*, Napoli, Esi, 1987, 230).

⁴ KIERKEGAARD, *La malattia mortale*, tr. it. di Meta Corssen, Roma, 2004, premessa, 21-22.

l'ennesima volta, la metafora clinica⁵ appare icastica e significativa all'interno dell'esperienza giuridica e, nel passo kierkegaardiano, assume la veste di un ennesimo ammonimento: il filosofo – che, per il pensatore danese nello “stadio religioso”, non può non ispirarsi ai principi del Cristianesimo⁶ – deve essere in perenne e costante “*rapporto con la vita*”; ossia, egli deve comportarsi come il medico il quale, trovandosi innanzi al proprio paziente malato, pur facendo ricorso a principi e rimedi di natura eminentemente scientifica, deve sempre essere consapevole di trovarsi innanzi ad una “persona paziente” (ossia, etimologicamente, *persona che soffre*) e, di conseguenza, deve essere capace di trasformare la diagnosi, pur nella sua scientifica

⁵ Sul punto, FRANCESCO GENTILE, *Su diritto e clinica: per la decisione del caso*, in *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, Padova, 2005, 171 e segg., in cui, mediante il parallelo tra la “clinica medica” e la “clinica del diritto”, si evidenzia magistralmente l'importanza rivestita, all'interno dell'esperienza giuridica, dal “*caso dato dal litigio tra due uomini*” e la centralità del concetto di ordinamento giuridico quale “*processo dal disordine all'ordine nelle relazione interpersonali*”, paragonabile al procedimento terapeutico del medicamento.

⁶ Con riferimento ai legami tra pensiero kierkegaardiano e matrice cristiana, si è affermato che, nelle ultime opere dello “stadio religioso” (*La malattia mortale* e *Esercizio sul cristianesimo*), appare l'ultima delle “maschere” di Kierkegaard, “*quella in cui traspare più chiaramente la sua vera fisionomia religiosa, il suo volto di cristiano che si professa senza autorità, nel senso di non potersi certo ritenere un martire o un testimone della verità, pur nel fervore del suo intento di restituire alle categorie cristiane il loro valore genuino*” (R. CANTONI, *Il singolo e la responsabilità*, introduzione a KIERKEGAARD, *La malattia mortale*, cit., 6 e segg.).

complessità, in una descrizione della realtà la quale sia, al contempo, comprensibile ed accessibile al paziente medesimo⁷.

In tale prospettiva, mi colpiva in tutta la propria pregnanza ed impellenza l'ulteriore avvertimento capograssiano, secondo il quale “[l’essenziale oggetto della ricerca filosofia è] *seguire questo lavoro paradossale per cui la vita si forma e si conosce, si svolge e si sorpassa, si sostiene e si accascia per risorgere, risalire il sistema delle sue affermazioni, rifare la linea delle sue vicende dei suoi pericoli dei suoi risultati*”⁸; ed ancora: “*tutto questo suo lavoro, e la sua vita non è altro che lavoro, parte da una filosofia e tende arrivare alla filosofia. Ma la filosofia che è all’inizio e la filosofia che è alla fine è nella vita stessa, è la vita stessa, è di vivere la sua vita come vita e come vita sua; è il*

⁷ Una simile metafora ricorre anche in PLATONE, *Leggi*, IV, 720-c, in cui si fa un parallelo tra le due figure soggettive del legislatore e del medico; in particolare, il legislatore “dispotico”, che non si cura di persuadere i propri sudditi, ma solo di dominarli con la forza e la minaccia, viene paragonato a quel tipo “tirannico” di medico, il quale “[non] *fornisce o accoglie ragione alcuna intorno alle singole malattie di ciascuno, ma prescrive semplicemente ciò che gli sembra opportuno in base all’esperienza*”; di contro, il buon legislatore, il quale unisce alla minaccia la persuasione e l’esortazione, viene ricondotto al medico il quale “*cura e studia le malattie dei liberi, esaminandole sin dal principio e secondo la loro natura e rende partecipe l’ammalato stesso e i suoi amici della sua indagine e lui stesso apprende qualcosa dai malati e, nello stesso tempo, per quanto gli è possibile, insegna al malato; e non prescrive nulla prima di averlo convinto, e allora, rendendo docile e preparando il paziente mediante la persuasione, tenta di riportarlo perfettamente in salute*”.

⁸ CAPOGRASSI, *Analisi dell’esperienza comune*, cit., premesse, § 8, 264.

*problema non del suo sapere ma del suo essere nel mondo, del suo vivere, del suo sparire*⁹.

Proprio l'affermazione secondo la quale “[per l'uomo] *la filosofia [...] è il problema non del suo sapere ma del suo essere nel mondo*”, facendomi riaffiorare alla mente l'icastico quanto misterioso “*in-der-Welt-sein*” di heideggeriana memoria¹⁰ (il quale, *in primis*, pone il problema dell'Essere – *Seinfrage* – e, *in secundis*, il problema del mondo e della “mondità”), mi generava un improvviso sussulto, quasi una tragica *anagnorisis* che mi invocava perentoriamente, conferendo alla mia umile ricerca una curvatura inaspettatamente *esistenziale*; laddove, tuttavia,

⁹ CAPOGRASSI, *ult. op. cit.*, premesse, § 4, 254.

¹⁰ Il rinvio al tema heideggeriano “*in-der-Welt-sein*” è meramente intuitivo e postula, in ogni caso ed a monte, la piena consapevolezza della distanza tra il pensiero di Capograssi ed il sistema filosofico di Heidegger. Il concetto di “Essere-nel-mondo” è illustrato ampiamente in HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, I, I, §§ 12-18, §§ 22-27; esso indica “*l'originaria coappartenenza di Esserci e mondo: l'esistenza umana non è qualcosa che stia prima isolata in sé e a cui successivamente si aggiunga un mondo, ma è originariamente costituita come un'apertura (Erschlossenheit) al mondo. Heidegger intende superare in tal modo la separazione moderna tra res cogitans e res extensa, soggetto e oggetto, psiche e realtà esterna, mente e corpo*” (F. VOLPI, *Glossario*, in HEIDEGGER, *Essere e tempo*, tr. it. di Pietro Chiodi, nuova edizione italiana a cura di Franco Volpi, Milano, 2005). Come accennato, il pensiero di Capograssi si discosta ampiamente dall'esistenzialismo di Heidegger; si pensi, solamente, al “*disprezzo ardente, appassionato, ossessivo per tutto ciò che è comune [e] per il senso comune*” maturato dal filosofo tedesco nella propria critica alla inautentica quotidianità (J. HERSCH, *Les enjeux du débat autour de Heidegger*, in *Commentaire*, 1988, n. 42, vol. II, 476, cit. in A. DELOGU, *Prefazione all'«analisi dell'esperienza comune»*, in CAPOGRASSI, *La vita etica*, cit., 225), a fronte del perenne interesse del Maestro di Sulmona per la “vita comune” dell'individuo ed i “profili comuni” dell'azione umana.

“esistenziale” non rinvia immediatamente e necessariamente alla corrente filosofica (peraltro variegata e proteiforme) dell’esistenzialismo, ma – molto più semplicemente e modestamente – al concreto ed umano *ex-sistere*¹¹, il quale accomuna in un solo “Essere” ogni persona in questo mondo. Riecheggiava, così, l’*ode* beethoveniana: “*O Freunde! Sondern laßt uns angenehmere anstimmen und freudenvollere! [...] Ja, wer auch nur eine Seele Sein nennt auf dem Erdenrund! [...] Freude, schöner Götterfunken Tochter aus Elysium, Seid umschlungen, Millionen*”¹², in cui, nell’esortazione “*siate uniti, esseri, a milioni*”, potrebbe scorgersi – quasi per filigrana – il rinvio ad una “esperienza comune” (o “esperienza *in comune*”), la quale unifica le “esperienze particolari” dei singoli soggetti in un’unica ed universale esperienza esistenziale¹³ e, à la Heidegger, in una panoramica apertura sulla “radura” della vita (*Lichtung*)¹⁴.

¹¹ Per il brocardo della tradizione filosofia, *existentia est actus, quo res sistitur, ponitur extra statum possibilitatis*, ossia l’*ex-sistentia* è l’atto mediante il quale qualcosa è “fatto uscire” dalla mera possibilità e viene fatto sussistere.

¹² “*Amici! Un canto più grato leviamo al cielo di gioia! [...] Sì, anche colui che non ha che un’anima sulla terra! [...] Gioia! Bella scintilla divina, figlia dell’Eliso, siate uniti, esseri, a milioni*”.

¹³ D’altra parte, anche in Heidegger, “l’espressione composita «*in-der-welt-Sein*» rivela, già nel suo conio, che ci si riferisce a un fenomeno unitario” (HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, I, I, § 12).

¹⁴ L’apertura alla “radura” (*Lichtung*) rinvia, in Heidegger, al *lumen naturale* dell’uomo, nella sua struttura ontologico-esistenziale di “essere-nel-mondo”; il concetto ricorre in HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, I, I, 5, §§ 28 e 36.

Ecco, dunque, che il richiamo ad un'imprescindibile "unità dell'esperienza" rappresenta un fermo monito nei confronti del giurista che intenda indagare l'esperienza giuridica attraverso la lente della filosofia del diritto: infatti, se per l'uomo la filosofia non è un "*problema del suo sapere*", ma – sostanzialmente ed autenticamente – il "*problema del suo essere nel mondo, del suo vivere, del suo sparire*"¹⁵, lo studio filosofico del mondo giuridico non può non transitare attraverso il guado nel fiume dell'esperienza, valorizzando la *Reluzenz* delle categorie giuridiche mercé le infiorescenze e le increspature del brillante manto dell'esperienza medesima; come se il motto husserliano "*zu den Sachen selbst!*" («alle cose stesse!»)¹⁶ venisse parafrasato, in

¹⁵ CAPOGRASSI, *Analisi dell'esperienza comune*, cit., premesse, § 4, 254.

¹⁶ "Non vogliamo affatto accontentarci di pure e semplici parole, cioè di una comprensione puramente simbolica delle parole, così come ci è data anzitutto sul senso delle leggi, presentate dalla logica pura, concernenti i concetti, giudizi, verità, ecc., in tutte le loro specificazioni. Non ci possono bastare i significati ravvivati da intuizioni lontane e confuse, da intuizioni indirette quando sono almeno intuizioni. Noi vogliamo tornare alle cose stesse [*Wir wollen auf die Sachen selbst zurückgehen*]" (E. HUSSERL, *Ricerche logiche*, tr. it. di G. Piana, Il Saggiatore, Milano, 1968, vol. I, 271); per un parallelo tra "ricerca delle essenze" e ricerca operativo-applicativa, nell'ambito della "conoscenza delle cose", si veda MARINO GENTILE, *Trattato di filosofia*, cit., 229: "*filosofia viene detta, dunque, giustamente l'attitudine a compiere qualunque atto di conoscenza autentica e genuina, cioè rivolto a capire le cose come sono, nella loro propria consistenza e non in rapporto all'uso che se ne voglia fare per altri scopi*".

chiave gius-filosofica, quale invito a tornare «alla vita stessa!»¹⁷ o «all'uomo stesso!», in un'epoca, quale l'odierna, in cui la categoria del 'giuridico' pare sempre più discostarsi dalle radici di umanità e di "personalità" che – così come, per il sabato, l'uomo¹⁸ – costituivano, *ab ovo*, la ragione fondante della giuridicità medesima¹⁹.

¹⁷ MARINO GENTILE, *Trattato di filosofia*, cit., 58: "più che alla scienza, l'inesauribilità della posizione problematica assimila la filosofia alla vita stessa, nella sua accezione più comprensiva".

¹⁸ Mc 2, 27; celebre l'acuta disquisizione sul passo evangelico da parte di Carnelutti, nell'arringa in favore di Rodolfo Graziani (in AUGENTI – MASTINO DEL RIO – CARNELUTTI, *Il dramma di Graziani nelle arringhe della difesa*, Bologna, 1950).

¹⁹ Il riferimento, invero affatto approssimativo e generalizzante, è, da un lato, alla tendenza del diritto interno a ridursi a mero "nomo-dotto" (l'espressione è in N. IRTI – E. SEVERINO, *Dialogo sul diritto e tecnica*, Bari, 2001, 45) veicolante perlopiù norme tecniche e caratterizzato dal predominante interesse per gli "affari economici" (basti pensare, statisticamente, al tempo ed alle energie impiegate dal potere legislativo e dal potere esecutivo per il varo di leggi finanziarie e di bilancio, per la pianificazione e programmazione economico-finanziarie e così via), con attuazione della profezia secondo la quale "al posto delle persone subentrano le cose. La società stessa cessa di essere una società di persone: diventa un insieme di processi produttivi e obiettivi" (CAPOGRASSI, *L'ambiguità del diritto contemporaneo*, in *La crisi del diritto*, Padova, 1953, 13 e segg., I, § 3); dall'altro, il riferimento è alla tendenza dell'esperienza giuridica internazionale a ridursi a sostanziale esito ed espressione della trasimachea "volontà del più forte"; con conseguente oblio e pretermissione delle radici autenticamente umane e personali della giuridicità. Con riferimento alla tendenza attuale della legge a "perdere progressivamente la sua funzione direttiva, intesa all'orientamento del cittadino verso il bene comune, e [ad] acquistare il carattere della norma tecnica, intesa cioè all'organizzazione delle operazioni sociali", si veda FRANCESCO GENTILE, *Politica aut/et statistica. Prolegomeni di una teoria generale dell'ordinamento giuridico*, Milano, 2003, 122.

Dunque, *in principio è la vita, il fatto umano*, come accadimento concretamente verificatosi nell'ambito della esperienza, la cui dimensione trascendente non è costituita da una presupposta struttura convenzionale, costruita in astratto *prima* del fatto, la quale debba successivamente essere “applicata” al fatto medesimo, bensì da un nucleo di trascendenza (costituito dal significato assiologico e valoriale *oltre* il fisico) che si rivela *nel* fatto verificatosi *hic et nunc*; la qualificazione giuridica del fatto, dunque, assume la forma non di una *attribuzione di senso*, bensì di un *riconoscimento/disvelamento* del senso medesimo²⁰.

Infatti, *“il dogmatico del diritto penale che si dedichi all'interpretazione del diritto vigente deve superare i confini della sua ristretta specializzazione scientifica e deve osare di giungere ad una “apertura sulla realtà” (Durchbruch zur Wirklichkeit). Se non si ha sempre presente la realtà della vita, ogni pensiero dogmatico si fonda sulla sabbia, anzi, gli manca quella “oggettività” che gli è propria. Infatti è “oggettivo” (sachlich) l'uomo che tiene conto della realtà (wirklichkeitsgerecht) nell'agire e nel giudicare”*²¹.

²⁰ “Il collegamento con la situazione concreta del problema permette alla scienza penalistica di evitare di decadere nel metodo a una sterile giurisprudenza dei concetti (Begriffsjurisprudenz)” (WÜRTEMBERGER, *La situazione spirituale della scienza penalistica in Germania*, trad. it. di Mario Losano e Franco Giuffrida Repaci, Milano, 1965, 18).

²¹ WÜRTEMBERGER, *ult. op. cit.*, 49.

In un siffatto percorso teorico, peraltro, non può prescindersi dagli approdi del pensiero filosofico in tema di c.d. “circolo ermeneutico”, ossia dal riconoscimento secondo il quale l’interpretazione della realtà ha, come compito principale, “*quello di non lasciarsi mai imporre pre-disponibilità, pre-veggenza e pre-cognizione dal caso o dalle opinioni comuni, ma di farle emergere dalle cose stesse, garantendosi così la scientificità del proprio tema*”²²; ossia, come autorevolmente commentato da Hans-Georg Gadamer, “*ogni interpretazione corretta deve difendersi dall’arbitrarietà e dalle limitazioni che derivano da inconsapevoli abitudini mentali, guardando «alle cose stesse»*”²³, in un moto ciclico che va dalle pre-comprensioni dimoranti in ogni uomo, all’esperienza della realtà (“le cose stesse”), sino alla eventuale “ri-calibratura” delle pre-comprensioni, in vista di una sempre più sottile e precisa *comprensione*²⁴.

²² HEIDEGGER, *Essere e tempo*, cit., I, I, 5, § 32, 189.

²³ GADAMER, *Verità e metodo*, cit., II, II, 1, § 1, a), 553; il Filosofo di Marburgo continua: “*il sottomettersi in tal modo al suo oggetto non è una decisione che l’interprete prenda una volta per tutte, ma il «compito primo, permanente e ultimo». Ciò che egli ha da fare, infatti, è tener lo sguardo fermo al suo oggetto, superando tutte le confusioni che provengono dal proprio intimo stesso*”.

²⁴ Acutamente, peraltro, Gadamer rileva come le pre-comprensioni ed i pre-giudizi non siano, di per sé, giudizi falsi; infatti, “*solo nell’illuminismo il concetto di pregiudizio acquista l’accentuazione negativa che ora gli è abitualmente connessa. Di per sé, pregiudizio significa solo un giudizio che viene pronunciato prima di un esame completo e definitivo di tutti gli elementi obiettivamente rilevanti*” (GADAMER, *Verità e metodo*, cit., II, II, 1, § 1, a), 561); così il padre dell’ermeneutica contemporanea mette in luce il ruolo fondamentale della filosofia, il quale non consiste nella

In proposito, è lo stesso Gadamer che, proponendo un illuminante parallelo tra ermeneutica giuridica ed ermeneutica teologica, riconosce che, così come la Sacra Scrittura trova il proprio annuncio (*kerygma*, *Verkündigung*) nella concreta predicazione, così la norma giuridica trova la espressione nella “concretizzazione della legge” (*Konkretisierung des Gesetzes*)²⁵: in tal senso, il padre dell’ermeneutica contemporanea precisa che *“comprendere il comando significa applicarlo alla concreta situazione alla quale si riferisce. [...] E’ chiaro che qui la comprensione si misura in base a un criterio che non risiede né nella lettera del comando, né nella vera intenzione di chi comanda, ma solo nella comprensione della situazione e nella*

neutralizzazione o nella “sterilizzazione” dei pregiudizi (il che potrebbe essere tacciato di una giustapposizione di pregiudizi ad altri pregiudizi, in una geometrica “successione di protocolli”), ma nella dialettica *chiarificazione* dei pregiudizi e preconcetti umani. Infatti, *“il superamento di tutti i pregiudizi, che è una specie di precetto generale dell’illuminismo, apparirà esso stesso come un pregiudizio. [...] L’ideale di una ragione assoluta non costituisce una possibilità per l’umanità storica. La ragione esiste per noi solo come ragione reale e storica; il che significa che essa non è padrona di se stessa, ma resta sempre subordinata alle situazioni date entro le quali agisce”* (GADAMER, *op. cit.*, II, II, 1, a), 571).

²⁵ GADAMER, *op. cit.*, II, II, 2, c), 681; in particolare, l’Autore ritiene che, nell’ambito delle tre accezioni di interpretazione (comprensione, esplicazione, applicazione), quest’ultima sia quella che maggiormente rivela il carattere ermeneutico della conoscenza, in quanto essa implica un diretto contatto tra il “soggetto interpretante” e la “situazione concreta” in cui avviene l’interpretazione; infatti, *“per capire questo [n.d.r.: il testo], egli [n.d.r.: l’interprete] non può proporsi di prescindere da se stesso e dalla concreta situazione ermeneutica nella quale si trova. Se vuol capire il testo, deve metterlo in rapporto proprio con questa situazione”* (ID., *op. cit.*, II, II, 2, b), 669).

*responsabilità di colui che obbedisce*²⁶; infatti, “*l’idea di una dogmatica giuridica perfetta, nella quale ogni giudizio sia solo un puro atto di sussunzione, è insostenibile*”²⁷.

D’altra parte, che l’indagine sull’esperienza giuridica debba necessariamente partire dal fatto – o, come precisato da Würtenberger, debba *tener conto* della realtà – per “risalire” al diritto, appare un dato di un’ovvietà quasi imbarazzante; ciò, se solo si pone mente al fatto che il diritto nasce proprio al fine di risolvere un problema *di fatto*, senza il quale ogni precetto giuridico si ridurrebbe ad inutile simulacro, quasi ad una bisaccia vuota del tutto informe²⁸.

Sul punto, si è autorevolmente precisato che “*le norme giuridiche, isolate dalla vita concreta da cui emergono, si dissolvono, al vaglio della riflessione filosofica, in una realtà più profonda [...]. Ma la scoperta di questa più profonda realtà non è che la scoperta del fenomeno giuridico nella sua immediatezza, oltre l’astratta costruzione normativistica*”. E ancora, “*l’esigenza che il fenomeno giuridico, oggetto di riflessione filosofica, venga*

²⁶ ID., *ult. op. cit.*, II, II, 2, c), 689.

²⁷ ID., *ult. op. cit.*, II, II, 2, c), 681.

²⁸ WÜRTEMBERGER, *ult. op. cit.*, 11: “*non siamo noi a porre problemi alla scienza, ma è la vita stessa che ci indica una graduatoria di problemi, secondo le intime necessità del tempo in cui si vive*”.

*inteso, oltre ogni schema astratto, nella sua immediatezza di vita vissuta, nella sua integralità di esperienza umana*²⁹.

Inoltre, traendo linfa dalla teorica della c.d. “esperienza giuridica” – la quale può, ormai, definirsi un “classico” all’interno del pensiero gius-filosofico³⁰ – anche la recente ed autorevole dottrina ha descritto icasticamente questa “*integralità di esperienza umana*” come quell’“*incessante dialogo tra la teoria e la prassi*”, in cui assurge a massima importanza “*l’esperienza giuridica quale esperienza dalla struttura polimorfa*”, e nella quale il giurista non può operare “*senza imbrattarsi della concretezza di una relazione intersoggettiva compromessa*”³¹.

Peraltro, anche a livello di pura intuizione, è dato comprendere come sia proprio il fatto umano a *chiedere* di essere

²⁹ E. OPOCHER, *Lezioni di filosofia del diritto*, Padova, 1965, 20; lo stesso Opocher, tuttavia, nel saggio “*Concetto di «esperienza giuridica» e idealismo*” (Milano, 1950), in polemica con W. Cesarini Sforza, precisa che la sua concezione di “esperienza giuridica” non è affatto riconducibile all’idealismo ed al neoidealismo”.

³⁰ La mente va, principalmente, ai fondamentali saggi di CAPOGRASSI, *Incompiutezza dell’esperienza giuridica, L’esperienza giuridica nella storia e L’esperienza in concreto* (oggi recentissimamente ripubblicati in F. MERCADANTE (a cura di), *La vita etica*, Milano, 2008), oltre che, naturalmente, alla *summa* contenuta in CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, 1937; in proposito, si veda il recente testo di F. CASA, *Sulla giurisprudenza come scienza. I: un dibattito attraverso l’esperienza giuridica italiana nella prima metà del ventesimo secolo*, Padova, 2005, 205 e segg..

³¹ A. BERARDI, *Il problema dell’architettura del caso: a proposito della rilevanza penale del patrocínio infedele “stragiudiziale”*, in F. GENTILE, *Filosofia del diritto. Le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, Padova, 2006, 232.

oggetto di attenzione da parte del diritto; ed il giurista non ha certo il ruolo di vagare *motu proprio* alla ricerca di problemi fattuali, bensì, per l'appunto, egli viene *ad-vocatus* dalle parti le quali *chiedono* aiuto, soccorso e consolazione (tanto che, in greco, il giurista è chiamato “*paràkletos*”³²), nella ricerca dello *iustum* nella relazione intersoggettiva.

Alla luce di un tale abbrivio teorico e metodologico, ha preso avvio la presente breve ricerca avente ad oggetto il concetto di “bene giuridico” all’interno del diritto penale; anche in tal caso, è stata illuminante la lettura di un passo, tratto dalla celeberrima sentenza della Corte Costituzionale in tema di errore di diritto nel diritto penale, nella quale, *inter alia*, si afferma: “*ove [...] s’accettasse il principio dell’assoluta irrilevanza dell’ignoranza della legge penale si darebbe incondizionata prevalenza alla tutela dei beni giuridici a scapito della libertà e dignità della persona umana, costretta a subire la pena (la più grave delle sanzioni giuridiche) anche per comportamenti (allorché l’ignoranza della legge sia inevitabile) non implicanti consapevole ribellione o trascuratezza nei confronti dell’ordinamento*”³³.

³² FRANCESCO GENTILE, *Le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, cit., 215.

³³ Corte Costituzionale, 24 marzo 1988, n. 364, in *Giur. Cost.*, 1988, I, 1504; *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1988, 686; *Riv. pen.*, 1988, 567 e 1156; *Cons. Stato*, 1988, II, 502; *Dir. e prat. trib.*, 1988, II, 743; *Foro amm.*, 1989, 3; *Dir. eccl.*, 1988, II, 521; *Foro it.*, 1990, I, 415; *Riv. giur. polizia locale*, 1988,

Il *monitus* dalla Corte Costituzionale, contenuto nella celebre sentenza 24 marzo 1988, n. 364, pur pronunciato nello specifico ambito della rilevanza penale della *ignorantia legis*, contiene *in nuce* e sottopone all'attenzione dello studioso alcuni concetti "chiave", che rivestono un'importanza cruciale non solo all'interno del sistema penalistico, ma anche, e soprattutto, all'interno dell'intera esperienza giuridica; in particolare, nella sentenza della Consulta si fa menzione, *inter alia*, della "tutela di beni giuridici", della "libertà", della "dignità umana", del rapporto tra "ribellione" e "trascuratezza" nei confronti dell'ordinamento giuridico.

Proprio l'accostamento di entità così apparentemente disomogenee, al di là dello specifico – e, in questa sede, relativamente irrilevante – contesto nel quale esso è avvenuto, suscita e stimola una serie di riflessioni, le quali hanno come principale oggetto il seguente problema: se il magistero punitivo statale trovi il proprio fondamento teorico e la propria funzione

320; *Riv. it. leasing*, 1988, 639. La notevole eco che tale pronuncia della Consulta ha avuto nell'intera gamma di riviste scientifiche, dalla *Giurisprudenza Costituzionale*, alla *Rivista italiana del leasing*, fa intuitivamente comprendere la fondamentale valenza ermeneutica della medesima, latrice di principi e approdi teorici aventi carattere universale e "trasversale", ossia al di là del ristretto ambito penalistico. Sul punto, M. RONCO, *Il reato: modello teorico e struttura del fatto tipico*, in M. RONCO (opera diretta da), *Il reato – Struttura del fatto tipico- Presupposti oggettivi e soggettivi dell'imputazione penale. Il requisito dell'offensività del fatto*, Bologna, 2007, 71; FRANCESCO GENTILE, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, cit., 55; M. RONCO, *Il problema della pena*, Torino, 1996, 121 e segg..

essenziale nella tutela, “a valle”, di beni giuridici oggettivi (e, dunque, sostanzialmente estrinseci rispetto alla condotta umana); ovvero, se il suo *ubi consistam* sia rappresentato dalla punizione, “a monte”, di azioni od omissioni umane espressive di un soggetto “abuso di libertà” ed intrinsecamente lesive del valore della relazionalità.

Evidentemente, con siffatto interrogativo si ripropone il dilemma teorico tra disvalore di evento (*Erfolgsunwert*) e disvalore di azione (*Handlungsunwert*), il quale, unitamente agli ulteriori concetti di diritto penale della volontà (*Willensstrafrecht*) e dell’atteggiamento interiore (*Gesinnungsstrafrecht*), ha costituito uno dei maggiori temi nodali della dogmatica penalistica moderna³⁴; parallelamente – e tale è il tema centrale della presente dissertazione – si pone il problema di individuare da un lato il contenuto e la funzione del “bene giuridico tutelato”, dall’altro il ruolo teorico-dogmatico del concetto stesso di “bene giuridico” all’interno della teoria generale del reato e della pena.

³⁴ Sul punto, si vedano, *ex plurimis*, N. MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell’illecito penale*, Milano, 1983; E. MORSELLI, *Il ruolo dell’atteggiamento interiore nella struttura del reato*, Padova, 1989; ID., *Disvalore dell’evento e disvalore della condotta nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 796; G. BETTIOL, *Sul diritto penale dell’atteggiamento interiore*, in *Scritti giuridici (1966-1980)*, Padova, 1980, 101; ID., *Stato di diritto e “Gesinnungsstrafrecht”*, in *Scritti giuridici (1966-1980)*, Padova, 1980, 129; WÜRTEMBERGER, *La situazione spirituale della scienza penalistica in Germania*, cit., *passim*.

Nella prima parte del presente lavoro, senza alcuna pretesa di esaustività e di completezza, verrà sottoposto ad indagine il problema penalistico del “bene giuridico tutelato”; poiché, tuttavia, nell’economia di una breve ricerca, sarebbe temerario pretendere un vaglio di tutte le differenti concezioni del bene giuridico elaborate in seno alla, ormai sterminata, dottrina penalistica degli ultimi due secoli³⁵, un traguardo, forse più accessibile, potrà consistere nel tratteggiare alcune “aporie definitorie” cui va incontro il diritto vivente nell’individuazione del bene giuridico tutelato; ciò, in un processo elentico-confutatorio all’esito del quale – quantomeno in negativo – emergeranno le accezioni di “bene giuridico tutelato” che, se non addirittura contraddittorie ed aporetiche, risultano quantomeno superflue in quanto frutto di una censurabile *multiplicatio entium*; infine, quale conclusione meramente interlocutoria, suscettibile –

³⁵ Una simile ricerca dovrebbe principiarsi, se non addirittura dalla filosofia classica, quantomeno dalla concezione del reato quale violazione di un diritto soggettivo, maturata da Paul Johann Anselm von FEUERBACH (in specie, cfr. A. VON FEUERBACH, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, Erster Theil, Erfurt, 1799), per poi analizzare *funditus* il pensiero di Johann Michael Franz BIRNBAUM (ideatore della nozione di bene giuridico quale bene materiale cui lo Stato attribuisce tutela) (cfr. BIRNBAUM, *Über das Erforderniss einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung*, in *Archiv des Criminalrechts*, Neue Folge, 1834, 183), di Karl BINDING (BINDING, *Grundriss des deutschen Strafrechts*, All. Teil, 6 Aufl., Leipzig, 1902, 102; ID., *Die Normen und ihre Übertretung*, I, I ed., Leipzig, 1872) e di Franz von LISZT (VON LISZT, *Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht und in der Encyclopädie der Rechtswissenschaft*, in *ZStW*, 1888, 151; ID., *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, II, Berlin, 1884, 107), fino alla dottrina penalistica odierna.

anzi, assolutamente bisognosa – di un ulteriore futuro approfondimento, verrà riconosciuta la natura ontologicamente relazionale del bene giuridico tutelato dal diritto penale, mediante valorizzazione dei profili teleologici che imprimono alla nozione naturalistica di “oggetto giuridico” una curvatura squisitamente assiologica e, *lato sensu*, esistenziale.

In particolare ed in via di prima approssimazione, l’indagine sul bene giuridico principia dalla constatazione della tendenza, sovente diffusa in dottrina e giurisprudenza, a considerare il tema dell’oggettività giuridica ai soli fini di una – perlopiù sterile – classificazione dei reati di parte speciale per scopi strettamente didattici, la quale spesso finisce per naufragare nei lidi della discussa categoria dei c.d. “reati plurioffensivi”. A non tacere del fatto che, il più delle volte, l’interprete, nel tentativo di individuare, per qualsivoglia fine teorico-applicativo, il bene giuridico leso dal reato, si lascia fuorviare dalla collocazione della singola disposizione normativa all’interno dell’impianto codicistico; con ciò obliando che la “topografia” codicistica non solo è, generalmente, frutto di contingenti e poco meditate scelte del legislatore, ma rappresenta perlopiù l’espressione di una mera sistematica convenzionale, del tutto slegata dalle ragioni sostanziali sottese alla criminalizzazione di determinate condotte umane.

In secundis, nella prassi applicativa il concetto di “bene giuridico” viene, altrettanto sovente, sovrapposto e confuso con la

stessa *littera legis*, tanto che l'interprete, nel tentativo di individuare dettagliatamente il perimetro del concetto medesimo, finisce per approdare, a tutto concedere, ad una interpretazione meramente parafrastica del dettato normativo; in altri termini, accade che il diritto vivente pervenga alla definizione dei più disparati beni giuridici, la quale assume la sostanziale veste di "traslitterazione" della disposizione normativa e, dunque, perde qualsivoglia valenza euristica, per ridursi a semplice giudizio kantianamente analitico³⁶.

Inoltre, avviene anche che il bene giuridico venga sostanzialmente ricondotto alla *voluntas legis* (quale soggettiva intenzione del legislatore) od alla *ratio legis* (quale oggettiva ragione sottesa alla disposizione normativa): in tal caso, non v'è chi non veda come, secondo tale impostazione, il bene giuridico perda tutta la propria funzione dogmatica e critica, per identificarsi, sostanzialmente, con l'esito *a posteriori* del procedimento normativo; in una siffatta prospettiva, infatti, nella quale l'interprete non fa altro che "ratificare" il *dictum principis*, "bene giuridico" diviene ogni interesse o istanza che il legislatore

³⁶ In senso kantiano, "*mediante giudizi analitici la nostra conoscenza non viene affatto ampliata: mediante essi, piuttosto, il concetto che io già possiedo viene dilucidato e reso comprensibile a me stesso*"; in particolare, "*giudizi analitici (gli affermativi) sono quelli in cui la connessione del predicato con il soggetto viene pensata mediante un'identità, mentre quei giudizi, in cui tale connessione è pensata senza identità, devono chiamarsi giudizi sintetici. Si potrebbe anche chiamare i primi giudizi di spiegazione, e gli altri giudizi di estensione*" (I. KANT, *Critica della ragione pura*, tr. it. di Giorgio Colli, Milano, 1999, Introduzione, IV, 54-55).

ha inteso tutelare e l'illecito penale diviene mera devianza, mera disobbedienza, rispetto alla volontà del sovrano (*voluntas legis* "soggettiva") o comunque rispetto alla *ratio legis* oggettiva ricavabile, *a posteriori*, dalla disposizione normativa.

In altri casi, ancora, il diritto vivente tende a considerare il concetto di bene giuridico come autentica "chiave di lettura" dell'intero sistema penale, la quale costituirebbe un asserito strumento di soluzione di problemi o questioni emergenti dal diritto positivo; a titolo esemplificativo, in tema di concorso – reale od apparente – di norme incriminatrici e di reati, il più delle volte l'interprete si lascia guidare dagli schemi e dalle classificazioni delle c.d. "oggettività giuridiche" e, in un tripudio di formalismo e normativismo, giunge ad individuare, a fronte di una unitaria ed uniforme condotta umana, una serie di differenti beni giuridici (corrispondenti ad altrettante fattispecie penali), con ciò scomponendo artificiosamente il fatto in sofisticati sotto-fatti e perdendo il contatto con la sostanziale unità ed omogeneità teleologica ed assiologica della condotta umana.

In sintesi, le aporie – di seguito meglio illustrate – cui giunge, in tema di bene giuridico tutelato, la prassi applicativa, derivano principalmente dal fatto che, nella più diffusa prospettiva interpretativa, la ricerca sul bene giuridico viene effettuata *a posteriori*, alla luce del mero dato normativo positivo, mentre sono sovente negletti i profili *a priori*, relativi alla struttura ontologica del bene giuridico ed alla sua incidenza "a monte" nel processo selettivo della criminalizzazione; inoltre, spesso si

smarrisce la consapevolezza che i beni giuridici, prima ancora che essere formalmente *giuridici* (ossia, qualificati e disciplinati dall'ordinamento giuridico), sono – e devono essere – *beni* della vita, ossia nuclei reali ed esistenziali di *bonum* giuridico, i quali emergono dal naturale dispiegarsi dell'esistenza umana, non potendo, dunque, essi identificarsi con un mero *quid* artificiale, generato dalla onnipotenza del *Leviatano*.

Nella seconda parte del presente lavoro, i precedenti approdi teorico-generalisti in tema di “bene giuridico tutelato” verranno “verificati” alla luce di uno specifico ambito di ricerca, costituito dal tema dei reati contro l'onore; il concetto penalistico dell'onore, infatti, si presenta con un fertile “terreno di coltura” nell'ambito del quale sperimentare le differenti concezioni del bene giuridico via via elaborate dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

In primis, infatti, interrogarsi sul bene giuridico dell'onore comporta la necessità di chiarire il problema generale della c.d. “afferrabilità” (*Handgreiflichkeit*) delle oggettività giuridiche protette dal diritto penale: infatti, l'onore è, ontologicamente, un concetto che sfugge alla percezione empirica e che, per propria struttura e propri caratteri, presenta una sorta di “impalpabilità” che si sottrae al paradigma tradizionale di “bene giuridico in senso naturalistico”³⁷.

³⁷ Sul punto, G. CARUSO, *Delitti di schiavitù e dignità umana nella riforma degli artt. 600, 601 e 602 del Codice Penale – Contributo*

Inoltre, nella loro natura di reati di pura condotta e di pericolo³⁸, i delitti contro l'onore (ossia, ingiuria e diffamazione), rappresentano un ideale “terreno di coltura” per l'analisi relativa alla tipicità d'azione e al disvalore autenticamente personale della condotta³⁹: in essi, infatti, la lesione (*rectius*, messa in pericolo) del bene giuridico risiede tutta “a monte”, ossia sul piano della condotta, essendo inessenziale, ai fini della sussistenza del reato, ogni indagine ulteriore circa gli “effetti naturalistici” che eventualmente derivino dalla condotta medesima.

Infine, proprio la natura inafferrabile e “vaporizzata” del bene giuridico dell'onore, nonché la struttura dei delitti contro tale bene quali reati di pura condotta, conducono ad un ulteriore profilo di interesse teorico: dal momento che il disvalore penalistico, nei reati contro l'onore, è tutto “introverso”, ossia strettamente agganciato all'atteggiamento soggettivo del soggetto agente ed alla sua condotta (quale momento epifanico della riprovevolezza soggettiva), ne deriva che a parità di

all'interpretazione della L. 11 agosto 2003, n. 228, Padova, 2005, 261; L. FIORAVANTI, *La tutela penale della persona: nuove frontiere, difficili equilibri*, Milano 2001, 7-8. Per quanto concerne i dubbi circa la compatibilità tra i beni giuridici “inafferrabili” ed il carattere necessariamente tassativo dell'illecito penale, si veda A. MANNA, *Tutela penale della personalità*, Bologna, 1993, 7.

³⁸ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte speciale, Dei delitti contro la persona*, Milano, 1999, 191; NAPPI, *Ingiuria e diffamazione*, in *Enciclopedia del diritto*, XVII, Roma, 1989, 2.

³⁹ Sul punto, M. RONCO, *Descrizioni penali d'azione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 473.

manifestazioni esteriori (ossia, di propalazioni astrattamente offensive dell'onore e del decoro altrui), il *discrimen* tra fatto tipico, penalmente rilevante, e fatto penalmente – e giuridicamente – irrilevante risiede tutto “a monte”, nel significato sociale ed interpersonale del fatto medesimo e, in ultima analisi, nella valenza assiologica che il *fatto* assume nel tessuto esistenziale in cui esso si verifica.

Sulla scorta di tale primo approdo interlocutorio, la ricerca sul bene giuridico dell'onore non potrà essere credibilmente condotta “a tavolino”, ossia fornendo una definizione astratta (e, necessariamente, convenzionale-protocollare⁴⁰) di “onore” dalla quale, successivamente, dedurre una serie di corollari; di contro, essa dovrà indefettibilmente partire *dal* fatto, alla ricerca della radice autenticamente personale e relazionale del bene giuridico medesimo.

E ancora, l'indagine sul nucleo di tipicità dei reati contro l'onore non potrà limitarsi ad una mera ricostruzione di un paradigma legale tipico-formale, sulla scorta della semplice *littera legis*, da applicare poi *more geometrico* alla fattispecie concreta, onde stabilire se quest'ultima sia sussumibile o meno nel *tipo* legale; di contro, la tipicità andrà ricerca in un moto ermeneutico

⁴⁰ Per un'applicazione della teoria epistemologica del “protocollo” (per la quale, si veda, tra tutti, M.R. COHEN – E. NAGEL, *An introduction to logic and scientific Method*, Harcourt Brace & Co., New York, 1934) al pensiero giuridico, si veda FRANCESCO GENTILE, *Le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, Padova, Cedam, 2006, 17.

ciclico (se non spiroidale, per evitare l'immagine di un procedimento che, ripetendosi, si avviti assurdamente su stesso, perdendo la propria valenza autenticamente euristica), moto che partirà necessariamente dall'atto umano concreto, per giungere all'atto tipizzato dalla legge⁴¹. In tale dinamica ermeneutica, non è certo la norma ad incidere sul fatto, dal momento che, in sede di qualificazione *a posteriori* del fatto medesimo, quest'ultimo si presenta come un "fotogramma" ormai cristallizzato e consumato, ma è proprio il fatto a ridisegnare il perimetro della norma, mediante il procedimento di assimilazione e analogia⁴²: basti, solo, pensare all'individuazione *in concreto* di un fatto la cui sottoposizione ad un determinato regime giuridico appaia *ictu*

⁴¹ Sulla circolarità ermeneutica fra la fattispecie astratta e la situazione di vita nel diritto penale, si veda per tutti W. HASSEMER, *Tatbestand und Typus, Untersuchungen. Zur Strafrechtlichen Hermeneutik*, Heymann, Köhl, 1967; sul punto, G. DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, in *Diritto Penale. Raccolta degli allievi*, I, Milano, 1976, 40: "le regole giuridiche non vivono una vita autonoma, avulsa dalla realtà politica ed economica dell'ordinamento sociale, ma sono da questa realtà, a loro volta, condizionate".

⁴² In tal senso, per 'analogia' non deve intendersi quel procedimento, vietato dal diritto penale, che giunge ad applicare la norma incriminatrice ad una fattispecie concreta non espressamente inclusa nella disposizione legale, bensì quel metodo, tipico di ogni ermeneusi ma, in fondo, di ogni conoscenza, che dal noto procede verso l'ignoto, ossia che illumina un oggetto sconosciuto dei caratteri precedentemente riconosciuti in altri oggetti. In proposito, M. RONCO, *Il reato: modello teorico e struttura del fatto tipico*, cit., 77 e ss.; M. FRACANZANI, *Analogia e interpretazione estensiva nell'ordinamento giuridico*, Milano, 2003, 179; E. MORSELLI, *Analogia e fattispecie penale*, in *Indice pen.*, 1990, 506; ART. KAUFMANN, *Analogie und "Natur der Sache". Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, Karlsruhe, 1965.

oculi aberrante, illogica o irragionevole, nel qual caso l'unica soluzione che si impone all'interprete è quella di tornare spiroidalmente alla fattispecie astratta, re-interpretando quest'ultima proprio alla luce dei problemi applicativi emersi nel caso concreto⁴³.

In conclusione, nel condurre l'indagine sul "bene giuridico" in generale e, in particolare, sul concetto penalistico di 'onore', si tenterà di attuare, nei limiti delle modeste capacità di chi scrive, l'autorevole monito del Maestro di metafisica, secondo il quale *"la prima condizione per poter fare della metafisica è di vedere veramente il mondo con occhi tali, che esso non si presenti una successione e una serie di assolute ed immediate certezze, ma si presenti tutto come un pullulare di domande e infine esso stesso,*

⁴³ In proposito, è interessante la tesi gadameriana secondo la quale l'esperienza si svolgerebbe *"attraverso un processo in cui continuamente le generalizzazioni vengono contraddette dall'esperienza, e qualcosa che era ritenuto tipico viene per dir così dettipicizzato"* (GADAMER, *Verità e metodo*, cit., II, II, 3, b), 729). Inoltre, volendo ricorrere ad un parallelo tra approccio alla realtà ed approccio ad un testo scritto, è prezioso il riferimento di Gadamer all'approccio dell'uomo al linguaggio, nell'ambito del quale viene evidenziato come la lettura e la comprensione di un testo non possano limitarsi ad una "decodificazione" del testo medesimo alla luce di "categorie" presupposte ma, al contrario, come sia proprio il testo ad influenzare l'interpretazione: *"di fronte a ogni testo ci si impone il compito di non presupporre semplicemente come ovvio che esso parli il nostro linguaggio o, nel caso di una lingua straniera, il linguaggio che noi abbiamo imparato a conoscere da altri scrittori o dall'uso quotidiano. Siamo invece ben consapevoli che dobbiamo pervenire alla comprensione del testo partendo dall'uso specifico che il linguaggio ha in quella determinata epoca o in quel determinato autore"* (GADAMER, *Verità e metodo*, cit., II, II, 1, a), 555).

nella sua totalità, con tutte le sue parti e sotto tutti i suoi aspetti, come una gigantesca domanda, come un totale ed universale problema”⁴⁴.

Inoltre, prezioso sarà il riferimento al metodo conoscitivo *“rappresentato dalla metafora del nuotare nella corrente di un fiume, dove il problema è quello di rimettere in ogni momento in discussione la propria posizione e la propria postura al cambio dei flutti e delle correnti, per non andare a fondo”*⁴⁵. Proprio la metafora del “nuotare nella corrente di un fiume” farà da lume metodologico nel corso presente breve ricerca, laddove ad ogni sollecitazione proveniente dall’esperienza e dal fatto (non certo inteso come “frammento cieco” di universo, bensì come accadimento umano *ex se* intriso di significato e valore⁴⁶) verrà

⁴⁴ MARINO GENTILE, *Trattato di filosofia*, cit., 104; cfr. anche GADAMER, *Verità e metodo*, cit., II, II, 1, c), 619: *“ciò da cui il comprendere si muove, come si è già detto, è che qualcosa ci parla, ci interpella. Questa è la prima fra tutte le condizioni ermeneutiche. Sappiamo già che cosa, con essa, è richiesto: una fondamentale sospensione di tutti i propri pregiudizi. Ma ogni sospensione di giudizi, e quindi anche, e anzitutto, di pregiudizi, ha, vista logicamente, la struttura della domanda [die Struktur der Frage]”*.

⁴⁵ FRANCESCO GENTILE, *Le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, cit., 197.

⁴⁶ Magistralmente, Capograssi così rappresenta il rapporto tra l’accadimento oggettivo prodotto dall’azione e l’azione medesima, la quale, interamente orientata verso un fine umano, costituisce l’unica “bussola assiologica” per decifrare il fatto oggettivo; quest’ultimo, infatti, senza tale “bussola”, apparirebbe quale mero “evento naturale” privo di significato e valore umano e giuridico: *“il risultato dell’azione nel concreto, come creazione di un mondo oggettivo dell’esperienza, è non un risultato, che sopravviene all’azione come un misterioso e magico effetto, che supera per così dire la causa, ma nasce proprio dal fine stesso dell’azione, la quale in*

riconosciuto un valore non meramente accidentale e collaterale, bensì strutturale ed essenziale, in vista dell'individuazione di una nozione personale e relazionale del concetto di 'onore'.

Con la chiarezza e la concisione tipiche della nostra lingua antica, il commediografo disse: "*homo sum, humani nihil a me alienum puto*"⁴⁷; anche il giurista, nello studio dell'esperienza giuridica, dovrebbe avere sempre in mente tale monito, il cui fedele rispetto è garanzia di un'analisi realmente *umana* del fatto giuridico, che tenga a proprio fulcro il concetto di persona, quale unità e, al contempo, relazione.

Come si è riconosciuto con chiarezza altrettanto cristallina, "*l'individualità non può guadagnarsi isolandosi dalla relazione, bensì nella relazione: non ci si procura il proprio spazio individuale chiamandosi fuori dal gruppo, bensì l'identità individuale va cercata nella relazione con il gruppo, mettendo in*

tanto pone il fine immediato, in quanto pone e si propone il fine profondo, il vero fine, il vero motivo dell'attività stessa della vita, che è l'interesse il fine oggettivo il valore oggettivo dietro cui la vita umana si muove e che dà valore a tutti i fini puntuali dell'azione" (CAPOGRASSI, *L'esperienza in concreto*, in *La vita etica*, cit., 928).

⁴⁷ TERENCE, *Heautontimorumenos*, I, 1, 25; il motto terenziano è citato, parzialmente, anche in MARINO GENTILE, *Trattato di filosofia*, cit., 227, in cui il Maestro di metafisica, nel rispondere alla domanda "che cos'è la filosofia", precisa: "*non c'è campo o settore, al quale l'animo del filosofo non si possa e non si debba estendere, curioso e desideroso di ricerca. Sotto questo aspetto il campo della sua indagine è ampio non solo quanto quello delle singole scienze, ma addirittura quanto quello del sentire e dello stesso opinare; il corpo teoretico della filosofia si fa esteso quanto quello che comprenda qualunque conoscenza umana. Nihil humani a me alienum puto*".

evidenza, nella relazione con gli altri, ciò per cui dagli altri si è diversi, mantenendo tuttavia stretti i legami con gli altri, per ciò che con gli altri si ha in comune. [...] Ecco perché il problema della persona non può non essere un problema del giurista, con la consapevolezza che, all'origine del concetto stesso di persona, c'è il dinamismo che il concetto teologico di persona ha impresso alla storia del pensiero"⁴⁸.

⁴⁸ FRANCESCO GENTILE, *Le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, cit., 212.

CAPITOLO I

TEORIA DEL BENE GIURIDICO E TEORIA DEL REATO: LE APORIE DEL “DIRITTO VIVENTE” E L’APPRODO AD UNA CONCEZIONE “RELAZIONALE”

“Non bisogna, amici, affermare così, con semplicità, che è giusto o ingiusto ciò che uno dà o sottrae ad un altro, ma un legislatore deve osservare se un tale arreca vantaggio o danneggia un altro con un’indole o un comportamento ispirati a giustizia, e a questi due termini deve guardare, ingiustizia e danno”.

PLATONE, *Leggi*, IX, 826b

1. Il “bene giuridico tutelato”: un *topos* nel “diritto vivente”

Nell’odierna dottrina penalistica è dato osservare come venga perpetuato una sorta di *refrain*, secondo il quale il diritto penale avrebbe la funzione precipua di tutelare determinati beni giuridici⁴⁹; sul punto, la letteratura è sterminata e proprio tale enorme profusione di energie, da parte di giuristi teorici e pratici, volta a chiarire l’*ubi consistam*, la funzione e l’utilità della

⁴⁹ Anche nella manualistica tedesca è luogo comune quello secondo il quale “*compito del diritto penale è quello di proteggere beni giuridici*” (JESCHECK, *Lehrbuch der Strafrecht*, Berlin, II ed., 1972, 1; sul punto, E. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell’onore*, Milano 1974, 83).

categoria dogmatica del bene giuridico, è sintomo della centralità che tale concetto riveste, tutt'oggi, nella teoria del reato⁵⁰.

Peraltro, la tesi secondo la quale il fulcro della “penalità” risiederebbe nella lesione (o messa in pericolo) di un determinato bene giuridico – avente caratteri sostanziali di oggettività e materialità – viene costantemente ribadita dalla giurisprudenza di merito e di legittimità, la quale, quando non afferma esplicitamente un tale assunto⁵¹, sembra per implicito fare ad esso

⁵⁰ In proposito, *ex plurimis*, si vedano ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983; CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Padova, 1930; ANTOLISEI, *L'offesa e il danno nel reato*, Bergamo, 1930; ESER, *Bene giuridico e vittima del reato: prevalenza dell'uno sull'altra?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004; FIANDACA, *Il “bene giuridico” come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in MARINUCCI-DOLCINI, *Diritto Penale in trasformazione*, Milano, 1985; MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflessi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995; MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale*, Milano, 1983; E. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974; ART. ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Torino, 1913; STELLA, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, 1; DELITALA, *Contributo alla nozione di reato. Il reato come offesa ad un bene od interesse obbiettivamente protetto*, Roma, 1926; G. BETTIOL, *L'odierno problema del bene giuridico*, in *Scritti giuridici*, Padova, 1966, II.

⁵¹ “L'oggetto giuridico del reato, rappresentato dal bene del soggetto passivo direttamente offeso dalla violazione della norma penale – vita, integrità personale, libertà, onore, patrimonio, ecc. – costituisce la vera essenza del reato stesso, che, se formalmente appare come la violazione di un precetto giuridico munito di sanzione criminale, sostanzialmente consiste nell'offesa del bene da esso protetto” (Cassazione Penale, Sezioni Unite, 24 giugno 1998, n. 9973, in *Cass. pen.*, 1998, 3232; *Dir. pen. e proc.*, 1998, 1244; *Foro it.*, 1998, II, 758; *Riv. pen.*, 1998, 991).

riferimento nella risoluzione di numerose questioni interpretative ed applicative poste dall'esperienza giuridica.

Gli è, tuttavia, che il “bene giuridico”, se viene fatto oggetto di un mero *topos* tratuzio nell'ambito della dottrina penalistica⁵², senza il dovuto approfondimento di carattere teorico circa il reale suo contenuto e valore dogmatico, rischia di divenire un inutile e vuoto “contenitore”, il quale, del tutto privo di portata euristica e critica, tende ad assumere tutt'al più una debolissima valenza didascalica e classificatoria; di talché si impone, oggi, al giurista avveduto un profondo ripensamento di tale istituto, volto a coniugare un'indagine teorico-dogmatica, circa il contenuto del “bene giuridico”, con le più vive emergenze ed istanze promananti dall'esperienza giuridica⁵³.

Come accennato nelle precedenti considerazioni introduttive, tuttavia, nell'economia della presente breve ricerca sarebbe temerario pretendere un vaglio di tutte le differenti concezioni del bene giuridico elaborate in seno alla, ormai sterminata, dottrina

⁵² “*Quella di bene giuridico tutelato, considerata notoriamente come uno dei cardini dell'intero sistema penale, [...] come spesso accade con i concetti fondamentali, rischia di risolversi in un topos privo di sostanza, se preliminarmente non viene chiarita la sua funzione e il suo contenuto*” (E. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, cit., 56; in proposito, l'Autore fa rinvio ad W. HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, Frankfurt, 1973, 14).

⁵³ In proposito, si è affermato che, nonostante il bene giuridico appartenga ormai alla storia del diritto penale, esso rientra ancora tra quei concetti che, malgrado molteplici sforzi, sono ancora in ampia misura “*non chiarificati*” (RUDOLPHI, *Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffes*, in *Festschrift für Honig*, Göttingen, 1970).

penalistica degli ultimi due secoli; piuttosto, un traguardo, forse più accessibile, potrà consistere nel tratteggiare alcune “aporie definitorie” cui va incontro il diritto vivente nell’individuazione del bene giuridico tutelato dalle differenti fattispecie incriminatrici; ciò, in un processo elenctico-confutatorio all’esito del quale – quantomeno in negativo e, per così dire, “in filigrana” – emergeranno le accezioni di “bene giuridico tutelato” che, se non addirittura contraddittorie ed aporetiche, risulteranno quantomeno superflue in quanto frutto di una censurabile *multiplicatio entium*; infine, quale conclusione meramente interlocutoria, suscettibile – anzi, assolutamente bisognosa – di un ulteriore futuro approfondimento, verrà riconosciuta la natura ontologicamente relazionale del bene giuridico tutelato dal diritto penale, mediante valorizzazione dei profili teleologici che imprimono alla nozione naturalistica di “oggetto giuridico” una curvatura squisitamente assiologica e, *lato sensu*, esistenziale.

2. Le funzioni del bene giuridico tutelato.

Prima di entrare *in medias res*, analizzando alcune aporie in cui cade il “diritto vivente” nell’individuare il contenuto del bene giuridico tutelato, è d’uopo effettuare un sintetico *excursus* delle funzioni assegnate, tradizionalmente, al concetto stesso di bene giuridico.

Secondo una prima concezione, c.d. “classificatoria”, l’individuazione del bene giuridico tutelato avrebbe la funzione di consentire all’interprete di “incasellare” ogni singola disposizione incriminatrice all’interno di un generale sistema, secondo raggruppamenti in classi e sottoclassi; lo scopo di una tale classificazione avrebbe natura strettamente didattico-sistematica e troverebbe la propria *ratio* nella necessità, da parte dell’interprete, di “mettere ordine” all’interno della moltitudine di figure criminose⁵⁴.

Una siffatta funzione è suscettibile di una duplice obiezione teorica: da un lato, si osserva come la classificazione dei reati, la quale venga effettuata secondo gli schemi e le *rubricae legis*, non presenti l’oggettività e neutralità tipica di ogni tassonomia, ma risenta necessariamente delle opzioni ideologiche sottese all’impianto codicistico⁵⁵; inoltre, sovente, le “classi” di beni

⁵⁴ Sul punto, si vedano, *ex plurimis*, ANTOLISEI, *Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1953, 409; A. ROCCO, *L’oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, cit., 578, in cui si evidenzia come, tradizionalmente, la legislazione penale classifichi le differenti fattispecie di reato facendo riferimento ai beni giuridici tutelati e non ad altri criteri (quali il tipo di autore, le modalità della condotta, i motivi a delinquere). Sul punto, si è affermato che “*la funzione delle classificazioni è di natura eminentemente pratica: esse servono a incasellare spazialmente in maniera coordinata i beni giuridici e le fattispecie relative*” (ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., 11).

⁵⁵ Cfr. F. C. SCHROEDER, *Systematische Stellung und Rechtsgut der Sexualstraftaten nach dem 4. StrRG*, in *Welzel-Festschr.*, 1974, 860, secondo il quale la sistematica della parte speciale non è soltanto un mezzo di conoscenza, ma può essere condizionata interamente da giudizi e considerazioni di valore.

giuridici individuate in chiave tassonomia sono eccessivamente generiche ed omnicomprensive, tanto da perdere una qualsivoglia efficacia teorica delimitante⁵⁶.

Secondo un diverso approccio teorico, invece, la ricerca del bene giuridico avrebbe una funzione dogmatica, laddove essa consente induttivamente – cioè a partire dalle disposizioni normative – di risalire all’oggetto o all’interesse tutelato dalla norma incriminatrice; ciò ai più svariati fini teorico-applicativi, quali l’individuazione della soglia di consumazione del reato, delle ipotesi di reato impossibile, del concorso (apparente o reale) di reati, e così via. A tal proposito, si è affermato che “*l’approccio dogmatico è di carattere induttivo e consiste nel ricavare dal corpus delle norme penali vigenti gli oggetti della tutela (e quindi dell’offesa)*”⁵⁷.

Secondo un terzo orientamento, ancora, l’indagine sul bene giuridico dovrebbe avere una portata eminentemente critica (o deontica), relativa non tanto a quale *sia* il bene giuridico, bensì a quale *possa legittimamente essere* il bene giuridico tutelato; in tal senso, dunque, l’istanza critica consisterebbe nell’attenzione agli

⁵⁶ F. ANGIONI, *op. cit.*, 13: l’Autore cita, a titolo esemplificativo, la genericità del riferimento alla “tutela della Pubblica Amministrazione”, il quale, *inter alia*, può contenere in sé la protezione tanto del prestigio, quanto del buon andamento dell’Amministrazione. Per una critica ad un concetto “generico” di bene giuridico, si veda BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, cit., 351.

⁵⁷ F. ANGIONI, *op. cit.*, 6; in proposito, l’Autore rinvia a HONIG, *Die Einwilligung des Verletzten und die Methodenfrage*, 1919, Mannheim, 94, 85.

eventuali limiti che il legislatore incontra nella selezione delle condotte da incriminare⁵⁸.

L'approccio dogmatico – similmente a quello classificatorio – si presenta come *a posteriori*, in quanto esso trova la propria radice nel *corpus* di disposizioni normative, così come attualmente vigenti, per poi ricavare, mediante inferenza, l'oggettività giuridica tutelata dalle medesime; di converso, l'approccio critico si presenta come eminentemente *a priori*, in quanto si fonda sull'idea che i beni giuridici siano dati prepositivi, ricavabili *aliunde* da parte dell'interprete (attingendo al contratto sociale, alla natura delle cose, alla tradizione storica, all'impianto costituzionale, e così via) e vincolanti per il legislatore.

Già ad una tale prima analisi, è evidente *ictu oculi* che la scelta, “a monte”, della funzione (o delle funzioni) da assegnare al

⁵⁸ Tali limiti, da desumere *aliunde* rispetto al sistema normativo penale, potrebbero essere costituiti da un catalogo ideale metagiuridico (il contratto sociale, la natura delle cose, la tradizione storica) o giuridico di rango superiore, quale la Costituzione (F. ANGIONI, *op. cit.*, 7). Peraltro, tale funzione critica si riconnette, tradizionalmente, alla teorica liberale del bene giuridico, quale concetto “limite” che vincola e lega il magistero punitivo; con riferimento alla matrice “liberale” del bene giuridico, si vedano, *inter alia*, STELLA, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, cit., 4; MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, cit., 57; HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, cit., 34 e segg.; inoltre, per una trattazione dei profili teorico-generalis più rilevanti della tematica del bene giuridico e del passaggio dalla concezione «liberale» del bene di matrice illuministica, alla perdita della c.d. “dimensione assiologica” del concetto medesimo nell'involuzione anti-illuministica e antigarantistica della seconda metà del XIX secolo, si veda FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1989, 460-490.

bene giuridico, incide direttamente “a valle” sul contenuto del bene medesimo; infatti, in via di prima approssimazione, se si propende per un orientamento meramente classificatorio o dogmatico, si inclinerà per un approccio tendenzialmente normativistico e positivistico, secondo il quale l’interprete, nel ricercare l’oggettività giuridica di ogni disposizione incriminatrice, dovrebbe sostanzialmente attenersi al dato normativo, ricorrendo tutt’al più a criteri logico-sistematici nella ricerca di un “bene” che, in ogni caso, è afferrabile all’esito del procedimento interpretativo. Viceversa, se si propende per un approccio di stampo critico, si giungerà ad osteggiare una concezione meramente normativistica del bene giuridico, che si limiti a “ratificare” le scelte di politica-criminale effettuate, più o meno arbitrariamente, dal legislatore e, di conseguenza, si tenterà di elaborare una nozione meta-giuridica del bene medesimo⁵⁹.

Tratteggiate brevemente le principali funzioni tradizionalmente assegnate, dalla dottrina penalistica, al bene giuridico tutelato, nelle riflessioni che seguono verranno

⁵⁹ In tal senso, si veda, fra tutti, F. ANGIONI, *op. cit.*, 70 e segg., in cui l’Autore, nel capitolo intitolato “il bene giuridico come dato prepositivo”, individua quantomeno due differenti concezioni meta-positive dell’oggettività giuridica, ossia il concetto “culturale” (“*la società viene concepita non più come un ondeggiare di vitali interessi, ma come ritratto della sua cultura, del suo sistema di valori. Corrispondentemente l’oggetto pregiuridico del reato non è più presupposto come un valore utilitaristico, ma come un valore etico-culturale*”: AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt, 1972, 156) ed il concetto “liberale”.

individuati ed illustrati alcuni approdi teorici del “diritto vivente” in tema di oggettività giuridica.

3. La sovrapposizione tra il bene giuridico tutelato e la *littera legis*

Sulla scorta del pregiudizio secondo il quale l’attività interpretativa si ridurrebbe a semplice analisi del “*texte précis de la loi*”⁶⁰, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, si è sviluppata una prima tendenza a ridurre il bene giuridico a mera interpretazione parafrastica del dettato normativo⁶¹: in altri

⁶⁰ “*Mais, si les tribunaux ne doivent pas être fixes, les jugements doivent l’être à u tel point, qu’ils ne soient jamais qu’un texte précis de la loi. S’ils étaient une opinion particulière du juge, on vivrait dans la société, sans savoir précisément les engagements que l’on y contracte*” (MONTESQUIEU, *De l’Esprit des lois*, XI, 6). Sul punto, si veda F. GENTILE, *Filosofia del diritto. Le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, cit., 216; inoltre, sul pensiero di Montesquieu, F. GENTILE, *L’esprit classique nel pensiero del Montesquieu*, Padova, 1965, *passim*.

⁶¹ Sull’interpretazione nell’esperienza giuridica si vedano, tra la sterminata bibliografia *in subiecta materia*, TARELLO, *L’interpretazione della legge*, Milano 1980; ID., *Orientamenti analitico-linguistici e teoria dell’interpretazione giuridica*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, XXV, 1971, 1-18; DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino 1999; F. VIOLA – G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, Bari 1999; PARESCHE, *Interpretazione (filosofia del diritto e teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXII, Milano 1972, 178-180; F. VIOLA, *Ideologia e interpretazione*, in F. VIOLA - V. VILLA - M. URSO, *Interpretazione e applicazione del diritto tra scienza e politica*, Palermo, 1974; L. GIANFORMAGGIO, *Logica e interpretazione giuridica*, in *Atti del XVI Congresso Nazionale della Società Italiana di Filosofia Giuridica e Politica*,

termini, sia in sede di elaborazione teorica, sia nella prassi giudiziaria, il bene giuridico tutelato dalla disposizione penale viene sottoposto ad una tale scomposizione e dettagliata analisi, da identificarsi quasi con una parafrasi della *littera legis*.

A titolo meramente esemplificativo, ma icasticamente paradigmatico, basti menzionare l'approdo interpretativo cui è giunta la giurisprudenza in tema di legge 20 giugno 1952, n. 645 (c.d. "legge Scelba"), in materia di riorganizzazione del disciolto partito fascista.

L'art. 1 di tale atto normativo⁶² recita:

“Ai fini della XII disposizione transitoria e finale (comma primo) della Costituzione, si ha riorganizzazione del disciolto partito fascista quando una associazione, un movimento o comunque un gruppo di persone non inferiore a cinque persegue finalità antidemocratiche proprie del partito fascista, esaltando, minacciando o usando la violenza quale metodo di lotta politica o propugnando la soppressione delle libertà garantite dalla Costituzione o denigrando la democrazia, le sue istituzioni e i valori della Resistenza, o svolgendo propaganda razzista, ovvero rivolge la sua attività alla esaltazione di esponenti, principi, fatti e metodi propri del predetto partito o compie manifestazioni esteriori di carattere fascista”.

a cura di F. GENTILE, Milano 1989; L. FERRAJOLI, *Interpretazione dottrinale ed interpretazione operativa*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, XLIII, 1966, 303-304.

⁶² Come sostituito dall'art. 7, l. 22 maggio 1975, n. 152.

Il susseguente art. 2 prevede alcune sanzioni penali a carico di chiunque, *inter alia*, promuova od organizzi sotto qualsiasi forma la ricostituzione del disciolto partito fascista, o comunque vi partecipi.

Orbene, in una delle più celebri sentenze in tema di ricostituzione del partito fascista, la giurisprudenza ha affermato che “*i beni giuridici protetti dalla legge sono: a) la struttura democratica dello Stato; b) il metodo democratico nella lotta politica; c) la sopravvivenza delle libertà fondamentali garantite dalla Costituzione, che riassuntivamente si compendiano in un bene solo: l’ordinamento democratico dello Stato che esclude ogni forma di dispotismo e di tirannia e si fonda sulla luce [sic] della libertà e della uguaglianza dei cittadini, sulla volontà della maggioranza e sull’esercizio dell’opposizione*”⁶³.

Non v’è chi non veda come una siffatta concezione del bene giuridico costituisca una tanto sofisticata quanto pedissequa parafrasi del testo normativo, ma anche come una tale definizione sia in patente frizione con la concezione “classica” dei beni giuridici tutelati, costituiti tradizionalmente da “monoliti” quali l’onore, l’incolumità fisica, la libertà personale, e così via; in altri termini, non può nascondersi la sorpresa nel realizzare che la nozione di “bene giuridico tutelato”, secondo tale prospettiva, finisca per espandersi e complicarsi sempre più, sino a

⁶³ Tribunale Roma, 9 febbraio 1974, Graziani ed altri, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1974, 472 (si tratta, in particolare, della sentenza riguardante il movimento neo-fascista “Ordine nuovo”).

sovrapporsi in modo pressoché integrale con l'articolata *littera legis*.

Addirittura, in alcuni casi, la giurisprudenza è talmente propensa, per propria *forma mentis*, ad identificare pedissequamente il “bene giuridico” con il dettato normativo, da adoperare locuzioni al limite della correttezza logico-giuridica; per esempio, restando in tema di ricostituzione del partito fascista, la Suprema Corte giunge ad affermare che “*l’obiettività giuridica nell’art. 1 [della legge 3 dicembre 1947, 1546] è data dalla violazione del diritto del nuovo Stato italiano alla forma costituzionale democratica*”⁶⁴: è evidente che l’espressione adoperata dalla Cassazione (“*l’obiettività giuridica [...] è data dalla violazione del diritto*”), pur costituendo una forma brachilogica del tutto comprensibile, denota la più profonda tendenza ad identificare il “bene giuridico” con la *littera legis*, sino ad assumere, seppur per comodità e rapidità espositiva, il bene medesimo addirittura quale violazione del diritto⁶⁵.

⁶⁴ Cassazione Penale, Sez. II, 28 ottobre 1952, Spampanato, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1953, 522; si tratta di una sentenza pronunciata vigente la l. 3 dicembre 1947, n. 1546 (Norme per la repressione dell’attività fascista e dell’attività diretta alla restaurazione dell’istituto monarchico), la quale, all’art. 1, recitava: “Chiunque promuove la ricostituzione del disciolto partito fascista, sotto qualunque forma di partito o di movimento che, per l’organizzazione militare o paramilitare o per l’esaltazione o l’uso di mezzi violenti di lotta, persegue finalità proprie del disciolto partito fascista”

⁶⁵ In tema di bene giuridico e violazione del diritto, il rinvio va effettuato precipuamente al pensiero di Paul Johann Anselm FEUERBACH, il quale, partendo dall’idea fondativa dello Stato di matrice tipicamente contrattualistica, ritiene che possa essere criminalizzato solamente quel

Anche in dottrina è riscontrabile un’analoga tendenza tecnica alla sovrapposizione tra oggettività giuridica e testo della legge; in altri termini, si è fatto riferimento ad un concetto c.d. “onnicomprensivo” del bene giuridico, il quale finirebbe per comprendere tutti gli elementi costitutivi (oggettivi e, al limite, anche soggettivi) della singola fattispecie criminosa; a titolo ulteriormente esemplificativo, si è riportata la tesi del Manzini, secondo la quale l’oggetto ‘specifico’ del reato di violenza privata (art. 610 c.p.) sarebbe “*l’interesse dello Stato di garantire la libertà individuale nel particolare aspetto della libertà psichica contro la coazione della persona a fare, tollerare od omettere qualcosa*”: ebbene, è sufficiente confrontare tale formulazione con il testo dell’art. 610 c.p. per scorgere che essa nulla aggiunge a quanto già risulta dal testo della disposizione e dalla rubrica del capo del codice in cui essa è inserita⁶⁶.

comportamento che costituisca violazione di un diritto soggettivo, considerato quale condizione di esistenza della comunità politica; in tal modo, l’illecito penale, illuministicamente, non è più configurato come violazione della volontà di Dio, bensì come violazione della volontà “terrena” degli uomini, siccome trasfusa nel *pactum unionis et subiectionis*. Per quanto concerne il pensiero di Feuerbach, si vedano tra tutti: MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell’onore*, cit., 59 e segg.; M. RONCO, *Il problema della pena*, cit., 52 e segg.; in particolare, il pensiero di P.J.A. von Feuerbach è stato definito quale “*il punto di passaggio tra la concezione giuridico-penale dell’illuminismo e la moderna scienza giuridico-penale, tra la filosofia del diritto penale del Settecento e la scienza del diritto penale dell’Ottocento*” (M.A. CATTANEO, *Anselm Feuerbach, filosofo e giurista liberale*, Milano, 1970, 279).

⁶⁶ La citazione è tratta da F. ANGIONI, *op. cit.*, 33.

Le radici teoriche di una tale nozione “onnicomprensiva” del bene giuridico si rinvencono nell’intenzione, maturata in seno al neokantismo, di difendere a qualunque costo l’idea di tutela oggettiva dagli attacchi eticizzanti e soggettivistici emergenti dalla dottrina nazional-socialista⁶⁷; a partire dal 1933, infatti, la dottrina dell’illecito personale aveva ingaggiato una feroce lotta contro il dogma tradizionale del bene giuridico, nucleo di una concezione oggettiva dell’illecito, in vista del perseguimento di un diritto penale della volontà e dell’atteggiamento interiore (*Willens- und Gesinnungsstrafrechts*)⁶⁸; tuttavia, poiché innanzi all’imperversante e totalizzante teorica nazista non v’era spazio o margine per l’elaborazione dogmatica di un preciso concetto di bene giuridico che fosse teoreticamente e filosoficamente fondato, la dottrina minoritaria non poteva che ripiegare in una “battaglia di retroguardia”, appigliandosi ad una nozione “minimale” di bene giuridico che, sostanzialmente, trovasse un solido addentellato nel testo della legge⁶⁹. In altri termini, “*l’invadenza del totalitarismo*

⁶⁷ F. ANGIONI, *op. cit.*, 34; in particolare, l’Autore fa riferimento alle opere di MEZGER (*Die Straftat als Ganzes*, in *ZStW*, 1937, 693 e segg., 696, 698) e di MITTASCH, *Die Auswirkungen des wertbeziehenden Denkens in der Strafrechtssystematik*, 1939.

⁶⁸ T. WÜRTEMBERGER, *La situazione spirituale della scienza penalistica in Germania*, cit., 75; l’Autore, inoltre, nella prefazione all’edizione italiana del 1965, afferma che la “adesione ad una concezione oggettiva del reato, congiunta ad un ammonimento contro i pericoli di un eccessivo soggettivismo”, si accompagna generalmente al “riconoscimento del pensiero del bene giuridico come fondamento per ricollegare la punibilità”.

⁶⁹ “Il principio di tutela di beni giuridici non conteneva in sé determinati sostanziali obiettivi politici che potessero, in linea di principio,

*non lasciava largo spazio alle discussioni e, con i tempi che correivano, le repliche furono nella sostanza necessariamente deboli e compromissorie. In questo clima la difesa di un concetto si riduce alla difesa di un nome: bene giuridico*⁷⁰; secondo tale riduttiva accezione, *“è bene giuridico tutto ciò che il legislatore tutela attraverso la minaccia della pena, potendo questo bene persino consistere semplicemente nell’aspettativa che non si verificano i fatti minacciati con pena”*⁷¹ e, dunque, non vi sarebbe reato che non offenda, *in re ipsa*, un bene giuridico.

Alla luce di quanto esposto, dunque, emerge come un’interpretazione strettamente “normativa” o “normativistica” del bene giuridico tutelato sia del tutto priva di una pregnante valenza euristica, in quanto, limitandosi alla mera “parafrasi” del testo normativo, *nulla dice* all’interprete se non ciò che egli già comprende *ictu oculi* alla sola lettura della legge; una tale concezione, se forse mantiene una qualche utilità didattica e didascalica, si presenta del tutto povera ed inconsistente dal punto

scontrarsi con quelli del nazionalsocialismo, ma entrò in conflitto con le pretese giuridiche del nazionalsocialismo esclusivamente laddove esse si rivolgevano anche contro quei principi formali liberali che l’epoca del positivismo giuridico dopo il 1870 ancora aveva conservato” (K. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, cit., 242, 257 e ss.). Inoltre, in dottrina si è correttamente evidenziata la *liaison* teorica tra il concetto di bene giuridico ed il principio di certezza del diritto (T. WÜRTEMBERGER, *La situazione spirituale della scienza penalistica in Germania*, cit., 91).

⁷⁰ F. ANGIONI, *op. cit.*, 35.

⁷¹ BOCKELMANN, *Bemerkungen über das Verhältnis des Strafrechts zur moral und zur Psychologie*, in *Radbruch-Gedschr.*, 1968, 257.

di vista teorico-dogmatico, riducendosi ad ultroneo pleonasma rispetto al già assodato dato normativo⁷².

L'esposta concezione "normativo-letterale" del bene giuridico, peraltro, è suscettibile non solo di una critica *tranchant à la Ockham*⁷³, ma di un'ulteriore obiezione di carattere più strettamente dogmatico: ove, infatti, il bene giuridico tendesse ad identificarsi con la *littera legis*, si produrrebbe un "cortocircuito" tra il piano della tipicità ed il piano dell'offesa, o meglio il bene

⁷² Per cogliere l'assoluta inefficienza euristica di una siffatta nozione di "bene giuridico", è significativo riportare il commento della dottrina alla summenzionata pronuncia del Tribunale di Roma in tema di "legge Scelba"; il commentatore, infatti, chiosa: se il bene giuridico protetto da tale legge è, parafrasticamente, "*l'ordinamento democratico dello Stato che esclude ogni forma di dispotismo e di tirannia e si fonda sulla luce [sic] della libertà e della uguaglianza dei cittadini, sulla volontà della maggioranza e sull'esercizio dell'opposizione*" (Tribunale Roma, 9 febbraio 1974, Graziani ed altri, in *Giur. Cost.*, 1974, 472), a tal punto l'interprete resta smarrito: infatti, trattasi di una definizione talmente ampia ed onnicomprensiva, da non lasciar comprendere per quale motivo *solo* il Fascismo abbia, nel nostro ordinamento, un trattamento che è stato qualificato come un vero "*privilegium odiosum*" (PETTA, *Il primo caso di applicazione della Legge Scelba*, in *Giur. Cost.*, 1974, 473); ossia, la generica definizione del bene giuridico, ricavata dal Tribunale di Roma mediante pedissequa parafrasi della legge, non giustifica la previsione di una specifica disposizione in tema di movimenti eversivi neofascisti, non individuando essa un nucleo di offensività indipendente che dia ragione di una disposizione incriminatrice autonoma, ulteriore rispetto alle norme generali in tema di associazioni sovversive (in particolare, gli artt. 270 e 270-bis c.p.).

⁷³ Ossia fondata sul c.d. "*Ockham's razor*", strumento teorico elaborato da Guglielmo d'Ockham (1280-1349) il quale viene generalmente riassunto in tre brocardi latini: "*entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*", "*pluralitas non est ponenda sine necessitate*", "*frustra fit per plura quod fieri potest per pauciora*".

giuridico verrebbe ad identificarsi con il “tipo legale”, di talché si giungerebbe ad affermare che la norma incriminatrice abbia la funzione di tutelare un *quid* che finisce per identificarsi, in via autoreferenziale, con la norma medesima, in un circolo teorico sostanzialmente vizioso. Se, infatti, si riduce il bene giuridico (*recte*, la lesione o la messa in pericolo del bene giuridico) a mera “conformità letterale al tipo”, ogni profilo di offensività del fatto finisce per appiattirsi nella sussunzione del ‘concreto’ all’‘astratto’ e, dunque, confluisce *in toto* nel concetto di tipicità formale; ove, pertanto, il giurista muova da una sostanziale “crasi” tra tipicità ed offensività – laddove quest’ultima venga del tutto assorbita, esaurita e “consumata” nella prima – non resta più spazio, a valle del giudizio di “conformità formale al tipo”, per un’ulteriore indagine relativa alla concreta idoneità lesiva del fatto, essendo sufficiente, ai fini della punibilità, la semplice aderenza di quest’ultimo alla *littera legis*⁷⁴.

Infine, è significativo osservare come, nel diritto vivente, la tendenza a tratteggiare il perimetro del bene giuridico tutelato alla

⁷⁴ In dottrina, di contro, si è correttamente osservato che “la «tipicità comportamentale» non può esaurire, di per sé sola, l’intera «tipicità penale», tosto si è indotti a domandarsi in quali termini esatti quivi si porga anche il «tipico evento», o, se meglio piace, il «tipico profilo oggettivo-lesivo dell’illecito»” (A. CALVI, *Sul delitto di riorganizzazione del partito fascista*, in *Indice Penale*, 1977, 209). Per un’approfondita disamina in tema di “tipicità formale” e “tipicità sostanziale”, si veda M. RONCO, *Il reato: modello teorico e struttura del fatto tipico*, cit., 95 e ss.; cfr. anche M. RONCO, *Il principio di tipicità*, Torino, 1979, *passim*. In tema di rapporti tra tipicità formale ed offensività, STELLA, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, cit., 1.

luce di una pedissequa – e, sovente, sofisticata – parafrasi del testo normativo, si accentui ancor più in tema di c.d. “reati artificiali” (ossia quegli illeciti penali che, lungi dal presentarsi storicamente immanenti al consorzio umano, vengono creati dal legislatore per continenti ragioni di politica criminale): infatti, più l’ordinamento giuridico, nell’esercizio del magistero punitivo, tende ad allontanarsi dal c.d. “diritto penale necessario” (ossia dal diritto penale dei “reati naturali”, radicati nella tradizione storica dell’umanità), più il bene giuridico tutelato tende, a propria volta, ad avvicinarsi al “*texte précis de la loi*”; in conclusione, in una sorta di asintoto concettuale, al limite, il bene giuridico si identifica con il comando, il quale “pretende” di essere rispettato e di costituire un bene *in sé e per sé*⁷⁵.

⁷⁵ A tal proposito, si veda il pensiero di Eberhard SCHMIDHÄUSER, il quale introdusse nella dogmatica del bene giuridico il concetto di “pretesa di osservanza”, tracciando una differenziazione tra “bene giuridico”, “oggetto del bene giuridico” ed “oggetto del fatto”. Poiché, secondo tale Autore, dai beni giuridici promana una pretesa di osservanza *erga omnes* a che non vengano violate le corrispondenti situazioni di fatto, l’offesa del bene giuridico consisterebbe nella violazione della pretesa di osservanza nascente dal bene giuridico. Quindi l’offesa del bene giuridico sarebbe caratterizzata da un fenomeno spirituale, per cui non si potrebbe parlare di una lesione del bene giuridico, quando essa riguardi un oggetto tangibile, leso per effetto di un processo causale (la vita, la salute dell’essere umano, ecc.); quest’ultima lesione, piuttosto, riguarderebbe l’oggetto del bene giuridico o l’oggetto del fatto (E. SCHMIDHÄUSER, *Der Unrechtstatbestand*, in *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag*, Frankfurt a. M., 1969, 444).

4.1. La sovrapposizione tra il bene giuridico tutelato, la *voluntas legis* e la *ratio legis*

Un'altra criticabile tendenza del diritto vivente consiste nel sovrapporre, più o meno scientemente, il concetto di 'bene giuridico tutelato' con le nozioni di *voluntas legis* e di *ratio legis*: secondo tale impostazione, di volta in volta il bene giuridico verrebbe a identificarsi con l'intento perseguito concretamente dal legislatore in sede di formulazione della fattispecie incriminatrice (*voluntas legis*) o, comunque, con l'oggettivo nucleo di ragioni-fini emergenti dalla disposizione normativa (*ratio legis*).

In particolare, la *voluntas legis* potrebbe essere intesa in senso storicistico e sociologico come l'intenzione dell'effettivo legislatore storico⁷⁶; la *ratio legis*, invece, come intenzione oggettiva e impersonale scaturente dalla norma stessa e condizionata dalla sua relazione sistematica con le altre norme, precedenti, contemporanee e, soprattutto, successive⁷⁷.

⁷⁶ In altri termini, il “risultato della ponderata comparazione di interessi che il legislatore deve avere effettuato quando emanò la legge” (MÜNZBERG, *Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung*, 1966, 264).

⁷⁷ Cfr. ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, 4. Aufl. 1968 – trad. it. A. BARATTA, 1970, 141: “il senso della legge muta per il fatto stesso che la legge è parte costitutiva dell'intero ordinamento giuridico e partecipa quindi alla sua costante trasformazione in virtù dell'unità dell'ordinamento giuridico. Le disposizioni che sopravengono trasmettono la loro forza significativa su leggi precedenti e le modificano”). Dalle nozioni di *voluntas legis* e *ratio legis*, inoltre, si distinguerebbe, a sua volta, il concetto di *occasio legis*, ossia lo spunto od il pretesto “storico” che ha determinato in

Tale tendenza trova un proprio prodromo nella teoria maturata in seno alla dogmatica tedesca e, in particolare, nell'ambito della c.d. Scuola teleologica di Marburgo, secondo la quale il bene giuridico altro non sarebbe, se non lo “scopo” perseguito dal legislatore nelle singole fattispecie penali “*espresso nella sua formula più breve*”; nient'altro che “*quella sintesi categoriale, con la quale il pensiero giuridico si sforza di rilevare significato e scopo delle singole norme penali in forma concisa*”⁷⁸; e ancora: “*il concetto dell'oggetto della tutela è soltanto quella sintesi categoriale con la quale il pensiero giuridico si sforza di abbracciare in forma massimamente concisa significato e scopo delle singole disposizioni penali*” e “*proprio come sintesi, l'oggetto della tutela è solo un prodotto della riflessione specificamente giuridica. Ossia: gli oggetti della tutela non esistono di per sé come tali, essi acquistano vita solo nel*

concreto ed in via contingente l'approvazione di una determinata legge (in proposito, cfr. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., 25).

⁷⁸ HONIG, *Die Einwilligung des Verletzten und die Methodenfrage*, Mannheim, 1919, 94. La concezione del bene giuridico quale mera “*abbreviazione del concetto di scopo*” è stata esposta in GRÜNHUT, *Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft*, in *Festgabe für Frank*, vol. I, 1930, 8; sul punto, si veda anche SCHWINGE, *Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht*, 1930, 20, secondo il quale i concetti contenuti nelle fattispecie penali sono concetti che vengono formati secondo le rappresentazioni di valore che spinsero il legislatore alla posizione della fattispecie; questo valore che guida la formazione del concetto, l'idea specifica che sta a fondamento delle fattispecie, è sinonimo di scopo, della *ratio legis*.

momento in cui noi consideriamo i valori della comunità come oggetti di scopo delle disposizioni penali”⁷⁹.

Per intuire tale “confusione concettuale”, oggi assai diffusa nel diritto vivente, è utile, a titolo esemplificativo, menzionare una pronuncia giurisprudenziale in tema di attività sportiva e reati di *doping*, in cui appare evidente la sovrapposizione (da addebitare ad un insufficiente approfondimento teorico) tra *ratio legis* e bene giuridico; in tale sentenza si legge: “*la L. n. 1099 del 1971, punisce [...] gli atleti partecipanti alle competizioni sportive che impiegano, al fine di modificare artificialmente le loro energie naturali, sostanze che possono risultare nocive per la loro salute: intitolata “Tutela sanitaria delle attività sportive”, presenta, all’evidenza, un oggetto giuridico diverso, e, quindi, persegue la finalità di salvaguardare la funzione sociale dello sport e, per l’effetto, di scoraggiare pratiche dannose per l’atleta: la L. n. 401 del 1989, viceversa, incriminando la frode in competizioni sportive, più che la salvaguardia della salute degli atleti, si prefigge di tutelare la correttezza dello svolgimento delle gare e persegue la finalità che il relativo risultato non venga artificiosamente alterato”⁸⁰.*

Nella massima di tale pronuncia si afferma che il bene giuridico protetto dalle due disposizioni normative sarebbe “*nel*

⁷⁹ HONIG, *Die Einwilligung*, cit., 94 e 109.

⁸⁰ Cassazione Penale, Sez. II, 29 marzo 2007, n. 21324 in *Guida al diritto*, 2007, 24, 69.

primo caso, la correttezza e la lealtà dello svolgimento delle competizioni sportive disciplinate [...], nell'altro la lotta al doping, a tutela delle persone che praticano lo sport".

Già alla sola lettura della citata pronuncia appare evidente il continuo "salto logico" dalla c.d. "oggettività giuridica" del reato alle "finalità della norma", tant'è che il Giudicante si esonera dall'arduo compito di analizzare *funditus* il bene giuridico tutelato, immediatamente rivolgendo la propria attenzione alle finalità perseguite dal legislatore in sede di creazione della fattispecie penale; significativo, inoltre, evidenziare come, nella massima della pronuncia, il bene giuridico tutelato venga addirittura individuato nella "*lotta al doping*", con ciò confondendo il piano teorico-statico del 'bene protetto' con il piano pratico-dinamico delle finalità di politica criminale sottese alla norma.

Nel dettaglio, la Suprema Corte afferma, con riferimento alla L. n. 1099/1971, che l'oggetto giuridico consisterebbe da un lato nella finalità di "*salvaguardare la funzione sociale dello sport*", dall'altro lato nella la finalità "*di scoraggiare pratiche dannose per l'atleta*"; ebbene, se, con riferimento al primo inciso, è pur sempre individuabile un 'bene' apparentemente autonomo e distinto dalla *voluntas* o *ratio legis* (ossia la "*funzione sociale dello sport*", al di là della natura affatto sfuggente e generica di un tale "bene giuridico"), con riferimento al secondo inciso l'oggettività tutelata sembra perdere la propria individualità concettuale, per rifluire integralmente nel *télos* perseguito dal

legislatore, ossia il fine di “*scoraggiare pratiche dannose per l’atleta*”. In proposito, beninteso, la Corte di Cassazione non afferma che il bene giuridico sia “la salute dell’atleta”, ma “*la finalità di salvaguardare la funzione sociale dello sport*”, e tale differenza terminologica, forse frutto di una mera opzione espositivo-formulare, sembra tradire una più profonda fusione (o, forse, confusione) teorica tra il concetto di “bene giuridico” e quello di “scopo della norma”⁸¹.

⁸¹ In un’altra celebre pronuncia in tema di stupefacenti, la Suprema Corte dichiara espressamente: “*l’oggetto giuridico del reato, rappresentato dal bene del soggetto passivo direttamente offeso dalla violazione della norma penale – vita, integrità personale, libertà, onore, patrimonio ecc. – costituisce la vera essenza del reato stesso, che, se formalmente appare come la violazione di un precetto giuridico munito di sanzione criminale, sostanzialmente consiste nell’offesa del bene da esso protetto. Per l’individuazione di tale bene, talvolta tutelato da più norme contemporaneamente, talaltra individuabile, congiuntamente ad altri, nella medesima disposizione - reati cosiddetti plurioffensivi - è stato fatto riferimento, tanto in dottrina che in giurisprudenza, al più ampio concetto di “ratio” della norma, rappresentata dall’esigenza sociale che l’ha imposta in rapporto alla realtà che essa sottende nell’ambito della comunità in cui è entrata in vigore*” (Cassazione Penale, Sezioni Unite, 24 giugno 1998, n. 9973, in *Cass. pen.*, 1998, 3232; *Dir. pen. e proc.*, 1998, 1244; *Foro it.*, 1998, II, 758; *Riv. pen.*, 1998, 991). Anche in questo caso, la giurisprudenza ritiene che, ai fini dell’individuazione del bene giuridico tutelato, sia necessario fare riferimento, innanzitutto, alla *ratio legis* emergente dalla norma. Peraltro, la tendenza ad identificare il bene giuridico tutelato con la mera finalità perseguita dal legislatore è presente anche in tema di illecito amministrativo. A titolo esemplificativo, la Suprema Corte ha affermato che “*in tema di sanzioni amministrative relative a violazioni in materia di previdenza e assistenza obbligatoria, si connotano come violazioni di carattere meramente formale, ai sensi dell’art. 116, comma dodicesimo, della legge n. 388 del 2000, comportante l’abolizione delle sanzioni amministrative, quelle che non determinano una lesione alla sostanza del*

Alla luce degli esposti casi esemplificativi, è evidente come lo stretto accostamento tra la *ratio* della norma ed il bene giuridico tutelato sottenda un sostanziale “cortocircuito teorico” tra i due concetti. In particolare, tale concezione denota, al pari della suesposta impostazione c.d. “letterale”, un approccio sostanzialmente normativistico e *a posteriori* al bene giuridico tutelato, in quanto essa fa leva, ai fini dell’individuazione caso per caso dell’oggettività giuridica protetta dalla norma penale, sull’esito, “a valle”, dell’interpretazione della disposizione legislativa; infatti, sia la *voluntas legis* sia la *ratio legis*, in tale prospettiva, vengono valutate come semplici “risultanze” del procedimento interpretativo, di talché, anche in questa prospettiva, entrambi i concetti (cui viene fatta coincidere, per adesione, la nozione di bene giuridico) risultano essere semplicemente il frutto dell’esegesi normativa. In tale prospettiva, il concetto di bene giuridico sembra divenire assolutamente superfluo, essendo esso “*niente altro che tutto ciò che in prospettiva di offesa è contemplato nella fattispecie*”⁸².

In proposito, già la dottrina tedesca aveva notato che, se il bene giuridico viene ad identificarsi *tout court* con lo scopo della

bene giuridico tutelato, quali le comunicazioni di assunzioni errate o incomplete che non incidono, di fatto, sull’essenziale funzione di controllo e monitoraggio, che caratterizza la materia del collocamento” (Cassazione Civile, Sez. lavoro, 8 gennaio 2007, n. 65, in *Mass. Giur. It.*, 2007; *Lavoro nella Giur.*, 2007, 8, 828; *Dir. e Pratica Lav.*, 2007, 35, 2159).

⁸² ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., 36.

norma, “*gli oggetti di protezione non esistono come tali, essi vengono per la prima volta in vita in quanto noi prendiamo in considerazione i valori della comunità, come oggetti di scopo delle norme penali*”⁸³.

Ed anche nella dottrina italiana si è affermato che, in quest’ottica, “*il bene giuridico non è più realtà naturale sociale od economica tutelata dal diritto [...], non è un quid che è, ma un quid che deve essere: si tratta di un risultato dell’interpretazione di scopo*”; ciò presupporrebbe una scelta “*tra le considerazioni di scopo che stanno alla base di una disposizione penale: solo lo scopo che ne esprime il ‘perché’ ideologico, la ragione d’essere, può costituire il bene giuridico*”⁸⁴.

⁸³ V. HONIG, *Die Einwilligung des Verletzten und die Methodenfrage*, cit. in ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., 25; in proposito, è d’uopo rinviare all’idea, maturata in seno alla c.d. “Scuola di Kiel” (marcatamente orientata al nazionalsocialismo e rappresentata in particolar modo da Georg DAHM e Friedrich SCHAFFSTEIN), secondo la quale, al concetto di bene giuridico, andava sostituita l’espressione “sostanza”, con la quale si intendevano nient’altro che i valori di volta in volta difesi, i c.d. “beni vitali”, in particolare anche i “valori popolari”, come il carattere nazionale, la razza e, “l’essere tedesco” (DAHM, *Verrat und Verbrechen*, in *ZStaatsW*, 1935, 283; ID., *Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft*, in *ZStW*, 1938, 225; SCHAFFSTEIN, *Das Verbrechen eine Rechtsgutsverletzung?*, in *DStR*, 1935, 97; ID., *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, in *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, 1935, 108; ID., *Zur Problematik des teleologischen Begriffsbildung im Strafrecht*, in *Rich. Schmidt-Festschr.*, 1936, 49; ID., *Der Streit um das Rechtsgutsverletzungsdogma*, in *DstR*, 1937, 335).

⁸⁴ PAGLIARO, *Bene giuridico e interpretazione della legge penale*, in *Studi in onore di Antolisei*, Milano, vol. II, 1965, 392.

È evidente come una siffatta riconduzione del bene giuridico tutelato all'*exitus* del procedimento interpretativo implichi, sostanzialmente, una pedissequa adesione, da parte del giurista, alla scelta di criminalizzazione operata dal legislatore; infatti, in tale prospettiva, il bene giuridico finisce per identificarsi con lo scopo di politica-criminale che il legislatore medesimo si è prefisso, nelle due declinazioni soggettivo-concreta (*voluntas legis*) ed oggettivo-astratta (*ratio legis*) e, dunque, per l'interprete non resterebbe altro che ratificare, in modo più o meno ossequioso, le opzioni ideologico-politiche effettuate in sede legislativa e, a queste ultime, fare quasi rinvio *per relationem*.

Un tale approdo teorico non può non ricordare una delle definizioni di bene giuridico fornite dal Binding, secondo la quale sarebbe tale tutto ciò che “*dal punto di vista del legislatore*” costituisce la condizione di una sana vita della comunità giuridica⁸⁵.

⁸⁵ BINDING, *Grundriss des deutschen Strafrechts, All. Teil*, 6 Aufl., Leipzig, 1902, 102; la citazione ha una funzione meramente denotativa, ma non rinvia, integralmente, al pensiero del Binding, il quale non è affatto riconducibile alla c.d. scuola teleologica. In contrapposizione, per un tentativo di fondare il concetto di bene giuridico su una prospettiva prepositiva ed antropocentrica, mediante rinvio a “*quegli oggetti di cui l'uomo ha bisogno per la propria auto-realizzazione*”, si veda Michael MARX, *Zur Definition des Begriffs “Rechtsgut”. Prolegomena einer materialen Verbrechenlehre*, Köln, 1972, 62 e *passim*; sul punto, E. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, cit., 84, 99 e segg.. Per una prospettiva “individuale” del bene giuridico, in contrapposizione alla moderna tendenza alla tutela di oggettività giuridiche di natura collettiva, si vedano gli autori della c.d. Scuola di Francoforte (cfr. HASSEMER, *Theorie und Soziologie*, cit., 3, *passim* e 68-86; ID., *Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts*, in

A tale impostazione può muoversi una grave obiezione, la quale, invero, sembra risolutiva e dirimente: se, infatti, il bene giuridico si identifica con lo scopo perseguito dal legislatore, è evidente che il concetto stesso di ‘bene giuridico’ perde qualsivoglia funzione critica⁸⁶, in merito al fondamento stesso della punizione, divenendo semplicemente la diretta emanazione della *voluntas* del legislatore (*id quod principi placuit*); sì che, alla luce di una tale nozione, non sarebbe più possibile all’interprete vagliare criticamente le ragioni fondanti l’incriminazione e, dunque, individuare i limiti *a priori* dell’esercizio del magistero punitivo statale, in quanto l’incriminazione medesima ripeterebbe il proprio fondamento teorico dalla medesima scelta operata – discrezionalmente o arbitrariamente, in una prospettiva esclusivamente volontaristica – dal legislatore⁸⁷.

ZRP, 1992, 378-383; HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinvorsorge*, Heidelberg, 1991, 109 e segg.; W. NAUCKE, *Schwerpunktverlagerung im Strafrecht*, in *KritV*, 1993, *passim* e 135-162; P.A. ALBRECHT, *Erosionen des rechtsstaatlichen Strafrechts*, in *KritV*, 1993, *passim* e 163-182; citt. in A. ESER, *Bene giuridico e vittima del reato: prevalenza dell’uno sull’altra?*, cit., 1078).

⁸⁶ Anzi, tale concezione del bene giuridico, da taluno definita “metodologica”, sembra sorta proprio dallo “scetticismo derivato dalla coscienza dell’inermità degli sforzi diretti al rinvenimento di un concetto sostanziale di bene giuridico con funzione critica” (ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., 20).

⁸⁷ “Tutto ciò che è comandato dal potere sovrano è, per quel che riguarda il suddito (ancorché non sempre agli occhi di Dio), giustificato dal comando stesso, dato che autore di tale comando è ogni suddito” (T. HOBBS, *Leviatano*, Bari, 2005, II.22, 191: evidente la *fictio* adoperata da Hobbes quale espediente per tramutare – virtualmente e simulatamente – l’eteronomia in autonomia). “La legge civile è per ogni suddito l’insieme

Una siffatta concezione, inoltre, svuota interamente di qualsivoglia utilità interpretativa la nozione di “bene giuridico”; infatti, se *“conoscere il significato della legge vuol dire averla già interpretata, ne consegue che il bene giuridico, come momento centrale dello scopo della norma, non può giovare nel processo interpretativo della disposizione normativa perché ne rappresenta piuttosto un risultato”*⁸⁸.

Di contro, si è osservato che l’unico modo per accordare al concetto di “bene giuridico” una funzione interpretativa critica e, per così dire, “liberale” (che funga, altresì, da limite *extra ordinem* al potere legislativo), consiste nel ricostruire tale nozione in senso “anticipato” e “anteriore” rispetto al diritto positivo: infatti, *“finché non si riesce ad agganciare la definizione di bene giuridico a valori non dichiaratamente meta-giuridici, né dedotti semplicemente dai tipi di reato, ma che siano invece precedenti ad essi e vincolanti per il legislatore, la ricostruzione del “volto” del bene giuridico non può servire a nulla: né come spina dorsale della attività del legislatore e neppure come «filo conduttore per l’interpretazione e la critica delle norme esistenti»*⁸⁹.

delle norme che [...] lo Stato gli ha ordinato di applicare per distinguere il diritto dal torto; vale a dire ciò che è contrario alla norma da ciò che non lo è” (T. HOBBS, *Leviatano*, cit., II.26, 2199, laddove, riduttivamente e semplicisticamente, il diritto è concepito come “conformità alla norma” ed il torto è inteso come mera “contrarietà alla norma”).

⁸⁸ PAGLIARO, *op. cit.*, 395.

⁸⁹ E. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell’onore*, cit., 85; l’Autore, con quest’ultimo inciso, riporta espressamente un passo tratto da RUDOLPHI, *Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffes*, cit., 158. Sul punto, si veda

Alla luce di ciò, dunque, è evidente come una siffatta concezione del bene giuridico non solo sia priva di un autonomo fondamento teorico, ma finisca per rappresentare una maschera formale ed un'apparente giustificazione ad una scelta sostanzialmente *legibus soluta* del legislatore penale; in tale prospettiva, infatti, il giurista non potrebbe svolgere alcuna funzione di “filtro” e di controllo rispetto alla *ratio legis* insindacabilmente trasfusa dal legislatore nel *dictum* normativo e, dunque, egli stesso si ridurrebbe a mero “enzima del potere”⁹⁰ il

anche K. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, cit., 330, secondo il quale non “sarebbe lecito far dipendere del tutto dal legislatore” la determinazione di ciò che contrasta con le condizioni della coesistenza, perché “altrimenti mancherebbe la possibilità di controllare se il diritto penale soddisfi le pretese della Costituzione”. Tuttavia, al termine del proprio percorso argomentativo, lo stesso Amelung conclude riconoscendo che solo al legislatore ordinario spetta la “selezione” dei beni giuridici da tutelare, anche a costo di “accettare il rischio di dovere qualificare come bene giuridico qualsiasi oggetto ritenuto a piacere del legislatore pieno di valore e meritevole di protezione” (K. AMELUNG, *ult. op. cit.*, cit., 394).

⁹⁰ L'espressione è tratta da F. GENTILE, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, cit., 22, in cui l'Autore così espone alcune obiezioni alla teoria istituzionalistica di Santi Romano: “dopo aver messo in evidenza la duplice intuizione dell'istituzionalista, quella dell'irriducibilità dell'ordinamento giuridico al sistema delle norme giuridiche e quella della necessità di ricercare il principio dell'ordinamento nel processo stesso dell'ordinare, dobbiamo capire perché, nonostante queste intuizioni, la teoria di Santi Romano rimanga esposta alla critica di ideologicità mossa da Tarello e perciò venga accomunata alla teoria pur tanto lontana, di Kelsen nell'accusa di «occultare fratture e individuare coerenza di sistema (unità di ordinamento) ove la percezione immediata presenta contraddizioni e conflitti di forze che si vestono da giuridiche, convalidando sempre il risultato del conflitto», istituzionalizzando cioè il predominio del più forte. Riducendo il diritto a maschera del potere e facendo del giurista il suo enzima”.

cui compito consisterebbe nel “digerire” il comando del Sovrano mediante l’uso di semplici espedienti logico-formali.

4.2. (Segue) Bene giuridico tutelato e *voluntas legis*: brevi profili di teoria generale del diritto e della pena

Prima di procedere oltre nella disamina dei profili aporetici connotanti le nozioni di bene giuridico tutelato nel “diritto vivente”, è utile tematizzare alcuni brevi aspetti di teoria generale del diritto e della pena, connessi alla menzionata concezione del bene giuridico quale *voluntas legis*, i quali – è d’uopo sin d’ora anticipare – scontano tutti i difetti ed i vizi della c.d. “teoria penale dello scopo”⁹¹.

⁹¹ Si tratta di quell’impostazione secondo la quale il diritto penale avrebbe, come propria funzione essenziale, il perseguimento di scopi sociali, in un’ottica funzionalistica in cui il ricorso al magistero punitivo si giustificerebbe, essenzialmente, quale strumento di “*prevenzione del danno sociale attraverso la minaccia esercitata sulla volontà e sui sensi*”; cioè in vista del raggiungimento di “*finalità utilitaristiche di carattere estrinseco rispetto alla giustizia del rapporto interpersonale*” (G. CARUSO, *Delitti di schiavitù e dignità umana*, cit., 223); inoltre “*il diritto penale dello scopo si muove in un orizzonte teorico chiaramente delimitato, i cui confini sono segnati dal postulato funzionalistico dell’esercizio del magistero punitivo come arsenale normativo-coercitivo volto a scongiurare il conflitto interindividuale endemicamente latente nella società, e concretamente operante come apparato sanzionatorio a protezione di beni giuridici dell’individuo*” (G. CARUSO, *ult. op. cit.*, 274; sul punto, l’Autore rinvia a FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., 207 e segg.).

Già da un punto di vista “nominale”, la nozione di *voluntas legis* rinvia immediatamente alla nozione di *voluntas* e, mediatamente, all’universo teorico costituito dal c.d. “volontarismo politico”: se, infatti, per ‘bene giuridico’ si intende lo scopo che il legislatore *vuole* perseguire mediante la norma incriminatrice, affiora chiaramente all’attenzione dell’interprete la radice eminentemente volontaristica dell’ordinamento giuridico, inteso come *status quo* frutto di un originario atto di volontà e suscettibile di conservazione mediante ulteriori e successivi atti di volontà⁹².

Sul punto, non può non rinviarsi – se pure solo tangenzialmente – alla teoria politica della sovranità, la quale, da Jean Bodin (se non, *ante litteram*, da Marsilio da Padova), a Jean-Jacques Rousseau ad Hans Kelsen, rinviene il nucleo fondante della comunità politica nella volontà-potente del Sovrano, sia esso inteso quale organo monocratico o quale assemblea sovrana⁹³.

⁹² “*Il principio sul quale è fondato il diritto nel mondo moderno è la volontà dello Stato sovrano. Che vale questo principio? È veramente un principio? Il fatto è che questa è una formula non un principio. Il principio è una profonda verità che domina e dà un senso preciso ed univoco all’attività pratica della vita che informa in sé: nulla di questa precisione e di questa univocità è in questo preteso principio della volontà dello Stato*” (CAPOGRASSI, *Il diritto dopo la catastrofe*, in *Incertezze sull’individuo*, Varese, 1969, 22).

⁹³ Per un ampio ed autorevole *excursus* in tema di volontarismo e pensiero politico moderno: F. GENTILE, *Intelligenza politica e ragion di Stato* (seconda edizione), Milano, 1984, *passim* e, in particolare, 128 e segg., 137 e segg.; ID., *Politica aut/et statistica. Prolegomeni di una teoria generale dell’ordinamento giuridico*, cit., *passim* e, in particolare, 100 e segg., 107 e

La radice volutaristica dell'ordinamento giuridico emerge chiaramente dalla definizione che Thomas Hobbes fornisce di Stato, ossia “*una persona unica, dei cui atti [i membri di] una grande moltitudine si sono fatti autori, mediante patti reciproci di ciascuno con ogni altro, affinché essa possa usare la forza e i mezzi di tutto loro nel modo che riterrà utile per la loro pace e per la difesa comune*”⁹⁴. Ebbene, è evidente la duplice centralità della *voluntas* in una siffatta ricostruzione dell'ordinamento giuridico: da un lato, la volontà degli uomini i quali, mediante il contratto sociale, istituiscono lo Stato⁹⁵; dall'altro lato, la volontà del Sovrano il quale, unico soggetto che conserva in sé i diritti – *recte*, i poteri – dello stato di natura, esercita il proprio dominio mediante *voluntas*⁹⁶.

segg., 113 e segg., 144 e segg.; ID., *Filosofia del diritto. Le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, cit., *passim*.

⁹⁴ T. HOBBS, *Leviatano*, cit., II.17, 143.

⁹⁵ T. HOBBS, *ibidem*: “*il raggiungimento di questo potere sovrano avviene in due modi. Il primo consiste nella forza naturale, come quando un uomo costringe i propri figli a sottomettere se stessi e i loro figli al proprio governo, in quanto è in grado di distruggerli se rifiutano; o [come quando un uomo] sottomette per mezzo della guerra i propri nemici per propria volontà, condonando loro la vita a questa condizione. Il secondo [modo] si ha quando degli uomini si accordano fra di loro sul sottomettersi a un certo uomo o una certa assemblea di uomini, volontariamente e con la fiducia di esserne protetti da tutti gli altri*”.

⁹⁶ Per una generale disamina in tema di pensiero hobbesiano, si veda F. GENTILE, *Filosofia del diritto. Le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, cit., 37 e ss.; F. GENTILE, *La norma fondamentale e le leggi nella sistemazione geometrica della esperienza giuridica: Hobbes e Kelsen a confronto*, in AA. VV., *Politica e diritto in Hobbes*, a cura di Giuseppe Sorigi, Milano, 1995, 37-52. Per le ricadute del pensiero di Hobbes in ambito

In tale prospettiva, “dal momento che il fine di questa istituzione [sovrana] è la pace e la difesa di tutti i sudditi e che chiunque abbia diritto al fine ha diritto ai mezzi, a qualunque uomo o assemblea detenga la sovranità appartiene di diritto di essere giudice tanto dei mezzi atti a garantire la pace e la difesa, quanto di ciò che ne costituisce un impedimento e una turbativa, nonché di fare qualsiasi cosa reputi necessario che venga fatta, sia anticipatamente, per preservare la pace e la sicurezza con la prevenzione della discordia all’interno e dell’ostilità all’esterno, sia, quando pace e sicurezza siano perdute, per recuperare l’una e l’altra”⁹⁷.

E, dunque, hobbesianamente, “chiunque vede che le leggi sono i criteri del giusto e dell’ingiusto, nulla essendo reputato ingiusto che non sia contrario a qualche legge”⁹⁸.

Superfluo e scontato, poi, è ribadire la centralità della volontà nel pensiero di Jean-Jacques Rousseau, nelle sue differenti declinazioni di ‘volontà generale’, ‘volontà dalle maggioranze’ e ‘volontà di tutti’⁹⁹.

penalistico, cfr. fra tutti M. RONCO, *Il problema della pena*, Torino, 1996, 6 e ss..

⁹⁷ T. HOBBS, *Leviatano*, cit., II.18, 148.

⁹⁸ T. HOBBS, *Leviatano*, cit., II.26, 220.

⁹⁹ J.J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, Torino, 1997, *passim* e, in particolare, II.3 (“se la volontà generale possa errare”), II.6 (“della legge”), II.7 (“del legislatore”), III.1 (“del governo in generale”), III.2 (“del principio che costituisce le diverse forme di governo”), IV.1 (“la volontà generale è indistruttibile”), IV.2 (“dei suffragi”). Sul tema della volontà generale in Rousseau, si vedano F. GENTILE, *Intelligenza politica e ragion di Stato*, cit., 137 e segg. (“comunità e regime”); ID., *Politica aut/et statistica*.

Peraltro, se si “cala” il tema generale del volontarismo politico all’interno del “problema della pena” e se il volontarismo stesso viene fatto reagire con la specifica nozione penalistica del bene giuridico tutelato, quest’ultima tende ad assumere una curvatura eminentemente gius-positivistica e convenzionalistica: infatti, laddove il diritto si identifica con *id quod principi placuit* (secondo il motto *auctoritas non veritas facit legem*¹⁰⁰), anche la particolare branca giuridica, costituita dal diritto criminale, finisce per soggiacere all’arbitrio del legislatore e la stessa oggettività giuridica progressivamente si “scolora” e si “diluisce” sempre più nella “soluzione del potere”, sino ad identificarsi con essa. Procedendo lungo un siffatto piano inclinato, la teoria penale converge progressivamente verso il tema della c.d. “devianza punibile”, quale punto di incontro tra soggettivismo politico moderno di ascendenza “geometrica” ed universo teorico penalistico.

In particolare, alla luce dell’esito sostanzialmente “arbitrario” dell’esposta concezione del bene giuridico (ridotto a mera *voluntas* – o, tutt’al più *ratio* – *legis*), è evidente che la

Prolegomeni di una teoria generale dell’ordinamento giuridico, Milano, 2003, 168 e segg. (“sulle aporie della volontà generale o dell’impraticabilità dell’ingegneria costituzionale nel vuoto politico”); ID., *Filosofia del diritto. Le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, cit., 70 e segg., 123 e segg.. Per i rapporti tra pensiero rousseauiano e problema della pena, si veda RONCO, *Il problema della pena*, cit., 22 e segg..

¹⁰⁰ T. HOBBS, *Dialogo tra un filosofo ed uno studioso del diritto comune d’Inghilterra* [1666], trad. it. di N. Bobbio, Torino, 1959, 397; sul punto, si veda, da ultimo, F. GENTILE, *Sulla iuris prudentia*, appendice a *Legalità, Giustizia Giustificazione*, Napoli, 2008, 88.

responsabilità penale assume le vesti di una mera – e formale – devianza punibile, quale contrarietà della condotta ad un paradigma legalmente posto; ossia, in tale prospettiva, *“un comportamento è qualificato come deviante, e dunque punibile, per autorità, indipendentemente dal fatto che esso devii veramente da qualcosa o che nell’agente vi sia una reale intenzione di deviare”*¹⁰¹. Avverso una tale impostazione, si è rilevato che, *“per un verso [...] l’insistenza con la quale si sottolinea il carattere “nominalistico” ed “empirico” della devianza punibile, che tale non è perché vi sia una reale deviazione ma perché così è stata qualificata dal sovrano, è rivelatrice della premessa, rimasta implicita ma non per questo inoperante, che per l’individuo, in quanto tale, nessun comportamento può essere definito deviante perché e qui dobbiamo citare nuovamente Hobbes, “nel puro stato di natura (...) bene e male sono solo nomi che significano i nostri appetiti e le nostre avversioni”. [...] Per altro verso, risulta subito con chiarezza la divinizzazione dell’auctoritas che stabilisce, dal nulla la devianza di un comportamento, al quale vien fatta*

¹⁰¹ F. GENTILE, *Esperienza giuridica e secolarizzazione*, in AA. VV., *Esperienza giuridica e secolarizzazione*, Milano, 1994, 29; cfr. anche F. GENTILE, *Politica aut/et statistica. Prolegomeni di una teoria generale dell’ordinamento giuridico*, cit., 149 e segg., il quale, nel descrivere la nozione moderna di “devianza” come manifestazione del processo di secolarizzazione dell’ordinamento politico, evidenzia come la qualificazione del comportamento deviante sia formalistica ed autoritaria, a prescindere dalla conoscenza dell’oggetto in relazione al quale misurare l’intervenuta deviazione.

corrispondere una conseguenza particolarmente grave com'è quella della pena"¹⁰².

Se, invece, si è procede ad una "reazione chimico-teorica" tra la nozione di bene giuridico quale *voluntas legis* ed il tema della funzione della pena, viene in rilievo il copioso filone teorico dell'utilitarismo penale e del general-prevenzionismo¹⁰³: è evidente, infatti, che se il bene giuridico non viene inteso come dato pre-positivo che fonda retributivamente e giustifica il ricorso alla sanzione penale, bensì viene ridotto a mero scopo estrinseco del magistero punitivo, il diritto penale in sé finisce per assumere un volto non più finale, ma del tutto strumentale al perseguimento di istanze latamente prevenzionistiche e di controllo sociale¹⁰⁴.

In tale prospettiva, *"la determinazione di quanto deve essere assoggettato a pena si snoda secondo considerazioni di carattere preventivo [...]: si dichiara punibile ciò che lo Stato vuole evitare*

¹⁰² *Ibidem*, 29-30.

¹⁰³ Sul punto, fra tutti, si veda RONCO, *Il problema della pena*, cit., 52 e segg., il quale, in un magistrale *excursus* sul consolidamento legalistico del general-prevenzionismo nell'opera di Paul Johann Anselm Feuerbach, espone con chiarezza e precisione i postulati teorici del prevenzionismo moderno.

¹⁰⁴ "Con la teoria dello scopo appare per la prima volta in moto autarchico, svincolata da ogni altro fattore, la categoria del benessere dell'insieme, di cui sarebbe sottoclasse omogenea il benessere dell'individuo, che sostituisce le categorie della colpa, della libertà e della responsabile dignità di ogni singolo uomo" (M. RONCO, *Il problema della pena*, cit., 31).

ad ogni costo”¹⁰⁵, “*secondo i mutevoli bisogni della conservazione dell’ordinamento giuridico*”¹⁰⁶; in altri termini, “*si smarriscono le ‘ragioni’ del retribuzionismo: non è punibile ciò che ontologicamente merita punizione e secondo la misura in cui tale punizione è meritata, bensì ciò che contrasta con i fini dello Stato e secondo la misura in cui siffatti fini sono ritenuti importanti per la sussistenza e il progresso dello Stato*”¹⁰⁷.

In proposito, giova riportare una discutibile pronuncia, riconducibile all’alveo di quella allucinata ed allucinante deriva giurisprudenziale che, in presenza di un qualsivoglia reato contro la persona, individua una serie di collaterali e paralleli interessi pubblici, o comunque collettivi, compromessi dall’illecito; tale sentenza, se pure pronunciata ai soli fini del risarcimento del danno alla parte civile costituita – sottende una più profonda tendenza teorica alla “proliferazione” di oggettività giuridiche e delle conseguenti sanzioni giuridiche (penalistiche o civilistiche), a fronte di un fatto umano sostanzialmente unitario.

Si tratta di una recentissima sentenza nella quale la Suprema Corte, accertata la commissione del reato di violenza sessuale ai danni di una donna, ha riconosciuto il diritto del Comune, nel cui territorio i fatti si erano svolti, al risarcimento del danno, in considerazione del fatto che tale ente territoriale, avendo inserito

¹⁰⁵ NAUCKE, *Prevenzione generale e diritti fondamentali della persona*, in *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, 1980, 57.

¹⁰⁶ BERNER, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, XVII ed., Leipzig, 1895, 67, cit. in M. RONCO, *Il problema della pena*, cit., 94.

¹⁰⁷ M. RONCO, *ibidem*.

nel proprio Statuto la finalità istituzionale di tutela della condizione femminile, avrebbe assunto in prima persona un “diritto istituzionale alla non violenza”¹⁰⁸.

¹⁰⁸ “ [...] Anche per la prevenzione e la repressione delle violazioni delle norme poste a tutela della libertà di determinazione della donna è configurabile in capo al Comune (che, rispetto al territorio in cui il fatto è commesso, ha una stabile relazione funzionale ed ha inserito tale tutela tra i propri scopi, primari e autonomi) la titolarità di un diritto soggettivo e di un danno risarcibile, individuabile in ogni lesione del diritto stesso, sicché esso è legittimato alla costituzione di parte civile per il risarcimento dei danni morali e materiali relativi all’offesa, diretta e immediata, dello scopo sociale. Nella specie, tra gli scopi primari e autonomi del Comune di Roma rientra, secondo lo Statuto adottato (che, in forza del T.U. comma 1, è un atto normativo atipico), la promozione dello sviluppo economico, sociale e culturale della comunità locale con particolare riferimento alla condizione giovanile e femminile (art. 2 – Principi programmatici – comma 5).

Per l’attuazione della previsione statutaria è stato costituito, come accertato in sede di merito, un apposito ufficio dipartimentale con l’assunzione d’iniziative concrete tendenti a perseguire l’obiettivo di contrastare fenomeni d’aggressione alla realtà femminile e sono state investite risorse economiche per fare affermare una cultura femminile autonoma [...]. In tal modo, il Comune ha normativamente trasformato interessi generici e diffusi dei cittadini rappresentati in propri interessi specifici e in oggetto peculiare delle proprie attribuzioni e dei suoi compiti istituzionali, donde la configurabilità in capo ad esso di un interesse concreto alla salvaguardia di una situazione storicamente circostanziata divenuta suo scopo primario ed elemento costitutivo.

Quindi, gli abusi sessuali ledono non solo la libertà morale e fisica della donna, ma anche il concreto interesse del Comune di preservare il territorio da tali deteriori fenomeni avendo lo stesso posto la tutela di quel bene giuridico come proprio obiettivo primario. Dalla frustrazione delle finalità e degli scopi dell’ente può conseguire un danno economico diretto per le diminuzioni patrimoniali eventualmente subite dagli organi comunali predisposti per alleviare i traumi delle vittime di abusi sessuali, sicché, dovendosi ritenere il Comune ente esponenziale del suddetto interesse, lo stesso è legittimato, come tale, a costituirsi parte civile nel processo penale, ai sensi dell’art. 185 c.p. e art. 74 c.p.p.. Inoltre, è configurabile in capo al

Il testo letterale della menzionata pronuncia, qui riportato per estratto in nota, sembra di per sé ampiamente eloquente: con essa, il Giudicante – se pur ai limitati fini del riconoscimento di una “posizione giuridica soggettiva” meritevole di tutela e del connesso diritto al risarcimento del danno – ha pienamente abbracciato l’idea secondo la quale anche un mero scopo o una mera funzione istituzionale (ossia, nella specie, la finalità statutaria di promozione della libertà sessuale) possa costituire un bene giuridico (*rectius*, una posizione giuridica soggettiva¹⁰⁹) in sé perfetto e meritevole di tutela giuridica; in proposito, lo snodo principale della citata sentenza, sembra essere costituito dal passaggio relativo all’inserimento, nello Statuto Comunale, delle finalità di tutela della condizione giovanile e femminile: nell’ottica della Suprema Corte, infatti, proprio con tale formale inserimento “*il Comune [avrebbe] normativamente trasformato interessi generici e diffusi dei cittadini rappresentati in propri interessi specifici e in oggetto peculiare delle proprie attribuzioni e dei suoi compiti istituzionali, donde la configurabilità in capo ad esso di un interesse concreto alla salvaguardia di una*

Comune un danno morale per la lesione dell’interesse perseguito di garantire la libertà di autodeterminazione della donna e la pacifica convivenza nell’ambito comunale, beni sociali statutariamente individuati come oggetto specifico di tutela”.

¹⁰⁹ In tale ottica, “*con l’espressione ‘diritto soggettivo’ non [si indica] qualcosa di proprio dell’uomo in quanto tale, del soggetto in sé, ma piuttosto qualcosa che gli è attribuito dall’autorità o, come forse sarebbe più corretto dire, dal potere effettivo*” (F. GENTILE, *Politica aut/et statistica. Prolegomeni di una teoria generale dell’ordinamento giuridico*, cit., 97).

situazione storicamente circostanziata divenuta suo scopo primario ed elemento costitutivo”¹¹⁰.

Chiaro il rinvio, da parte della locuzione “normativamente trasformato”, all’idea rousseauiana della legge come “voce celeste”¹¹¹, in un sostanziale tripudio di formalismo¹¹², volontarismo e normativismo¹¹³.

¹¹⁰ Cassazione Penale, Sez. III, 19 giugno 2008, n. 38835, in *Diritto e Giustizia*, 2008.

¹¹¹ Si tratta della definizione rousseauiana di “legge”, quale “voce celeste che detta a ciascun cittadino i precetti della ragione pubblica e gli insegna a vivere secondo le massime del suo giudizio e a non essere in contraddizione con se stesso” (J.J. ROUSSEAU, *Discours sur l'économie politique*, cit. in F. GENTILE, *Politica aut/et statistica. Prolegomeni di una teoria generale dell'ordinamento giuridico*, cit., 123; quest'ultimo Autore, sul punto, riporta anche il seguente celebre passo, tratto dalla Relazione al Titolo Preliminare del *Code Civile*, presentata da Jean Stephan Marie Portalis nella seduta del *Corps Législatif*, il 23 febbraio 1803: “il potere legislativo è onnipotenza umana. La legge stabilisce, cambia, modifica, perfeziona: distrugge ciò che è, crea ciò che non è ancora”).

¹¹² Tale è, peraltro, l’esito di una più profonda concezione dell’ordinamento giuridico, la quale riduca la disposizione giuridica al modello generale della c.d. “norma tecnica” (“se A, allora B”) e l’attività interpretativa a mera riconduzione logico-formale della fattispecie concreta alla fattispecie astratta; sul punto, F. GENTILE, *Politica aut/et statistica. Prolegomeni di una teoria generale dell'ordinamento giuridico*, cit., 95 e segg..

¹¹³ *Quid iuris*, infatti, qualora lo Statuto del Comune non annoveri espressamente, tra i fini istituzionali dell’Ente, anche la tutela della condizione femminile? *Quid iuris* qualora non solo il Comune, ma anche la Provincia e la Regione in cui il fatto si è verificato annoverino un siffatto fine nel proprio Statuto? *Quid iuris* qualora la vittima dell’abuso sessuale appartenga anche a numerose associazioni private aventi, quale finalità statutaria, la tutela della donna e delle ragazze madri?

Ebbene, un tale orientamento interpretativo – se pur espresso, nel caso citato, ai soli fini risarcitori – sottende una più profonda tendenza teorica alla “proliferazione” delle oggettività giuridiche e delle conseguenti sanzioni: a fronte dell’unicità dell’azione umana (nella specie, atto di violenza sessuale), il diritto vivente tende a rinvenire una pluralità di interessi, oggettività, diritti lesi e, per l’effetto, inclina verso una tendenziale moltiplicazione di sanzioni che, in una sorta di “accanimento” afflittivo, tradiscono la sostanziale unità ed omogeneità assiologica del fatto di reato; e, si badi bene, una siffatta “proliferazione” viene di volta in volta motivata non tanto in virtù di un’indagine sostanziale sulle differenti “relazionalità” compromesse dal reato, quanto in forza di una considerazione meramente “formale”, fondata su un mero rinvio a fonti giuridiche *lato sensu* intese (atti normativi, atti amministrativi, atti contrattuali, e così via).

Procedendo oltre nell’indagine circa le aporie di una teoria del bene giuridico che, nello sforzo definitorio e classificatorio, si arresti alla mera *ratio* o *voluntas legis*, è sufficiente porre mente alle seguenti ipotesi esemplificative le quali, probabilmente, potrebbero apparire provocatorie ma, ciononostante, significative: si pensi all’assurdo caso in cui il legislatore decidesse di rendere illegale e di sanzionare penalmente, con un’incriminazione di pericolo presunto, la vendita di siringhe, perseguendo *ex professo* lo scopo politico-criminale di combattere la tossicodipendenza; o si pensi all’altrettanto assurdo caso in cui si decidesse di

combattere la criminalità di strada mediante il c.d. “coprifuoco”, qualificando come contravvenzione la condotta di circolare per le strade in ora serale. Ebbene, trattasi di ipotesi che potrebbero sembrare del tutto aberranti ed inverosimili; pur tuttavia, non v’è chi non veda come, in tali assurdi casi, potrebbe comunque sostenersi l’esistenza di un bene giuridico tutelato, laddove la lotta alla tossicodipendenza ed alla criminalità organizzata venissero, quali *rationes legis*, astrattamente qualificate come beni giuridici in sé e per sé.

Una siffatta deriva teorica, tuttavia, appare *ictu oculi* gravemente pericolosa e distorta, in quanto, in tale ottica, l’atto umano non viene più considerato – in chiave teleologica ed assiologia – *uti singulum*, ossia come comportamento concreto, specifico ed irripetibile, ma viene “sbriciolato”, “diluito” e disperso in più generali ed oggettive “dinamiche sociali”, così pretermettendo ogni profilo di significatività personale dell’atto medesimo, in vista del perseguimento di finalità meta-personali (ossia oltre – ma, così, fuori – la persona)¹¹⁴. In questa prospettiva,

¹¹⁴ Significativa in proposito la descrizione che Capograssi dà dell’ordinamento giuridico quale strumento di attuazione di “scopi” estrinseci rispetto alla persona umana: “*l’individuo come tale, che non partecipa a questo scopo e a questo valore, che si trova in istato di non conformità o peggio addirittura in contrasto è un quid facti dannoso, può essere soppresso, deve essere soppresso, se ciò giova a quello scopo a cui si tratta di conformare la vita. [...] Cade la morale nel vecchio e semplice senso di non fare male all’altro, di fare il bene dell’altro. L’altro (per altro si intendeva l’altro uomo, mentre adesso “l’enfer c’est les autres”!) è sparito, e al suo posto sono entrati gli astratti scopi che sono stati imposti alla vita. La morale che entra a formare il nuovo individuo, consiste nel non far male allo*

infatti, “*il diritto diventa il mezzo del mezzo: il puro mezzo con cui si realizzano gli scopi, che le forze, che danno vita all’apparato coattivo dello Stato, propongono e impongono all’umanità disponibile. [...] Se la legge giuridica si oppone con la sua lettera o col suo spirito al realizzarsi di questi scopi sovrani, si nega valore alla legge, stabilendo un’antitesi tra legge e diritto, si sottopone la legge al diritto identificandosi il diritto con la pretesa volontà del popolo di conseguire quello scopo: si identifica addirittura il diritto a quello scopo*¹¹⁵”.

Né varrebbe, per “salvare” la teoria del bene giuridico quale *ratio legis*, fare ricorso alla discutibile nozione di reato di pericolo presunto, laddove si dicesse che nel primo menzionato caso (relativo al divieto di vendere siringhe) il bene giuridico sarebbe l’incolumità fisica dei cittadini, tutelata in via del tutto prodromica

scopo che è stato imposto, fare il bene di questo scopo. Caduta l’idea dell’uomo, necessariamente avviene una immensa spersonalizzazione di tutto il mondo della vita concreta. Il nuovo individuo è l’individuo spersonalizzato in tutti i sensi, ma nel senso soprattutto che non conosce più il rapporto umano con l’altra persona, bensì il rapporto con uno scopo, un valore, un totem che si chiama coi nomi più diversi, ma insomma non è né l’uomo né gli altri uomini” (CAPOGRASSI, *Il diritto dopo la catastrofe*, in *Incertezze sull’individuo*, Varese, 1969, 6-8).

¹¹⁵ Capograssi così prosegue: “*quello è il diritto. Vale a dire si proclama con ogni evidenza il diritto per sé come puro mezzo, poiché qualunque scopo che un gruppo dominante impone alla vita diventa diritto. Il diritto è proprio la politica della forza, come profondamente qualcuno dei grandi giuristi tedeschi aveva detto. Il diritto non è più nulla per sé, non ha per sé nessuna legge, nessun contenuto, nessuna verità, Il diritto è lo scopo che vince nella storia*” (CAPOGRASSI, *Il diritto dopo la catastrofe*, cit., 20).

mediante il divieto di vendita di tali strumenti; mentre nel secondo caso (relativo al coprifuoco) il bene giuridico sarebbe l'ordine pubblico, tutelato preventivamente mediante il divieto di circolare in ore serali. Siffatte argomentazioni – invero, qualificabili più d'altro come sofismi – rappresenterebbero solamente un artificioso avvolgimento di parole, volto a nascondere una sostanziale ed evidente assenza di un qualsivoglia bene giuridico tutelato, al di là del mero e contingente scopo di politica criminale perseguito dal legislatore.

5.1. La nozione “tassonomica” del bene giuridico

Nel “diritto vivente”, come sopra cennato, affiorano alcune concezioni “distorte” del bene giuridico tutelato, le quali smarriscono ogni valenza euristica e critica del concetto stesso di “bene giuridico”, riducendo il medesimo ad inutile pleonasma rispetto alle nozioni di *littera legis*, *voluntas legis* e *ratio legis*.

Ma v'è un'altra criticabile accezione di “bene giuridico”, la quale risente di un atteggiamento teorico iper-formalistico ed iper-sistematico e, dunque, può icasticamente definirsi “tassonomica”: si tratta della tendenza ad individuare, convenzionalmente ed a-problematicamente, una serie di “oggetti giuridici” tutelati dalle disposizioni penali, i quali inizialmente vengono enucleati per finalità strettamente didattiche e classificatorie (precipuaemente alla luce della tassonomia codicistica), ma successivamente – con

un salto logico e teorico affatto censurabile – vengono *de plano* riversati all'interno di più complesse problematiche di natura sostanziale e processuale; in proposito, in via di prima approssimazione, può rilevarsi che il principale errore metodologico, in cui si imbatte una siffatta impostazione, consiste nell'obliare che quegli schemi astratti, che sono stati in precedenza elaborati convenzionalmente per scopi meramente sistematici e tassonomici, non sono dotati di alcuna efficacia euristica e critica; essi, dunque, essendo privi di una sostanziale portata conoscitiva, se calati all'interno di determinati “problemi” giuridici affioranti dall'esperienza applicativa, non sono certo idonei a fornire ai medesimi problemi una risposta *reale*, potendo tutt'al più condurre a conclusioni che scontano la stessa convenzionalità e virtualità che caratterizza la loro assunzione iniziale con le forme del protocollo¹¹⁶.

Il più delle volte, infatti, una certa dottrina penalistica di matrice latamente gius-positivistica e formalistica, dopo avere evaso un notevole sforzo classificatorio, volto ad individuare determinate famiglie e sotto-famiglie di “oggetti giuridici” tutelati dalle più disparate figure criminose, rimane essa stessa “vittima” di tale astratta tassonomia, tanto da perdere di vista il reale portato assiologico degli atti umani giuridicamente rilevanti: questi ultimi, in particolare, alla luce delle menzionate categorizzazioni,

¹¹⁶ Per una approfondita disamina in tema di struttura geometrica del sapere e sapere virtuale, si rinvia a F. GENTILE, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, cit., *passim*; ID., *Filosofia del diritto. Le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, *passim* e, in particolare, 10 e ss..

vengono per lo più frantumati in una serie di artificiosi profili o declinazioni astratte, con conseguente perdita della loro reale e naturale unità esistenziale e valoriale¹¹⁷. Peraltro, il profilo maggiormente discutibile e censurabile consiste nella tendenza a valorizzare, in sede di individuazione dell'oggettività lesa, la mera "topografia" codicistica, ossia la collocazione delle disposizioni incriminatici all'interno di specifici titoli, capi e sezioni, ciascuno d'essi recante una determinata *rubrica legis*¹¹⁸.

Per cogliere la portata di tale tendenza interpretativa ed il suo esito sostanzialmente aporetico, è sufficiente fare nuovamente rinvio ad un tema tratto dal "diritto vivente" e, in particolare, a quello relativo ai rapporti tra il reato ex art. 388 c.p. (mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice) e il reato ex art. 574 c.p. (sottrazione di persone incapaci), con particolare riferimento al caso in cui un genitore, non ottemperando al *dictum*

¹¹⁷ Sul punto, invece, dovrebbe tenersi sempre a mente l'insegnamento secondo il quale "il giurista [...] non deve lasciarsi trascinare dall'attaccamento alla sua concettualizzazione giuridica a semplificare troppo o addirittura a violentare gli eventi storici, come si è potuto osservare talvolta, soprattutto all'epoca del positivismo" (WÜRTEMBERGER, *La situazione spirituale della scienza penalistica in Germania*, cit., 53).

¹¹⁸ Per una critica alla tesi secondo la quale, ai fini dell'individuazione del bene giuridico tutelato, primaria importanza debba essere riconosciuta alle epigrafi, agli intitolati ed alle *rubricae legis*, si vedano A. MOLARI, *La tutela penale della condanna civile*, Padova, 1960, 159; PAGLIARO, *Bene giuridico e interpretazione della legge penale*, in *Studi in onore di Antolisei*, cit., 395; BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, cit., 353, nota 30.

del giudice civile, trattenga con sé il figlio minore oltre il dovuto, contro la volontà dell'altro genitore esercente la potestà.

In proposito, la Suprema Corte ha affermato che *“le norme di cui agli art. 388 e 574 c.p. [...] non danno luogo ad un concorso di norme governato dal principio di specialità (art. 15 c.p.), tutelando le suddette fattispecie obiettività giuridiche diverse, che si realizzano congiuntamente quando con la stessa condotta vengono violate entrambe le norme”*¹¹⁹; e in particolare, *“le norme di cui agli art. 388 e 574 c.p., [...] non danno luogo ad un concorso di norme governato dal principio di specialità (art. 15 c.p.). Ed infatti il primo reato è caratterizzato dalla elusione di un provvedimento del giudice, mentre il secondo è qualificato da un'incidenza su un rapporto di cui il minore è parte e che si collega alla patria potestà o ad altre situazioni particolari”*¹²⁰.

Dunque, la giurisprudenza, in presenza di un'unica azione colpevole (trattenimento del figlio minore in violazione del *dictum* giudiziale), lungi dal cogliere la reale unità di significato e di disvalore sottesa a tale condotta, insiste, in una sorta di “accanimento chirurgico”, a sezionare e notomizzare il fatto, giungendo a rinvenirne – tradendo la reale “compattezza assiologica” del fatto medesimo – due distinti profili di disvalore; e, si badi, forse per la consueta tendenza alla brachilogia (che, tuttavia, pare sottendere un più profondo pregiudizio teorico), la

¹¹⁹ Cassazione Penale, Sez. VI, 19 marzo 2003, n. 19520, in *Cass. pen.*, 2004, 1647.

¹²⁰ Cassazione penale, Sez. V, 2 ottobre 1992, in *Cass. pen.*, 1994, 2091; *Mass. pen. cass.*, 1993, fasc. 9, 107; *Giust. pen.*, 1994, II, 39.

Suprema Corte motiva la sussistenza del concorso dei due reati non tanto in ragione della violazione di due sostanziali interessi o beni giuridici, bensì in virtù della formale violazione di due distinte disposizioni giuridiche (ossia, gli artt. 388 e 574 c.p.), con la conseguente riproposizione del cortocircuito teorico, affatto autoreferenziale, tra bene giuridico/fatto tipico/bene giuridico¹²¹.

Con tutta probabilità, tale indirizzo giurisprudenziale risente pesantemente della tendenza a valorizzare, ai fini dell'individuazione del bene giuridico tutelato, la c.d. "topografia" codicistica, ossia la collocazione delle differenti disposizioni normative all'interno dei titoli, dei capi e delle sezioni del Codice Penale¹²²; di conseguenza, l'interprete, sentendosi vincolato alla menzionata collocazione e classificazione codicistica, non ritiene di poter rinvenire un unico bene giuridico protetto dalle due disposizioni e, dunque, propende per la duplicità di oggetto giuridico tutelato.

Ebbene, con il suddetto orientamento, la giurisprudenza sembra non solo cieca alla reale e naturale unità del fatto, ma anche poco attenta al precipitato teorico delle disposizioni

¹²¹ Ossia, si ritiene che il fatto tipico, *per ciò solo*, offenda *il* bene giuridico; anzi, a monte, si reputa che la previsione legislativa di *un* fatto tipico, *per ciò solo*, individui ed enuclei *un* bene giuridico tutelato dalla disposizione incriminatrice.

¹²² Infatti, mentre l'art. 388 c.p. si colloca nel capo II ("dei delitti contro l'autorità delle decisioni giudiziarie") del titolo III ("dei delitti contro l'amministrazione della giustizia") del libro II, l'art. 574 c.p. si colloca nel capo IV ("dei delitti contro l'assistenza familiare") del titolo XI ("dei delitti contro la famiglia") del libro II.

normative applicate: laddove, infatti, il legislatore prevede, anche per il delitto contro l'amministrazione della giustizia previsto dall'art. 388 c.p., la perseguibilità del reato a querela della persona offesa, è evidente che la stessa procedibilità non può non essere indizio della specifica natura del bene giuridico tutelato dalla disposizione¹²³; in particolare, non pare arduo riconoscere che, a dispetto della collocazione codicistica di tale disposizione, il reato ex art. 388 c.p. comprometta, prima ancora che l'astratta autorità delle decisioni giudiziarie, l'interesse delle parti processuali al rispetto ed all'ottemperanza al *dictum* giudiziale¹²⁴, interesse che, in concreto, può essere del tutto amalgamato ed incorporato all'interesse del genitore ad avere con sé il figlio, sul quale si esercita la potestà genitoriale.

¹²³ “*Nell’ipotesi di sottrazione di un bene sottoposto a pignoramento ad istanza dell’Intendenza di finanza ed affidato al soggetto agente in custodia giudiziale, è configurabile il reato di cui all’art. 388 e non quello di cui all’art. 334 c.p. In quest’ultima fattispecie non è presente la previsione suddetta in aderenza ai lavori preparatori, dai quali si evince che coscientemente si è voluto inserire la condotta de qua nell’art. 388 – procedibile a querela (la cui presentazione non è obbligatoria da parte della p.a.) – in vista della prevalenza dell’interesse privato su quello pubblico ed in considerazione non della posizione del custode, pubblico ufficiale, ma della fonte (penale, amministrativa o civile) del vincolo e della funzione del sequestro (penale o amministrativo) o del pignoramento*” (Cassazione Penale, Sez. III, 21 marzo 1997, n. 4048, in *Cass. pen.*, 1998, 1115; *Giust. pen.*, 1998, II, 129).

¹²⁴ Sul punto, si veda la recente sentenza nella quale si afferma che “*l’interesse tutelato dall’art. 388 c.p., commi 1 e 2, non è l’autorità in sé delle decisioni giurisdizionali, bensì l’esigenza costituzionale di effettività della giurisdizione*” (Cassazione Penale, Sez. Un., 27 settembre 2007, n. 36692, in *Dir. Pen. e Processo*, 2007, 12, 1577).

Ma allora, se, al di là delle elucubrazioni “classificatorie”, l’azione del genitore che sottrae il figlio all’altro genitore presenta un disvalore sostanzialmente unico ed omogeneo, non si comprende per quale ragione ci si debba ostinare a rinvenire una pluralità di beni giuridici violati, se non in forza di un cieco furore formalistico che identifica il *quantum* di pena meritata con il *quantum* di disposizioni normative violate.

L’annotazione proposta, a ben vedere, coinvolge il tema del concorso di reati, il quale costituisce un interessante “banco di prova” in tema di individuazione del bene giuridico tutelato e, dunque, merita un’autonoma e più approfondita indagine, come meglio illustrato nelle riflessioni di seguito esposte.

5.2. Abuso della concezione “tassonomica” del bene giuridico in tema di concorso di reati: l’artificiosa frammentazione del disvalore del fatto e la perdita dell’unità teleologica ed assiologica del medesimo

L’argomento del concorso di reati costituisce tutt’oggi, per la dottrina penalistica, un vero e proprio *casse-tête*, all’interno del quale confluiscono numerosi filoni concettuali, dal principio di specialità, al tema del bene giuridico tutelato, ai concetti di sussidiarietà e consunzione, al principio giuridico generale del *ne bis in idem*; in particolare, nell’ambito dell’ordinamento italiano, l’individuazione di un criterio logico-giuridico, il quale consenta

all'interprete di stabilire, a priori ed in modo univoco, se due figure criminose possano concorrere o meno, si presenta particolarmente difficoltosa, soprattutto perché, nel Codice Penale del 1930, l'unica disposizione che sembra disciplinare espressamente tale questione è costituita dall'art. 15¹²⁵.

In particolare, quest'ultima disposizione recita: “*quando più leggi penali o più disposizioni della medesima legge penale regolano la stessa materia, la legge o la disposizione di legge speciale deroga alla legge o alla disposizione di legge generale, salvo che sia altrimenti stabilito*”.

Nella modesta economia del presente lavoro, non v'è certo spazio per un'analisi approfondita delle differenti teorie elaborate, da dottrina e giurisprudenza, in tema di concorso apparente di norme; piuttosto, tale sterminata tematica sarà oggetto di sintetica considerazione, sotto il profilo della rilevanza del bene giuridico tutelato in sede di individuazione del *discrimen* tra concorso reale ed apparente di norme incriminatrici.

¹²⁵ Sul punto, all'interno della sterminata bibliografia *in subiecta materia*, si vedano, fra tutti, AMBROSETTI, *Materia regolata da più leggi penali o da più disposizioni della medesima legge penale. Il principio di specialità*, in M. RONCO (opera diretta da), *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, Bologna, 2006, 335 e segg.; G.A. DE FRANCESCO, *Lex specialis*, Milano, 1980, *passim*; ID., voce *Specialità (principio di)*, in *Novissimo Dig., App.*, VII, Torino, 1987, 487; ID., voce *Concorso apparente di norme*, in *Digesto pen.*, II, Torino, 1988, 416; F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966, *passim*; MORO, *Unità e pluralità di reati*, Padova, 1951, *passim*; MUSCATIELLO, *Pluralità e unità di reati. Per una microfisica del molteplice*, Padova, 2002.

La Suprema Corte ha più volte precisato che, al fine di stabilire se due figure criminose concorrano o se, viceversa, una di esse sia speciale rispetto all'altra, è necessario considerare i seguenti concetti: *“non sovrapponibilità del bene giuridico protetto; diversità dell'elemento soggettivo; diversità della natura del reato (di evento o di mera condotta; di danno o di pericolo)”*¹²⁶; ed anche le Sezioni Unite Penali della Suprema Corte hanno stabilito che il presupposto della “stessa materia”, menzionato dall'art. 15 c.p. ai fini del principio di specialità, deve intendersi *“come identità od omogeneità del bene protetto”*¹²⁷.

Secondo tale orientamento, la circostanza che due disposizioni incriminatrici tutelino differenti beni giuridici sarebbe pressoché decisiva, per escludere che tra le medesime possa intercorrere un rapporto di specialità e di concorso apparente. A titolo esemplificativo, qualora da una resistenza a

¹²⁶ Cassazione Penale, Sez. IV, 6 giugno 2001, n. 35773, in *Cass. pen.*, 2002, 3771.

¹²⁷ Cassazione Penale, Sez. Un., 29 ottobre 1997, n. 119, in *Cass. pen.*, 1998, 1331; *Dir. pen. e processo*, 1998, 189, 868; *Giust. pen.*, 1998, II, 280; *Riv. pen.*, 1998, 149; *Giur. it.*, 1998, 1908; *Riv. trim. dir. pen. economia*, 1998, 711. Si veda anche Cassazione Penale, Sez. Unite, 13 settembre 1995, in *Studium juris*, 1996, 109 (*“Perchè sia applicabile la disciplina del concorso di norme ex art. 15 c.p. (con la conseguente necessità di individuare la norma speciale che deroga a quella generale) è necessaria l'identità della natura delle norme (si deve trattare di norme penali) e l'identità del bene giuridico tutelato, che discende dall'identità di oggetto giuridico, in quanto norme regolanti la stessa materia”*). Invero, altra giurisprudenza, sembra contraria a ritenere il criterio del bene giuridico come decisivo, ai fini del principio di specialità ex art. 15 c.p.: cfr. Cassazione Penale, Sez. un., 12 maggio 1995, n. 16, in *Giur. it.*, 1996, II, 414.

pubblico ufficiale (art. 337 c.p.) derivi, in capo al soggetto passivo, una lesione personale (art. 582 c.p.), si verificherebbe un concorso di reati, in quanto il primo reato offende il corretto funzionamento della Pubblica Amministrazione, mentre il secondo lede l'integrità fisica della persona offesa.

Tuttavia, se indubbiamente il criterio del bene giuridico tutelato costituisce un importante – se non precipuo – snodo concettuale, che consente di stabilire se, in un determinato fatto umano, affiorino due differenti profili di disvalore penale meritevoli di un duplice trattamento sanzionatorio, vi sono numerose ipotesi in cui nel “diritto vivente” (e, in specie, in giurisprudenza), il ricorso alla nozione di bene giuridico è del tutto artificioso e sofisticato e finisce, come sopra cennato, per smarrire l'unità assiologica ed esistenziale del fatto-reato.

Un ulteriore esempio tratto dalla prassi giudiziaria potrà fungere da paradigma.

Nella recente giurisprudenza si era posto il problema relativo alla configurabilità del delitto di falsità ideologica in atto pubblico (art. 479 c.p.) in capo al difensore che, nel redigere la relazione di indagini difensive prevista dall'art. 391-ter c.p.p., ometta di riportare integralmente le dichiarazioni della persona informata sui fatti, al fine di selezionare, tra le stesse, le affermazioni favorevoli al proprio assistito; con la celebre sentenza del 2006, le Sezioni Unite Penali della Corte di Cassazione, adducendo una serie articolata di argomentazioni sul punto, hanno stabilito che, in tale ipotesi, ricorre il delitto in questione, in quanto il difensore è

da qualificarsi, in sede di redazione del menzionato verbale, come pubblico ufficiale (attesi i suoi poteri certificatori) ed il verbale medesimo è da considerarsi quale atto pubblico¹²⁸.

A margine del menzionato tema relativo al reato ex art. 479 c.p., la Suprema Corte ha affrontato il problema relativo alla configurabilità, in concorso al reato di falsità ideologica, del delitto di favoreggiamento personale ex art. 378 c.p., in virtù della finalità favoreggiatrice sussistente in capo al difensore che rediga un verbale infedele: il punto viene affrontato *en passant*, nella chiusa della pronuncia, dando per scontato che il reato di favoreggiamento, in quanto lesivo di un bene giuridico differente rispetto a quello offeso dai reati di falsità, concorra con questi ultimi e, in particolare, con il delitto previsto dall'art. 479 c.p.; infatti, non è espresso *apertis verbis*, ma è implicito nella menzionata sentenza, che mentre i reati di falso ledono la fede pubblica, il reato di favoreggiamento compromette la regolare amministrazione della giustizia.

Ebbene, anche in tal caso la giurisprudenza segue in maniera pedissequa ed acritica la tesi della differenza di bene giuridico tutelato, senza interrogarsi criticamente e problematicamente circa il reale disvalore di azione sotteso alla falsa verbalizzazione da parte del difensore; infatti, quest'ultima condotta, posta in essere dal difensore al solo fine di agevolare il proprio assistito, presenta

¹²⁸ Cassazione Penale, Sez. Un., 27 giugno 2006, n. 32009, in *Cass. pen.*, 2006, 12, 3985; *Dir. e giust.*, 2006, 37, 44; *Corriere del merito*, 2006, 12, 1461; *Guida al diritto*, 2006, 41; *Resp. civ. e prev.*, 2007, 1, 191; *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, 2-3, 1210; *Arch. nuova proc. pen.*, 2007, 5, 604.

un unico ed omogeneo nucleo di tipicità e di offensività, di talché ogni ulteriore frammentazione e dissezione del disvalore monolitico in ulteriori sub-disvalori appare frutto di un'artificiosa e formalistica tendenza tassonomica¹²⁹, piuttosto che l'esito di una reale indagine circa il disvalore dell'azione penalmente rilevante¹³⁰.

Tant'è che la stessa Suprema Corte, nella menzionata pronuncia, cade in una sostanziale contraddizione, laddove prima rinviene nella condotta del difensore un reato contro la fede pubblica, pacificamente e tradizionalmente qualificato come istantaneo (ossia, perfetto e consumato al momento della formazione dell'atto falso) e, successivamente, precisa che, nel caso di specie, *“il delitto di falso ideologico, pur essendo istantaneo, si ricollega comunque al momento in cui l'atto acquista giuridica rilevanza ai sensi dell'art. 391-octies c.p.p. e segg., non potendovi essere falsificazione ideologica punibile fino a quando l'atto rimane nell'ambito della facoltà di disposizione dell'agente”*; dunque, è la stessa Corte di Cassazione a dover ammettere che, in realtà, la falsificazione nella relazione ex art.

¹²⁹ Sul punto, si è evidenziata la tendenza, da parte di un certo formalismo giuridico a *“ripartire la problematica in compartimenti stagni (Auffächerung) e, quindi, ad una frammentarietà di costruzione sistematica, la cui oscurità rende difficile orientarsi”* (WÜRTEMBERGER, *La situazione spirituale della scienza penalistica in Germania*, cit., 9).

¹³⁰ Per quanto concerne il c.d. “principio di consunzione”, quale strumento teorico il quale consente di cogliere, dal punto di vista giuridico, la reale unità assiologica del fatto, si veda, fra tutti, AMBROSETTI, *Materia regolata da più leggi penali o da più disposizioni della medesima legge penale*, cit., 363 e segg., nonché la bibliografia quivi citata.

391-ter c.p.p. non manifesta la propria “carica offensiva”, fintantoché la relazione medesima non venga prodotta in giudizio e, pertanto, che trattasi di irregolarità documentale che non arreca nocumento tanto alla fede pubblica *ex se*, quanto alla regolare amministrazione della giustizia¹³¹.

In conclusione, è lo stesso Giudicante ad avvedersi che la falsificazione commessa dal difensore dell'imputato sottende un unico ed omogeneo nucleo di disvalore penale (ossia, l'alterazione del trasparente svolgersi del procedimento penale); ma è proprio il Giudicante medesimo a rimanere “vittima” delle astrazioni sistematiche e, dunque, a non riuscire a scorgere, oltre il velo delle forme, la sostanziale unità assiologica del fatto.

Nelle riflessioni che precedono, è stata posta in luce la tendenza giurisprudenziale a ritenere sussistente il concorso tra il delitto di favoreggiamento ed altri reati asseritamente offensivi di differenti beni giuridici, sulla scorta della collocazione “topografica” delle rispettive fattispecie criminose all'interno dell'impianto codicistico; la natura eminentemente formalistica ed artificiosa della menzionata tendenza interpretativa emerge ancor più chiaramente, se si pone mente al tema dei rapporti fra delitto

¹³¹ In verità, con la menzionata pronuncia, la Suprema Corte sembra avallare la tesi, siccome sopra riportata, più che in virtù di profonde convinzioni teoriche, sulla scorta di empiriche considerazioni di carattere processual-probatorio, in quanto essa pone in luce la difficoltà di provare in giudizio la sussistenza di una falsità in verbale di indagini difensive, nell'ipotesi in cui tale verbale non venga prodotto in giudizio.

di favoreggiamento personale ed altri reati contro l'amministrazione della giustizia: sul punto, la giurisprudenza della Suprema Corte è pressoché pacifica nel ritenere che il primo concorra con i secondi, stante la – asserita – differente natura dei beni giuridici tutelati.

In particolare, in tema di delitto di favoreggiamento, la Corte di Cassazione ha statuito che l'oggettività giuridica offesa da tale reato *“va in linea generale ravvisata nella tutela dell'interesse della amministrazione della giustizia al regolare svolgimento del processo penale nella fase delle investigazioni e delle ricerche, in atto o possibili dopo la commissione di un reato, ovvero nella protezione delle attività proprie della polizia giudiziaria, giustificata dalla immediatezza del suo intervento”*¹³²; nell'enunciare tale principio, la Suprema Corte ha ritenuto che, nella specie, il reato di favoreggiamento personale non fosse assorbito in quello di falsa testimonianza, in quanto *“l'interesse ad impedire il turbamento del contesto formale del modello investigativo doveva ritenersi autonomo e non assorbito in quello, diverso, di garantire la genuinità della prova testimoniale”*.

Dunque, addirittura all'interno del medesimo bene giuridico *“regolare amministrazione della giustizia”*, la giurisprudenza ha effettuato un'ulteriore sotto-divisione, giungendo ad individuare due distinte oggettività giuridiche le quali, lungi dal poggiare su due autonomi nuclei di disvalore sostanziale, sembrano, più

¹³² Cassazione Penale, Sez. VI, 23 novembre 1999, n. 14232, in *Cass. pen.*, 2001, 143.

d'altro, l'esito di un'eccessiva parcellizzazione del bene giuridico, frutto del summenzionato approccio tassonomico e formalistico.

In proposito, la dottrina ha ben denunciato che, secondo tale prospettiva iper-sistematica, *“il sapere viene trasmesso in una forma così contorta, così sovraccarica di distinzioni, di classificazioni e di argomentazioni, che non è possibile, in una selva così fitta, scoprire quel repertorio di idee chiare e semplici, cui effettivamente spetta il compito di orientare gli uomini”*¹³³.

Inoltre, anche in seno alla letteratura specialistica in tema di “bene giuridico tutelato”, si è correttamente affermato che proprio la tendenza a *“ricavare induttivamente i beni giuridici in via d'interpretazione delle singole fattispecie”*, implica sovente la corrispondente *“tendenza verso la sopravvalutazione degli elementi caratterizzanti delle singole fattispecie, con la conseguente formazione di un elenco ‘tumultuario’ di innumerevoli beni di ogni genere”*¹³⁴; in tale ottica iper-formalistica, si potrebbe sostenere che mentre la disposizione in tema di favoreggiamento tutela l'interesse dell'Amministrazione della Giustizia a non subire “depistaggi” ed elusioni nel corso delle investigazioni e delle ricerche, la falsa testimonianza tutela l'interesse dell'Amministrazione della Giustizia alla veridicità e genuinità della prova orale, siccome formata nel dibattimento; ma

¹³³ ORTEGA Y GASSET, *Das Wesen geschichtlicher Krisen (Signale unserer Zeit)*, cit. in WÜRTEMBERGER, *La situazione spirituale della scienza penalistica in Germania*, cit., 9.

¹³⁴ ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., 142-143.

è evidente come una siffatta “dissezione” del bene giuridico sia del tutto artificiosa e sofisticata, risentendo di una astratta suddivisione (avente mera rilevanza processuale) tra la fase delle indagini e la fase dibattimentale, ma non tenendo a mente la sostanziale unità di oggettività giuridica sottesa all’Amministrazione della Giustizia e, soprattutto, l’unità di valore e di significato sottesa alla condotta del soggetto che, per favorire ed aiutare un ricercato, commetta una falsa testimonianza.

Medesime considerazioni valgono in tema di delitti contro la persona, nel cui ambito talvolta la giurisprudenza perviene a patenti formalismi nell’individuare, all’interno della medesima ed omogenea oggettività giuridica, distinte “sotto-oggettività”, asseritamente meritevoli di autonoma e distinta tutela; ciò, mediante teoriche astrazioni ed elucubrazioni del tutto lontane ed avulse dall’unità reale e “di significato” sottesa all’azione criminosa¹³⁵.

¹³⁵ Sul punto, si sono condannate le “ricerche, condotte per lungo tempo in Italia all’insegna della distillazione di una pretesa categoria autonoma del ‘giuridico’, [...] esposte al rischio di risolversi in esegesi sottili ma prive di spessore o in costruzioni dommatiche venate di concettualismo” (ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., 9); e ancora: “sono state proprio le degenerazioni formalistiche del metodo tecnico-giuridico quelle che hanno allontanato la scienza dalla vita” (ANTOLISEI, *Il metodo nella scienza del diritto penale*, in *Problemi penali odierni*, 1940, 18; cfr. WÜRTEMBERGER, *La situazione spirituale della scienza penalistica in Germania*, cit., 23: “poiché il lavoro dogmatico deve tener conto delle difficoltà dei problemi sostanziali che si propone di affrontare, spesso si manifestano contemporaneamente i limiti di

Basti riporta il principio – fortunatamente disatteso dalla dottrina e da una parte della giurisprudenza – secondo il quale “*il dovere di prestare assistenza ad una persona ferita, previsto dall’art. 593 cpv. c.p., si impone anche a chi ha cagionato volontariamente le ferite mediante un delitto contro la persona senza il fine di uccidere, per cui se egli non adempie a tale dovere risponde, in concorso materiale, del delitto di omissione di soccorso e di quello precedentemente commesso contro la stessa persona*”¹³⁶; sembra evidente come un siffatto assunto si fondi su una parcellizzazione irrealistica del bene giuridico dell’integrità fisica (*sub specie* interesse a non essere lesi e parallelo interesse a non essere “abbandonati” a seguito delle subite lesioni personali) e perda il contatto con l’unità assiologica e telologica sottesa alla fattispecie in esame: infatti, ove un soggetto decida di cagionare volontariamente lesioni personali ad un terzo e, compiuto il ferimento, si allontani senza prestare soccorso alla persona offesa, il disvalore della condotta (pur suddivisa cronologicamente in due distinti momenti) sembra presentarsi strutturalmente unico ed omogeneo¹³⁷.

una penetrazione concettuale di ogni fenomeno della vita. È impossibile trovare soluzioni per i problemi penalistici, se i concetti restano rigidamente isolati l’uno dall’altro; i singoli concetti devono anzi essere ricondotti ad un più vasto nesso sostanziale con gli altri e devono essere considerati dal punto di vista del tutto”).

¹³⁶ Cassazione Penale, Sez. I, 14 dicembre 1989, in *Giust. pen.*, 1991, II, 96.

¹³⁷ Tant’è che se dalle lesioni volontarie, seguite da una “omissione di soccorso”, deriva la morte del soggetto passivo, nessun Pubblico Ministero si

Di contro, si potrebbe osservare che, di contro, in ipotesi di lesioni personali colpose (per esempio, derivanti da investimento stradale), seguite da una omissione di soccorso, il concorso dei due reati sia pacifico e giustificato, stante la disomogeneità delle due condotte, meritevoli ciascuna di una autonoma sanzione.

Proprio tale obiezione fornisce all'interprete una formidabile chiave di lettura relativa al ruolo del bene giuridico tutelato all'interno della teoria del reato; infatti, confrontando le due situazioni sopra menzionate, da un lato le lesioni volontarie seguite da una "omissione di soccorso", dall'altro le lesioni colpose altrettanto seguite da una omissione di soccorso, si comprende come, già *ictu oculi*, le due situazioni sottendano due differenti tipi di disvalore: nel primo caso, infatti, appare intuitivamente eccessivo prevedere una duplicazione di pena in ragione di una presunta duplicità di condotta; nel secondo caso, di contro, appare aberrante proprio l'escludere il concorso tra i due reati; e ciò, nonostante in entrambi i casi il bene giuridico "oggettivo" sia omogeneo e comune, rispetto alle condotte di lesioni (dolose o colpose) e di omissione di soccorso.

azzarderebbe mai ad imputare al reo i reati di lesioni volontarie e di omissione di soccorso, quest'ultimo aggravato dall'evento morte, ma senza dubbio riterrebbe configurato l'omicidio preterintenzionale, in presenza degli elementi costitutivi di tale reato. Con riferimento al tema del concorso tra il delitto di lesioni personali volontarie e quello di omissione di soccorso, si veda M. RONCO, commento *sub* art. 593 c.p., in M. RONCO, S. ARDIZZONE (a cura di), *Codice penale ipertestuale*, II ed., Torino, 2007, 2473-2474, nonché la bibliografia quivi citata.

Ma allora, il *discrimen* teorico non risiede tanto nell'oggettività giuridica lesa dal reato, ma nel *sensu* che viene impresso dal soggetto agente alla propria azione lesiva: sono, dunque, proprio i profili teleologici e assiologici¹³⁸, sottesi ai due menzionati casi, a dare all'interprete una reale *clé de lecture*, in termini penalistici, circa il differente disvalore d'azione. Infatti, se si prendono in considerazione le condotte di lesioni volontarie e di omesso soccorso, è chiaro che entrambe sottendono un atteggiamento interiore ed un finalismo caratterizzati dall'aperto disprezzo per l'integrità fisica altrui: dunque, in tal caso, proprio l'unità di *sensu*¹³⁹ e di *valore* (*recte*, di dis-valore) che caratterizza

¹³⁸ Con riferimento alle interazioni tra profili teleologici e teoria dell'azione, si è autorevolmente affermato che “*ciò che distingue le azioni umane dagli eventi fisici e dal comportamento delle bestie è la struttura della loro intenzionalità: gli uomini agiscono per amore dei fini, che essi vogliono raggiungere con il loro agire*” (E. SCHOCHENHOFF, *Azioni, beni e persona*, in MELINA – J.E. PEREZ-SOBA (a cura di), *Il bene e la persona nell'agire*, Roma, 2002, 55, cit. in M. RONCO, *Descrizioni penali d'azione*, cit., 488).

¹³⁹ Sul punto, con riferimento all'unità di *sensu* caratteristica dell'agire personale, è illuminante il seguente passo heideggeriano: “*la persona non è né cosa né sostanza né oggetto. [...] L'unità della persona esige una costituzione essenzialmente diversa da quella delle cose naturali. [...] Un atto non è mai anche oggetto, perché appartiene all'essenza dell'essere degli atti di essere esperiti nel loro compimento e di essere dati solo nella riflessione. [...] L'essenza della persona implica che la stessa esista soltanto nel compimento degli atti intenzionali, dunque per essenza essa non è mai oggetto. Ogni oggettivazione psichica e quindi ogni concezione degli atti come qualcosa di psichico equivalgono a una spersonalizzazione. Gli atti vengono compiuti; la persona è compitrice di atti. Ma qual è il senso ontologico del “compiere”? [...] Questo problema investe l'essere totale dell'uomo, essere che è solitamente inteso come unità di corpo-anima-spirito*”. “*La persona*”, continua Heidegger, “*è data in ogni caso come*

il dinamismo dell'azione giustifica e fonda una unità di riprovevolezza personale e, dunque, di pena. Di contro, se si considera l'ipotesi delle lesioni colpose seguite dall'omissione di soccorso, si intuisce già di primo acchito come il disvalore personale delle due condotte sia del tutto eterogeneo e differenziato: il cagionare lesioni personali per colpa, infatti denota non tanto un aperto disprezzo, bensì, tutt'al più, una mera disattenzione o indifferenza per l'altrui integrità fisica; di contro, una susseguente condotta volontaria di omesso soccorso denota un "salto assiologico" di non poco momento, dalla mera indifferenza al vero e proprio disprezzo per l'integrità fisica della vittima. In gergo prosaicamente giornalistico, in tema di sinistri stradali, sono proprio l'omissione di soccorso e la "fuga" dell'investitore a trasformare quest'ultimo (anche agli *ingenui oculi* della comunità) da disattento automobilista a "pirata della strada"; e in tal caso, proprio il menzionato "salto assiologico" fonda e giustifica un concorso di reati ed una duplicità di pena meritata¹⁴⁰.

esecutrice di atti intenzionali, raccolti in una unità di senso" (HEIDEGGER, *Essere e tempo*, cit., I, I, I, § 10, 67).

¹⁴⁰ Con riferimento alle interazioni tra profili assiologici dell'azione umana e problema della pena, si è affermato che " *contro ciò che opinano gli empiristi, è possibile dire che noi abbiamo esperienza non soltanto delle condotte, naturalisticamente intese, ma anche dell'ordinazione e della disordinazione di esse rispetto a determinati fini sociali, nonché all'adeguatezza o inadeguatezza delle stesse rispetto alle regole di condotta o alle norme che chiamiamo giuridiche. Inoltre, abbiamo esperienza della portata assiologica di tali condotte, fondata sui fini e sulle norme; il che implica, necessariamente, un giudizio empirico-concreto di valore in ordine a detti fini e a dette norme, nella misura in cui dal valore di questi procedere*

Tale intuizione emerge anche nella recente giurisprudenza, laddove si afferma che “*tra il reato di lesioni colpose a seguito di incidente stradale e quelli di omissione dell’obbligo di fermata e di soccorso alle persone rimaste (art. 189, commi 6 e 7, c. strad.), non è possibile ritenere sussistente la continuazione, giacché la natura colposa del primo dei detti reati esclude che possa essere ipotizzata l’unicità del disegno criminoso con gli altri*”¹⁴¹: proprio l’istituto della continuazione ex art. 81, comma 2, c.p., all’interno del quale svolge un ruolo essenziale il concetto di “unicità del disegno criminoso”, consente alla Suprema Corte di evidenziare la sostanziale differenza assiologica fra il reato di lesioni colpose e la condotta di omesso soccorso, dalla qual differenza deriva l’impossibilità di rinvenire, quale substrato dei due illeciti, un unico dinamismo teleologico e, di conseguenza, valoriale.

Le suesposte riflessioni non possono non mettere in luce la patente insufficienza teorica del concetto di bene giuridico – se inteso, tradizionalmente, come entità oggettiva ed estrinseca rispetto ai profili di disvalore personale e soggettivo della

il giudizio di valore della condotta giuridica” (M. RONCO, Descrizioni penali d’azione, cit., 494; l’Autore, inoltre, riporta il seguente passo tratto da F.A. LAMAS, La experiencia juridica, Buenos Aires, 1991, 452: “i valori, le norme e i fini sono oggetto di esperienza giuridica nel senso formale di elementi di significato empirico-concreto della condotta giuridica, precisamente in quanto giuridica. Senza questi fattori, la condotta giuridica resterebbe ridotta a un fatto indifferenziato rispetto agli altri che integrano il mondo fisico”.

¹⁴¹ Cassazione Penale, Sez. IV, 8 luglio 2002, n. 33300, in *Riv. Pen.*, 2002, 982.

condotta umana – a cogliere il nucleo di riprovevolezza dell’azione e, al contempo, di meritevolezza della pena: proprio gli esempi citati, infatti, dimostrano come un riferimento al bene giuridico quale mero oggetto della condotta umana, immune da qualsiasi connotazione teleologica ed assiologica, non consenta all’interprete di evadere lo sforzo ermeneutico, volto all’individuazione dell’*ubi consistam* dell’illecito penale; in altri termini, contrariamente a quanto si potrebbe pensare ponendo mente al ruolo centrale che, storicamente e tradizionalmente, il bene giuridico ha rivestito nella teoria generale del reato, il tema dell’oggettività giuridica – quest’ultima concepita come un *quid* di estraneo, estrinseco e indipendente rispetto al dinamismo teleologico (o, osando, esistenziale¹⁴²) dell’azione – finisce per rappresentare un concetto, sia pur fondamentale nell’ambito della teoresi penalistica, non essenziale rispetto al nucleo radicale di disvalore penale della condotta umana¹⁴³.

¹⁴² Esistenziale in senso etimologico; per la tradizione filosofia, *exsistentia est actus, quo res sistitur, ponitur extra statum possibilitatis*, ossia l’*ex-sistentia* è l’atto mediante il quale qualcosa è “fatto uscire” dalla mera possibilità e viene fatto sussistere. Per il riferimento alle categorie esistenzialistiche, si vedano le considerazioni introduttive alla presente dissertazione, *supra*).

¹⁴³ In proposito, giova menzionare la distinzione heideggeriana tra *Tatsächlichkeit* e *Faktizität*: la prima, tradotta come “fattualità” attiene al *factum* come accadimento, come essere-solo-semplicemente-presente degli enti difforni dall’Esserci dell’uomo; la seconda, tradotta come “fatticità” (Pietro Chiodi preferisce “effettività”), è tipica dell’Esserci (*Dasein*) dell’uomo, il quale è, nel suo “essere-gettato” nel mondo (*Geworfenheit*), già-sempre-in-un-mondo (*Schon-sein-in-einer-Welt*). Nel pensiero heideggeriano, mentre la *Tatsächlichkeit* degli accadimenti naturali è

Ebbene, per colmare l'insufficienza teorica del bene giuridico (nella sua tradizionale accezione obbiettivante) e superare le menzionate aporie nelle quali si arena un approccio radicalmente formalistico all'oggettività giuridica del reato, l'unico antidoto teorico sembra costituito da un sostanziale *ritorno al fatto* e da una "apertura sulla realtà" (*Durchbruch zur Wirklichkeit*)¹⁴⁴, ossia dalla riscoperta del valore del "fatto umano" – siccome *hic et nunc* verificatosi – nell'ambito della teoria del reato¹⁴⁵: pertanto,

suscettibile di essere notomizzata e scomposta mediante analisi, la *Faktizität* dell'esistenza umana è una "unità di significato" la quale, se sottoposta ad analisi, viene inevitabilmente scomposta e cristallizzata in determinazioni che ne arrestano il peculiare movimento e ne perdono di vista la totalità. Ciò è un altro riscontro teorico all'impossibilità di sottoporre l'azione umana ad una scomposizione scientifica ed obbiettivante, a meno di non volerne perdere il naturale e spontaneo dinamismo e di volerne dare un'immagine "cristallizzata" e, nella sua immobilità, morta. Per afferrare tale assunto, basti pensare ad un orologio che venga afferrato ed impugnato con una tale forza da farne arrestare il meccanismo interno: tale oggetto continua ad essere un orologio?

¹⁴⁴ "Il dogmatico del diritto penale che si dedichi all'interpretazione del diritto vigente deve superare i confini della sua ristretta specializzazione scientifica e deve osare di giungere ad una "apertura sulla realtà" (*Durchbruch zur Wirklichkeit*). Se non si ha sempre presente la realtà della vita, ogni pensiero dogmatico si fonda sulla sabbia, anzi, gli manca quella "oggettività" che gli è propria" (WÜRTEMBERGER, *La situazione spirituale della scienza penalistica in Germania*, cit., 49).

¹⁴⁵ "Tendendo alla purezza dogmatica del sistema, si nascondono talora i problemi sostanziali della scienza penalistica suscitati dal nostro tempo. [...] Si dimentica cioè che una giurisprudenza è vita soltanto quando si rivolge alla realtà sociale e non quando rinuncia a priori a dominare la problematica che tale realtà le propone. Non siamo noi a porre problemi alla scienza, ma è la vita stessa che ci indica una graduatoria di problemi, secondo le intime necessità del tempo in cui si vive" (WÜRTEMBERGER, *op. cit.*, 10-11).

la via di fuga dall'aporia sarà costituita proprio dal riconoscimento che, nella locuzione "qualificazione del fatto", il baricentro teorico si presenta tutto proteso ed inclinato verso il *fatto*, laddove non è quest'ultimo ad *essere adeguato* alle norme, ma sono, per l'appunto, queste ultime ad *adeguarsi* al fatto. Infatti, la teoria generale del reato e della pena, lungi dal poter ripetere un fondamento realmente "umano" dal mero ragionamento sul *quid iuris*, può rinvenire salde fondamenta solamente in un *quid facti* che, in tutto il proprio valore (o disvalore), esprime un *sensu* suscettibile, a posteriori, di essere qualificato giuridicamente e, dunque, da ultimo, di essere "umanamente" giudicato. Se, infatti, oggetto di qualificazione giuridico-penale è la condotta umana, la qualificazione medesima non diviene più mero strumento *logico-analitico* per inquadrare l'azione medesima in un *tipo legale*, in quanto tale "inquadramento" richiede senza dubbio un profilo *conoscitivo-sintetico*, mediante il quale l'interprete rinviene, nel fatto oggettivo, quei "frammenti di personalità" dai quali emerge il significato assiologico che il soggetto agente, mediante il proprio dinamismo teleologico, ha impresso alla realtà dei fatti¹⁴⁶.

¹⁴⁶ Il nesso esistente tra piano teleologico e piano assiologico dell'azione umana è stato magistralmente ed icasticamente rappresentato da Capograssi: "*proporsi qualche cosa come fine significa sentire il valore di qualche cosa, e quindi proporselo come oggetto del proprio sforzo di volontà e del correlativo movimento pratico per realizzarlo*" (CAPOGRASSI, *L'esperienza in concreto*, in F. MERCADANTE (a cura di), *La vita etica*, Milano, 2008, 925).

Per dire à la Heidegger, “*la risposta a questo problema non avrà il carattere di una fondazione per deduzione, ma quello di una ostensione che fa vedere il suo fondamento. Nel problema del senso dell’essere non ha luogo un “circolo vizioso”, bensì un singolare “stato di retro- o pre-riferimento” del cercato (l’essere) al cercare quale modo di essere di un ente. L’influenza essenziale che il ‘cercare’ subisce da parte del suo ‘cercato’ appartiene al senso più proprio del problema dell’essere*”¹⁴⁷; e in tale ottica, l’azione umana viene fatta oggetto di una vera e propria *Hermeneutik*, quale indagine sulla vita umana che ne salvaguardi, a livello concettuale, il peculiare dinamismo, nella modalità fondamentalmente *pratica* del suo attuarsi, senza disperdersi nella considerazione teoretica dei suoi contenuti particolari che la oggettiverebbero e reificherebbero¹⁴⁸.

¹⁴⁷ HEIDEGGER, *Essere e tempo*, cit., Introduzione, I, §2, 20.

¹⁴⁸ A tal proposito, giova riportare il passo gadameriano in cui, magistralmente, viene illustrata la contrapposizione tra metodo scientifico-obiettivamente e metodo filosofico-ermeneutico: “*il modo di procedere oggettivante della conoscenza della natura e il concetto di essere-in-sé che è il correlativo di ogni intenzionalità conoscitiva si sono rivelati come il risultato di un’astrazione. [...] La scienza della natura cerca di accertarsi dell’ente dando una struttura metodica alla conoscenza. Conseguentemente, rifiuta ogni tipo di sapere che non permetta questa forma di accertamento e che non serva allo sviluppo del dominio sull’essere. Di contro a ciò, noi abbiamo cercato di liberare il modo di essere proprio dell’arte e della storia, e l’esperienza che ad esse corrisponde, dal pregiudizio ontologico contenuto nell’ideale di obiettività proprio della scienza, e in base all’esperienza dell’arte e della storia siamo stati condotti a una ermeneutica universale che concerne tutto l’insieme del rapporto dell’uomo col mondo*” (GADAMER, *Verità e metodo*, cit., III, III, c), 967-969).

Pertanto, la ricerca del nucleo di tipicità ed offensività dell'azione penalmente rilevante – lungi dall'estrinsecarsi in un semplice moto deduttivo-discendente (dal “*cercare*” al “*cercato*”), dalla norma positiva al fatto – non potrà non transitare attraverso un'indagine teleologico-assiologica (ossia circa il finalismo mediante il quale al “fatto” viene impresso un significato) dell'atto umano; e tale indagine, a propria volta, non potrà non essere condotta alla luce del significato “relazionale” che l'atto umano assume nel proprio naturale dispiegarsi nel mondo. Infatti, *giuridicamente*, i concetti di ordine e disordine – radice non solo etimologica ma anche autenticamente teorica della nozione di ‘ordinamento giuridico’¹⁴⁹ – non sono suscettibili di essere osservati criticamente, se non alla luce della relazione intersoggettiva¹⁵⁰; solo *moralmente*, infatti, è possibile cogliere una portata esclusivamente intra-soggettiva ed intra-individuale

¹⁴⁹ Per un'approfondita disamina circa i rapporti tra il concetto di “ordine”, l'azione dell'“ordinare” e la nozione di “ordinamento giuridico, si rinvia a F. GENTILE, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, cit., *passim* e, in particolare, 1 e segg..

¹⁵⁰ In proposito, F. GENTILE, *Filosofia del diritto. Le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, cit., *passim* e, in particolare, 214 e segg.; cfr. anche F. GENTILE, *ult. op. cit.*, 145: “*ciò che distingue la giustizia dalle altre virtù è la proprietà di regolare l'uomo in tutto quanto riguarda la relazione con gli altri; di giustizia si può parlare solo in termini di “relazione”, non esistendo una giustizia, o una ingiustizia, fuori della relazione, cosicché il limite dell'attuale concezione della giustizia dipende dalla curvatura solipsistica e individualistica che sembra assumere la giustizia a partire dalla pretesa dell'uomo di essere “unico”, ogni volta che si rivendica ciò che ci spetta. Proprio nel momento in cui l'uomo afferma: “questo mi spetta”, si è già perduta la consapevolezza che la giustizia vale solo all'interno della relazione”*.

del binomio ordine/disordine¹⁵¹. E ancora, *giuridicamente*, per aversi *debitum* deve stabilirsi una previa relazione intersoggettiva, senza la quale non può darsi *diritto* e *dovuto*¹⁵².

Come icasticamente e magistralmente si è precisato, “*il giurista è impegnato ad attivare la giustizia, meglio, il dinamismo della giustizia*” e “*giustizia è termine astratto, dinamismo è termine concreto: si può parlare di giustizia e dedicarsi a grandi voli intellettuali, ma il problema è fare giustizia nella concretezza e nel fango delle liti; è inutile dedicarsi esclusivamente alla*

¹⁵¹ Non a caso, a titolo esemplificativo ma, al contempo, paradigmatico, se la ‘cifra’ etica del suicidio può essere concepita anche ponendo mente al suo solo aspetto individuale ed intra-personale, la ‘cifra’ giuridica del medesimo non può essere afferrata e “decriptata”, se non alla luce del significato relazionale e “comunitario” del bene-vita (sul punto, magistralmente, M. RONCO, commento *sub* art. 580 c.p. (istigazione o aiuto al suicidio), in M. RONCO, S. ARDIZZONE (a cura di), *Codice penale ipertestuale*, cit., 2341: l’Autore riporta anche l’opinione di Vitale, secondo il quale, da un punto di vista generale, il suicidio avrebbe carattere strutturalmente antiggiuridico, siccome atto che si oppone “*alla struttura stessa del rapportarsi giuridico*”, ove il diritto è visto come “*una forma di strutturazione e misurazione reciproca dell’esistenza*”. Cfr. anche M. RONCO, *Il controllo penale degli stupefacenti*, Napoli, 1990, 380).

¹⁵² Inoltre, “*non è possibile dire su quale fondamento si radichi la pretesa del “suo di ciascuno” e quindi il dovere di giustizia, qualora non si abbia una concezione della natura personale dell’uomo*” (F. GENTILE, *ult. op. cit.*, 147); tuttavia, nella presente breve ricerca, l’indagine sarà limitata alle implicazioni tra nozione di “bene giuridico” e “struttura relazionale”, tralasciando, per ragioni di economia espositiva, il sostrato personalistico della “relazione” in sé, pur nella consapevolezza della portata cruciale del concetto di “persona” quale fondamento filosofico e giuridico della “relazione intersoggettiva” (sul punto, F. GENTILE, *ult. op. cit.*, 206 e segg.; cfr. G. CARUSO, *Delitti di schiavitù e dignità umana nella riforma degli artt. 600, 601 e 602 del Codice Penale – Contributo all’interpretazione della L. 11 agosto 2003, n. 228, cit., passim*).

*raffinatezza dei trattati, se poi non ci si pone il problema della giustizia nella dinamica di una relazione intersoggettiva conflittuale*¹⁵³.

5.2. Abuso della concezione “tassonomica” del bene giuridico in tema di individuazione della persona offesa, ai fini dell’opposizione alla richiesta di archiviazione

Nelle precedenti riflessioni, si è indagata l’incidenza della nozione meramente “tassonomica” o classificatoria del bene giuridico tutelato, con particolare riferimento all’istituto sostanziale del concorso di reati; ma v’è un ulteriore ambito, quest’altro di natura processuale, nel quale una tale concezione dell’oggettività giuridica del reato ha inciso profondamente sulle soluzioni interpretative adottate, nella prassi applicativa, dalla giurisprudenza: si tratta dell’individuazione della persona offesa, ai fini della comunicazione della richiesta di archiviazione e del susseguente potere di opposizione alla richiesta medesima¹⁵⁴.

¹⁵³ F. GENTILE, *Filosofia del diritto. Le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, cit., 181.

¹⁵⁴ Sul punto, tra la copiosa bibliografia, si vedano RANCHINA, *La persona offesa dal reato nel procedimento penale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIII, Roma, 1990; GHIARA, *Persona offesa dal reato*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da CHIAVARIO, Torino, 1989-1991, vol. I, 415; TRIGGIANI, *Puntualizzazioni giurisprudenziali sulla legittimazione a ricevere l’avviso della richiesta di archiviazione e a proporre opposizione*, nota a Cass. Penale, 18 ottobre 2002, Sez. V, n. 40484,

L'art. 408 c.p.p., infatti, stabilisce che, in ipotesi di richiesta di archiviazione da parte del Pubblico Ministero procedente, *“l'avviso della richiesta è notificato, a cura del pubblico ministero, alla persona offesa che, nella notizia di reato o successivamente alla sua presentazione, abbia dichiarato di volere essere informata circa l'eventuale archiviazione. Nell'avviso è precisato che, nel termine di dieci giorni, la persona offesa può prendere visione degli atti e presentare opposizione con richiesta motivata di prosecuzione delle indagini preliminari”*.

In giurisprudenza, si è pacificamente affermato che *“l'opposizione alla richiesta di archiviazione compete unicamente alla persona offesa, che deve essere identificata nel titolare del bene giuridico immediatamente leso dal reato”*¹⁵⁵: palese, dunque, l'incidenza dell'oggettività giuridica (*recte*, della sua individuazione in sede teorica), ai fini dell'individuazione della persona legittimata a ricevere l'avviso di richiesta di archiviazione ed a proporre l'opposizione alla richiesta medesima.

Ebbene, proprio il tema dell'opposizione alla richiesta di archiviazione – ed il previo problema dell'individuazione della persona offesa dal reato – rappresenta uno dei più fertili “terreni

in *Cass. pen.*, 2004, VI, 2029; CARLIA, *L'opposizione della persona offesa alla richiesta di archiviazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, 78; COLAMUSSI, *La tutela processuale dell'offeso dal reato nel procedimento di archiviazione*, in *Cass. pen.*, 1997, 82.

¹⁵⁵ Cassazione Penale, Sez. V, 14 maggio 2004, n. 43105, in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 2005, 734; *Riv. Pen.*, 2005, 1248.

di coltura” in cui oggi prolifera, in seno al diritto vivente, la menzionata concezione “tassonomica” del bene giuridico tutelato: infatti, *in subiecta materia*, pare che la giurisprudenza si affidi, il più delle volte, ad un pedissequo ed acritico rinvio alla classificazione ed alla “topografia” codicistiche, limitandosi a stabilire la famiglia di appartenenza del singolo reato in base alla collocazione del medesimo all’interno del *corpus* normativo.

All’uopo basti solo citare la seguente pronuncia giurisprudenziale, in tema di falsa testimonianza: “*il bene giuridico protetto dal reato di falsa testimonianza è il normale svolgimento dell’attività giudiziaria, che potrebbe essere fuorviata da deposizioni false o reticenti. Soggetto passivo del reato o persona offesa dal reato è dunque la collettività, che ha interesse all’ordinato e corretto svolgimento dell’attività giurisdizionale, come inequivocamente disvelato dalla collocazione della norma violata nel titolo III – Delitti contro l’amministrazione della giustizia – del Libro II del codice penale, e non già la persona cui dalla violazione della norma siano derivati danni rilevanti e risarcibili sul piano civile, ma che non è coperta dalla tutela offerta dalla norma predetta in sede penale*”¹⁵⁶.

¹⁵⁶ Cassazione Penale, Sez. VI, 21 marzo 1996, in *Cass. Pen.*, 1997, 2049; *Giust. Pen.*, 1997, II, 243. *Ex plurimis*, si veda anche Cassazione Penale, Sez. VI, 4 dicembre 2006, n. 8967, in *CED Cassazione*, 2007 (“*Nel delitto di falsa testimonianza il bene giuridico protetto è quello del normale svolgimento dell’attività giudiziaria, sicché soggetto passivo del reato è lo Stato-collettività e non la persona che per effetto di essa subisca eventuali*”).

Alla semplice lettura di tale massima, emerge chiaramente come la giurisprudenza tenda, in sede di individuazione della persona offesa dal reato ai fini processuali, ad “adagiarsi” sulla mera classificazione codicistica del reato medesimo, senza indagare criticamente il reale disvalore “sostanziale” del reato; in particolare, la Suprema Corte afferma pacificamente che il delitto di falsa testimonianza (punito dall’art. 372 c.p.) compromette esclusivamente l’interesse pubblico “*all’ordinato e corretto svolgimento dell’attività giurisdizionale*”, e ciò sarebbe “*inequivocamente disvelato*” (sic) dalla semplice “*collocazione della norma violata nel titolo III – Delitti contro l’amministrazione della giustizia – del Libro II del codice penale*”; dunque, proprio tale collocazione giustificherebbe la natura monoffensiva del reato *de quo*, il quale lederebbe solo ed esclusivamente l’interesse pubblicistico alla regolare gestione dell’attività giudiziaria.

Secondo tale orientamento, il bene giuridico protetto dalla norma in questione “*sarebbe il normale svolgimento dell’attività giudiziaria ed il soggetto passivo del reato è la collettività, e non già la persona che a causa del reato subisca eventuali danni*

danni risarcibili sul piano civilistico, da qualificare come danneggiato dal reato, ma non come persona offesa. Ne consegue che essa non è legittimata a proporre opposizione alla richiesta di archiviazione formulata dal P.M. e, successivamente, ricorso per cassazione avverso la declaratoria di inammissibilità dell’opposizione”).

*risarcibili in sede civile*¹⁵⁷. E ancora: *“nel delitto di falsa testimonianza, che tutela il bene giuridico dell’ordinato svolgimento dell’attività giudiziaria, persona offesa è esclusivamente lo Stato-collettività*¹⁵⁸ [...], *né potendo il privato danneggiato dalla falsa testimonianza dirsi, sia pure implicitamente, titolare o contitolare dell’interesse preso in considerazione dalla norma incriminatrice, come sopra definito*¹⁵⁹.

È evidente, già al solo considerare il piano linguistico (*“persona offesa dal reato è dunque la collettività”*; *“soggetto*

¹⁵⁷ Cassazione Penale, Sez. VI, 20 maggio 2005, n. 35051, in *CED Cassazione*, 2005; *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 2006, 5, 565; *Riv. Pen.*, 2006, 7-8, 859.

¹⁵⁸ Così prosegue formalisticamente la Suprema Corte: *“e ciò in base alla considerazione che la fattispecie descritta dall’art. 372 c.p. non contempla tipicamente altre vittime del reato cui potere riconoscere una posizione qualificata rispetto a qualsiasi danneggiato dal reato”*.

¹⁵⁹ Cassazione Penale, Sez. VI, 28 settembre 1999, n. 2982, in *Cass. Pen.*, 2000, 2639; la Suprema Corte così conclude: *“ne consegue che, essendo la facoltà di proporre opposizione alla richiesta di archiviazione attribuita dall’art. 410 c.p.p. esclusivamente alla persona offesa, e non al semplice danneggiato dal reato, anche se denunciante, quest’ultimo non è legittimato a proporre opposizione”*; egualmente, in tema di falsa perizia, si veda Cassazione Penale, Sez. VI, 15 ottobre 2002, n. 23767, in *Riv. Pen.*, 2004, 672; *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 2004, 455; *Riv. Polizia*, 2004, 525: *“nel delitto di falsa perizia (art. 373 c.p.) che tutela il bene giuridico dell’ordinato svolgimento dell’attività giudiziaria, persona offesa è esclusivamente lo Stato-collettività in quanto il privato danneggiato della falsa perizia non è, sia pure implicitamente, titolare o contitolare dell’interesse preso in considerazione dalla norma incriminatrice. Ne consegue l’inammissibilità dell’opposizione alla richiesta di archiviazione proposta ex art. 410 c.p.p. dal denunciante quale danneggiato dal reato di cui all’art. 373 c.p.”*).

passivo del reato è lo Stato-collettività”), come un tale approccio al tema del bene giuridico tutelato – se pur affiorante dallo specifico e delimitato tema processuale dell’opposizione alla richiesta di archiviazione – sottenda una più profonda tendenza a considerare l’oggettività giuridica quale semplice emanazione di un leviatano “interesse pubblico”, del tutto estraneo ed avulso rispetto agli “interessi della vita” brulicanti nel concreto dell’esperienza giuridica¹⁶⁰: infatti, sostenere che un falso testimone offenda esclusivamente l’interesse collettivo ad una regolare amministrazione della giustizia (quasi che la falsità fosse ridotta a mero intralcio all’esercizio del potere giudiziario), significa tralasciare e mettere tra parentesi *de plano* gli interessi ed i valori sostanziali alla cui tutela proprio l’amministrazione della giustizia è demandata. Perlopiù, ove tale approdo ermeneutico non venga argomentato criticamente, ma sia frutto di un mero e pedissequo rinvio alla *rubrica legis*, ossia al *nomen iuris* assegnato dal legislatore ai titoli ed ai capi in cui è collocata la disposizione giuridica, è chiaro come si perda di vista il reale disvalore della condotta incriminata, per lasciarsi abbandonare ad

¹⁶⁰ Di contro, come insegna WÜRTEMBERGER, “*la struttura metodologica della scienza penalistica deve essere determinata dalla realtà in modo più incisivo di quanto è avvenuto fino ad oggi ed i concetti e le strutture sistematiche da essa elaborati devono essere maggiormente collegati ai problemi della vita, cioè non devono restare a priori estranei alla realtà. [...] Il collegamento con la situazione concreta del problema permette alla scienza penalistica di evitare di decadere nel metodo a una sterile giurisprudenza dei concetti (Begriffsjurisprudenz)*” (WÜRTEMBERGER, *La situazione spirituale della scienza penalistica in Germania*, cit., 18).

astratti profili tassonomici i quali, se non integralmente infondati, non sono certo idonei ad esaurire l'intera area della riprovevolezza della condotta.

Sembra, infatti, un'ovvietà rilevare come, in ipotesi di condanna penale derivante da una falsa testimonianza, oltre all'interesse – e, forse, *prima* dell'interesse – statuale ad una gestione “non intralciata” della giustizia, vi sia un rilevante, se non preminente, interesse dell'imputato alla salvaguardia del proprio onore e della propria libertà, conculcate indubbiamente dal menzionato esito processuale; di conseguenza, qualora si facesse degradare l'ingiusto condannato, come vorrebbe la maggioritaria giurisprudenza, a mero “danneggiato dal reato” (titolare, tutt'al più, del potere di costituzione di parte civile, ma non anche di quello di opposizione alla richiesta di archiviazione¹⁶¹), verrebbe del tutto pretermessa una tutela penalistica degli interessi del predetto e questi ultimi verrebbero autoritativamente “assorbiti” nel virtuale e “formalizzato” interesse dello Stato ad un esercizio regolare ed indisturbato del potere giudiziario. Giova ribadirlo, un siffatto approdo

¹⁶¹ È chiaro come il potere di opposizione alla richiesta di archiviazione sia uno strumento fondamentale nelle mani della persona offesa; infatti, ove il procedimento penale si chiuda con un provvedimento di archiviazione, senza dunque pervenire alla fase processuale *stricto sensu*, non resterebbe spazio alcuno per la costituzione di parte civile da parte della persona offesa la quale sia, altresì, danneggiata dal reato; dunque, qualificare un soggetto come mero danneggiato dal reato, e non come persona offesa, implica lasciare il medesimo “in balia” degli eventi procedurali, in attesa e nella speranza che il procedimento sfoci nel vero e proprio processo, unica sede in cui è ammessa la costituzione di parte civile.

interpretativo potrebbe tutt'al più essere – discutibilmente – argomentato alla luce delle moderne categorie giuridiche della sovranità (secondo le quali lo Stato accentrerebbe a sé le “ragioni di tutela”), ma risulta del tutto inconsistente ove esso ripeta il proprio fondamento dalla mera “tassonomia” codicistica.

Invero, va con lode rilevato che le sopra riportate critiche ad una concezione classificatoria ed “iper-formalizzata” del bene giuridico tutelato sono state, quantomeno in parte, accolte dalla più recente giurisprudenza; in particolare, ciò è avvenuto in tema di reati contro la fede pubblica.

Tradizionalmente, infatti, il bene della fede pubblica veniva ricostruito in termini di pubblicità ed astrattezza, di talché si riteneva estraneo all'area dell'offesa penalmente rilevante il semplice “documento privato” che potesse derivare, a carico di un qualsiasi persona interessata, dal reato di falso; tale concezione del bene giuridico, peraltro, risultava corroborata dal dato normativo: infatti, mentre nel Codice Penale Zanardelli, in tema di reati contro la fede pubblica, era menzionata la circostanza che dalla falsificazione potesse “derivare pubblico o privato documento”, nel Codice Penale Rocco del 1930 tale locuzione era stata obliterata, sulla scorta di un più profondo impianto “autoritario” e “statocentrico” sotteso alla codificazione fascista¹⁶².

¹⁶² Con riferimento all'idea, di matrice squisitamente stato-centrica, dell'insussistenza di qualsivoglia ente all'infuori dello Stato, si veda G.

Tuttavia, negli ultimi anni, si è posto il problema circa la tutela da accordare agli interessi privati lesi dalle falsificazioni penalmente rilevanti: sul punto, vi era contrasto circa la riconoscibilità, in capo al soggetto danneggiato dalla falsità, della qualifica procedimentale e processuale di ‘persona offesa dal reato’, con conseguente sussistenza del potere di opposizione alla richiesta di archiviazione formulata dal Pubblico Ministero procedente; a seguito di deferimento della questione alle Sezioni Unite Penali della Corte di Cassazione, la Suprema Corte ha statuito che *“i delitti contro la fede pubblica tutelano direttamente non solo l’interesse pubblico alla genuinità materiale e alla veridicità ideologica di determinati atti, ma anche quello del soggetto privato sulla cui sfera giuridica l’atto sia destinato a incidere concretamente, con la conseguenza che egli, in tal caso, riveste la qualità di persona offesa dal reato e, in quanto tale, è legittimato a proporre opposizione alla richiesta di archiviazione”*¹⁶³.

Riconoscendo la natura plurioffensiva dei reati di falso, dunque, la Suprema Corte ha dimostrato di voler superare una concezione meramente sistematica e formale del bene giuridico, dimostrando una pregevole audacia nel “rompere gli schemi” della tassonomia codicistica e nel ricercare il reale nucleo di disvalore penalistico sotteso ai reati contro la fede pubblica.

PERTICONE, *Fascismo*, in *Novissimo Dig. It.*, VII, Torino, 1961, 104-109; in proposito, cfr. anche A. BERARDI, *Vincenzo Manzini*, Napoli, 2003.

¹⁶³ Cassazione Penale, Sez. Un., 25 ottobre 2007, n. 46982, in *Cass. pen.*, 2008, 4, 1283.

Infatti, la Corte di Cassazione ha osservato che *“la fede pubblica – nel significato che emerge dalla Relazione al progetto definitivo del codice penale, cui si è appena fatto cenno – costituisce dunque un vero e proprio bene giuridico, ancorché di natura immateriale e collettiva, dotato di una sua autonomia, tutelato dai delitti in argomento con riferimento alla certezza ed alla speditezza del traffico economico e giuridico. Così definita, la nozione di fede pubblica, da tutti unanimemente condivisa anche in dottrina, da più parti è stato tuttavia fatto rilevare come in realtà il falso non risulti quasi mai fine a se stesso, costituendo, il più delle volte, solo il mezzo per conseguire altro obiettivo che costituisce il vero scopo rispetto alla “immutatio veri”. Ed è stato quindi sottolineato che, se il perseguimento di tale fine si riflette in modo incisivo sulla sfera giuridica di un soggetto, non è possibile ignorare, sul piano giuridico, tale ulteriore conseguenza, e non consentire, al soggetto che quella “immutatio veri” ha concretamente subito, di dialogare nel processo con una veste qualificata. [...] Tutto ciò premesso, ritengono queste Sezioni Unite che ai delitti contro la fede pubblica debba riconoscersi, oltre ad un’offesa alla fiducia che la collettività ripone in determinati atti, simboli, documenti, etc. [...] anche una ulteriore e potenziale attitudine offensiva, che può rivelarsi poi concreta in presenza di determinati presupposti avuto riguardo alla reale e diretta incidenza del falso sulla sfera giuridica di un soggetto il quale, in tal caso, è di conseguenza legittimato a proporre opposizione contro la richiesta di archiviazione”*.

È evidente la decisiva svolta metodologica ed epistemologica sottesa alla menzionata pronuncia, nella quale l'individuazione del bene protetto dalla norma è demandata nientemeno che ad una "concreta" indagine circa la "reale e diretta incidenza del falso sulla sfera di un soggetto": già il solo ricorso ad una tale terminologia fa ben sperare, circa una nuova e rifiorente apertura dei giudici – e dei giuristi in generale – al concreto e reale dispiegarsi del fatto penalmente rilevante, in tutta la propria portata assiologica e valoriale.

Senza dubbio, a fronte di tale recente orientamento giurisprudenziale, resta in agguato la tipica obiezione gius-positivistica, secondo la quale l'individuazione dei beni giuridici tutelati dalle disposizioni incriminatrici dovrebbe avvenire *a priori* ed in via generale, senza che le concrete vicende fattuali possano fare emergere, di volta in volta, nuove ed ulteriori oggettività lese dal reato; infatti, in tale ottica iper-sistematica, risulterebbe uno scandalo dovere ammettere che una determinata condotta di reato, oltre a ledere l'oggettività tipizzata dal legislatore (la fede pubblica), possa in concreto compromettere una serie di altre "posizioni giuridiche soggettive", suscettibili, *a posteriori*, di assurgere alla dignità concettuale di bene giuridico tutelato. Tuttavia, tale osservazione sconta alla propria base un pregiudizio di natura formalistica, del tutto indimostrato ed assunto a-criticamente, secondo il quale la ricerca del bene giuridico protetto dovrebbe limitarsi a mera analisi del testo della legge, con riduzione ed assorbimento del piano dell'offensività

nel ristretto piano della tipicità formale; in verità, tale impostazione appare del tutto sconfessata, al solo considerare che è *dal fatto* – e solo dal fatto – che emerge un “disvalore relazionale” che *chiede* di essere qualificato, di modo che qualsivoglia opzione ermeneutica la quali principi dal diritto per discendere al fatto, finisce per tradire questa *domanda* di qualificazione, lasciando tra parentesi e nell’ombra una serie di profili assiologici emergenti dal fatto medesimo.

Infatti – e in tale sede non può non soccorrere la filosofia ermeneutica, nei suoi più raffinati approdi gadameriani – è necessario riconoscere che “*l’accadere dell’esperienza [è] un evento su cui nessuno ha potere*” e l’esperienza stessa si presenta come un “*processo in cui continuamente delle generalizzazioni vengono contraddette dall’esperienza, e qualcosa che era ritenuto tipico viene per così dire detipicizzato [enttypisiert]*”¹⁶⁴; ne deriva che lo stesso concetto giuridico di “bene tutelato” non può ridursi a semplice categorizzazione astratta ed *a priori*, da applicare all’esperienza giuridica in modo, per così dire, unilaterale ed obiettivamente, bensì deve costituire l’approdo di un procedimento circolare ermeneutico, il quale risente direttamente e strutturalmente delle istanze e delle “emergenze” del fatto concreto; infatti, “*il giurista coglie il senso della legge in base al caso specifico dato e in vista di questo caso. [...] Non c’è dubbio che il giurista ha sempre di mira la legge come tale. Ma il*

¹⁶⁴ GADAMER, *Verità e metodo*, cit., II, II, 3, b, 727-729.

*contenuto di essa deve essere determinato in base al caso specifico a cui ha da essere applicata*¹⁶⁵.

Riepilogando: se in tema di concorso di reati, un'accezione meramente tassonomica (o classificatoria) del bene giuridico conduce il diritto vivente a notomizzare artificiosamente il fatto tipico, giungendo *per multiplicationem* a rinvenire nel medesimo una serie di sofisticate oggettività tutelate frutto di una mera sistematizzazione ma del tutto prive di un substrato assiologico, viceversa, nell'ambito del tema processuale dell'opposizione alla richiesta di archiviazione, la *communis opinio* finisce, sovente, per fornire un'interpretazione riduttiva e "virtuale" del bene protetto, limitandosi a fare rinvio, *per relationem*, alla semplice "topografia" codicistica, con ciò pretermettendo in modo inaccettabile una serie di "istanze" provenienti dal fatto ed esprimenti un autonomo disvalore, il quale esige il riconoscimento di una propria dignità concettuale. In entrambi i casi, l'esito interpretativo appare frutto di una semplicistica riconduzione delle oggettività tutelate a meri *nomina iuris*, con sostanziale

¹⁶⁵ GADAMER, *op. cit.*, II, II, 2, c), 673-675). Inoltre, "*comprendere il comando significa applicarlo alla concreta situazione alla quale si riferisce. [...] E' chiaro che qui la comprensione si misura in base a un criterio che non risiede né nella lettera del comando, né nella vera intenzione di chi comanda, ma solo nella comprensione della situazione e nella responsabilità di colui che obbedisce*" (ID., *ult. op. cit.*, II, II, 2, c), 689); infatti, "*l'idea di una dogmatica giuridica perfetta, nella quale ogni giudizio sia solo un puro atto di sussunzione, è insostenibile*" (ID., *ult. op. cit.*, II, II, 2, c), 681).

smarrimento del reale contenuto assiologico del fatto penalmente rilevante¹⁶⁶.

6.1. Il ruolo del concetto di “bene giuridico tutelato” nella teoria generale del reato. Alla ricerca di una “tipicità relazionale”

Nelle precedenti riflessioni, sono stati evidenziati alcuni profili aporetici che emergono dal diritto vivente in tema di bene giuridico tutelato e sono state messe in luce le “insufficienze definitorie” cui vanno incontro determinate concezioni del bene giuridico medesimo; a tal punto dell’indagine, è d’uopo risalire “a monte” ed interrogarsi circa il ruolo rivestito dall’oggettività giuridica all’interno della teoria generale del reato.

A tal proposito, volgendo lo sguardo al c.d. “diritto vivente”, è interessante osservare come la Corte di Cassazione, a mezzo della proprie Sezioni Unite Penali, ha avuto modo, con una importante pronuncia del 1998, di prendere posizione,

¹⁶⁶ Sul punto, va ribadito l’insegnamento secondo il quale il giurista penalista non dovrebbe mai “*evitare di prendere in esame i problemi della vita concreta che risultano dalla situazione storica del suo tempo. Soltanto dopo un’attenta analisi delle necessità derivanti dalla situazione concreta egli può permettersi di prendere una decisione tanto nell’ambito scientifico quanto in quello pratico. Infatti il contenuto di valore dei principi perseguiti dai giuristi è in larga misura dipendente dalla problematica concreta che si presenta nei vari casi*” (WÜRTEMBERGER, *La situazione spirituale della scienza penalistica in Germania*, cit., 18).

relativamente al ruolo del bene giuridico tutelato all'interno della teoria del reato, affermando che *“l'oggetto giuridico del reato, rappresentato dal bene del soggetto passivo direttamente offeso dalla violazione della norma penale – vita, integrità personale, libertà, onore, patrimonio, ecc. – costituisce la vera essenza del reato stesso, che, se formalmente appare come la violazione di un precetto giuridico munito di sanzione criminale, sostanzialmente consiste nell'offesa del bene da esso protetto”*¹⁶⁷. Tale massima giurisprudenziale rappresenta, per così dire, il “manifesto” della moderna teoria generale del reato, secondo la quale il diritto penale avrebbe quale precipua ed ontologica funzione quella di tutelare determinati beni giuridici¹⁶⁸; peraltro, l'uso del binomio sinonimico “bene giuridico – oggetto giuridico”, rappresentante ormai un *topos, in subiecta materia*, fa cogliere chiaramente la curvatura oggettivistica connotante il comune approccio al tema del “bene tutelato”¹⁶⁹.

¹⁶⁷ Cassazione Penale, Sezioni Unite, 24 giugno 1998, n. 9973, in *Cass. pen.*, 1998, 3232; *Dir. pen. e proc.*, 1998, 1244; *Foro it.*, 1998, II, 758; *Riv. pen.*, 1998, 991.

¹⁶⁸ *“Il concetto di bene giuridico costituisce, nell'orientamento politico/criminale della dottrina contemporanea, uno snodo cruciale della teoria del reato, esprimendo l'esigenza che alla base di ciascun illecito penale stiano beni giuridici determinati, come entità reali dense di valore positivo alla stregua di un giudizio sociale condiviso”* (RONCO, *Il reato: modello teorico e struttura del fatto tipico*, in M. RONCO (opera diretta da), *Il reato – Struttura del fatto tipico- Presupposti oggettivi e soggettivi dell'imputazione penale. Il requisito dell'offensività del fatto*, cit., 81).

¹⁶⁹ Sul punto, T. WÜRTEMBERGER, *La situazione spirituale della scienza penalistica in Germania*, cit., 89, secondo il quale *“nella ricerca di un disvalore generale che caratterizzi nella sua sostanza l'antigiuridicità del*

In proposito, già nella dottrina tedesca della prima metà del XIX secolo, si era affermata l'idea che il reato “*secondo la natura delle cose, costituisce una violazione o una messa in pericolo, imputabile all'uomo, di un bene da garantire a tutti in modo uniforme da parte dello Stato*”¹⁷⁰; ed anche nella dogmatica del XX secolo si sostiene che “*bene giuridico in senso sostanziale [sia] il bene della vita lesa o messo in pericolo dal reato e tutelato dalla legge penale. [...] Bene giuridico in questo senso è l'oggetto materiale o ideale della tutela. Così il patrimonio è il bene giuridico messo in pericolo con la truffa, l'estorsione o il mandato infedele, e la sicurezza dello Stato è il bene messo in pericolo con l'alto tradimento*”¹⁷¹.

Come accennato, la circostanza che, dalla dottrina penalistica del XIX secolo all'odierno “diritto vivente”, ‘bene’ e ‘oggetto’ della protezione giuridica vengano comunemente ritenuti quali sinonimi, consente di comprendere come, tutt'oggi, vi sia la tentazione di concepire il “bene giuridico” quale *oggetto* esistente *in rerum natura*, il quale venga lesa o messo in pericolo da un'azione umana; in tale prospettiva, dunque, potrebbe sussistere

fatto, si deve convenire con la dottrina per lungo tempo dominante che rinviene nella nozione di violazione del bene giuridico il nucleo determinato del giudizio di illecito. Ciò significa che i criteri principali per la “costituzione” materiale dell'illecito sono rappresentati dal disvalore dell'evento”.

¹⁷⁰ BIRNBAUM, *Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung*, cit., 179.

¹⁷¹ DAHM, *Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft*, in *ZStW*, 1938, 231, cit. in ANGIONI, *op. cit.*, 43.

in ogni caso un'offesa ad un bene giuridico oggettivo, prima ed a prescindere da una qualsivoglia indagine circa i profili personali e soggettivi dell'azione medesima; e proprio in tale offesa dovrebbe rinvenirsi, secondo il *dictum* della Suprema Corte, “*la vera essenza del reato stesso*”.

Peraltro, è dato rilevare come a tale tendenza teorica di matrice oggettivistica, si accompagni comunemente un approccio di tipo materialistico e naturalistico, secondo il quale il bene giuridico dovrebbe essere dotato di afferrabilità (*Greiflichkeit*)¹⁷²

¹⁷² Sul punto, G. CARUSO, *La tutela penale della “dignità umana”: tra esigenze di giustizia e di protezione del bene giuridico*, Relazione tenuta presso la Pontificia Universidad Católica Argentina “*Santa María de los Buenos Aires*” – VII Jornadas abiertas de profundización y discusión – 30 agosto/2 settembre 2004, in <http://www.lircocervo.it/> – archivio – legislazione: “*per un verso, il penalista – sempre chiuso nella traduzione scientifico-dogmatica del diritto penale della deterrenza e dello scopo in pertinenti interpretazioni di norme ed istituti – si cura di proclamare l’irretrattabile conquista illuministica di una precettistica secolarizzata, posta solo a baluardo di beni sociali «concretamente afferrabili», omettendo, di conseguenza, di riflettere, con profonda ed autentica attitudine problematica, sul significato umano, quindi etico e giuridico insieme, dell’esperienza punitiva nel suo complesso; per un altro verso, sensibilizzato dall’insopprimibile necessità «umana», sempre etica e giuridica insieme, di sanzionare le gravi condotte aggressive delle essenziali componenti spirituali e morali dell’essere personale, con tonante clamore ed inflessibile determinazione ne propugna la strenua tutela penalistica. Sì che, [...] si assiste all’insanabile divorzio tra l’esigenza di sottoporre a sanzione comportamenti lesivi di aspetti immateriali, e tuttavia autenticamente costitutivi, della persona, e l’incapacità di offrire solidi plessi di criteri connotativi degli specifici beni tutelati e delle loro modalità di lesione. Quest’ultima incapacità scaturisce, a mio giudizio, proprio dalla «titanica» inadeguatezza della dogmatica, imbevuta di tecnicismo giuridico ed esercitata alla palestra meramente esegetica del codice del 1930 – “termine [...] ad quem dell’egemonia prevenzionistico-generale” –, ad*

o, addirittura, dovrebbe essere suscettibile di essere “toccato con mano” (*Handgreiflichkeit*)¹⁷³. Sul punto, si è affermato che la pretesa di afferrabilità del bene giuridico “*costituisce indubbiamente l’estremo sviluppo del processo di secolarizzazione del diritto penale, che esalta certamente il carattere garantistico della teorica*”¹⁷⁴, in quanto previene la criminalizzazione di comportamenti che, ponendosi in contrasto con valori meramente spirituali e “volatili”, costituiscano tutt’al più violazione di precetti morali; ma, è d’uopo aggiungere, tale pretesa si accompagna anche a pregiudizi di matrice “fisicalistica”, secondo i quali tutto ciò che sfugge alla percezione empirica dei sensi dovrebbe, per principio essere ignorato o, comunque, messo tra parentesi da parte del giurista, in virtù di una sorta di una diffidenza (e contestuale *epoché*), nei confronti di tutto quanto si sottragga all’esperienza naturalistica¹⁷⁵.

impegnarsi, in modo pregnante e profondo, nella ricerca degli elementi di «afferrabilità» concettuale del bene nella tutela immateriale della persona. L’origine dell’impasse interpretativa sui delitti di schiavitù si può collocare in tale peculiare contesto causativo”. Per un’interessante analisi sul concetto di afferrabilità del bene giuridico, MANNA A., Tutela penale della personalità, Bologna, 1993, pagg. 39 e seguenti, § 3: Il principio di afferrabilità del bene giuridico.

¹⁷³ ARNDT, *Strafrecht in einer offenen Gesellschaft*, in *Verhandlungen des 47. Deutschen Juristentages*, München, 1968, Bd. II, Teil J, 30.

¹⁷⁴ E. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell’onore*, cit., 126.

¹⁷⁵ Peraltro, la critica all’inafferrabilità del bene giuridico ha condotto alcuni autori a mettere, addirittura, in discussione la stessa validità dogmatica di un concetto, quale quello dell’oggettività giuridica del reato, del tutto spirituale e, dunque, non dominabile, donde l’asserita incapacità di tale concetto a fornire il contenuto illecito dei diversi reati (GALLAS, *Zur Kritik*

L'idea che il reato debba essere concepito come violazione di un bene giuridico oggettivo e materiale risale a Johann Michael Franz Birnbaum, il quale, nel celebre saggio del 1834¹⁷⁶, diede corpo alla nozione di "bene giuridico", in aperta contrapposizione alla dottrina feurbachiana del reato quale violazione di un diritto soggettivo¹⁷⁷, nonché in espressione del nascente pensiero

*der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutsverletzung, in Gegenwartsfragen der Strafrechtswissenschaft (Festschrift für Gleispach), 1936, 52) e il rischio che una tale nozione possa essere terreno dell'abuso di astrazione, generalizzazione e formalismo (F. ANTOLISEI, *Il problema del bene giuridico*, in *Scritti di diritto penale*, Milano, 1955, 103).*

¹⁷⁶ BIRNBAUM, *Über das Erforderniss einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung*, in *Archiv des Criminalrechts*, Neue Folge, cit., *passim* e, in particolare, 166 e segg., 175 e segg.; l'altro "padre" del bene giuridico è considerato Karl BINDING, il quale definisce tale concetto come "tutto ciò che agli occhi del legislatore è di valore come condizione di vita integra della comunità giuridica, e al cui immutato ed indisturbato mantenimento la società, secondo il legislatore, ha interesse, sforzandosi di proteggerlo da indesiderate lesioni o pericoli per mezzo delle sue norme" (K. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, I, I ed., Leipzig, 1872, 339 e segg., cit. in ANGIONI, *op. cit.*, 79).

¹⁷⁷ In particolare, Paul Johann Anselm von FEUERBACH, partendo dall'idea fondativa dello Stato di matrice tipicamente contrattualistica, ritiene che possa essere criminalizzato solamente quel comportamento che costituisca violazione di un diritto soggettivo, considerato quale condizione di esistenza della comunità politica; in tal modo, l'illecito penale, illuministicamente, non è più configurato come violazione della volontà di Dio, bensì come violazione della volontà "terrena" degli uomini, siccome trasfusa nel *pactum unionis et subiectionis*. Diretta conseguenza di tale concezione, è costituita dall'impossibilità di qualificare come illecito penale i comportamenti meramente immorali (come i tradizionali reati contro la religione), stante l'assenza di un corrispondente diritto soggettivo a loro sottostante. Per quanto concerne il pensiero di Feuerbach, si vedano tra tutti: MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, cit., 59 e segg.; M. RONCO, *Il*

naturalistico e positivistico: il concetto di “oggettività giuridica”, nelle intenzioni del penalista tedesco, avrebbe dovuto consentire di superare le incertezze connesse alla nozione “formale” e virtuale di “diritto soggettivo”, fulcro della teoria penale di Paul Johann Anselm von Feuerbach¹⁷⁸. In particolare, per Birnbaum, come già accennato il reato, “*secondo la natura delle cose, costituisce una violazione o una messa in pericolo, imputabile all’uomo, di un bene da garantire a tutti in modo uniforme da parte dello Stato*”¹⁷⁹; e proprio il concetto di “violazione”, secondo l’Autore, non può coniugarsi con la nozione di “diritto soggettivo”, in quanto la prima implica – nell’ottica naturalistica – l’infrazione di un ordine esteriore, mentre il secondo, a cagione della propria natura “astratta” ed immateriale, non sarebbe suscettibile di “diminuzione” o annullamento.

problema della pena, cit., 52 e segg.; in particolare, il pensiero di P.J.A. von Feuerbach è stato definito quale “*il punto di passaggio tra la concezione giuridico-penale dell’illuminismo e la moderna scienza giuridico-penale, tra la filosofia del diritto penale del Settecento e la scienza del diritto penale dell’Ottocento*” (M.A. CATTANEO, *Anselm Feuerbach, filosofo e giurista liberale*, cit., 279).

¹⁷⁸ Peraltro, anche in Carrara si legge: “*il delitto è un ente giuridico, perché la sua essenzialità deve consistere impreteribilmente nella violazione di un diritto*” (CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, IX ed., Firenze, 1902, 10; il riferimento al “diritto”, tuttavia, non va frainteso quale forma di proto-normativismo; anzi, il Maestro afferma che “*il diritto è congenito all’uomo perché dato da Dio all’umanità fin dal primo momento della sua creazione onde essa possa compiere i suoi doveri nella vita terrena*”).

¹⁷⁹ BIRNBAUM, *Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung*, cit., 179.

Pertanto, la critica del Birnbaum alla teoria feuerbachiana ed illuministica del reato, quale violazione del diritto, può essere qualificata come “radice” del *clinamen* impresso a tutta la susseguente teoria penale del bene giuridico, verso la meta costituita da un’accezione sostanzialmente materialistica del “bene giuridico”: infatti, proprio la convinzione che alla base dall’illecito penale non possa esservi una violazione “virtuale” di un diritto, ma debba in ogni caso esservi una concreta incisione su un oggetto materiale, costituisce l’*input* decisivo per la moderna dottrina dell’oggettività giuridica, tutta protesa verso la ricerca di un appiglio fisico ed empirico alla teoria del ‘bene’, anche nei luoghi della sua fisiologica assenza¹⁸⁰.

Tuttavia, come è stato autorevolmente rilevato, “*la pretesa fondamentale della teoria del bene giuridico di porsi come concetto materiale del reato e di esprimere il nucleo essenziale*

¹⁸⁰ Sul punto si veda anche l’opinione del von Liszt, secondo il quale “*perché si possa pensare ad un delitto, deve essere dato un qualcosa di percepibile, di afferrabile, un oggetto o una cosa nei cui confronti si verifichi l’evento*” (VON LISZT, *Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht und in der Encyclopädie der Rechtswissenschaft*, in *ZStW*, 1888, 151; l’Autore così prosegue: “*poiché ogni delitto è nello stesso tempo una lesione di un interesse giuridicamente protetto, quell’oggetto deve apparire come una percepibile incarnazione dell’interesse giuridicamente protetto o del bene giuridico*”). Per meglio comprendere la concezione lisztiana del reato e del bene giuridico, è sufficiente riportare la definizione che l’Autore dà del reato di diffamazione: “*una serie di movimenti della laringe, di ondulazioni sonore, di eccitazioni del senso dell’udito e di messa in movimento di processi cerebrali*” (VON LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, II, cit., 107); per una marcata critica contro tale impostazione, di veda RONCO, *Descrizioni penali d’azione*, cit., 238-239.

del torto di tutti i delitti previsti nella parte speciale del codice penale, [porta] con sè gravi problemi di coerenza”, fondamentalmente connessi alla discrasia tra un ideale “scientifico” di oggettività e materialità e la constatazione dell’esistenza, già solo nel *corpus* di diritto positivo, di fattispecie incriminatrici prive di siffatti profili di “afferrabilità empirica”¹⁸¹; e tale questione necessita oggi, *a fortiori*, di un particolare approfondimento, laddove si ponga mente all’attuale diritto vivente, secondo il quale “*il perno su cui ruota il diritto penale dell’offesa, il supporto stesso del principio di offensività, è l’oggetto giuridico, cioè il bene o interesse individuale, sociale o pubblico che è tutelato dalla norma ed offeso dal reato*”¹⁸².

Oggi, infatti, la Suprema Corte afferma addirittura che “*un diritto penale della protezione dei beni giuridici [è] quello imposto dalla Costituzione al legislatore*”¹⁸³: pertanto, il giurista

¹⁸¹ MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell’onore*, cit., 68; l’Autore, infatti, afferma che, “*nel porre un limite alla legislazione, riconoscendo la legittimità della sola protezione dei beni pre-esistenti al diritto ed in certo senso “afferrabili” nel loro riferimento a “cose” o a “persone”, la teoria del bene giuridico si trovava a fare i conti con la “realtà” dei codici penali vigenti, che proteggevano beni assolutamente privi delle connotazioni richieste dalla teoria stessa*”; “*data la divergenza tra la pretesa al carattere palpabile dei beni protetti e l’esistenza di beni senza precisi contorni (“verfluchtiger”) ammessi come oggetti protetti, la dottrina del bene giuridico incappava in un dilemma senza via d’uscita*” (HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, cit., 37, citato in MUSCO, *op. cit.*, 69).

¹⁸² Cassazione Penale, Sez. VI, 1 marzo 1996, n. 973, in *Riv. polizia*, 1997, 366; *Cass. pen.*, 1997, 984; *Giust. pen.*, 1997, II, 67.

¹⁸³ *Ibidem.*

penalista non può esimersi dal verificare se l'essenza dell'illecito penale sia realmente costituito dalla violazione di beni giuridici o se, invece, l'*ubi consistam* del reato debba rinvenirsi *aliunde*. Per portare a compimento tale sforzo ontologico, per tacitare qualsivoglia obiezione di matrice positivista e normativista, l'indagine dei rapporti tra "bene giuridico" ed "essenza del reato" verrà condotta con costante attenzione all'attuale sistema normativo, alla ricerca dei frammenti e delle radici teoriche ad esso sottesi, onde valutare il ruolo rivestito dal bene giuridico all'interno dello *ius conditum*.

6.2. L'inidoneità del concetto di 'bene giuridico tutelato' a denotare ed esprimere il nucleo centrale del disvalore penalistico

Nel corso delle riflessioni che seguono, si tenterà di appurare la fondatezza dell'asserto secondo il quale "*l'oggetto giuridico del reato, rappresentato dal bene del soggetto passivo direttamente offeso dalla violazione della norma penale [...] costituisce la vera essenza del reato stesso*"¹⁸⁴; tale tesi, infatti, costituisce un *topos* della moderna dogmatica penalistica e, proprio in quanto

¹⁸⁴ Cassazione Penale, Sezioni Unite, 24 giugno 1998, n. 9973, in *Cass. pen.*, 1998, 3232; *Dir. pen. e proc.*, 1998, 1244; *Foro it.*, 1998, II, 758; *Riv. pen.*, 1998, 991.

stereotipo tralatizio, necessita di essere vagliato criticamente e dialetticamente.

Una tale affermazione, tanto lapidaria quanto bisognosa di ampia dimostrazione, sembra avere la pretesa di individuare l'*ubi consistam* del diritto penale nella protezione di determinati beni giuridici e, di conseguenza, di identificare il nucleo di disvalore penalistico nella lesione o messa in pericolo dei beni medesimi.

Un tale assunto sembra sconfessabile non solo sulla scorta dei principi fondamentali del diritto penale, ma anche alla luce della disciplina positiva; come di seguito evidenziato, infatti, da un lato il solo riferimento all'oggettività giuridica tutelata non costituisce un valido *discrimen* ontologico tra l'illecito penale e gli illeciti extrapenali (e, segnatamente, quello civile); dall'altro, dallo stesso *corpus* normativo (considerato non solo come mero agglomerato di disposizioni giuridiche vigenti, ma anche come luogo di "sedimentazione storica" dei principi attinenti al magistero punitivo) emergono una serie di indici ermeneutici, dai quali sembra desumersi l'insufficienza teorica del 'bene giuridico' ad evadere lo sforzo definitorio relativo all'essenza dell'illecito penale.

6.2.1. Il ruolo del bene giuridico tutelato, tra illecito penale ed illeciti extrapenal

In relazione al piano teorico-generale, è d'uopo *in primis* rilevare come il solo riferimento alla lesione (o messa in pericolo) di un bene giuridico oggettivo non “colga nel segno”, con riferimento al nucleo essenziale dell'illecito penale: infatti, non v'è chi non veda come il concetto di “violazione di un bene” sia comune ad una pluralità di illeciti, da quello penale a quello civile a quello amministrativo-contabile, di talché esso non può punto rappresentare la *differentia specifica* che contraddistingue il reato dagli altri tipi di illecito giuridico. Peraltro, non avendo alcuna funzione ontologica, la nozione di “bene giuridico” non consente nemmeno all'interprete di rinvenire il fondamento meta-giuridico della criminalizzazione, con la conseguenza che resterebbe interamente devoluto alla discrezionalità – o, addirittura, all'arbitrio – del legislatore il decidere, a parità di oggettività giuridica tutelata, se ricorrere alla sanzione penale o ad altre forme di tutela extra-penale¹⁸⁵.

Nell'economia della presente indagine, al fine di cogliere l'insufficienza definitoria ed ontologica in cui incorre una

¹⁸⁵ Anche nella dottrina tedesca è evidenziato che, poiché anche i rami extra-penal dell'ordinamento giuridico tutelano beni giuridici, il bene giuridico non può fungere per sé solo da spartiacque tra tutela penale e tutela extra-penale (GALLAS, *Gründe und Grenzen der Strafbarkeit. Gedanken zum Begriff des Verbrechens*, 1964, 8; E. SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, 2 Aufl., 1975 37, cit. in F. ANGIONI, *op. cit.*, 81, nota 25).

concezione del diritto penale quale mero strumento di protezione di beni giuridici, è d'uopo ripercorrere brevemente alcuni profili di confronto tra l'illecito civile e quello penale.

L'attuale concetto del c.d. "illecito extracontrattuale" affonda le proprie radici nell'istituto romano del *delictum* (o *maleficcium*)¹⁸⁶, il quale consisteva in un illecito di natura privatistica, in contrapposizione al *crimen*, illecito di natura pubblicistica; il primo era oggetto di *iudicium privatum*, al pari di ogni altro istituto di diritto civile, ed era sanzionato con una pena privata; il secondo era oggetto di *iudicium publicum* ed era sanzionato con pena pubblica.

Inizialmente, i *delicta* trovavano la propria sanzione nella vendetta dell'offeso o del suo gruppo; successivamente, essi vennero considerati come fatti generatori di responsabilità obbligatoria (*obligatio ex delicto*), avente ad oggetto il pagamento di una somma di danaro, fissata dall'ordinamento, da effettuarsi in favore dell'offeso a titolo di pena privata. Alle quattro figure iniziali di *delictum* (furto, rapina, *inuria* e *damnum iniuria datum*),

¹⁸⁶ Nel corso del seguente breve *excursus*, si seguirà l'impostazione di BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, IV ed., Torino, 1993, 514 e segg.; si vedano, inoltre, E. ALBERTARIO, *Delictum e crimen nel diritto romano classico e nella legislazione giustiniana*, Milano, 1924; ID., *Maleficcium*, in *Studi in onore di S. Peruzzi*, Palermo, 1925; G. LONGO, *Delictum e crimen*, Milano, 1976. Più in generale, sul diritto penale romano, BURDESE, *Diritto pubblico romano*, III ed., Torino, 1987, 231 e segg.; AMARELLI, DE GIOVANNI, GARBARINO, SCHIAVONE, VINCENTI, *Storia del diritto romano*, Torino, 2000, 259 e segg.; SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Milano, 1998.

vennero col tempo riconosciute dal pretore altre figure analoghe, soggette al medesimo regime sostanziale e processuale dei *delicta* tradizionali.

L'ammontare della pena privata pecuniaria veniva fissato, perlopiù, in relazione all'entità del danno prodotto e, secondo i casi, nella stima del danno (*in simplum*), o in un multiplo di essa (*in duplum, in triplum, in quadruplum*); talvolta, tuttavia, specie nel diritto arcaico, la somma veniva stabilita in un ammontare fisso¹⁸⁷ ovvero, in ipotesi di danno non patrimoniale, essa era determinata dal giudice in via equitativa.

Il pagamento della suddetta somma di denaro era imposto a titolo di pena¹⁸⁸, allo scopo di colpire il reo con una sanzione afflittiva; solo indirettamente, dalla sanzione pecuniaria pagata dal responsabile poteva derivare, a vantaggio del danneggiato, una ricompensa per il danno. Peraltro, la natura sostanzialmente penale di una tale sanzione emergeva da una serie di "indici" tipici del regime giuridico dei *delicta*: la solidarietà cumulativa dei correi, tenuti tutti a pagare l'intera pena privata *pro capite*; la possibilità di cumulare l'azione penale con l'azione reipersecutoria, volta al risarcimento del danno; l'intrasmissibilità agli eredi dell'*obligatio ex delicto*, e così via.

¹⁸⁷ Per esempio, nell'ottava delle XII tavole si legge: "*Manu fustive si os fregit libero, CCC, si servo, CL poenam subit sestertiorum*", ossia "Chiunque rompa l'osso di un altro, a mano o con un bastone, deve pagare trecento sesterzi se libero; centocinquanta se schiavo".

¹⁸⁸ Cfr. Gai 4. 8: "*Poenam tantum persequimur, veluti actione furti et iniuriarum et secundum quorundam opinionem actione vi bonorum raptorum: nam ipsius rei et vindicatio et condictio nobis competit*".

In età postclassica, tuttavia, la figura del *delictum* quale illecito privato subì un declino progressivo: da un lato, infatti, molte figure di *delictum* vennero progressivamente trasformate in *crimina*, con conseguente loro sottoposizione al regime sostanziale e processuale degli illeciti pubblici e, in particolare, al principio di tipicità; dall'altro lato, si fece strada il concetto di illecito aquiliano quale illecito atipico di danno, sanzionabile privatisticamente mediante il mero risarcimento: in quest'ultimo caso, la solidarietà cumulativa tra i correi tendeva ad essere sostituita con la solidarietà elettiva e veniva in più casi eliminato il concorso cumulativo delle azioni; restava, invece, l'intrasmissibilità passiva dell'*obligatio ex delicto*, fondata ormai non più sul principio di personalità della pena, bensì sull'inesistenza, da parte dell'erede, di una responsabilità per fatto proprio.

Nell'ambito dei *delicta* privati, particolare attenzione merita il c.d. "*damnum iniuria datum*", introdotto dalla *Lex Aquilia* dopo il 286 a.C.; tale illecito si suddivideva in alcune sottocategorie, tra le quali l'uccisione di uno schiavo o di un animale compreso tra i *pecudes*¹⁸⁹ (quadrupedi da armento o gregge) e la causazione di un qualsivoglia danno, arrecato – con l'*urere, frangere, rumpere* – a

¹⁸⁹ Cfr. Gai 3. 210: "*Damni iniuriae actio constituitur per legem Aquilianam, cuius primo capite cautum est ut, si quis nomine alienum alienamve quadrupedem, quae pecudum numero sit, iniuria occiderit, quanti ea res in eo anno plurimi fuerit, tantum domino dare damnetur*".

cose animate o inanimate altrui¹⁹⁰; proprio quest'ultima forma tendenzialmente "atipica" di illecito costituì la "cellula primordiale" dalla quale si sviluppò, nei sistemi giuridici di matrice romanistica, il concetto moderno di illecito extracontrattuale (per l'appunto denominato "aquiliano").

Per tutta l'età classica, il concetto di *damnum iniuria datum*, perpetrato mediante l'*urere*, *frangere*, o *rumpere*, rimase parzialmente ancorato a criteri di tipicità oggettiva e soggettiva: da un lato, infatti, la giurisprudenza – pur tendendo ad estendere la portata della *Lex Aquilia* a nuove fattispecie da essa non espressamente richiamate¹⁹¹ – continuava a mantener fermo il requisito della produzione diretta (*corpore suo*) del danno alla cosa e della sussistenza di una condotta umana commissiva, restando escluse dalla portata dell'istituto le condotte dannose indirette e quelle meramente omissive; dall'altro, sembra che, quantomeno in origine, il richiamo all'*iniuria* involgesse non solo il profilo dell'antigiuridicità oggettiva (ossia, l'assenza di cause di giustificazione), ma anche una forma di dolo da parte del soggetto agente¹⁹².

¹⁹⁰ Cfr. D. 9. 2. 27. 5 (Ulp.): "*Tertio autem capite ait eadem lex Aquilia: "ceterarum rerum praeter hominem et pecudem occisos si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria, quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto"*".

¹⁹¹ A titolo esemplificatio, si tratta dei casi di danneggiamento o uccisione di animali non appartenenti al genere dei quadrupedi da armento o gregge, oppure delle ipotesi di *corruptio* (alterazione o danneggiamento) diversa dalle ipotesi tipiche dell'*urere*, *frangere* o *rumpere* (cfr. Gai 3. 217).

¹⁹² BURDESE, *op. cit.*, 530.

Nel corso della tarda Repubblica avvenne la svolta decisiva in tema di *damnum iniuria datum*: infatti, la giurisprudenza estese l'applicazione della *Lex Aquilia* ad ogni comportamento colposo, facendo rientrare nel concetto di *iniuria* anche la semplice *culpa*¹⁹³; dal canto suo, il pretore cominciò a concedere *actiones in factum ad exemplum legis Aquiliae*, anche genericamente dette “*utiles*”, a sanzione di danni arrecati alla cosa o indirettamente o, addirittura, mediante una condotta omissiva¹⁹⁴. Infine, in epoca giustiniana, l'*actio legis Aquiliae* perse via via gli ultimi residui di “penalità”, essendo essa considerata come rimedio generale di risarcimento di ogni danno colposamente arrecato.

In conclusione, l'evoluzione del *delictum* attraverso la categoria dell'illecito aquiliano ha comportato – a voler approdare ad una sintesi del tutto interlocutoria e tendenziale – il passaggio da un illecito tipico e di azione, ad un illecito atipico di *eventus damni*; in tale prospettiva, “*superare l'idea di delitto, nella costruzione del fatto illecito, significa spostare il giudizio di*

¹⁹³ Cfr. Gai 3. 211: “*Is iniuria autem occidere intellegitur, cuius dolo aut culpa id acciderit; nec ulla alia lege damnum, quod sine iniuria datur, reprehenditur, itaque impunitus est, qui sine culpa et dolo malo casu quodam damnum committit*”.

¹⁹⁴ Si tratta delle ipotesi di scuola in cui l'animale o lo schiavo decedano per inedia, in quanto il reo abbia omesso di nutrirli; oppure il caso in cui lo schiavo, convinto a salire su un albero od a scendere in un pozzo, muoia a causa della caduta (Cfr. Gai 3. 219).

antigiuridicità dall'azione al risultato dell'azione, da una verifica di riprovevolezza all'indicazione di un danno da risarcire"¹⁹⁵.

Parallelamente, si è passati dal concepire, a fronte dell'illecito delittuoso (ma non criminale), una pena pecuniaria il cui fondamento era il disvalore dell'azione compiuta, al considerare l'opportunità di un ricorso ad una sanzione pecuniaria non penale, da determinarsi in relazione al danno prodotto, cioè al risultato dell'azione ed alle sue conseguenze patrimoniali¹⁹⁶.

Osservando “in filigrana” l'evoluzione dell'illecito civile, dai *delicta* delle XII Tavole, alla *Lex Aquilia*, alle *actiones in factum ad exemplum legis Aquiliae*, si coglie in tutta la propria pregnanza la radice storica dell'attuale istituto dell'illecito extracontrattuale od aquiliano; infatti, ove l'odierno art. 2043 c.c. recita che “*qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno*”, appare *ictu oculi* evidente come il moderno concetto di illecito civile rinvenga, come proprio nucleo centrale e fondante, la nozione di “danno ingiusto”, a prescindere dal tipo di azione od omissione che in concreto sia eziologicamente connessa al danno, nonché a prescindere dall'atteggiamento soggettivo del

¹⁹⁵ PIETROBON, *Illecito e fatto illecito, inibitoria e risarcimento*, Padova, 1998, 67.

¹⁹⁶ Sul punto, si è affermato che la sanzione risarcitoria non guarda all'illecito come alla rottura di un ordine che occorre impedire, ma come “*all'ingiusta alterazione di una proporzione quantitativa che è necessario ristabilire*” (PADOVANI, *Lectio brevis sulla sanzione*, in AA. VV., *Le pene private*, Milano, 1985; cit in PIETROBON, *op. cit.*, 44.

responsabile (versi egli in dolo od in colpa grave o lieve¹⁹⁷), con l'unico limite costituito dal caso fortuito e dalla forza maggiore.

A contrariis e per converso, dall'esposta breve analisi storica in tema di *delicta* e *crimina*, emerge il nucleo essenziale dell'illecito criminale, sin dalla distinzione post-classica tra le azioni generali di danno (*actio legis Aquiliae* e, in particolare, *actiones in factum ad exemplum legis Aquiliae*) e le figure tipiche di *crimina*, oggetto di *iudicium publicum* e di susseguente sanzione criminale: se, infatti, il *delictum* è rappresentato da una qualsivoglia azione od omissione che, con dolo o colpa anche lievissima, produca *oggettivamente* un danno altrui, il *crimen* – sin dalle sue origini – si connota per i profili di disvalore *personale*, soggettivo e di condotta e può anche prescindere dal verificarsi di un danno¹⁹⁸.

¹⁹⁷ In una recente sentenza della Corte dei Conti si legge: “*il pubblico dipendente che abbia subito un pregiudizio fisico (menomazione dell'integrità fisica) per fatti comunque imputabili all'Amministrazione di appartenenza ovvero ad un suo dipendente di cui la stessa debba rispondere, può adottare i vari rimedi che l'ordinamento gli offre. Anzitutto egli può agire nella sede giudiziaria per il risarcimento del danno subito (damnum iniuria datum), facendo valere le comuni regole della responsabilità extracontrattuale aquiliana per illecito civile, ai sensi dell'art. 2043 cod. civ., la quale è fondata sul generalissimo principio del neminem laedere ed impone al soggetto che ha agito con dolo o con colpa (in lege aquilia et culpa levissima venit) l'obbligo di risarcire il danno ingiusto*” (Corte dei Conti, 17 giugno 2005, n. 2/2005/QM).

¹⁹⁸ Sul punto, la moderna dottrina ha affermato che “*nel fatto illecito sarà determinante il riferimento al danno, cioè all'esito dell'azione anziché alla sua riprovevolezza. Basti ricordare, come prima indicazione, che il solo tentativo di omicidio è già un delitto, e chi lo compie viene punito per l'azione compiuta, ma non è un fatto illecito se non sia stato prodotto un*

Un ulteriore spunto di riflessione, in relazione al *discrimen* essenziale tra illecito civile e penale, proviene dal tema civilistico della clausola penale¹⁹⁹.

L'art. 1382 c.c. stabilisce: “*La clausola, con cui si conviene che, in caso d'inadempimento o di ritardo nell'adempimento, uno*

*danno. [...] La prima e fondale differenza tra l'azione dannosa e l'azione delittuosa dovrebbe quindi trovarsi nel modo in cui l'azione viene valutata dal diritto cioè nella diversa antigiuridicità. L'azione delittuosa viene valutata per verificare se essa sia riprovevole, al fine di giustificare la sanzione penale, cioè la punizione dell'autore; l'azione dannosa dovrebbe essere valutata al fine di stabilire chi debba sopportarne il danno. [...] Vi sono dunque, in termini generali, due diverse antigiuridicità, l'una che riguarda l'azione dell'uomo ed è rilevante ai fini di emettere un giudizio di colpevolezza, l'altra che consiste nella lesione di un bene altrui, rilevante al fine di stabilire chi deve sopportare il danno conseguente” (PIETROBON, *op. cit.*, 61-64). Per cogliere la distinzione tra i due nuclei essenziali dell'illecito civile e criminale, si pensi al caso in cui un soggetto, scavalcando una recinzione, acceda abusivamente ad un fondo altrui, per poi uscirvi dopo pochi minuti senza arrecare alcun danno al fondo medesimo: è evidente che, in un'ottica di mera lesione del bene giuridico patrimoniale, una siffatta condotta sia del tutto sfornita di qualsivoglia profilo di dannosità; viceversa, in un'ottica di riprovevolezza d'azione, la medesima condotta umana è connotata da rilevanti profili di disvalore, considerato che, accedendo abusivamente e deliberatamente al fondo altrui, il reo mette in atto un comportamento *uti dominus*, con ciò negando, dispregiando e disconoscendo il valore relazionale dell'altrui *dominium*. Interessante notare come, proprio con riferimento all'accesso abusivo al fondo altrui, il sistema giuridico inglese abbia escogitato la categoria del *tort per se*, ossia dell'illecito civile senza danno, nella specie denominato *trespass*.*

¹⁹⁹ Riguardo a tale tema, *ex plurimis*, si vedano S. MAZZARESE, *Clausola penale*, Milano, 1999; M. DE LUCA, *La clausola penale*, Milano, 1998; A. MARINI, *La clausola penale*, Napoli, 1984; V. M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, Milano, 1954; più di recente, F. MOLFESE, *La clausola penale*, in *Giur. it.*, 2008, 2.

dei contraenti è tenuto a una determinata prestazione, ha l'effetto di limitare il risarcimento alla prestazione promessa, se non è stata convenuta la risarcibilità del danno ulteriore.

La penale è dovuta indipendentemente dalla prova del danno”.

Secondo la dottrina più autorevole, la natura “penale” della clausola ex art. 1382 c.c. risiederebbe nell'efficacia sanzionatoria e, per così dire, afflittiva che tale pattuizione dispiega²⁰⁰, in uno con la funzione eventualmente risarcitoria²⁰¹: infatti, in deroga

²⁰⁰ In tema di funzione sanzionatoria della clausola penale: A. MARINI, *La clausola penale*, cit., 1: “*la penale rappresenta «una manifestazione di autonomia privata destinata ad operare sul piano sanzionatorio e, quindi, ad incidere sul sistema stesso delle sanzioni quale risulta in un singolo momento storico ed in riferimento ad un dato ordinamento positivo»*”; MAGAZZÙ, *Clausola penale*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 186 e segg.; V. M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, cit., 351; cfr. anche V. M. TRIMARCHI, *Caparra (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, secondo il quale clausola penale e caparra avrebbero “*codesta comune e fondamentale funzione: di dar vita a una pena privata (profilo penale), in caso di mancata previsione o di assenza di danni risarcibili, e a una (facoltativa, per il creditore principale) determinazione preventiva dell'ammontare dei danni conseguenti all'inadempimento dell'obbligazione principale ovvero (per la clausola penale) alla violazione di un dovere giuridico*”.

²⁰¹ Propendono per una concezione squisitamente risarcitoria DE CUPIS, *Il danno*, 3^a ed., I, Milano, 1979, 521 e segg.; ID., *Sulla riduzione della penale*, in *Giust. civ.*, 1983, II, 236; GERBO, *Clausola penale e danno*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, II, *passim*, spec. 206 e segg., 209, 213 e segg.); penale e risarcitoria insieme BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, 2^a ed., III, Milano, 1948, 481; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, 3^a ed., in *Comm. cod. civ.*, Torino, 1980, 335; nonché, con toni originali ed in riferimento ad una «funzione dualistica», MAZZARESE, *Le obbligazioni penali*, Padova, 1990, *passim*, in particolare 152 e segg., 189 ss.; ID., *Clausola penale*, cit., 181-193. Di una peculiare funzione “sanzionatoria”, che consisterebbe “*nella determinazione anticipata (rispetto all'inadempimento o al ritardo) e*

(*rectius*, parallelamente) al regime generale dell'illecito civile (contrattuale ed extracontrattuale), con l'art. 1382 c.c. il legislatore appronta una tutela "rafforzata" del contraente, prevedendo la possibilità che le parti pattuiscano, in caso di inadempimento o ritardato adempimento, il pagamento di una somma di denaro a titolo di penale.

Sul punto, la Suprema Corte ha correttamente precisato che, con la clausola penale, da un lato "*i contraenti disciplinano gli effetti dell'inadempimento in modo diverso da quello stabilito dalla legge, concordando una preventiva e convenzionale liquidazione del danno*"; dall'altro lato, "*in tale clausola può essere ravvisata anche una funzione punitiva, perché nella sua stipulazione si commina una sanzione per l'inadempimento, consistente in una prestazione che il contraente inadempiente dovrà effettuare all'altro indipendentemente dal danno sofferto da quest'ultimo*"²⁰².

convenzionale di una sanzione a struttura obbligatoria quale conseguenza dell'inadempimento o del ritardo nell'inadempimento dell'obbligazione» discorre A. MARINI, *La clausola penale*, cit., 36, seguito da E. GABRIELLI, *Clausola penale e sanzioni private nell'autonomia contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1984, 910 e segg.. Sottolineano, infine, le molteplici finalità e, per certi versi, l'inutilità di individuare quella tipica, GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo casistico*, I, *Lineamenti generali*, Milano, 1955, 242-253, a detta del quale sotto il nome di penale "*vanno patti che hanno funzioni o scopi diversi, benché tutti si possano assommare nel concetto di patto sanzionatorio, avente cioè lo scopo di rafforzare o anche creare una sanzione*".

²⁰² Cassazione Civile, Sez. III, 26 giugno 2002, n. 9295, in *Giur. it.*, 2003, 450.

Dunque, l'essenza della "penalità" della clausola ex art. 1382 c.c. risiede in ciò, e cioè nel fatto che la *causa* di tale trasferimento patrimoniale (ossia, il pagamento della "penale" in caso di inadempimento o ritardato adempimento) non risiede in un danno attuale, effettivo ed accertato, bensì nella violazione dell'obbligo civilistico di adempiere correttamente o puntualmente; è pur vero, infatti, che gli artt. 1382 e segg. c.c. prevedono una serie di temperamenti che, sia pure in modo diretto, àncorano la clausola penale ai principi generali della "corrispettività" civilistica (si pensi al divieto di cumulo ex art. 1383 c.c. ed alla riduzione della penale ex art. 1384 c.c.²⁰³),

²⁰³ In tema di riduzione *ex officio* della penale, non può non farsi rinvio alla recente sentenza Cassazione Civile, Sezioni Unite, 13 settembre 2005, n. 18128, in *Obbl. e contr.*, 2006, 415, con nota di V. PESCATORE, *Riduzione d'ufficio della penale e ordine pubblico economico*; in *Foro it.*, 2005, I, 2985; *ivi*, 2006, I, 106, con nota di A. PALMIERI, *Supervisione sistematica delle clausole penali: riequilibrio (coattivo ed unidirezionale) a scapito dell'efficienza?*; *ivi*, 2006, I, 431, con nota di BITETTO, *Riduzione «ex officio» della penale: equità a tutti i costi?*; in *Guida dir.*, 2005, 38, 34, con nota di M. PISELLI, *Con l'estensione del favor debitoris compromessa la finalità dell'istituto*; in *Corriere giur.*, 2005, 1534, con commento di A. DI MAJO, *La riduzione della penale ex officio*; in *Dir. e giustizia*, 2005, 38, 12, con nota di GARUFI, *Dietrofront sulla penale, garanzia di equità*; in *Arch. locazioni*, 2005, 633; in *Notariato*, 2006, 13, con nota di M. TATARANO, *C'era una volta l'intangibilità del contratto*; in *Corriere merito*, 2005, 1171, con nota di TRAVAGLINO, *Clausola penale manifestamente eccessiva e potere di riduzione d'ufficio*; in *Europa dir. priv.*, 2006, I, 353, con nota di SPOTO, *La clausola penale eccessiva tra riducibilità di ufficio ed eccezione di usura*; in *Resp. civ. e prev.*, 2006, 56, con nota di SCHIAVONE, *Funzione della clausola penale e potere di riduzione da parte del giudice*; in *Danno e resp.*, 2006, 411, con nota di MEDICI, *La riducibilità ex officio della clausola penale manifestamente eccessiva. Controllo sulla penale «manifestamente*

tuttavia, alla base dell'istituto *de quo*, resta pur sempre una radice sanzionatoria di tipo squisitamente afflittivo, che fa riferimento più ad un disvalore di condotta (la “riprovevolezza” dell'inadempimento o del ritardato adempimento), che ad un disvalore connesso all'*eventus damni*.

Alla luce di tali considerazioni, in chiave sistematica, sembra possibile osservare come, rispetto al paradigma civilistico generale – avente come fulcro il binomio ‘danno-risarcimento’ oltre che il concetto di evento quale lesione di un bene giuridico – la clausola penale costituisca ipotesi eccezionale e derogatoria, che collega, quasi come una vena aurifera, l'illecito civile all'illecito penale; dunque, laddove il diritto civile, in tema di clausola penale, ha fatto ricorso ad un paradigma teorico eccezionale e derogatorio, fondato sul binomio ‘inadempimento-pagamento della penale’ (laddove l'inadempimento costituisce una condotta antidoverosa) e sul concetto di irrilevanza

eccessiva» ed equilibrio degli scambi contrattuali; e di A. RICCIO, La riducibilità ex officio della clausola penale manifestamente eccessiva. Il generale intervento del giudice sugli atti di autonomia privata; in Nuova giur. comm., 2006, I, 364; in Giur. it., 2006, 2279, con nota di G. GANDOLFI; in Riv. dir. privato, 2006, 683, con nota di C. CICALA, La riducibilità d'ufficio della penale; in Riv. dir. processuale, 2006, 728, con nota di E.F. RICCI, Sui poteri ufficiosi del giudice in tema di interruzione della prescrizione e di riduzione della penale; e in Riv. dir. civ., 2007, II, 43, con commento di ABATANGELO, La richiesta di riduzione della clausola penale: un'ipotesi di c.d. eccezione in senso lato?; L. BOZZI, La clausola penale tra risarcimento e sanzione: lineamenti funzionali e limiti dell'autonomia privata, in Europa dir. priv., 2005, 1120, nt. 73; PERFETTI, Riducibilità d'ufficio della clausola penale ed interesse oggettivo dell'ordinamento, in Nuova giur. comm., 2006, II, 187.

dell'evento di danno (art. 1382, cpv., c.c.), in chiave dogmatico-sistemica tale opzione teorica rappresenta un importante indizio che – se non grave, preciso e concordante – quantomeno conferma, unitamente alle suesposte riflessioni, la patente insufficienza definitoria di un modello teorico che intenda rinvenire nella violazione oggettiva di un bene giuridico l'*ubi consistam* dell'illecito penale. Infatti, proprio il diritto civile, innanzi alle deficienze di un sistema fondato sulla mera coppia “danno-risarcimento”, ha mutuato dal sistema penalistico il modello “violazione del dovere-pena”; e dunque, sarebbe teoricamente inammissibile ridurre l'illecito penale ad una accezione *minima* di “violazione di un bene giuridico”, così costringendo tale illecito proprio in quegli angusti ambiti nei quali nemmeno l'illecito civile *lato sensu* considerato è suscettibile di essere ristretto.

Prima di procedere oltre, pertanto, giova appuntarsi un'interinale ed interlocutoria conclusione: la radice teorica dell'illecito penale – se scandagliata individualmente ed in sistematico confronto con l'illecito civile – appare riconducibile più che alla violazione di un diritto cui si accompagna la lesione di un bene giuridico oggettivo, alla violazione di un “dovere di rispetto”, la cui essenza si manifesta *ictu oculi* nell'assenza di un “riconoscimento che è dovuto”, ossia nel dispregio per il “valore dell'altro” siccome espresso nella relazione intersoggettiva. Lambendo per l'ultima volta l'istituto della clausola penale, prima di procedere verso altri lidi teorici, proprio in tale ambito del

diritto civile – eccezionale rispetto al paradigma risarcitorio e rinviate al diverso modello penalistico – emerge un titolo o una causa di trasferimento patrimoniale che non fa leva sul danno quale violazione di un *diritto* soggettivo di credito, quanto sull’inadempimento quale violazione di un *dovere*. Tant’è che la stessa giurisprudenza civilistica ha riconosciuto che, sostanzialmente, la clausola penale rappresenta “*una sanzione per la mancata osservanza di un comportamento dovuto*”²⁰⁴, con tale inciso evidenziando quella che può essere definita la natura “deontica” o “deontologia” dell’illecito penale, la quale sarà oggetto di riflessione nel prosieguo della presente indagine.

6.2.2. Il ruolo del bene giuridico tutelato nel sistema penale vigente

Nelle precedenti riflessioni, si è evidenziata la differenza ontologica tra l’illecito civile e l’illecito penale, dalla quale emerge l’impossibilità di ridurre l’essenza di quest’ultimo a mera ed oggettiva lesione di beni giuridici materiali. Ma v’è di più: tale impossibilità non affiora solamente da argomentazioni di natura teorico-dogmatica, ma risulta essere proprio il precipitato dello stesso sistema normativo.

²⁰⁴ Cassazione Civile, Sez. II, 15 febbraio 2002, n. 2209.

Sul punto, è significativo e paradigmatico il riferimento al tema della tutela penalistica della vita, siccome espresso normativamente nelle disposizioni penali in tema di omicidio.

Ponendo mente alla metrica sanzionatoria *in subiecta materia*, emerge come la cornice edittale complessiva in tema di reati d'omicidio sia compresa tra i sei mesi di reclusione, pena minima per l'omicidio colposo ex art. 589 c.p., e la pena dell'ergastolo, pena massima per l'omicidio volontario aggravato ex artt. 576 e 577 c.p.. A fronte di tale notevole "forbice" edittale, tuttavia, è evidente come il bene giuridico tutelato dagli artt. 575 e 589 c.p. sia *oggettivamente* il medesimo, ossia la vita umana: se, dunque, ci si interroga in merito al fondamento di una siffatta sperequazione sanzionatoria, la semplice nozione di "lesione del bene-vita" non soccorre né esplica una completa efficacia euristica, in quanto essa "nulla dice" all'interprete circa la differenza assiologica intercorrente tra la fattispecie di omicidio colposo e quella di omicidio doloso; al limite, infatti, il bene-vita soppresso dalle condotte di cui agli artt. 575 e 589 c.p. è il medesimo bene oggettivo leso da una condotta umana fortuita (non punibile ex art. 45 c.p.) o, addirittura, da un mero fatto naturale²⁰⁵.

In proposito, non è del tutto dirimente l'obiezione secondo la quale la mera metrica sanzionatoria non costituirebbe solido fondamento per un'indagine autenticamente teorica e dogmatica:

²⁰⁵ Si pensi al caso di scuola della morte cagionata da un fulmine o da un evento tellurico.

infatti, da un lato, in tema di omicidio, la “forbice” edittale è talmente ampia da non poter non costituire, quantomeno, una spia di più profonde radici teoriche; dall’altro, ridurre il tema della “posologia sanzionatoria” a mero *adminiculum* affatto accessorio e marginale, nell’ambito della teoria del reato, appare non solo un inaccettabile semplicismo, ma anche un vero e proprio tradimento dei principi generali del sistema penale, laddove la pena (nelle sue quantità e qualità) rappresenta, ovviamente, il fulcro teorico dell’intero sistema²⁰⁶.

Con riferimento al confronto tra l’omicidio colposo e l’omicidio volontario, tuttavia, potrebbe obiettarsi che il ragionamento relativo al bene giuridico tutelato sia sostanzialmente “sviato”, in ragione della disomogeneità dell’elemento soggettivo, da un lato la colpa nel delitto ex art. 589 c.p., dall’altro il dolo nel delitto ex artt. 575, 576 e 577 c.p.; sul punto, è d’uopo *in primis* evidenziare la debolezza di una siffatta obiezione, la quale traslando l’accento sull’elemento soggettivo del reato, sembra volere occultare surrettiziamente il più profondo

²⁰⁶ Per i rapporti tra teoria generale del reato e teoria generale della pena, si veda, *ex plurimis*, BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Novissimo Dig. It.*, XIX, Torino, 1973, *passim* e, in particolare, 25 e 38, in cui si pone come imprescindibile un continuo scambio dialettico tra teoria del reato e teoria della pena, in quanto esse “*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 (connotazione teleologica del reato)*”; con riferimento agli effetti teorici della funzione rieducativa della pena all’interno della struttura del reato, BRICOLA, *op. cit.*, 53 e segg., 82 e segg..

problema del bene giuridico tutelato: infatti, ogni osservazione relativa ai profili psicologici del reato non fa venir meno né indebolisce le riflessioni in tema di oggettività giuridica del reato, quantomeno perché resta, in ogni caso, aperto ed irrisolto il nodo centrale, relativo all'*ubi consistam* dell'illecito penale; residua, infatti, l'interrogativo circa il nucleo di disvalore criminale oggettivo che, a parità di bene materiale leso (ossia il bene-vita), giustifichi la summenzionata radicale disparità sanzionatoria (giova ribadirlo, da sei mesi di reclusione alla pena dell'ergastolo).

In ogni caso, anche a voler restringere la ricerca al solo ambito dell'omicidio (*rectius*, degli omicidi) volontari, un argomento più sottile ci è fornito dal confronto tra le due fattispecie dell'omicidio volontario (art. 575 c.p.) e dell'omicidio del consenziente (art. 579 c.p.)²⁰⁷, in cui, a parità di elemento

²⁰⁷ In tema di omicidio del consenziente, *ex plurimis*, si vedano M RONCO, Commento *sub* art. 579 c.p., in M. RONCO, S. ARDIZZONE (a cura di), *Codice penale ipertestuale*, II ed., cit., 2332 e segg.; D'ANDRIA, Commento *sub* art. 579 c.p., in *Comm. Lattanzi – Lupo*, X, Milano, 2000, 157; DINACCI, *L'omicidio del consenziente in un'equivoca sentenza della Corte d'Assise di Roma*, in *Giur. merito*, 1986, II, 144; GALLI, Commento *sub* art. 579 c.p., in *Comm. Dolcini – Marinucci*, II, II ed., Milano, 2006, 3826; MANFREDI, Commento *sub* art. 579 c.p., in *Comm. Marini e altri*, III, Torino, 2002, 2709; MANNA, *Artt. 579-580 c.p. – Omicidio del consenziente ed istigazione o aiuto al suicidio: l'eutanasia*, in *Reati contro la persona*, I, *Reati contro la vita, l'incolumità individuale e l'onore*, a cura di MANNA, Torino, 2007, 40; MANTOVANI, *Diritto penale, Parte spec., Delitti contro la persona*, II ed., Padova, 2005, 112; ID., *Eutanasia*, in *Digesto pen.*, IV, Torino, 1990, 422; ID., *Aspetti giuridici dell'eutanasia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 448;

soggettivo (dolo) e di evento oggettivo (morte della persona offesa), il sistema normativo avverte l'esigenza di enucleare due differenti tipicità di reato e due cornici sanzionatorie²⁰⁸.

In proposito, se ci si limita ad osservare il dato materiale della 'soppressione volontaria della vita altrui', non si rinviene una salda *ratio* teorica che giustifichi la distinzione tra le due fattispecie criminose; tant'è che lo stesso diritto vivente, intriso come su esposto del tradizionale oggettivismo materialistico, si è imbattuto in una serie di ostacoli teorici, in sede di individuazione del bene giuridico tutelato dalla due disposizioni e del *discrimen* teorico tra le medesime.

La dottrina, a titolo esemplificativo, ponendo in luce l'elemento del consenso della persona offesa, all'interno della struttura del reato ex art. 579 c.p., è giunta ad affermare che da un lato gli artt. 575 e 579 c.p. tutelano il medesimo bene-vita, dall'altro l'art. 575 c.p. tutela *anche* la libertà della persona offesa e, dunque, il particolare disvalore dell'omicidio volontario rispetto all'omicidio del consenziente risiederebbe nel fatto che il primo, a differenza del secondo, compromette *anche* la libertà di

PANNAIN, CORRERA, SCLAFANI, STARACE, *L'omicidio del consenziente*, Napoli, 1982; PORZIO, *Eutanasia*, in *Enc. Dir.*, XVI, Milano, 1967, 103; B. PANNAIN, SCLAFANI, M. PANNAIN, *L'omicidio del consenziente e la questione "eutanasia"*, Napoli, 1988; RICCIOTTI, *Commento sub art. 579 c.p.*, in *Comm. Crespi, Stella, Zuccalà*, Padova, 2003, 1788.

²⁰⁸ Per quanto concerne l'omicidio volontario, le pene edittali sono da ventuno a trent'anni di reclusione per il delitto "base" ex art. 575 c.p. e la pena dell'ergastolo per gli omicidi aggravati ex artt. 576 e 577 c.p.; l'omicidio del consenziente, invece, è punito con la pena della reclusione da sei a quindici anni.

autodeterminazione della persona offesa²⁰⁹. Una tale argomentazione appare tanto sofisticata quanto teoricamente debole: infatti, principiando dalla premessa secondo la quale l'essenza del reato sarebbe costituita dalla violazione di bene giuridico, innanzi ad una chiara omogeneità oggettiva tra l'omicidio volontario e l'omicidio del consenziente, l'interprete si sforza di rinvenire un *quid* oggettivo che connoti, quasi per aggiunzione, la fattispecie dell'omicidio volontario rispetto a quella dell'omicidio del consenziente; di talché, il penalista, pur di restare a tutti i costi coerente al paradigma oggettivistico che "impregna" tutta la teoria del bene giuridico, giunge a rinvenire nel reato di omicidio volontario un'ulteriore oggettività giuridica, costituita dalla non meglio identificata libertà (forse libertà di scegliere tra la vita e la morte?), insinuando implicitamente l'idea che il delitto di omicidio ex art. 575 c.p. sia nientemeno che un reato plurioffensivo! Ma dunque, per assurdo, se si volesse condurre al limite una tale ricostruzione teorica, si dovrebbe riconoscere che ogni reato è, in realtà, plurioffensivo, nella misura in cui offende un bene specifico (la vita, l'incolumità fisica, il patrimonio, e così via) e, al contempo, un bene generico, ossia la libertà della persona offesa di autodeterminarsi e di disporre autonomamente dei propri beni giuridici: evidente l'inaccettabilità di una tale impostazione, il cui esito implica l'immotivata duplicazione – o, addirittura, moltiplicazione – delle oggettività giuridiche tutelate.

²⁰⁹ PATALANO, *I delitti contro la vita*, Padova, 1984, 189.

In realtà, tali “contorsionismi” logico-giuridici, come sovente avviene in ogni ipotesi di eccesso di formalismo e di astrazione, denotano una più profonda debolezza, a monte, del paradigma oggettivistico fondato sulla mera nozione materiale di bene giuridico; infatti, nei casi in cui l’interprete, ancorato ad un protocollo teorico “a monte”, si trovi poi, “a valle”, a dovere effettuare delle sofisticate torsioni teoriche pur di restare coerente al principio iniziale, il modo più intellettualmente onesto e filosoficamente corretto è quello di mettere in discussione il protocollo iniziale, ossia di sottoporre ad un vaglio critico il *topos* secondo il quale “*l’oggetto giuridico del reato, rappresentato dal bene del soggetto passivo direttamente offeso dalla violazione della norma penale [...] costituisce la vera essenza del reato stesso*”²¹⁰.

In proposito, l’unica “via d’uscita” all’aporia testé illustrata sembra costituita dal superamento del paradigma oggettivistico, il quale per l’appunto rinviene nell’oggetto giuridico del reato il fulcro del disvalore penalistico; in tale ottica di superamento, la differenza ontologica tra i delitti di omicidio volontario (art. 575 c.p.) e di omicidio del consenziente (art. 595 c.p.) non emerge tanto da un *discrimen* quantitativo (ossia, come sopra accennato, rinvenendo nell’omicidio doloso un bene giuridico *in più*, ossia la libertà di autodeterminazione), bensì ragionando in termini di

²¹⁰ Cassazione Penale, Sezioni Unite, 24 giugno 1998, n. 9973, in *Cass. pen.*, 1998, 3232; *Dir. pen. e proc.*, 1998, 1244; *Foro it.*, 1998, II, 758; *Riv. pen.*, 1998, 991.

diverso spessore qualitativo ed assiologico: senza un ricorso a lambiccati – e, come visto, aporetici – ragionamenti di natura oggettiva (*sub specie*, individuazione di ulteriori beni protetti), per cogliere la reale differenza ontologica tra le due fattispecie, sembra sufficiente rilevare che, a parità di oggettività giuridica (la vita umana) e di elemento psicologico (volontà e rappresentazione dell'evento-morte²¹¹), affiora una sostanziale differenza valoriale e “di senso” tra le due fattispecie; infatti, ciò che muta *ceteris paribus* è proprio il disvalore relazionale della condotta mortifera, laddove l'omicidio volontario (art. 575 c.p.) sottende il massimo grado del disconoscimento dell'altrui valore, mentre l'omicidio del consenziente, pur in un'ottica di ingiustificabile soppressione della vita umana, si colloca in un diverso piano di disvalore relazionale²¹²; e tale “diverso piano”, è d'uopo ribadirlo, non è

²¹¹ Tale ultima considerazione, riferita al dolo del reato, non risulta, peraltro, del tutto condivisibile laddove non ci si limiti a considerare l'elemento soggettivo del reato quale mero dato psicologico, ma si abbracci la teoria normativa della colpevolezza; è evidente, infatti, che in termini di riprovevolezza e rimproverabilità, il dolo ex art. 575 c.p. e il dolo ex art. 579 c.p. non sono certo equivalenti. Ma anche in tal caso, emerge che il solo riferimento oggettivo al bene giuridico non è idoneo a cogliere la reale essenza dell'illecito penale.

²¹² “*Si può veramente credere che la funzione del diritto penale, con la previsione della norma incriminatrice dell'art. 575 c.p., sia quella di proteggere la vita umana? Se si considera con rigore speculativo la questione, va riconosciuto che il diritto penale non si cura di proteggere “direttamente” la vita; così come, d'altra parte, non assicura “direttamente” i cittadini contro la morte (compito, per vero, che assume istituzionalmente la medicina come scienza naturale). Il diritto penale, in realtà, si occupa del “bene relazionale” costituito dal “riconoscimento interpersonale dialettico” (ovviamente traducesi in comportamenti*

dato cogliere al solo considerare il mero riferimento al bene giuridico e all'elemento psicologico del reato²¹³.

Se si volge lo sguardo al diverso ambito dei reati contro il patrimonio, le suddette obiezioni ad una concezione oggettivistica del reato acquistano viepiù forza e vigore concettuali; infatti, proprio tale settore di tutela penale rappresenta la patente espressione di una rinuncia, da parte del sistema penale, ad una mera tutela obiettiva di beni giuridici materiali.

In tema di reati contro il patrimonio affiora con chiarezza e plasticità tutto il portato della c.d. “frammentarietà” del diritto penale: in attuazione del principio di *extrema ratio* (corollario del principio di libertà personale), infatti, il magistero punitivo statale interviene non in presenza di un qualsivoglia danno economico, ma solo ove la condotta umana sia espressione di un particolare disprezzo per l'altrui patrimonio; infatti, si ritiene che i rimedi civilistici, quale è il risarcimento del danno, siano sufficienti a “compensare” le ipotesi di semplice “lesione oggettiva” del

*rilevanti nel mondo della prassi), vietando l'uccisione dell'uomo da parte di un “altro uomo”. Laddove si assuma l'evento senza considerarne il coefficiente genetico umano, si trascurano le differenze che sussistono tra identici accadimenti fenomenici: la perdita della vita provocata dalla sorte avversa (o, per ipotesi, dall'azione violenta di un animale) è un “fatto” diverso dalla perdita della vita conseguente ad una condotta omicidiaria poiché, nel secondo caso, il diritto “protegge” un “bene” differente, risaltante indelebilmente come realtà relazionale” (CARUSO, *Delitti di schiavitù e dignità umana*, cit., 284).*

²¹³ Con riferimento all'elemento psicologico, si veda la nota che precede.

patrimonio medesimo. Sul punto, si è magistralmente precisato che “*mentre nell’illecito meramente civilistico la posta in gioco è soltanto l’impoverimento di una delle parti, in relazione al bene finito che costituisce l’oggetto delle prestazioni correlative, nel reato la posta in gioco è l’impoverimento del patrimonio complessivo del bene comune, inteso non in senso esclusivamente materiale, bensì spirituale, giacché viene negato non tanto il bene finito oggetto della prestazioni determinata, bensì il bene stesso che fonda la relazione sociale, cioè il principio dell’equivalenza tra il prendere e il dare*”²¹⁴.

Proprio in tema di reati contro il patrimonio, dunque, emerge la natura essenzialmente “modale” dell’illecito penale, quale illecito non di lesione, ma di “modalità di lesione”²¹⁵, nel quale il

²¹⁴ M. RONCO, *Il problema della pena*, cit., 185. Già nel diritto romano, in tema di *obligationes ex delicto*, la previsione di una condanna *in duplum*, *in triplum* o *in quadruplum* rispetto al danno patito dal soggetto leso era indice di un *quid pluris* rispetto al semplice nocumento patrimoniale ed il pagamento del risarcimento “in multiplo”, imposto a titolo di vera e propria sanzione afflittiva, denotava un “eccesso di disvalore” rispetto al mero danno economico (in proposito, BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, cit., 514 e segg.; l’Autore evidenzia le conseguenze della natura “penale” di tali sanzioni: *inter alia*, la solidarietà cumulativa, il concorso tra azione penale ed azione reipersecutoria, l’intrasmissibilità agli eredi delle *obligationes ex delicto*).

²¹⁵ Sul punto, M. RONCO, “*Il significato retributivo-rieducativo della pena*”, in *Diritto penale e processo*, 2005, II, 141; ID., *Il problema della pena*, cit. 141: “*la ‘ratio’, invero, del configurarsi del reato in termini di modalità di lesione, e non di lesione ‘tout court’, nonché del suo presentarsi come necessariamente corredato dalla colpevolezza sta proprio nell’esigenza della conformazione della struttura dell’illecito alla natura della sanzione: in tanto il reato è indotto a strutturarsi in chiave*

nucleo di disvalore risiede nella compromissione non di un ordine oggettivo-materiale, bensì di un equilibrio soggettivo-relazionale; se, infatti, il primo tipo di compromissione è suscettibile di essere integralmente (o quasi integralmente) riparato mediante il semplice risarcimento del danno, il secondo denota una più profonda tendenza al disprezzo, da parte del soggetto agente, non solo del singolo e particolare oggetto giuridico, ma anche del complessivo e generale valore della relazionalità, il quale eccede il mero nocumento patrimoniale.

Anche in questo caso, dunque, dallo stesso sistema di diritto positivo emerge l'infondatezza del summenzionato assunto, secondo il quale l'essenza del reato consisterebbe nella lesione di un'oggettività giuridica: infatti, l'indagine relativa ai reati di omicidio ed ai delitti contro il patrimonio ha confermato come lo sforzo ontologico, finalizzato alla ricerca dell'*ubi consistam* dell'illecito penale, non possa essere compiutamente evaso limitandosi all'indagine circa l'effetto oggettivo-lesivo della condotta umana e come, di contro, la dimensione offensiva del

soggettivistica in quanto la pena, in ragione del suo contenuto e del suo fondamento, postula una pronuncia in termini di riprovevolezza del contegno punito". L'Autore cita anche M. GALLO, *L'elemento oggettivo del reato. Appunti di diritto penale*, Torino, 1974, 9-13, in cui, alla luce della considerazione del reato come illecito a modalità di lesione e non di mera lesione, si affronta il tema del rapporto tra diritto penale e morale, pervenendo alla conclusione circa l'esistenza di un nesso tra reato ed illecito morale, concernente non il contenuto del giudizio, bensì le modalità con cui il giudizio viene formulato).

fatto criminoso risieda precipuamente nel disvalore personale e relazionale sotteso al fatto medesimo.

In conclusione, citando un'interessante tesi del Dahm (pur non condividendone punto la temperie ideologica), *“la protezione del bene giuridico non è il solo ed il sempre decisivo punto di vista, ma uno dei molti. L'attacco al pensiero del bene giuridico non si dirige contro il concetto di bene giuridico, ma contro l'unilaterale accentuazione del concetto di bene giuridico nel senso dell'oggetto protetto”*²¹⁶.

6.2.3. Alla ricerca delle radici “relazionali” del bene giuridico tutelato: la dimensione esistenziale della condotta umana, quale “progetto” (*Entwurf*) e “prendersi cura” (*Besorgen*) dell'altro nella relazione intersoggettiva

Le riflessioni che precedono sono costituite da una serie di *rimae extravagantes* aventi ad oggetto le nozioni di “bene giuridico” elaborate in seno al diritto vivente; invero, esse hanno avuto più d'altro un intento confutatorio-demolitorio, messo in

²¹⁶ DAHM, *Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft*, cit. in MUSCO, *op. cit.*, 79; cfr., anch'egli nell'ambito della c.d. “Scuola di Kiel”, SCHAFFSTEIN, *Der Streit um das Rechtsgutsverletzungsdogma*, in *DstR*, 1937 (cit. in MUSCO, *ibidem*): *“la violazione del bene giuridico è certo un elemento molto importante da prendere in considerazione presso la maggior parte dei delitti, ma non il solo che determina il contenuto illecito del reato”*.

atto attraverso la ricerca delle aporie in cui si insabbiano alcuni *topoi* teorici riguardanti l'oggettività giuridica del reato.

Al termine di tale breve indagine, devono necessariamente “tirarsi le fila” dell'argomentazione e, quantomeno, abbozzare alcuni spunti di quella che dovrebbe prospettarsi come vera e propria *pars construens* della ricerca in tema di bene giuridico tutelato.

In particolare, nella precedente indagine si sono individuati le aporie ed i vizi di una teoria del bene giuridico che riduca quest'ultimo a mera *littera legis*, sovrapponendo l'oggetto giuridico del reato alla stessa disposizione normativa; successivamente, si è confutata la tesi secondo la quale il bene giuridico sarebbe costituito dalla *voluntas* o dalla *ratio legis*, evidenziando l'inaccettabilità di una teoria del reato che riduca il disvalore penalistico della condotta umana a semplice “devianza” dagli scopi di politica-criminale perseguiti dal legislatore; infine è stata sottoposta ad analisi la concezione c.d. “tassonomica” del bene giuridico, che rinviene l'oggetto del reato nella mera “topografia” codicistica, riducendo così il concetto di “bene” a strumento di classificazione dei reati, nonché pretendendo – erroneamente – di potere adoperare siffatta accezione “classificatoria” per la soluzione di questioni o di problemi emergenti dal diritto positivo sostanziale e processuale.

Indi, dopo avere illustrato le aporie e le “secche teoriche” in cui si arenano talune concezioni del bene giuridico, si è svolta un'indagine relativa al ruolo dell'oggettività giuridica nell'ambito

della teoria del reato, con particolare attenzione al piano comparativo-sistematico attinente ai rapporti tra illecito civile ed illecito penale, nonché alle emergenze del diritto positivo; ciò al fine di sottoporre a vaglio critico la tesi moderna secondo la quale *“l’oggetto giuridico del reato, rappresentato dal bene del soggetto passivo direttamente offeso dalla violazione della norma penale – vita, integrità personale, libertà, onore, patrimonio, ecc. – costituisce la vera essenza del reato stesso, che, se formalmente appare come la violazione di un precetto giuridico munito di sanzione criminale, sostanzialmente consiste nell’offesa del bene da esso protetto”*²¹⁷.

Al termine del sintetico studio, testé brevemente illustrato, si è giunti ad una conclusione interlocutoria, secondo la quale – quantomeno alla luce del confronto tra paradigma civilistico e paradigma penalistico dell’illecito, nonché delle istanze teoriche emergenti dal diritto positivo e, in generale, dal sistema penalistico tradizionale – il bene giuridico tutelato riveste un ruolo assai marginale all’interno della teoria del reato, se inteso come mera “oggettività” estrinseca rispetto ai profili soggettivi, personali, relazionale ed assiologici. In altri termini, da un lato si sono individuate le aporie cui giungono le concezioni dell’oggettività giuridica che – alla luce di pregiudizi da un lato formalistici, dall’altro materialistico-fisicalistici – smarriscono il

²¹⁷ Cassazione Penale, Sezioni Unite, 24 giugno 1998, n. 9973, in *Cass. pen.*, 1998, 3232; *Dir. pen. e proc.*, 1998, 1244; *Foro it.*, 1998, II, 758; *Riv. pen.*, 1998, 991.

reale collegamento sussistente tra il disvalore penalistico ed il “fatto umano” *hic et nunc* verificatosi, pretermettendo, in sede di valutazione della riprovevolezza dell’azione, tutti gli aspetti ed i profili autenticamente personali, teleologici ed assiologici del fatto medesimo; dall’altro lato, si è compreso – o, quantomeno, vivacemente intuito – che l’unica via per il superamento di tali vicoli ciechi è rappresentata dalla riscoperta delle radici relazionali dell’illecito penale, con riferimento al quale non si dà riprovevolezza d’azione né meritevolezza di pena, se non in virtù di una concezione del bene giuridico quale “valore personale della relazionalità”.

Alla luce di tale intuizione teorica, è d’uopo, nelle riflessioni che seguono, indagare *funditus* la menzionata “essenza relazionale” del bene giuridico e, in uno, dell’illecito penale, al fine di scorgerne più approfonditamente i profili teoretici, oltre che i risvolti dogmatici.

Nell’ambito dell’esposto percorso teorico, alla ricerca dell’essenza del disvalore penalistico dell’azione, un interessante ed icastico abbrivio di indagine – se pure, quasi in un *volo pindarico* – è costituito dal riferimento al § 276 BGB, il quale stabilisce che “*Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt*”, ossia l’essenza della colpa (per un debitore) consiste nell’inosservanza della cura (*Sorgfalt*) richiesta dal traffico.

È pur vero che il riferimento alla “cura” in ambito civilistico è strettamente connesso al concetto di “danno risarcibile”, nella misura in cui, pur in presenza di “inosservanza della cura”, non si dà illecito civile in assenza di un danno prodotto da tale inosservanza; pur tuttavia, proprio il riferimento all’inosservanza della cura (*Sorgfalt*) quale nucleo fondante la colpa giuridicamente rilevante, apre la strada ad un’indagine circa la natura della “cura” nelle relazioni intersoggettive.

Nella tradizione letterario-filosofica, il termine latino *cura*²¹⁸ si è sviluppato lungo due direttrici, due percorsi semantici paralleli: da un lato un’accezione per così dire “negativa”, secondo la quale l’uomo, nella propria esperienza mondana, tenderebbe ad essere continuamente distratto da una sorta di

²¹⁸ Per comprendere l’importanza della “cura” nell’ambito dei rapporti interpersonali, è interessante citare il mito della Cura, così come riportato da Gaio Giulio Igino nelle sue *Fabulae* (CCXX): “*la Cura, mentre stava attraversando un fiume, scorse del fango cretoso; pensierosa, ne raccolse un po’ e incominciò a dargli forma. Mentre era intenta a stabilire che cosa avesse fatto, intervenne Giove. La Cura lo pregò di infondere lo spirito a quello che aveva formato. Giove acconsentì volentieri. Ma quando la Cura pretese di imporre il suo nome a ciò che aveva formato, Giove glielo proibì e pretese che fosse imposto il proprio. Mentre la Cura e Giove disputavano sul nome, intervenne anche la Terra, reclamando che a ciò che era stato formato fosse imposto il proprio nome, perché gli aveva dato una parte del proprio corpo. I disputanti elessero Saturno a giudice, il quale comunicò loro la seguente equa decisione: «Tu, Giove, poiché hai dato lo spirito, alla morte riceverai lo spirito; tu, Terra, poiché hai fatto il corpo, riceverai il corpo. Ma poiché fu la Cura che per prima diede forma a questo essere, fintanto che esso vivrà lo possieda la Cura. Poiché però la controversia riguarda il suo nome, si chiami homo, poiché è fatto di terra [ex humo]»”.*

inquietudine²¹⁹, pre-occupazione od affanno esistenziale che lo devierebbero dal più puro desiderio di conoscenza; da tale radice si sarebbe sviluppato poi il termine *curiositas*²²⁰; dall'altro lato, vi sarebbe un'accezione "positiva", collegata all'idea del "prenderci

²¹⁹ Tale concetto affonda le proprie radici nel *mérimna*, ossia nell'inquietudine e nell'affanno; tale termine ricorre più volte nelle Scritture, ad indicare la vana preoccupazione per le cose terrene (cfr. Sir 30.24: "gelosia e ira accorciano i giorni, la preoccupazione anticipa la vecchiaia"; Mt 13.22: "quello seminato tra le spine è colui che ascolta la parola, ma la preoccupazione del mondo e l'inganno della ricchezza soffocano la parola ed essa non dà frutto"; Mc 4.19: "sopraggiungono le preoccupazioni del mondo e l'inganno della ricchezza e tutte le altre bramosie, soffocano la parola e questa rimane senza frutto"; Lc 8.14: "il seme caduto in mezzo alle spine sono coloro che, dopo aver ascoltato, strada facendo si lasciano sopraffare dalle preoccupazioni, dalla ricchezza e dai piaceri della vita e non giungono a maturazione"; Pt 5.7: "Umiliatevi dunque sotto la potente mano di Dio, perché vi esalti al tempo opportuno, gettando in lui ogni vostra preoccupazione, perché egli ha cura di voi"). Già nella Bibbia, inoltre, è colta la connessione tra preoccupazione (in senso deteriore) ed inautenticità della vita quotidiana: "dalle molte preoccupazioni vengono i sogni e dalle molte chiacchiere il discorso dello stolto" (Qo 5.2).

²²⁰ In tale accezione, Agostino parla di *vana et curiosa cupiditas* (AGOSTINO, *Confessiones*, X, 35.54), ossia, tradotto liberamente, la tendenza ad un avido occuparsi delle cose vane; in tale prospettiva, la *curiositas* è una forma di *amor inordinatus*, cioè di preferenza di un bene minore ad uno maggiore (in altro passo si legge che "si commette peccato soltanto se una immoderata inclinazione verso di essere induce ad abbandonare per loro, che sono beni infimi, i migliori o i supremi": AGOSTINO, *Confessiones*, II, 5.10); essa si identifica con una *conversio ad exterius* (AGOSTINO, *De libero arbitrio*, II, 19.53), la quale dà luogo ad una ricerca di ciò che non ci appartiene, dell'estraneo e dell'ignoto come tali. Il contrario della *curiositas* così intesa è lo *studium sapientiae* (sul punto, cfr. TOMMASO D'AQUINO, *Summa theologiae*, II/2, 167).

cura”, ossia all’occuparsi di qualcosa o di qualcuno e nel prestare attenzione all’altro²²¹.

Proprio questa seconda accezione del latino *cura* – cui, peraltro, corrisponde il greco *therapeia*²²² – sembra costituire il nucleo essenziale delle dinamiche relazionali intersoggettive: è, infatti, intuitivo come i rapporti tra gli uomini si instaurino e si fondino in virtù di tale atteggiamento (il “prendersi-cura-di”), il quale rappresenta il naturale ed originario atteggiamento della persona che si pro-tende verso l’*altro* – il quale può essere un cosa o una persona – occupandosi e pre-occupandosi di esso.

La nostra stessa esperienza esistenziale dimostra che la *Gesinnung* originaria e, per così dire, básica dell’essere personale consiste nel prestare attenzione all’*altro*, nel curarsi dell’esistenza dell’*altro*; e lo stesso ordinamento, nelle propaggini della “giuridicità positiva”, incontra un universo di regole e precetti dettati dalla *cura*²²³.

²²¹ Tale concetto è ben espresso dal sostantivo greco *epiméleia*, il quale può essere tradotto quale “cura” e “diligenza”; a sua volta, il sostantivo latino *diligentia* rinvia, secondo la teoria ciceroniana, a tutte le *virtutes*, ossia “*cura, attentio animi, cogitatio, vigilantia, adsiduitas, labor*” (CICERONE, *De oratore*, 2, 35, 150); circa le corrispondenze tra concetto classico di *diligentia* e teoria della pena, si veda M. RONCO, *Descrizioni penali d’azione*, cit., 492 e segg.

²²² Interessante notare come, in greco antico, il verbo *therapeuo* significasse, prima ancora che curare, servire od essere servo di qualcuno.

²²³ Sul punto, è interessante il passo senecano secondo il quale “*quattuor hae naturae sunt, arboris, animalis, hominis, dei: haec duo, quae rationalia sunt, eandem naturam habent, illo diversa sunt quod alterum*

Si pensi alla responsabilità penale colposa per imprudenza, negligenza o imperizia: da un lato, si fa riferimento alla colpa specifica quale violazione di regole cautelari scritte (per esempio, le norme del codice della strada che impongano determinati precetti al fine di tutelare, in via preventiva, l'altrui vita ed incolumità); dall'altro lato, si fa riferimento alla colpa generica, quale violazione delle c.d. "regole cautelari non scritte": ebbene, proprio il rinvio, da parte del diritto positivo, a tali *regulae* pregiuridiche fa emergere icasticamente l'impossibilità, da parte dell'ordinamento giuridico, di intercettare e codificare la galassia di regole e prescrizioni che, proprio in virtù del principio di *cura*, sono state elaborate in seno alla società civile; donde la necessità, in capo al diritto positivo, di prevedere alcune "clausole generali"²²⁴ le quali, a mo' di trasformatori elettrici, mettano in

inmortale, alterum mortale est. Ex his ergo unius bonum natura perficit, dei scilicet, alterius cura, nomine", ossia "vi sono quattro tipi di natura: quella dell'albero, quella dell'animale, quella dell'uomo e quella di dio. Queste ultime due hanno la stessa natura razionale, ma differiscono perché l'una è immortale, l'altra mortale. Il bene dell'uno, evidentemente quello di dio, è un privilegio della sua stessa natura, il bene dell'altro, cioè dell'uomo, gli deriva dalla *cura*" (SENECA, *Epistularum moralium ad Lucilium*, XX, 124.14).

²²⁴ Per quanto concerne la teorica civilistica delle "clausole generali", si vedano, *ex plurimis*, M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006; A. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1984, 539-571; L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1986, 5-19; C. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, *ibidem*, 21-30; ID., *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, Giuffrè, 1979, 97 e segg.; S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1987, 709-733; A. FALZEA, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in *Riv. dir. civ.*, I,

comunicazione il precetto giuridico con la sconfinata congerie di “regole di doverosità” generate nella prassi relazionale.

A titolo esemplificativo, se in tema di circolazione stradale dei veicoli vigono alcune disposizioni normative in tema di velocità massima consentita, in tema di “circolazione” di pedoni sulla via pubblica non v’è nessuna norma che imponga espresse prescrizioni in tal senso; infatti, nell’esperienza concreta, è proprio il concetto di *cura* (ossia di attenzione e pre-occupazione per l’altrui incolumità fisica) che genera di volta in volta, in ragione delle specifiche circostanze fattuali, un sistema “stellare” di *regulae* cui deve conformarsi l’agire umano, per il rispetto dell’altrui valore; dunque, nel caso in cui un soggetto, il quale cammini in una strada stretta e buia, decida di correre ad una velocità smodata, per l’appunto in-curante per l’altrui integrità fisica, qualora dall’impatto con un altro pedone derivino, a carico di questi, alcune lesioni personali, potrebbe sussistere a carico del primo una responsabilità penale per le lesioni medesime: si badi,

1987, 1-20; P. RESCIGNO, *Appunti sulle “clausole generali”*, in *Riv. dir. comm.*, 1998, 1-8; L. NIVARRA, *Ragionevolezza e diritto privato*, *Ars Interpretandi*, *Annuario di ermeneutica giuridica*, 7, 2002, 373-386, specialmente 373-377; cfr. anche, in sintesi, N. IRTI, *Rilevanza giuridica* (1967), in ID., *Norme e fatti. Saggi di teoria generale del diritto*, Milano, 1984, 35. Per la questione del rapporto tra clausole generali e giustificazione sillogistica del ragionamento giudiziale, si vedano A. BELVEDERE, *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, in *Politica del diritto*, 1988, 631-653; M. TARUFFO, *La giustificazione delle decisioni fondate su standards*, in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (a cura di), *L’analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, II, Torino, 1989, 311-344 e G. D’AMICO, *Note in tema di clausole generali*, *In Iure Praesentia*, 1989, 426-461.

in tale ipotesi la responsabilità giuridica deriva proprio e solo dalla violazione della “regola della cura” dettata da norme non scritte e, dunque, la stessa giuridicità trova un proprio fondamento in un *dover essere* del tutto incarnato ed incastonato nella relazione intersoggettiva pre-giuridica; infatti, la responsabilità colposa si radica, nel caso menzionato, in una dis-attenzione il cui paradigma violato, dal quale devia l’azione negligente od imprudente, è tutto *fuori* dal diritto positivo e risiede in quei “germi di doverosità” che sorgono e maturano nel *proprium* della relazione intersoggettiva²²⁵.

In proposito, con riferimento all’importanza del principio di *cura* quale “chiave di lettura” che consente, *inter alia*, di decifrare il significato etico-giuridico dell’agire umano, è interessante l’affermazione di Martin Heidegger, secondo la quale “*il vivere [...] va interpretato secondo il suo senso di riferimento come*

²²⁵ L’esistenza, all’interno del “nucleo vivo” dell’azione umana, di “germi di doverosità” che producono, *naturaliter*, una “responsabilità umana”, è stata magistralmente illustrata da Capograssi, il quale afferma: “*ogni azione come unione si risolve in sacrificio, cioè in obbligo del soggetto. Ogni costruzione di esperienza è azione, e perciò necessariamente sacrificio, opera e quindi obbligo del soggetto, e quindi presenza ineliminabile del soggetto. [...] E tanto è una realtà, che resta responsabile dell’adempimento dell’obbligo. La responsabilità è proprio il segno dell’autonoma realtà del soggetto, dell’imprescindibile presenza del soggetto in tutti i momenti della storia dell’azione. In tutti i momenti della storia dell’azione in tutte le sue forme, il soggetto risponde, il soggetto paga. Paga, dunque esiste! Ed esiste nell’azione. [...] Ora proprio la responsabilità è prova che il soggetto è protagonista dell’azione, poiché, finita l’azione, il soggetto resta a rispondere dell’azione, vale a dire non resta, dell’azione ormai finita, altro che lui*” (CAPOGRASSI, *L’esperienza in concreto*, cit., 991).

*prendersi cura. [...] Ciò di cui e per cui ci si prende cura, ciò a cui il prendersi cura come tale si attiene, va determinato come significatività*²²⁶; ed il prendersi cura, a sua volta, affonda le proprie radici nell'incontro (*Begegnis*), modo fondamentale dell'esserci degli oggetti mondani, maturato nell'esperienza vissuta (*Erlebnis*). Inoltre, il concetto di cura è strettamente connesso a quello di preoccupazione (*Bekümmernis*), il quale, nel pensiero di Heidegger, indica il movimento proprio della vita umana (*kinesis tou biou*), nella sua fatticità, nelle due versioni di *Bekümmernis* (affanno) e di *Besorgnis* (apprensione).

In proposito, continua Heidegger, “*ogni esperienza è in se stessa un incontro, e cioè un incontro in e per una cura. Il carattere fondamentale dell’oggetto è perciò sempre il fatto che esso si situa e viene incontrato sulla via della cura, viene esperito nella significatività [Bedeutsamkeit]*”²²⁷.

Ebbene, l'intuizione del Filosofo di *Sein und Zeit*, se interpretata alla luce delle categorie proprie dell'esperienza giuridica – e, dunque, se declinata in termini di ordinamento delle

²²⁶ HEIDEGGER, *Interpretazioni fenomenologiche di Aristotele*, Napoli, Guida Editore, 2001, 124; cfr. CAPOGRASSI, *L'esperienza in concreto*, cit., 933: “è chiaro che il soggetto quando agisce, quando prende l'iniziativa dell'azione non fa che mettersi in comunicazione, prendere contatto, cercare di unirsi al reale, a quello che è il mondo nel quale vive. [...] Egli si muove, fa i suoi piani pratici, i suoi movimenti adeguati, i suoi passi e i suoi gesti proprio per entrare in un contatto vitale con il reale, per poter partecipare e vivere del reale”.

²²⁷ HEIDEGGER, *ult. op. cit.*, 126.

relazioni intersoggettive – ha una portata dirompente, in quanto sembra fornire una chiave di lettura degli atti umani, sotto il loro specifico e peculiare profilo interpersonale della “cura” o, in negativo, della “in-curanza”.

Per vagliare il portato di tale intuizione, si pensi, a titolo esemplificativo, alla condotta di colui il quale, avvicinandosi ad un'altra persona da tergo, abbracci la medesima con vigore: al fine di comprendere il significato giuridico di un tale comportamento, il limitarsi alla mera analisi oggettiva dell'atto risulta del tutto inconferente ed inconcludente, al pari di un'equazione impossibile o indeterminata; ossia, il solo dato materiale costituito dall'“abbraccio” appare in-significante (ossia, rappresenta, per assurdo, un significante che non rinvia ad alcun significato, *giuridicamente*). L'unico modo per apprezzare il *sensu* umano e giuridico di tale azione consiste nel confronto tra la stessa ed il “principio della cura”: a tal fine si rende opportuno – anzi, del tutto necessario ed imprescindibile – *decriptare* la condotta dell'abbraccio alla ricerca della sua cifra o radice relazionale; infatti, a seconda del contesto esistenziale in cui si inserisce tale azione, essa può venire qualificata come giuridicamente irrilevante (si pensi all'abbraccio affettuoso di un amico), come integrante una violenza privata (art. 610 c.p.) o, al limite, come una violenza sessuale (art. 609-*bis* c.p.): ecco, dunque, che il medesimo atto umano, in-significante dal punto di vista oggettivo-materiale, può acquistare un'*arc-en-ciel* di significati umani e giuridici, solo se attraversato, quasi come

prisma, dalla luce della esistenza e della relazionalità²²⁸; il disvalore dell'atto penalmente rilevante, dunque, non risiede nel suo "involucro" esterno e fisico, ma nel *valore* che l'atto medesimo assume nel contesto di una relazione²²⁹; se la condotta umana viene estratta ed eradicata dal concreto del rapporto interpersonale, della medesima non resta che un simulacro, una maschera dal volto fisso, pietrificato ed inespressivo²³⁰, la cui

²²⁸ In termini esistenzialistici, l'atto umano, se ridotto a semplice *essentia* (ossia essere-presente nella realtà fenomenica, dotato di *Vorhandenheit* quale "semplice presenza"), diviene un mero "frammento di universo pietrificato", privo di *sensu*; viceversa, l'atto umano come espressione di *existentia*, è scolpito in tutto il suo dinamismo teleologico (essere-per un "progetto" di vita) ed assume tutto lo spessore ed il "calore" dell'atto *realmente* umano e non meramente bestiale. Per il parallelo tra *essentia* ed *existentia*, cfr. HEIDEGGER, *Essere e Tempo*, trad. it. di Pietro Chiodi, Milano, Longanesi & C., 2005, 60 e segg., §§ 9 e segg..

²²⁹ In proposito, è significativo citare la magistrale intuizione di Enrico Opocher, secondo la quale nel mondo (definito come "mondo oggettivo"), "le volontà, e quindi le azioni, si compongono e si scompongono con alterna vicenda, con un flusso ora lento ora tumultuoso, ora armonico, ora disarmonico, ma che, comunque, è pur sempre il ritmo della vita sociale nella sua concretezza profonda" (E. OPOCHER, *Lezioni di filosofia del diritto*, Padova, 1965, 153).

²³⁰ A tal proposito, è icastica l'immagine fornita da Capograssi con riferimento all'esperienza giuridica sottratta ed estirpata dalla corrente vitale della realtà: "che cosa sono alla fine queste deficienze dell'esperienza giuridica se non l'esperienza fermata in sé stessa e quindi privata della corrente vitale per cui vive e quindi diventata un insieme di leggi e di forme disponibili, un puro scheletro nel quale manca la vita perché è stata staccata e tagliata fuori dalla totale vita dell'organismo del quale faceva parte? È naturale che tirata fuori dalla piena realtà della vita della quale è stata parte, l'esperienza giuridica resta come un pezzo anatomico senza sangue, buono per fini esteriori a sé stesso. La incompiutezza essenziale dell'esperienza che invece di essere rimessa nel movimento del quale è momento nel quale si compie, presa fuori da questo movimento, cioè fuori

qualificazione giuridica si chiude nel cieco dell'aporia al pari – la metafora si ribadisce, in quanto efficace – di un'equazione matematica indeterminata o impossibile²³¹.

L'essere umano, infatti, ha il carattere dell'apertura (*Erschlossenheit*), intesa come apertura *al* mondo (ed anche come *Gelichtetheit*, ossia “essere aperto nella radura”) e, *nel* mondo, come apertura agli altri esseri, mediante relazione; in tale relazione, come in tutta la propria esistenza, la persona tende ontologicamente verso la maturazione di un progetto (*Entwurf*)²³²: una siffatta progettualità, intesa, a sua volta, come essere “avanti a

dal suo destino e dalla sua natura e fatta servire quindi per scopi che non sono suoi diventa la deficienza, il deficere dell'esperienza, quel continuo suo meccanicizzarsi, sia come apparato esteriore sia come potere del soggetto per fini particolari e sia come crisi riassuntiva della responsabilità e della pena” (CAPOGRASSI, *Incompiutezza dell'esperienza giuridica*, in *La vita etica*, cit., 874).

²³¹ Per addurre un altro caso esemplificativo, si pensi alla c.d. “ingiuria reale” realizzata mediante alcuni gesti delle mani: è evidente che per qualificare giuridicamente e penalisticamente un determinato movimento degli arti o delle mani, non si può prescindere dal contesto esistenziale e relazionale nel quale tale movimento viene realizzato; solo tale “contesto”, infatti, illumina di significato e di valore un determinato gesto che, in sé considerato, potrebbe essere del tutto insignificante ed innocuo (si pensi solamente al diverso significato che assumono i gesti delle mani nelle differenti culture).

²³² “*La perfectio dell'uomo, il suo pervenire a ciò che esso può essere, nel suo esser-libero per le sue possibilità più proprie (per il progetto) è “opera” della “cura”. Cooriginariamente essa determina però anche il modo di essere di questo ente in virtù del quale esso è rimesso al mondo di cui si prende cura (l'esser-gettato)”* (HEIDEGGER, *Essere e Tempo*, cit., 242, § 42).

sé”, “gettarsi avanti”²³³, si estrinseca in un atteggiamento che può definirsi autenticamente pro-blematico (dal greco *pro-ballo*, letteralmente “gettare oltre”²³⁴); esso, infatti, indica proprio la tendenza, connaturata all’uomo, a “spendersi”, a “mettersi in gioco”, quasi come un coreuta che, dall’esterno del palcoscenico, irrompa improvvisamente nelle scene, “investendo” ed “impegnando” tutto il proprio essere nel dinamismo della danza²³⁵.

²³³ Sul punto, Heidegger parla di un ‘getto’ (*Wurf*) che è contemporaneamente pro-getto (*Vor-wurf*) e, oltre l’ente, ‘getto che va oltre’ (*Über-wurf*); anche in Capograssi si legge: “*la natura dell’azione, cioè la cosiddetta esteriorità dell’azione, è proprio questo vivo nesso o ponte gettato tra il soggetto e tutta la vita delle cose e degli altri soggetti*” (CAPOGRASSI, *L’esperienza in concreto*, cit., 934); inoltre: “*non si tratta di altro che di vedere e cogliere l’uomo nell’atto preciso con cui crea la sua vita, con cui fa tutto quello che fa per vivere la sua vita. L’uomo è quello che è solo in quanto, e nell’atto in cui, vive la sua vita concreta, nella precisa concretezza di tutte le esigenze che esso sente. Tutto quello che egli è, si vede proprio in quello che fa; e quello che fa non è la sua azione staccata superficiale frammentaria, che non lascia traccia, ma quella che esso realizza e organizza in modo stabile nell’esperienza, nel mondo dell’esperienza che esso organizza e crea*” (CAPOGRASSI, *ult. op. cit.*, 920-921). Cfr. H. ARENDT, *Vita activa. La condizione umana*, Milano, 2008, 136, § 25: “*la storia reale in cui siamo impegnati lungo tutto il corso della nostra vita non ha alcun visibile o invisibile artefice perché non è fatta. Il solo “qualcuno” che rivela è il suo eroe [...]. Possiamo sapere chi qualcuno è o fu solo conoscendo la storia di cui egli stesso è l’eroe*”.

²³⁴ Così evidenziato, magistralmente, in FRANCESCO GENTILE, *Le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, cit., 3 e segg..

²³⁵ “*L’Esserci è sempre la sua possibilità ed esso non la “ha” semplicemente a titolo di proprietà posseduta come una semplice-presenza. Appunto perché l’Esserci è essenzialmente sempre la sua possibilità, questo ente può, nel suo essere, o “scegliersi”, conquistarsi, oppure perdersi e non conquistarsi affatto o conquistarsi solo “apparentemente”. Ma esso può aver*

In tale esistenza, che al contempo è *cura*, incontro e progetto, si esprime la libertà dell'uomo; infatti, “*nell'esser-avanti-a-sé* [Sich-vorweg-sein, ossia il fatto che l'Esserci è un ente che si progetta in possibilità], è *posta la condizione ontologico-esistenziale della possibilità dell'essere libero per le possibilità esistentive autentiche*”²³⁶; inoltre, “*volere e desiderare, sul piano ontologico, sono necessariamente radicati nell'Esserci in quanto Cura e non sono semplici esperienze vissute, ontologicamente indifferenti e immerse in una “corrente” del tutto indeterminata quanto al senso del suo essere*”: in altri termini, l'esperienza umana non è un flusso di molecole tutte eguali a se stesse e significativamente indifferenti, bensì un “fiume di significati”, una “cascata di valori”²³⁷, in cui ogni atto personale acquista il senso ed il valore che la persona umana, nella propria progettualità e nel proprio finalismo, ha inteso imprimere assiologicamente all'atto medesimo²³⁸.

perso se stesso o non essersi ancora conquistato solo perché la sua essenza comporta la possibilità dell'autenticità, cioè dell'appropriazione di sé” (HEIDEGGER, *Essere e Tempo*, cit., 61, § 9).

²³⁶ HEIDEGGER, *Essere e Tempo*, cit., 235, § 41.

²³⁷ F.A. LAMAS, *La experiencia jurídica*, cit., 452: “*i valori, le norme e i fini sono oggetto di esperienza giuridica nel senso formale di elementi di significato empirico-concreto della condotta giuridica, precisamente in quanto giuridica. Senza questi fattori, la condotta giuridica resterebbe ridotta a un fatto indifferenziato rispetto agli altri che integrano il mondo fisico*”.

²³⁸ “*Il fondamento di un ordine giuridico e la fonte di tutti i suoi valori deve essere là dove è, nel valore centrale della libera esistenza dell'individuo e del suo connaturale destino di svolgere la propria libera natura. Questo è il principio sul quale è costruito il concreto, che non è che questo*”.

In proposito, già la migliore dottrina del XX secolo aveva intuito i risvolti penalistici di un approccio “esistenziale” all’azione umana, osservando che, *“per intendere l’uomo e per considerarlo come il fulcro del diritto penale, non basta invero costruire i concetti relativi allo stesso sulla base di dati naturalistici. Bisogna prendere in considerazione anche i dati di coscienza, perché è la coscienza che fa l’uomo, cioè la possibilità di sentire e di esprimere un giudizio di valore sui motivi e sulle ragioni dell’azione [...] L’uomo così balza vivo davanti a noi non solo perché intenda o voglia qualche cosa, ma perché si impegna²³⁹ in qualche cosa per una ragione che intende come lecita o come illecita”²⁴⁰*: proprio il verbo “impegnarsi” adoperato da Giuseppe Bettiol (in parallelo ai termini esistenzialistici di “incontro”, “apertura” e “progetto”), coglie nel segno nel

svolgimento, questa libertà che si pone e si svolge, questa spontaneità creatrice, che pone e svolge tutto il mondo sociale” (CAPOGRASSI, *Il diritto dopo la catastrofe*, cit., 31).

²³⁹ *“L’essere intenzionale si caratterizza per il suo dinamismo attivo, in virtù del particolare legame con l’agente, il quale in tanto ha l’intenzione di realizzare l’azione in quanto si impegna, almeno con se stesso, a realizzare il contenuto intenzionato. In altri termini, l’intenzione designa il particolare legame dell’agente con se stesso, nella sua capacità di relazionarsi con gli altri e di collocare se stesso a realizzare il contenuto intenzionato”* (M. RONCO, *Descrizioni penali d’azione*, cit., 486).

²⁴⁰ BETTIOL, *Stato di diritto e “Gesinnungsstrafrecht”*, in *Scritti giuridici (1966-1980)*, Padova, 1980, 142; il Maestro così prosegue: *“gli stati di coscienza sono eticamente rilevanti se l’uomo non è inteso solo come un’entità naturalistica-zoologica; e il diritto penale – legato come è all’etica – non può dagli stessi prescindere, non già per sostituirli (e questo è il punto) al fatto o alla volontarietà, ma solo per misurare il grado della colpevolezza o della rimproverabilità proprio ad ogni suo comportamento”*.

delineare i caratteri propri dell'azione umana; infatti, il soggetto che, agendo, si “in-pegna” (quasi, “si dà in pegno”), si “mette in gioco”²⁴¹ nella realtà relazionale ponendo il proprio Esserci “a garanzia” delle proprie azioni, sì che, per dire à la Heidegger, a seconda dell'azione compiuta, *ne va* della sua stessa esistenza²⁴².

Infatti, *ontologicamente*, l'uomo “*si prende sul serio, si prende come un qualche cosa di sostanziale, di proprio, di unico, qualche cosa che fa centro a sé, qualche cosa che ha per propria natura di essere centro. [...] In tanto agisce, in quanto nella sua azione non fa altro che realizzare, porre, presentare, determinare in tutti i modi questo suo essere individuale o individualità*”²⁴³.

In proposito, è illuminante un'ulteriore citazione dagli scritti di Giuseppe Bettiol: “*l'uomo quando opera s'impegna. Non è una semplice macchina fotografica, ma è un essere che vede, comprende e s'impegna dell'azione. Questo impegno nell'azione*

²⁴¹ “*Qui in una tale esperienza l'individuo non può parlare altro che in persona propria, e veramente e solamente non può essere altro che se stesso. Qui in ogni momento l'individuo giuoca se stesso e tutto il suo destino*” (CAPOGRASSI, *Incertezze sull'individuo*, cit., 145).

²⁴² Cfr. CAPOGRASSI, *L'esperienza in concreto*, cit., 933, il quale afferma che l'uomo, “*per poter accostarsi e partecipare a questa vita, prendere l'iniziativa dell'azione, si getta nell'azione. Per ciò l'azione non è altro, che questo sforzo che fa il soggetto per unirsi alla vita, e alle vite che sono attorno alla sua vita; sforzo continuo, perché continua è la sua volontà di vita, la sua volontà di durata e di una vita, che valga la pena di essere vissuta*”; si veda, inoltre, HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, cit., I, I, 5, § 32, 189: “*il circolo del comprendere appartiene alla struttura del senso, e tale fenomeno è radicato nella costituzione esistenziale dell'Esserci, nella comprensione interpretante. L'ente per cui, in quanto essere-nel-mondo, ne va del suo essere stesso, ha una struttura circolare di carattere ontologico*”.

²⁴³ CAPOGRASSI, *Incertezze sull'individuo*, cit., 128.

non può risolversi in una pura rappresentazione del fatto perpetrato, perché anche nell'animale questi momenti possono, sia pure in termini rudimentali, essere presenti. Ma l'uomo è, con la sua coscienza, impegnato nell'azione, vale a dire che egli ha la coscienza del valore o del disvalore del suo comportamento sotto il profilo morale e giuridico"²⁴⁴.

Pertanto, alla luce riflessioni che precedono, si è intuita l'importanza, nel mondo delle relazioni intersoggettive, delle nozioni di cura (o di noncuranza), di attenzione (o di disattenzione) e di impegno (o di disimpegno); di conseguenza, sono proprio tali medesime nozioni che, in quanto fondanti l'agire umano ed il relazionarsi interpersonale, costituiscono la "chiave di lettura" assiologica fondamentale, in sede di qualificazione giuridica – e, in ispecie, penalistica – del comportamento umano. E tali "chiavi di lettura" non sembrano viziate da profili di convenzionalità ed ipoteticità, quasi fossero un protocollo epistemologico applicato a-problematicamente all'esperienza giuridica, in quanto esse rappresentano dei concetti e delle "figure teoriche" che appaiono emergere dallo stesso "manto esistenziale"

²⁴⁴ BETTIOL, *Dolo e responsabilità penale*, in *Scritti giuridici (1966-1980)*, Padova, 1980, 87. Per escogitare una metafora di carattere civilistico, che sembra rendere icasticamente il concetto di "impegno" nelle relazioni intersoggettive, basti pensare all'ipotesi di due persone fisiche che costituiscano una società in nome collettivo, mediante un conferimento in denaro: con tale atto, entrambe si "impegnano" in un progetto comune e, in relazione all'esito positivo o negativo dell'operazione imprenditoriale, *ne va* dell'intero patrimonio dei soci, i quali rispondono con tutti i propri averi, presenti o futuri, dell'adempimento delle obbligazioni da parte della società.

dell'esperienza medesima, nel quotidiano incontro – o scontro – tra soggettività umane; in tal caso, dunque, è la stessa esistenza che *parla* al giurista e lo interroga, in un moto ermeneutico secondo il quale “*la dialettica dell'esperienza non trova il suo compimento in un sapere, ma in quell'apertura all'esperienza [Offenheit für Erfahrung] che è prodotto dall'esperienza stessa*”²⁴⁵.

6.2.4. L'approdo ad una nozione “relazionale” del bene giuridico. Dalle possibili obiezioni ad una “teoria penale della colpa” al profilarsi di una teoria unitaria dell'illecito penale: la funzione euristica, dogmatica e critica della nozione “relazionale” del bene giuridico

Nell'indagine testé – interlocutoriamente – conclusa, si è approdati al riconoscimento secondo il quale l'*ubi consistam* dell'illecito penale (e, in particolare, della riprovevolezza e rimproverabilità che fondano la *pena meritata*), non risiede tanto – come afferma la maggioritaria dottrina moderna – nella lesione di un bene giuridico oggettivo, bensì nella compromissione di una relazione intersoggettiva mediante la violazione di un *dovere* di cura, attenzione ed impegno verso l'altrui valore²⁴⁶.

²⁴⁵ GADAMER, *Verità e metodo*, cit., II, II, 3, b), 733.

²⁴⁶ Si tratta della “*frantumazione della relazione intersoggettiva, che si compie allorché l'autore del fatto nega con la sua condotta il bene primario*”.

A fronte di tale tesi, potrebbe sorgere spontanea la seguente obiezione: il porre l'attenzione, nell'ambito di uno sforzo definitorio alla ricerca dell'essenza del reato, sul mero dato della *cura* e dell'attenzione nelle relazioni intersoggettive, potrebbe condurre ad una nozione "minimale" di illecito penale, la quale avrebbe come proprio fulcro teorico il concetto di "colpa" (quale, per l'appunto, assenza di *cura* ed attenzione); e la "colpa", avendo come estrema radice un *nolle* (*non-velle*, ovvero un non aver voluto, accompagnato ad un non avere evitato e, con riferimento alla c.d. "colpa incosciente", un non avere preveduto un determinato evento lesivo), apparirebbe un istituto così *ridotto* e minimale da non potere fondare una teoria complessiva del reato, quantomeno perché esso non sarebbe idoneo ad abbracciare e comprendere quello che è il paradigma tradizionale dell'illecito

*del riconoscimento, come soggetto di diritto, dell'altra persona o del complesso di altre persone, comportandosi secondo una massima della ragion pratica in contrasto con il principio che vuole il rispetto della dignità e della sfera di libertà giuridica degli altri. Un bene, dunque, che non sussiste come dato pre-normativo naturalistico, indipendentemente dalla libertà dell'uomo, né qualcosa che lo Stato crea nel momento in cui l'Autorità competente promulga la norma punitiva, bensì un bene che scaturisce dal riconoscimento della dignità e della libertà degli altri, che i vari soggetti dell'ordinamento giuridico debbono prestarsi autonomamente e reciprocamente" (M. RONCO, *Il reato: modello teorico e struttura del fatto tipico*, in M. RONCO (opera diretta da), *Il reato – Struttura del fatto tipico- Presupposti oggettivi e soggettivi dell'imputazione penale. Il requisito dell'offensività del fatto*, Bologna, 2007, 89).*

penale, quale è il modello criminale doloso (il quale, viceversa, si fonderebbe su un *velle*)²⁴⁷.

Una tale obiezione da un lato sconta, a monte, un approccio riduttivistico al concetto penale di colpa, quale mero “non volere” accompagnato dalla violazione oggettiva di una determinata norma cautelare; dall’altro lato postula una frattura insanabile – del tutto indimostrata – tra la colpa ed il dolo, quest’ultimo interpretato in senso altrettanto riduttivistico come mero “volere” e, dunque, degradato a semplice dato volontaristico e psicologico.

In verità, al di là di tali questioni relative all’elemento soggettivo del reato, la cui trattazione esula dalla modesta economia del presente lavoro, la risposta che appare più convincente a fronte dell’esposta obiezione è la seguente: l’*ubi consistam* dell’illecito penale non va ricercato ponendo mente alle ipotesi plateali e “massimali” di responsabilità (per esempio, l’omicidio volontario premeditato ed efferato), in quanto una tale concezione “massimalista” del reato (ancora frutto della tendenza tradizionale a ridurre l’illecito penale alla sola categoria del reato commissivo doloso) non sembra dogmaticamente idonea ad evadere uno sforzo definitorio che intenda abbracciare e comprendere l’intero “arcobaleno” del disvalore penalistico.

²⁴⁷ Con riferimento alla c.d. “doppia funzione della colpa”, soggettiva ed oggettiva, nonché alla tendenza del diritto vivente a ridurre la colpa medesima a mera inottemperanza oggettiva ad una regola cautelare, con conseguente perdita e pretermissione dei profili autenticamente personali della rimproverabilità soggettiva, si veda M. RONCO, *Il reato: modello teorico e struttura del fatto tipico*, cit., 537 e segg..

Infatti, proprio la teoria più comune del reato, quale lesione o messa in pericolo volontaria di un bene giuridico oggettivo, sembra essere quasi “arma spuntata” in sede di ricerca dell’essenza del reato, giacché tale essenza, quale *sub-positum* di ogni ipotesi criminosa, deve essere tale da essere sottesa non solo ad una determinata categoria di reato (quale è quello doloso), ma ad ogni forma criminosa, da quella colposa, a quella preterintenzionale, a quella dolosa.

Pertanto, l’indagine ontologica sull’illecito penale e sulla natura del bene giuridico tutelato, lungi dal rivolgersi verso le ipotesi, per così dire, “massime” di responsabilità, dovrà indirizzarsi verso le propaggini più remote, periferiche e, per così dire, “minime” del reato, proprio con attenzione alle ipotesi di confine (c.d. *border-line*) in cui diviene fondamentale cogliere non tanto le singole tipologie di responsabilità penale, bensì proprio il *discrimen* tra l’azione penalmente irrilevante e l’azione colposa che, per i suoi caratteri, supera la soglia di penale “significatività”²⁴⁸; in altri termini, la nozione di *cura*, quale

²⁴⁸ Peraltro, anche l’istituto del delitto tentato costituisce, quale ipotesi “periferica” di responsabilità penale, un eccellente terreno di coltura per l’analisi ontologica del reato; in particolare, il c.d. “tentativo incompiuto”, nel quale non solo l’evento non si verifica, ma anche l’azione non si compie integralmente, costituisce l’emblema della “soglia” di rilevanza penale dell’atto umano. A titolo esemplificativo, si pensi al caso di un cecchino che, dalla finestra di un palazzo, punta un fucile di precisione contro un uomo politico, nel corso di un comizio elettorale e che, prima di premere il grilletto, venga immobilizzato dalle forze di polizia (per un caso simile, si veda Cassazione Penale, Sez. I, 5 novembre 2003, n. 46983, in *Guida al Diritto*, 2004, 11, 102): tale è l’ipotesi “di scuola” del tentativo incompiuto, in quanto

nozione “minima” oltre la quale si verifica la rottura penalmente rilevante dell’equilibrio intersoggettivo, rappresenta uno straordinario concetto, capace di unificare – nello sforzo definitorio ed ontologico – le più disparate forme di responsabilità penale, da quella colposa (in cui la violazione della *cura* si manifesta come indifferenza o disattenzione al valore altrui) a quella preterintenzionale, a quella dolosa (in cui alla violazione “minima” della cura si accompagna un *quid pluris*, in termini di disprezzo verso il bene), in un *continuum* teorico²⁴⁹ che, come di

non solo l’evento morte, voluto dall’agente, non si verifica, ma nemmeno l’azione omicidiaria si compie per intero, difettandone la propaggine ultima, costituita dallo sparo. In tal caso, non v’è chi non veda come il diritto penale punisca la mera azione, quale espressione del disprezzo per l’altrui vita, e come, in realtà, difetti anche lo stesso pericolo per il bene giuridico tutelato. Proprio il tentativo incompiuto, dunque, dimostra icasticamente come possa esservi un reato (anzi, una figura generale di reato, per l’appunto, il reato tentato incompiuto), anche senza una materiale ed effettiva messa in pericolo di un bene giuridico oggettivamente inteso.

²⁴⁹ Proprio tale *continuum* teorico consente all’interprete di non provare alcuna perplessità innanzi all’accostamento tra il dolo e la colpa, con particolare riferimento alla c.d. “colpa in atti dolosi”. In proposito, a titolo esemplificativo, secondo un certo orientamento interpretativo, l’omicidio preterintenzionale non potrebbe essere ricostruito in termini di dolo (in relazione al “reato base” di percosse o lesioni) e colpa (in relazione all’evento morte), bensì andrebbe ricostruito in termini di dolo e responsabilità oggettiva; ciò in quanto non sarebbe ammissibile ritenere che l’ordinamento prescriva al reo, nell’esecuzione di un delitto doloso di percosse o lesioni, determinate regole cautelari di condotta (per esempio, “chiunque dia un pugno ad terzo, deve prestare attenzione a che il pugno non sia così violento da cagionare la morte del soggetto passivo”) (sul punto, *ex plurimis*, T. PADOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2004, 206; DONINI, *Illecito e colpevolezza nell’imputazione del reato*, Milano, 1991, 428; G. INSOLERA, *Riflessioni sulla natura soggettiva della preterintenzione*, in *Indice Penale*, 1981, 763. In giurisprudenza, di recente, Cassazione Penale, Sez. V, 13

seguito illustrato, costituisce un formidabile strumento di unità ricostruttiva dell'illecito penale "in generale", non fondato su astratte ed arbitrarie sistematizzazioni, ma sorgente proprio dai "frammenti assiologici" emergenti dal concreto fatto umano.

In proposito, non deve essere motivo di meraviglia (o di contestazione di incoerenza teorica) il fatto che, all'esito di un'indagine sul ruolo del bene giuridico nella teoria del reato, si sia approdati ad alcuni profili problematici relativi all'elemento soggettivo del reato e, in particolare, alla colpa (intesa come "non

febbraio 2003, Izzo, in *Cass. pen.*, 2004, 876). Tuttavia, una siffatta ricostruzione di matrice oggettivistica parte dal presupposto, del tutto indimostrato, che tra dolo e colpa vi sia una frattura teorica insanabile, di talché non potrebbe immaginarsi, nel corso dell'esecuzione di un delitto doloso, alcuna violazione di norme cautelari; ciò, tuttavia, si scontra con la forma naturale dell'azione umana, che si estrinseca in un *continuum* di cura e di in-curanza, di talché può ben avvenire che, all'interno di un dinamismo doloso, si innestino alcuni "rami" di colposità e temerarietà (per esempio, un soggetto intende dare una lezione al proprio nemico schiaffeggiandolo; ma per negligenza e temerarietà rivolge le percosse al volto, cagionando un'emorragia poi rivelatasi mortale). D'altra parte, in caso contrario, si arriverebbe all'assurdo di affermare che, innanzi ad una condotta dolosa di percosse o lesioni personali, il soggetto agente risponda *in ogni caso* della morte derivata da tale condotta, di talché, paradossalmente, il reo non avrebbe più alcuna "contropinta" che possa costituire un limite alla sua aggressività, in quanto sarebbe "sospesa" ogni norma cautelare (in presenza di un atto illecito doloso) e, dunque, sarebbe indifferente che le percosse venissero lievemente applicate ad un arto della vittima o che le stesse venissero furiosamente rivolte al volto o agli organi vitali del malcapitato, stante la medesima e costante "spada di Damocle" di un'imputazione per omicidio preterintenzionale (sul punto, M. RONCO, commento *sub* art. 584 c.p., in M. RONCO, S. ARDIZZONE (a cura di), *Codice penale ipertestuale*, cit., 2375 e segg.; MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 38).

cura”) quale “radice” del disvalore penalistico dell’azione²⁵⁰; infatti, se si considera che un’indagine “ontologica” sul reato deve precipuamente rispondere alla domanda “*cosa sia reato e cosa reato non sia*”, solo il riferimento all’atteggiamento soggettivo e personale del soggetto agente è idoneo a costituire un reale strumento di distinzione teorica tra il reato ed il “non-reato”, laddove proprio tale atteggiamento *colora* di illiceità penale un comportamento che, dal punto di vista della mera lesività materiale, potrebbe configurarsi come giuridicamente “indifferente”. Infatti, icasticamente, innanzi al dato oggettivo del decesso quale venir meno del bene-vita, al fine di stabilire se si tratti di morte naturale o fortuita (penalmente irrilevante) o, viceversa, di omicidio penalmente rilevante, a parità di bene giuridico leso (ossia la vita in senso biologico), la “bussola assiologica” che consente di orientarsi non è certo l’oggettività compromessa (la quale rimane costantemente pari a se stessa), bensì proprio la colpa quale *minimum* soggettivo di responsabilità penale e quale espressione, se pure minimale, della rottura della relazione intersoggettiva²⁵¹.

²⁵⁰ Con riferimento alla teoria dell’azione, siccome applicata al tema penalistico della condotta colposa, si veda M. RONCO, *Descrizioni penali d’azione*, cit., 489 e segg. (“descrizioni dell’azione colposa”).

²⁵¹ In proposito, recentemente, la più autorevole dottrina, avverso il comune disinteresse per i profili soggettivi della colpa, ha avuto cura di evidenziare, quale essenza “personale” della colpa medesima, il “*radicamento soggettivo della dis-ordinazione dell’agire rispetto al fine giuridico (in cui consiste la violazione delle regole cautelari), della disattenzione, della in-accuratezza dell’agire rispetto alle esigenze di tutela che*

Pertanto, sembra potersi affermare – quantomeno in via ulteriormente interlocutoria – che, se un ruolo essenziale deve essere assegnato al bene giuridico nella teoria del reato, il bene medesimo deve essere interpretato in senso squisitamente “relazionale”, quale *cura* nei rapporti interpersonali; inoltre, con affermazione forse temeraria, dovrebbero essere, per così dire, “relativizzati” i confini tradizionali tra tipicità, offensività, antigiuridicità e colpevolezza, riconoscendo, in particolare, che non possono darsi tipicità ed offensività, senza una previa indagine circa la *colpevole rottura*, da parte del soggetto agente, della relazione intersoggettiva²⁵².

Una siffatta ricostruzione del reato, quale violazione della *cura* richiesta dalla relazione interpersonale, nonché la sottesa concezione del bene giuridico tutelato quale *bonum* relazionale²⁵³

promanano del bene giuridico (negligenza rispetto al bene” (M. RONCO, Il reato: modello teorico e struttura del fatto tipico, cit., 245).

²⁵² “Il principio retribuzionistico fornisce un primo prezioso contributo alla politica criminale, giacché proclama che possono essere oggetto di sanzione penale soltanto quei comportamenti che, in un quadro costituzionalmente ispirato al rispetto delle libertà fondamentali dell’uomo, sono riconosciuti socialmente pregni di disvalore in termini di dis-umanità o di tendenziale negazione del principio della solidarietà e della fiducia nella validità del rapporto di collaborazione interpersonale” (M. RONCO, *Il problema della pena*, cit., 202); cfr. inoltre M. RONCO, *ult. op. cit.*, 182: “sempre più mi vado convincendo che la forma retributiva costituisce un archetipo essenziale presente nella psiche umana, radicato sulle passioni dell’irascibile, e fondativo a sua volta del giudizio ‘a priori’ circa il giusto, che ispira dei nessi di doverosità nelle relazioni intersoggettive”.

²⁵³ Sul punto, si è magistralmente evidenziato il “tessuto relazionale che sta a fondamento del sistema dei beni giuridici e la cui lacerazione

pretendente attenzione e devozione da parte di ogni consociato, appare non solo di per sé convincente, ma anche teoricamente rispondente alle funzioni tradizionalmente assegnate all'oggettività giuridica nella teoria del reato.

In particolare, l'accezione "relazionale" del bene giuridico esplica una straordinaria funzione euristica, in quanto *indica e fa scoprire* all'interprete ciò che di *umano* sta *dietro* le disposizioni incriminatrici; se, infatti, una concezione normativistica dell'oggetto giuridico, che riduca il medesimo a mera *littera, ratio* o *voluntas legis*, "*nulla dice*" all'interprete (al di là del mero dato normativo), su quali siano le brulicanti e concrete istanze umane oggetto di disciplina da parte della legge, un approccio relazionale consente di cogliere ciò che di *reale* sta dietro la legge medesima²⁵⁴. In tal modo, si può rendere onore al principio

costituisce normalmente la ragione per l'intervento punitivo del magistero penale" (M. RONCO, *Descrizioni penali d'azione*, cit., 487).

²⁵⁴ Sul punto, in tema di volontarismo politico, è illuminante l'osservazione critica di Capograssi, secondo la quale, poco prima della "catastrofe" (costituita dall'asservimento del diritto al potere, emblematicamente rappresentata dalla parentesi politica totalitaria della prima metà del XX secolo), il diritto "[era] diventato (come diritto obiettivo), pura volontà dello Stato e (come diritto subiettivo) pura volontà dell'individuo di far valere la volontà della legge a favore dei propri interessi. Il diritto aveva perduto ogni proprio contenuto; e rotto ogni legame con la vita dell'individuo le sue forme essenziali di esistenza i suoi fini e il suo destino, da una parte era un inventum dello Stato, dall'altra una facoltà concessa all'individuo ma manipolata e spostata nei suoi limiti arbitrari secondo le vedute e gli interessi dello Stato" (CAPOGRASSI, *Il diritto dopo la catastrofe*, cit., 24-25); di contro, proprio un approccio "relazionale" al diritto

secondo il quale “*il giurista è impegnato ad attivare la giustizia, meglio, il dinamismo della giustizia*” e “*giustizia è termine astratto, dinamismo è termine concreto: si può parlare di giustizia e dedicarsi a grandi voli intellettuali, ma il problema è fare giustizia nella concretezza e nel fango delle liti è inutile dedicarsi esclusivamente alla raffinatezza dei trattati, se poi non ci si pone il problema della giustizia nella dinamica di una relazione intersoggettiva conflittuale*”²⁵⁵.

Una nozione relazionale del bene giuridico, dunque, impone al giudice di assumersi la responsabilità di *giudicare* il fatto umano e non di ridursi a mero “applicatore di leggi”, così trincerandosi dietro d’esse; in sede di qualificazione penalistica del fatto, dunque, non ci si potrà esimere dal ricercare la frantumazione dell’ordine relazionale (quale assenza di *cura*), mascherandosi dietro le astratte schematizzazioni legislative.

In tale prospettiva, ripercorrendo a titolo esemplificativo i temi sopra trattati, non potrà più sostenersi che il reato di favoreggiamento personale concorra con quello di falsa testimonianza, laddove, a fronte della formale coesistenza di due dettati normativi, emerge in tutta la propria dirompenza e luminosità l’unità relazionale ed assiologica del fatto umano, esprimente uno ed un solo disvalore penalistico a carattere “pubblicistico”, estrinsecatosi nell’assenza di *cura* ed attenzione

consente di scorgere il *reale* dietro il *convenzionale* (rappresentato dall’*id quod principi placuit*).

²⁵⁵ F. GENTILE, *Filosofia del diritto. Le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, cit., 181.

per il regolare perseguimento della giustizia da parte degli organi giurisdizionali²⁵⁶; di converso, non sarà più sostenibile che il medesimo reato di falsa testimonianza sia offensivo di un unico bene giuridico, costituito dalla amministrazione “non intralciata” della giustizia: infatti in esso si manifestano due autonome e distinte sfere di disvalore personale: da un lato il “disprezzo” per la veridicità della prova dibattimentale; dall’altro lato la consapevole disattenzione nei confronti del consociato che, dalla testimonianza falsa, riceve una lesione del proprio onore e della propria libertà. D’altra parte, anche solo dal punto di vista psicologico, il testimone che fornisca una falsa ricostruzione dei fatti oggetti di causa, è ben consapevole che, con tale condotta, egli, da un lato, svia ed intralcia il procedimento giudiziario (nel rapporto “verticale” con lo Stato), dall’altro manifesta aperto disprezzo per il valore della relazionalità “orizzontale” – nella sua declinazione processuale – negando il rapporto di riconoscimento nei confronti del consociato²⁵⁷ (per esempio, la controparte nel giudizio civile o l’imputato nel processo penale)²⁵⁸.

²⁵⁶ Residuando semmai, come di seguito esposto, un eventuale ulteriore disvalore “interpersonale”, consistente nella rottura della relazione intersoggettiva con il soggetto cui dalla falsa testimonianza derivi un nocumento alla libertà o all’onore.

²⁵⁷ Per una magistrale descrizione del reato quale rottura di un “rapporto di riconoscimento” e negazione del “principio di relazionalità”, si veda M. RONCO, *Il problema della pena*, cit., 122: “La prospettiva delinea un rapporto tra la norma e l’autore, in virtù del quale la violazione, prima ancora di realizzare la lesione del bene giuridico tutelato, costituisce in contraddizione l’autore per la negazione, in essa insita, del valore giuridico della relazionalità, dunque, della stessa qualità di soggetto di diritto

Il bene giuridico concepito in senso “relazionale”, peraltro, esplica – come sopra cennato – una relevantissima funzione dogmatica, nella misura in cui esso, nella molteplice e multiforme gamma di illeciti penali, coglie l’unità teorica del reato nella “assenza di *cura*” per l’altrui valore. Se, infatti, l’offesa in termini penalistici viene identificata con la violazione del dovere di cura nella relazione interpersonale, ciò consente all’interprete di afferrare la radice unitaria e comune dell’illecito penale, al di là delle comuni distinzioni tra reato doloso, preterintenzionale e colposo e tra reato commissivo ed omissivo.

Al fine di indicare – se pure con un parallelo forse eterodosso e con ogni opportuna riserva – tale dogmatica “unificazione” della *penalità* sotto il “comune denominatore” della “assenza di cura”, è significativo accostare l’illecito penale e quello deontologico: quest’ultima forma di illecito si caratterizza per l’ampia gamma di ipotesi nelle quali si rinviene un disvalore meritevole di sanzione (nella specie, disciplinare); tuttavia, all’interno delle più svariate

dell’autore del reato. [...] In tanto può essere applicata una pena (e, prima ancora, prevista legislativamente), in quanto essa sia postulata dall’esigenza di ripristinare il valore razionale della relazionalità, negato radicalmente dall’autore del reato”.

²⁵⁸ Infatti, se il processo è, innanzi tutto, “dialogo istituzionalizzato”, esso non può non fondarsi su un originario – anche solo tacito – riconoscimento della relazionalità, quale religiosa devozione nei confronti dell’*altro*; infatti, “*la comprensione che si attua nel dialogo presuppone una disponibilità da parte degli interlocutori, che devono sforzarsi di riconoscere pienamente il valore delle opinioni altrui*” (GADAMER, *Verità e metodo*, cit., III, 1, 789).

forme di illecito disciplinare, la radice comune sembra essere proprio costituita dall'assenza della *cura dovuta* nella relazione intersoggettiva e, in ispecie, nel rapporto tra professionista ed assistito; in tale prospettiva, a titolo esemplificativo, sia che l'avvocato abbia presentato un atto di impugnazione radicalmente inammissibile ed irricevibile, sia che egli abbia ommesso – per dimenticanza – di presentare il gravame entro i termini di legge; ed ancora, sia che tale “inadempimento del mandato” sia avvenuto dolosamente, sia che esso sia avvenuto per colpa grave (al di là dei profili rilevanti in sede di commisurazione della sanzione), la radice unica dell'illecito deontologico, che accomuna tutte le menzionate ipotesi, è proprio la dis-attenzione e l'indifferenza dimostrata dal professionista nei confronti del proprio assistito.

Naturalmente, il confronto tra illecito deontologico ed illecito penale sconta dei relevantissimi limiti, connessi alla natura generalmente atipica del primo²⁵⁹ e, di contro, strettamente tipica

²⁵⁹ Sul punto, si veda U. PERFETTI, *Corso di deontologia forense*, Padova, 2008, 53, in cui il principio di atipicità dell'illecito deontologico viene indagato alla luce del vigente art. 60 del codice deontologico forense (“norma di chiusura”, secondo il quale “*le disposizioni specifiche di questo codice costituiscono esemplificazioni dei comportamenti più ricorrenti e non limitano l'ambito di applicazione dei principi generali espressi*”); peraltro, la dottrina correttamente rileva che la genericità del precetto deontologico trova un contrappeso nella necessità che l'incolpazione sia concretamente precisata, a pena di invalidità del relativo procedimento disciplinare (DANOVI, *Manuale breve. Ordinamento forense e deontologia*, Milano, 2006, 94). In tema di principio di atipicità dell'illecito deontologico, si vedano, *ex plurimis*, Consiglio nazionale forense, 28 aprile 2004, n. 121 e Consiglio nazionale forense, 10 novembre 2005, n. 132, in *Rassegna forense*, 2006, 2212 e segg.; inoltre cfr. Cassazione Civile, Sez. Un., 7 febbraio 2006, n.

e tassativa del secondo; tuttavia, nella sua indiscutibile imprecisione teorica, il raffronto può essere intuitivamente ed icasticamente utile al fine di cogliere la radice unitaria del disvalore penalistico dell'azione, la quale rappresenta una soglia "oltre la quale" si dà reato e, pertanto, costituisce un importante "tassello teorico" nella ricerca dell'*ubi consistam* dell'illecito penale.

In particolare, proprio il principio di atipicità dell'illecito deontologico, comportando l'individuazione di comportamenti *sostanzialmente* illeciti in capo al professionista al di là di teoriche classificazioni, consente di illuminare con minerale brillantezza il nucleo centrale del disvalore dell'atto, disvalore che, per l'appunto, emerge con chiarezza e viene marchiato con stigma, a prescindere dalla distinzione tra commissione ed omissione, tra dolo e colpa, e così via; viceversa, il principio di tipicità dell'illecito penale²⁶⁰, pur costituendo il sacrosanto ed imprescindibile caposaldo del moderno diritto criminale, ha comportato – volendo parafrasare il motto di Immanuel Kant – una sorta di "sonno dogmatico", assuefacendo l'interprete alle

2509; per quanto concerne la non applicabilità *tout court* del principio di legalità e tassatività allo specifico ambito deontologico, si veda Cassazione Civile, Sez. Un., 12 gennaio 1993, n. 269, in *Giust. civ. mass.*, 1993, 41.

²⁶⁰ Per un'approfondita disamina in tema di "tipicità formale" e "tipicità sostanziale", nell'ambito della sterminata bibliografia *in subiecta materia*, si rinvia a M. RONCO, *Il reato: modello teorico e struttura del fatto tipico*, in M. RONCO (opera diretta da), *Il reato – Struttura del fatto tipico – Presupposti oggettivi e soggettivi dell'imputazione penale. Il requisito dell'offensività del fatto*, Bologna, 2007, 95 e ss.; cfr. anche M. RONCO, *Il principio di tipicità*, Torino, 1979, *passim*.

categorizzazioni sistematiche e, dietro queste ultime, mascherando sovente il reale nucleo di riprovevolezza fondante l'esercizio del magistero punitivo. Ciò ha comportato una notevole difficoltà nel rinvenire, in chiave di unificazione dogmatica, un'unica radice sostanziale di disvalore del fatto di reato; infatti, la dottrina tradizionale si arrovela nel ricercare, in via sistematica, una siffatta ricostruzione unitaria dell'illecito penale, ma si deve per lo più scontrare con alcune impostazioni tratte, le quali oppongono un'invincibile resistenza al menzionato sforzo di unificazione. In particolare, fintantoché la distinzione tra dolo e colpa viene ridotta, volontaristicamente e psicologicamente, a mera divisione tra *velle* e *nolle* e fintantoché reato commissivo e reato omissivo vengono ridotti a mero *facere* e *non facere* (o *aliud facere*), è evidente che l'interprete si trova innanzi ad un insieme di tasselli teorici che, per la forma, lo spessore ed il colore, non sono suscettibili di essere composti in un mosaico omogeneo ed armonioso.

Viceversa, se alla radice della condotta penalmente rilevante – al di là delle distinzioni tra dolo, colpa e preterintenzione, nonché tra commissione ed omissione – viene riconosciuta la sussistenza di una frantumazione dell'ordine relazionale e dell'assenza di *cura*, un tale approccio ermeneutico consente all'interprete di cogliere, in una brillante *Lichtung*, l'unitaria essenza del reato, cui di volta in volta, quali meri *accidentes*, si aggiungono specifici profili oggettivi e soggettivi, i quali non interferiscono con l'essenza unitaria dell'illecito.

In particolare, con riferimento alla distinzione tra commissione ed omissione, non v'è chi non veda come, al di là della differenza materiale tra il *facere* ed il *non facere*, sussista un'unitaria pregnanza assiologica e relazionale che accomuna le due condotte, pur nel diverso e cangiante grado di disvalore del fatto: si pensi alla morte cagionata da un automobilista disattento che travolge il pedone ed alla morte cagionata dalla madre che, per negligenza, dimentichi di nutrire il proprio figlio; in tal caso, è evidente che tali due situazioni, al di là dei differenti profili psicologici e materiali (decisivi in sede di commisurazione della pena), sottendano una medesima radice di in-curanza e disattenzione che, esprimendo un disvalore personale di condotta, fonda la responsabilità penale. Dunque, al di là della differente struttura materiale (commissiva od omissiva), emerge chiaramente l'unitaria radice assiologica del disvalore penalistico²⁶¹, alla quale

²⁶¹ Giova ribadire che il rinvenimento di una siffatta “radice unica”, al di sotto degli illeciti penali commissivi ed omissivi, non comporta affatto un “appiattimento” teorico ed una unificazione di “trattamento giuridico”, bensì implica, semplicemente, il riconoscimento di un *ubi consistam* (in quanto tale, essenzialmente unitario) dell'illecito criminale, idoneo ad *indicare* all'interprete il reale nucleo teoretico dell'illecito medesimo. Ciò non toglie che, sul piano del trattamento giuridico, i differenti tipi di reato (commissivo ed omissivo) possano essere disciplinati con regimi altrettanto differenziati e “graduati”; anzi, sul punto merita vivo apprezzamento la scelta del legislatore tedesco, il quale, per il reato omissivo improprio, al § 13 StGB, prevede la possibilità in capo al giudice di applicare una pena diminuita, rispetto a quella prevista per il corrispondente reato omissivo, con ciò riconoscendo che un contegno di mera inerzia può, in determinati casi, a parità di esito fattuale, denotare un minore disvalore di azione ed una levioere riprovevolezza soggettiva, “*impostazione sconosciuta a chi, come noi, sia*

si può accedere mediante il superamento della distinzione naturalistica tra *facere* e *non facere*.

Ma anche con riferimento alla più ardua e spinosa distinzione tra illecito colposo, preterintenzionale e doloso, il concetto unitario di *cura* esplica una incommensurabile funzione dogmatica unificatrice; in proposito, una esemplificazione potrà rendere chiara l'asserzione. Si pensi all'ipotesi del medico che, contravvenendo alle più basilari *leges artis*, dimenticando alcuni strumenti operatori nel corpo del paziente, cagioni la morte di quest'ultimo; si pensi al teppista che, per dare una lezione al poliziotto che ha appena arrestato un suo conoscente, percuota ripetutamente il medesimo dovendone, successivamente, constatare il decesso come conseguenza non voluta della propria condotta; si pensi, infine, al sicario che, su incarico del committente, cagioni la morte di un terzo mediante un'arma da fuoco. Ebbene, ad una prima "emotiva" valutazione, sembra che l'azione del sicario non possa essere per nessun motivo accostata a quella del medico imperito, la quale a sua volta non è assimilabile a quella del teppista; e tale differenza intuitiva sembrerebbe sottendere l'insussistenza di un qualsivoglia profilo di disvalore personale che possa accomunare le tre condotte omicidiarie. Pur tuttavia, dinanzi a tali – apparentemente – insanabili differenze assiologiche tra i tre fatti umani, non si deve

abituato a ragionare soprattutto in termini di disvalore oggettivo" (F. PALAZZO, M. PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, II ed., Torino, 2005, 75).

mai abdicare alla basilare esigenza di rinvenire una “radice comune” tra i fatti medesimi, la quale consenta all’interprete di riconoscere un fondamento unitario ed omogeneo tanto alla sanzione penale irrogata al medico imperito, quanto a quella irrogata al sicario ed al teppista; in caso contrario, rinunciando alla ricerca di tale “radice comune”, si perderebbe l’*ubi consistam* dell’illecito penale e apparirebbe del tutto irragionevole ed infondato ricondurre le tre menzionate condotte letifere al paradigma unitario dell’illecito penale e sottoporre le medesime ad una medesima (se pur differentemente graduata) sanzione criminale.

Un tale sforzo ermeneutico e di unità non può essere compiuto, se non riconoscendo che, alla base delle tre condotte sopra esemplificativamente riportate, risiede una radice unica ed unitaria, costituita dall’assenza di *cura* per il valore dell’*altro* nella relazione intersoggettiva; in tutti e tre i casi, infatti, se pur con differenti profili di disvalore personale, il soggetto passivo della condotta omicidiaria viene ridotto a mera *res*, manipolabile *sine cura* e, al limite, suscettibile di essere distrutta.

E se la “radice unitaria” è costituita dalla rottura della relazione intersoggettiva, quivi va riconosciuta l’essenza del reato, quale “comune denominatore” che accomuna tutte le forme di illecito penale e fonda una teorica unitaria della pena come “sanzione meritata”. Sul punto, è pur vero che anche il bene giuridico tutelato – concepito in senso oggettivo – quale termine

comune a differenti forme di reato (come l'omicidio del consenziente, l'istigazione al suicidio, l'omicidio colposo, preterintenzionale e volontario e tutte le ipotesi di morte quale conseguenza non voluta di un determinato delitto) – rappresenta un'entità concettuale idonea ed “unificare” differenti condotte umane all'intero di un unico e generale *genus* (e, dunque, ad unificare anche i tre menzionati casi del chirurgo, del teppista e del sicario); tuttavia, l'oggettività giuridica così intesa rappresenta un *quid* di rigido e monolitico inidoneo aderire, in modo plastico, ai differenti gradi di disvalore personale espressi dalla singole condotte umane. Inoltre, come sopra cennato, il bene giuridico oggettivamente inteso (per esempio, il bene vita) può essere indifferentemente aggredito da una condotta umana e da un evento naturale e, dunque, non può costituire cifra unificante dell'illecito penale in genere; pertanto, l'indagine ontologica alla ricerca dell'essenza del reato non potrà fondarsi su tale concetto di “oggettività giuridica”, ma dovrà trovare appiglio teorico in una nozione più “ristretta”, la quale sia congrua ed adeguata a connotare *solamente* la condotta umana; infatti, non può rinvenirsi l'essenza del reato, estrinsecazione dell'azione e della libertà umane, nella lesione di un *quid* oggettivo la quale può essere conseguenza non solo dell'atto umano ma anche solo della realtà “bruta” dell'accadimento naturale.

Ecco, dunque, che, contrariamente alla nozione di “oggettività giuridica”, il concetto di *cura* e di dis-attenzione relazionale è, nella sua portata teorica unificante, affatto elastico e

flessibile, tanto che, a parità di bene giuridico tutelato (per esempio, la vita umana), esso è idoneo a dare espressione ai cangianti profili di disvalore soggettivo del fatto (indifferenza, disattenzione, manifesto disprezzo per l'altrui vita), tanto da costituire un formidabile *passé-partout* che illumina di *unità* la *diversità*.

Peraltro, quand'anche si volesse "salvare" la teorica del bene giuridico oggettivo quale fulcro della penalità, affermando che, a parità di oggettività giuridico (per esempio, la vita), la "graduazione" della responsabilità avviene in ragione dell'elemento soggettivo (dolo, colpa, preterintenzione), comunque si darebbe forma ad una teoria "incompleta" del disvalore penalistico; sussistono, infatti, ipotesi in cui il semplice riferimento psicologico al dolo omicidiario (quale coscienza e volontà che, da una determinata condotta, segua il decesso della persona offesa) non è sufficientemente preciso, sottile e idoneo a cogliere le differenti sfumature assiologiche del fatto di reato²⁶²; si pensi alle ipotesi di omicidio volontario, omicidio del consenziente, istigazione e aiuto al suicidio ed infanticidio: trattasi

²⁶² In proposito, con riferimento all'inidoneità del solo riferimento all'elemento psicologico ad individuare e connotare integralmente il disvalore penalistico dell'azione umana, si è autorevolmente osservato che "*la personalità della responsabilità penale, evocata dall'art. 27 Cost., implica la presenza nel reato di un disvalore soggettivo che va al di là del semplice carattere doloso o colposo dell'agire, esprimendo l'esigenza che la pena sia riservata a quei comportamenti che consumano la rottura della relazione intersoggettiva dell'agente con la libertà degli altri*" (M. RONCO, *Il reato: modello teorico e struttura del fatto tipico*, cit., 65).

di ipotesi criminose comportanti la soppressione del medesimo bene giuridico (vita umana), la cui distinzione in termini meramente psicologici non coglie nel segno, nello sforzo volto ad individuare lo sfumato disvalore assiologico del fatto, in quanto in tutte queste ipotesi il soggetto si rappresenta e vuole l'evento-morte.

Infatti, se si pone attenzione al binomio psicologico-materiale, sia la madre che versi in istato di abbandono materiale e morale (e che commetta l'infanticidio ex art. 578 c.p.), sia lo spietato sicario che commetta con premeditazione un omicidio volontario, si rappresentano e vogliono (elemento psicologico) che dalla loro condotta materiale derivi la morte della persona offesa (elemento oggettivo): in tal caso, solo un'attenzione al piano assiologico della *cura* ci fa percepire ed apprezzare la differenza di significato e di valore – connessa alla differente condizione esistenziale della madre *post partum* e del sicario – che giustifichi e fondi la previsione di due distinte ed autonome figure di reato d'omicidio.

Infine, la nozione “relazionale” del bene giuridico tutelato assolve anche ad una funzione eminentemente critica e, per così dire, liberale²⁶³, ossia di limite alla potestà normativa del

²⁶³ A tal proposito, si è affermato: “[...] la concezione liberale tratterà infatti un sillogismo opposto: dato un certo significato di bene giuridico, quello sostanziale, [...] ma dato però anche che la funzione penale è e deve essere la tutela dei beni giuridici – postulato necessario della concezione liberale – ergo quelle norme esistenti che non tutelano alcun bene giuridico

legislatore in sede di criminalizzazione delle condotte umane: infatti, il corollario di una teoria penale della relazionalità è costituito dal principio secondo il quale, in ipotesi di oggettiva lesione di determinati beni giuridici, il magistero punitivo deve essere esercitato solo in presenza di condotte che, sotto il profilo relazionale, denotino un pregnante disprezzo – o comunque una grave disattenzione – verso i valori della relazionalità. In questi termini, dunque, si ribadisce la curvatura “modale” dell’illecito penale, la cui essenza non risiede tanto nella lesione (o messa in pericolo) di un’oggettività giuridico, quanto nella sussistenza di particolari “modalità di lesione” (o messa in pericolo) dell’oggettività medesima; o, in altri termini, non risiede tanto nella lesione di un bene “oggettivo”, quanto nella compromissione di un *bonum* relazionale.

in senso sostanziale sono illegittime e vanno espunte dal sistema” (ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., 47; per la funzione “liberale” del bene giuridico, in particolare 79 e segg.; cfr. anche RONCO, *Il reato: modello teorico e struttura del fatto tipico*, cit., 81); con riferimento alla matrice “liberale” del bene giuridico, si vedano, *inter alia*, STELLA, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, cit., 4; MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell’onore*, cit., 57; HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxis orientierten Rechthsgutslehre*, 1973, 34 e segg.; inoltre, per una trattazione dei profili teorico-generalis più rilevanti della tematica del bene giuridico e del passaggio dalla concezione «liberale» del bene di matrice illuministica, alla perdita della c.d. “dimensione assiologica” del concetto medesimo nell’involutione anti-illuministica e antigarantistica della seconda metà del XIX secolo, si veda FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1989, 460-490.

Per cogliere l'efficacia di "limite alla criminalizzazione" esplicitata da una siffatta concezione "relazionale" è sufficiente citare, a titolo esemplificativo, la questione del c.d. "concorso anomalo" nel reato, disciplinato dall'art. 116 c.p.; il primo comma di quest'ultima disposizione stabilisce: "*qualora il reato commesso sia diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti, anche questi ne risponde, se l'evento è conseguenza della sua azione od omissione*"²⁶⁴.

²⁶⁴ In tema di concorso anomalo, si vedano, *ex plurimis*, FLICK, *Sui limiti di applicabilità dell'art. 116 c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, 812; SERIANNI, *L'art. 116 c.p. e la comunicabilità delle circostanze soggettive aggravanti al partecipe che non volle il reato diverso*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, 510; PANNAIN, *Sull'art. 116 c.p.*, in *Arch. Pen.*, 1965, II, 432; BERNASCONI, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di art. 116 c.p.*, in *Indice pen.*, 1994, 373; ARDIZZONE, *Responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto. Principio di colpevolezza e riforma della fattispecie*, Palermo, 1983; CANESTRARI, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto e il principio di colpevolezza*, in *Studium iuris*, 1996, 1396; INSOLERA, *Tentativo di una diversa lettura costituzionale dell'art. 116 c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, 1489; PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, Milano, 1966; STOCCO, *Alla ricerca di una dimensione costituzionale dell'art. 116 c.p.*, in *Cass. pen.*, 1990, 36; A. GULLO, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto tra versari in re illecita e principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000, 3, 1194. Per alcuni sintetici profili comparatistici e teorico-generalisti, mi permetto rinviare ad un mio breve recente saggio: G. CIVELLO, *Analisi del leading case Maxwell [1978]. Dolo di concorso e "concorso anomalo", tra diritto penale inglese ed italiano. Profili sintetici di teoria generale del reato e della pena*, in *L'Ircocervo. Rivista elettronica italiana di metodologia giuridica, teoria generale del diritto e dottrina dello Stato*, <http://www.filosofiadeldiritto.it>, archivio, dottrina, 2007, II.

Ipotesi tipica e paradigmatica di “concorso anomalo” è costituita dal caso in cui Tizio e Caio si accordino per commettere un furto in abitazione e, nell’esecuzione dell’*actio furtiva*, Caio, senza il previo concerto o l’estemporanea intesa con il compagno Tizio, commetta una serie di ulteriori reati non previsti dal *pactum sceleris* (a titolo esemplificativo, un danneggiamento, una violenza sessuale ed un omicidio); applicando rigorosamente ed oggettivamente l’art. 116 c.p. (interpretando estensivamente, come avviene nel diritto vivente, la locuzione “*se l’evento è conseguenza della sua azione od omissione*”), Tizio dovrebbe essere condannato non solo per il reato di furto in abitazione, ma anche per tutti gli ulteriori reati commessi da Caio nell’esecuzione del piano criminoso, sempre che tali ultimi reati siano “conseguenza” dell’azione di Tizio.

Ebbene, in virtù della *littera legis* e dell’approccio autoritario sotteso alla disposizione *de qua*, la giurisprudenza dell’epoca fascista e la stessa giurisprudenza repubblicana degli anni ‘50 e ‘60 interpretavano in senso “oggettivistico” l’art. 116 c.p.²⁶⁵, ritenendo che tale disposizione dovesse essere applicata proprio al fine di perseguire le finalità general-preventive e di tutela di beni giuridici sottese alla norma in questione.

In effetti, l’estensione al “concorrente anomalo” della responsabilità penale per l’evento non voluto ma commesso dal

²⁶⁵ Si veda, fra tutti, Cassazione Penale, 23 gennaio 1956, in *Giust. pen.*, 1957, II, 121; in tema di approccio oggettivistico, si veda F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, IV ed., Padova, 2001, 559 e segg..

correo, trova una adeguata giustificazione se considerata in chiave strettamente preventiva ed “oggettiva”: infatti, il punire il ladro non solo per il furto, ma anche per gli ulteriori reati commessi dal complice nell’esecuzione del *pactum sceleris*, esplica nei confronti collettività una notevole azione deterrente, in quanto dissuade massimamente i consociati dalla commissione dei furti, proprio prospettando il rischio che dall’azione furtiva derivino una serie di ulteriori imputazioni penali, magari per reati ben più gravi del semplice furto.

Tuttavia, è evidente come una siffatta ricostruzione oggettivistica non sia minimamente sostenibile, in quando essa finisce per strumentalizzare il singolo individuo per finalità di prevenzione ed interesse generale, senza riconoscere rilevanza al concreto e specifico atteggiamento interiore del soggetto agente; in altri termini, nel caso summenzionato, al ladro dovrebbero essere “accollati” una serie di eventi lesivi ulteriori cagionati esclusivamente dal correo, *per il sol fatto* che egli sia ladro e, dunque, versi *in re illicita*, a prescindere dal suo stato soggettivo in relazione a tali eventi ulteriori.

In proposito, una concezione relazionale del bene giuridico e del reato, di contro, costituisce un importante limite alla criminalizzazione, in quanto richiede, ai fini della sussistenza del disvalore penalistico meritevole di pena, una reale e concreta rottura della relazione intersoggettiva²⁶⁶: pertanto, nel menzionato

²⁶⁶ In proposito, è pur vero che la Consulta (con la sentenza Corte Cost., 13 maggio 1965, n. 42) ha stabilito che, ai fini della punibilità del

caso dell'*actio furtiva*, va riconosciuto che entrambi i correi, nel pianificare la commissione del furto in abitazione, hanno manifestato un'assenza di *cura* (nella forma massima del deliberato disprezzo) nei confronti del patrimonio e del domicilio altrui. Tuttavia, qualora uno dei correi abbia ecceduto il *pactum sceleris*, commettendo inopinatamente un ulteriore reato, quale la violenza sessuale, è evidente che solo a quest'ultimo correo è imputabile l'ulteriore disprezzo per l'altrui libertà sessuale; di

concorrente anomalo ex art. 116 c.p., è necessario che il reato ulteriore, non compreso nel *pactum sceleris*, fosse conseguenza (“*sviluppo*”) logicamente prevedibile del reato concordato. Tuttavia, una siffatta ricostruzione dell'istituto non sembra produrre un efficace “limite alla criminalizzazione” né pare perfettamente conforme al canone personalistico di cui all'art. 27 Cost.. Da un lato, infatti, una parte della giurisprudenza, interpretando la prevedibilità del reato non voluto quale “prevedibilità in astratto” (Cassazione Penale, 1 marzo 1971, in *Cass. pen.*, 1972, 1674; Cassazione Penale, 3 marzo 1978, *ivi*, 1980, 45; Cassazione Penale, 4 marzo 1988, *ivi*, 1990, 35; Cassazione Penale, 14 dicembre 1985, *ivi*, 1987, 749), ha sostanzialmente perpetuato, se pur in via occulta e mascherata, una interpretazione oggettivistica dell'art. 116 c.p.; dall'altro lato, peraltro, anche a volere avallare l'orientamento della c.d. “prevedibilità in concreto” (Cassazione Penale, 28 gennaio 1985, in *Cass. pen.*, 1986, 723; Cassazione Penale, 2 ottobre 1989, *ivi*, 1992, 621; Cassazione Penale, 22 ottobre 1990, *ivi*, 1993, 46; Cassazione Penale, 9 novembre 1995, *ivi*, 1996, 3642; Cassazione Penale, 19 gennaio 1999, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 1195), permane comunque lo “scandalo” giuridico dell'applicazione delle severe pene per il reato doloso, pur in presenza di un atteggiamento sostanzialmente “colposo” (ossia fondato sulla mera prevedibilità), in capo al concorrente anomalo. Così, a titolo esemplificativo, nell'ipotesi di rapina a mano armata, il c.d. “palo” che abbia concordato con i complici la commissione del solo reato contro il patrimonio di cui all'art. 628 c.p., dovrà altresì rispondere di omicidio volontario (e, quindi, *secondo l'intenzione*), per il sol fatto che fosse prevedibile (e, quindi, *contro l'intenzione*) il possibile esito letale dell'azione criminosa.

contro, tra il “concorrente anomalo” e la vittima dell’abuso, pure a seguito della commissione della violenza sessuale da parte dell’altro correo, permane l’originaria ed unica rottura della relazione intersoggettiva, *sub specie* disprezzo per il valore relazionale dell’altrui patrimonio e domicilio. Pertanto, qualora si imputasse al “concorrente anomalo”, ai sensi dell’art. 116 c.p., l’ulteriore reato di violenza sessuale, verrebbero sicuramente attuate rilevanti istanze di controllo sociale e prevenzione generale (nella misura in cui si punirebbe più gravemente il ladro e, dunque, si dissuaderebbe la collettività dalla commissione del furto quale reato “latamente prodromico” ad una serie di ulteriori delitti contro la persona), ma si perderebbe completamente dall’orizzonte ermeneutico il profilo della relazionalità, quale principio fondante – nel *discrimen* tra valore e dis-valore – la stessa giuridicità²⁶⁷.

²⁶⁷ In chiave operativa e *de iure condendo*, a parere di chi scrive, l’istituto del concorso anomalo ex art. 116 c.p., in quanto relitto storico di una concezione autoritaria del diritto penale quale strumento di prevenzione generale e difesa sociale, dovrebbe essere espunto dal nostro ordinamento giuridico; d’altra parte, se si versa in ipotesi di dolo in capo al concorrente, la responsabilità di quest’ultimo in ordine al fatto commesso dal correo è pacificamente riconducibile al paradigma dell’art. 110 c.p.; se, viceversa, si versa in ipotesi di colpa, non residua che l’applicazione delle corrispondenti fattispecie colpose, eventualmente aggravate dalla “colpa cosciente” (art. 61, n. 3, c.p.). Al limite, se non si ritenesse possibile espungere la disposizione *de qua* dal nostro ordinamento, dovrebbe in ogni caso interpretarsi l’art. 116 c.p. in senso ulteriormente rigoroso e conforme al canone personalistico, ossia richiedendo in capo al concorrente anomalo, ai fini della punibilità, la concreta previsione dell’evento ulteriore, richiedendo così una sorta di “colpa con previsione” quale soglia minima soggettiva (una simile opzione

CAPITOLO II

IL CONCETTO PENALISTICO DI “ONORE”: PER UNA CONCEZIONE RELAZIONALE DEL BENE GIURIDICO

1. Il bene giuridico dell'onore: un fertile “terreno di coltura” nell'ambito della teoria generale del bene giuridico

Nel primo capitolo della presente ricerca si sono tematizzati sinteticamente alcuni nodi problematici ed aporetici cui va incontro il diritto vivente nell'affrontare il tema del bene giuridico tutelato nel diritto penale; in particolare, da un lato sono state esposte le concezioni dell'oggettività giuridica del reato le quali conducono ad una sostanziale *interpretatio abrogans* del concetto stesso di “bene giuridico”, sovrapponendo di volta in volta – *a posteriori* – il concetto medesimo alla *littera legis*, alla *ratio legis* ed alla *voluntas legis*, con ciò riducendo l'oggetto del reato a mero pleonasma privo di una reale portata euristica, critica e dogmatica; dall'altro, si sono messe in luce le aporie cui conduce una concezione meramente tassonomica del bene giuridico, inteso quale semplice risultato di un'operazione di classificazione e

interpretativa si riscontra, peraltro, nell'ordinamento penale inglese; sul punto, mi permetto rinviare a G. CIVELLO, *Analisi del leading case Maxwell* [1978]. *Dolo di concorso e “concorso anomalo”, tra diritto penale inglese ed italiano. Profili sintetici di teoria generale del reato e della pena*, cit.).

sistemazione delle figure di reato in famiglie e sotto-famiglie, con particolare riferimento a due temi di diritto positivo, l'uno di natura sostanziale (il concorso di reati), l'altro di natura processuale (l'individuazione della persona offesa dal reato, ai fini del riconoscimento della legittimazione all'opposizione alla richiesta di archiviazione). In particolare, è emerso come una nozione meramente formale (e normativa) di "bene giuridico", in quanto espressione di una mera classificazione "virtuale" delle ipotesi criminose, conduca l'interprete a smarrire la portata teleologica ed assiologica sottesa all'atto umano²⁶⁸, in una sorta di "furore sistematico" che, allontanando il criminalista dal concreto "*fango delle liti*"²⁶⁹, riduce la qualificazione penalistica del fatto a mera sussunzione del medesimo all'interno di astratte categorizzazioni.

Al termine di tale indagine, è apparso necessario mettere in discussione, seguendo un procedimento tipicamente elentico-confutatorio, la stessa categoria di "bene giuridico tutelato", al fine di vagliarne la reale portata teorico-applicativa; tale esigenza di ricerca, in particolare, è emersa, in tutta la sua dirompenza alla luce di una non risalente pronuncia della Suprema Corte di

²⁶⁸ Cfr. CAPOGRASSI, *L'esperienza in concreto*, cit., 934: "*il soggetto per vivere appunto la sua vita, che è cosa reale, per portarla ai fini che soli possono dar valore al suo esistere fisiologico, deve ampliare la sua vita, dilatarla alla vita degli altri, alimentarla con i germi della vita che sono nelle vite attorno a lui*".

²⁶⁹ F. GENTILE, *Filosofia del diritto. Le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, cit., 181.

Cassazione, secondo la quale “*l’oggetto giuridico del reato, rappresentato dal bene del soggetto passivo direttamente offeso dalla violazione della norma penale – vita, integrità personale, libertà, onore, patrimonio ecc. – costituisce la vera essenza del reato stesso, che, se formalmente appare come la violazione di un precetto giuridico munito di sanzione criminale, sostanzialmente consiste nell’offesa del bene da esso protetto*”²⁷⁰. A fronte di un tale asserto, tanto lapidario quanto apodittico, si è fin da subito reso necessario il ricorso ad un vaglio critico, al fine di stabilire se, al di là del *topos* tralatizio, vi siano fondati motivi per ritenere che il nucleo centrale del reato sia realmente costituito dalla lesione o dalla messa in pericolo di un’oggettività giuridica (concepita come un *quid* di estrinseco rispetto ai profili assiologici dell’azione umana e, dunque, affatto adiaforo rispetto al piano del *senso*, del *significato* e del *valore* dell’azione medesima).

A tale scopo, si è reso utile *in primis* procedere ad un sintetico confronto tra i principi fondanti l’illecito civile (tipicamente ancorato al dato oggettivo del danno) e l’illecito penale (caratteristicamente connesso al concetto di “modalità” ed ai profili personali del disvalore d’azione), per poi comprendere come la lesione del bene giuridico sia concetto, in realtà, fondante non tanto l’illecito criminale, quanto il sistema dell’illecito aquiliano; d’altra parte, anche un rapido *excursus* del sistema

²⁷⁰ Cassazione Penale, Sezioni Unite, 24 giugno 1998, n. 9973, in *Cass. pen.*, 1998, 3232; *Dir. pen. e proc.*, 1998, 1244; *Foro it.*, 1998, II, 758; *Riv. pen.*, 1998, 991.

penale positivo mostra al giurista come la lesione (o messa in pericolo) di un'oggettività giuridica non sia affatto il nucleo centrale ed essenziale della penalità: a tal proposito, nella prima parte della presente ricerca, si è tentato di enucleare sinteticamente – a titolo esemplificativo – il ruolo del bene giuridico nei reati di omicidio e, in generale, nei delitti contro il patrimonio, al fine di vagliarne l'asserita centralità teorico-dogmatica.

Al termine del primo capitolo, dunque, se pur in via meramente interlocutoria, si è profilata una *svolta* all'interno dell'indagine vertente sul concetto di “bene giuridico”; in particolare, in via diametrale rispetto al tradizionale approccio al concetto di “bene” – tutto intriso di oggettivismo e materialismo, quasi che a tale concetto dovesse corrispondere un *quid* empirico ed estrinseco rispetto alla persona del reo ed alla dimensione relazionale dell'illecito – si è tratteggiata la dimensione autenticamente personale e relazionale del “bene giuridico tutelato”, apparendo vieppiù evidente come, in verità, il nucleo ontologico dell'illecito penale non risieda tanto nella compromissione di un ordine oggettivo e materiale (per esempio, lesione del bene-vita), quanto nella frantumazione di un ordine soggettivo, personale e – in definitiva – squisitamente relazionale ed interpersonale (ad esempio, disconoscimento del valore relazionale del bene-vita). Tale intuizione ha rappresentato, dunque, l'abbrivio teorico per alcune *rimae extravagantes*

concernenti il concetto di *cura* nei rapporti intersoggettivi, alla ricerca dell'*ubi consistam* dell'illecito penale.

La seconda parte della presente ricerca sarà costituita da una sorta di “esperimento di laboratorio”, nel corso del quale, alla luce degli approdi interpretativi sopra menzionati, si indagherà lo specifico ambito dei reati contro l'onore, con particolare attenzione ai profili teorici concernenti il concetto stesso di “bene giuridico dell'onore”. La scelta di un siffatto ambito di indagine trova ragione in una molteplicità di motivazioni teoriche: da un lato, il concetto stesso di “onore”, apparendo il più delle volte non suscettibile di una riconduzione ad un *quid* di fenomenico e materiale, rappresenta un interessante e fertile “terreno di coltura” per dimostrare che, in verità, non è coesistente alla nozione di “bene giuridico” il carattere dell'oggettività e della materialità; dall'altro lato, i reati contro l'onore (principalmente, l'ingiuria e la diffamazione), essendo concepiti dal legislatore come reati di mera condotta e di mero pericolo, rappresentano un altrettanto stimolante “banco di prova” per vagliare e “verificare” la radice relazionale del bene giuridico, la cui frantumazione è declinabile esclusivamente in termini teleologici ed assiologici, quale “difetto di riconoscimento” dell'altrui dignità.

Alla luce di tali intuizioni provvisorie, pertanto, nel corso delle riflessioni che seguono, verranno sinteticamente ripercorse le principali concezioni maturate, in seno alla dottrina ed alla giurisprudenza, in relazione alla nozione di “onore”, sottoponendo

le medesime ad un procedimento confutatorio volto ad individuarne le eventuali aporie, alla ricerca di una conclusione “oltre l’interlocutorio”.

2. La concezione “fattuale” dell’onore: aporie

Secondo una prima impostazione teorica, il bene giuridico dell’onore sarebbe, al pari delle altre oggettività giuridiche protette dal diritto penale, un *quid* di “effettivo e concreto”, afferrabile con i sensi e percepibile nel mondo fisico come un fenomeno naturale; in particolare, in tale prospettiva, l’onore si fonderebbe sulla percezione che l’uomo ha, via via, maturato nei confronti di se stesso (*Selbstwahrnehmung*)²⁷¹ e consisterebbe nella considerazione che ogni persona nutre nei propri confronti, sottoforma di autostima e di amore di sé²⁷². Dunque, l’onore non sarebbe altro che un *fatto empirico* (dove l’attributo “fattuale”

²⁷¹ Chiara l’ascendenza hegeliana di una tale impostazione: “nell’onore l’uomo ha la più prossima e positiva consapevolezza della sua infinita soggettività. L’onore non è altro che apparenza e, attraverso la infinita soggettività, l’apparenza dell’onore diventa l’essere stesso del soggetto, il suo Dasein, la sua più alta realtà” (HEGEL, *Vorlesungen über die Ästhetik*, II, 177, in *Hegels Werke Suhrkamp Verlag*, 1970, Bd. 14, citato in MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell’onore*, Milano, 1974, 12).

²⁷² Sul punto, *ex plurimis*, MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, IV ed., Torino, 1964, vol. VIII, 475; GRISPIGNI, *Diritto penale*, Milano, 1947, vol. II, 224; MOLARI, *Considerazioni sull’ingiuria nei confronti di soggetti incapaci*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1963, 564.

riferito a tale concezione) – seppur di natura psicologica – analizzabile e dominabile con il metodo delle scienze naturali.

Per cogliere i tratti essenziali di una siffatta ricostruzione teorica, basti rammentare che, secondo la definizione fornita dal Von Liszt, il reato di diffamazione consisterebbe in “*una serie di movimenti della laringe, di ondulazioni sonore, di eccitazioni del senso dell’udito e di messa in movimento di processi cerebrali*”²⁷³: è intuibile la chiara ascendenza positivista sottesa ad una tale impostazione teorica, la quale costituisce “*una testimonianza*

²⁷³ F. VON LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlino, seconda edizione, 1884, 107, citato da MUSCO, *op. cit.*, 7, nota 12. Sul punto, è interessante riportare il seguente passo dell’Angioni: “*come [...] si possa verificare un’offesa in termini non causali non è possibile spiegare, né immaginare. Certo, a seconda che l’oggetto tutelato sia percepibile con i sensi oppure immateriale – come per es. l’onore – diverso è il tipo di collegamento causale. Ma che di collegamento, e quindi di effetto causale, si debba parlare anche nel secondo caso, nessuno metterà in dubbio: si tratterà di diminuzione di reputazione sociale, di percezione da parte del soggetto passivo del significato ingiurioso di certe espressioni, ecc.; non sarà cioè pura causalità naturalistica, ma causalità psicologica, sociale o altro. Fuori della considerazioni causale è aperta la strada soltanto a procedimenti irrazionalistici incompatibili con il metodo scientifico della conoscenza*” (ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, 94: in verità, al di là delle differenti “etichette” – causalità “naturalistica”, “psicologica” o “sociale” – sembra che l’Autore intenda sottoporre l’intera teorica del bene giuridico ad un unico paradigma di natura empiristica e materialistica; se, infatti, si intende l’onore quale considerazione di sé o considerazione sociale e, per l’effetto, si individua quale *ubi consistam* dei reati contro l’onore la *percezione* di una offesa, non pare che vi sia differenza, in termini causali, tra la lesione dei “beni materiali” – quale, per esempio, l’incolumità fisica – e la messa in pericolo dei “beni immateriali” – quale l’onore, se inteso secondo la menzionata tesi di ascendenza materialistica.

vigorosa di quanto il pregiudizio “oggettivistico” e “fisico-naturalistico” abbia pesato contro la comprensione della rilevanza dei beni immateriali nel diritto penale”²⁷⁴. Peraltro, proprio la concezione “fattuale” dell’onore costituisce una delle maggiori espressioni della teorica dell’afferrabilità (*Greiflichkeit*) del bene giuridico, secondo la quale ogni oggettività protetta dal diritto penale dovrebbe essere suscettibile di percezione empirica o, con immagine icastica, di apprensione “manuale”; in proposito, proprio l’intuizione circa la natura spirituale e “vaporizzata” del bene dell’onore ha condotto la dottrina più rigorosa a nutrire gravi perplessità circa l’opportunità dello stesso ricorso alla tutela penalistica di tale bene, in quanto – quantomeno in termini di prevenzione generale – può apparire che la sanzione criminale produca assai limitati effetti positivi, che possano giustificare l’esercizio del magistero punitivo *in subiecta materia*²⁷⁵.

²⁷⁴ G. CARUSO, *Delitti di schiavitù e dignità umana nella riforma degli artt. 600, 601 e 602 del Codice Penale – Contributo all’interpretazione della L. 11 agosto 2003, n. 228*, Padova, 2005, 262.

²⁷⁵ A. MANNA, *Tutela penale della personalità*, Bologna, 1993, 7; sul punto, cfr. MAURACH, *Deutsches Strafrecht. Besonderer Teil*, Hannover, 1952, 100 (“l’onore è il bene giuridico più sottile e più difficile da afferrare con i guanti di legno del diritto penale e perciò il meno efficacemente tutelato dal nostro sistema penale”) e SIRACUSANO, voce *Ingiuria e diffamazione*, in *Dig. Disc. Pen.*, 1993, vol. II, 30 e ss. (“si tratta [...] di un bene giuridico [l’onore: n.d.r.] di lunghissima tradizione legislativa e culturale, ed al contempo di un oggetto di tutela tra i più dibattuti, analizzati e (in certa misura anche) contestati fino ai giorni nostri. Si tratta inoltre, ancora notoriamente, di un bene giuridico ritenuto, per lo più, non facilmente individuabile e/o circoscrivibile”).

In particolare, si è addirittura da taluni Autori proposto, *de iure condendo*, di procedere alla depenalizzazione delle fattispecie di reato contro l'onore, con contestuale individuazione “*di altrettante ipotesi tipiche di illeciti, ovviamente extracontrattuali, da situare dopo quelli relativi al nome e all'immagine ed aventi appunto ad oggetto il diritto all'onore*”²⁷⁶.

Più specificatamente, la concezione “fattuale” dell'onore si fonda su una duplice definizione di tale bene giuridico: da un lato vi sarebbe la considerazione che ognuno ha di sé, ossia l'onore in senso stretto, aggredito dal delitto di ingiuria (c.d. “onore soggettivo”); dall'altro, vi sarebbe la considerazione di cui ognuno gode all'interno del corpo sociale, ossia la reputazione compromessa dal delitto di diffamazione (c.d. “onore

²⁷⁶ MANNA, *Beni della personalità e limiti della protezione penale*, Padova, 1989, 176 e segg., 710-711: tale prospettiva – affatto discutibile – appare allo stesso Autore percorribile solo dopo alcuni necessari adeguamenti e riforme e, in particolare, a seguito di una auspicata modifica del regime relativo al risarcimento dei danni non patrimoniali ex art. 2059 c.c., “*nel senso di consentirlo in generale per la lesione di tutti i beni della personalità*”, il tutto sotto condizione di un'adeguata riforma del processo civile. Una più limitata proposta di depenalizzazione è stata formulata da GIUNTA (in *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, Milano, 1993, 181 e segg.), il quale, negando la radicale prospettiva di totale depenalizzazione dei delitti contro l'onore, riterrebbe opportuno prevedere in sede penale “*un'unica fattispecie incentrata sull'attribuzione di un fatto determinato disonorante (a prescindere dalla presenza o meno del soggetto passivo)*”.

oggettivo”)²⁷⁷. In entrambi i casi, comunque, il *fil rouge* è costituito dal binomio ‘considerazione personale/sociale’ – ‘percezione dell’offesa’, il quale rende imprescindibile, sia nel reato di ingiuria sia in quello di diffamazione, il momento della concreta *empirische Anschauung*: in particolare, nel caso dell’ingiuria il reato si perfezionerebbe al momento della percezione, da parte del soggetto passivo, dell’espressione offensiva, con conseguente diminuzione (*rectius*, pericolo di diminuzione) della considerazione che il soggetto ha di sé; nel caso della diffamazione, invece, l’offesa consisterebbe nella percezione, da parte di più persone, di una espressione denigratoria nei confronti di un terzo, con conseguente diminuzione (*rectius*, pericolo di diminuzione) della considerazione che il corpo sociale nutre nei confronti del terzo²⁷⁸.

²⁷⁷ In tal senso, espressamente, Tribunale Milano, 27 settembre 2000, in *Foro ambrosiano*, 2001, 15: “il concetto di reputazione, che è il bene giuridico protetto dalla norma penale in tema di diffamazione, ricomprende sia l’onore in senso oggettivo, inteso come la stima della quale l’individuo gode nella comunità in cui vive e opera, come il patrimonio morale riconosciuto dai consociati o come il senso della dignità personale nell’opinione di altri; sia l’onore in senso soggettivo, inteso come il sentimento di ciascuno della propria dignità morale e della somma di qualità che ciascuno attribuisce a se stesso. Tra gli elementi strutturali del concetto di reputazione assume un ruolo di rilievo il decoro professionale, da intendersi come l’immagine che un soggetto ha costruito di se nel proprio ambiente lavorativo”.

²⁷⁸ Significativo è il parallelo tra l’ingiuria ex art. 594 c.p. e la c.d. “ingiuria grave” costituente causa di addebito della separazione dei coniugi, ai sensi dell’art. 151 c.c.: anche in tale ambito civilistico, infatti, la giurisprudenza ha sovente abbracciato una concezione “fattuale”; cfr. Cassazione Civile, Sez. I, 29 novembre 1983, n. 7156, in *Giust. civ. Mass.*,

In tale prospettiva, come affermato in una discutibile pronuncia della Suprema Corte, “*oggetto della tutela penale, nel delitto di diffamazione (come in quello d’ingiuria) è l’interesse dello stato all’integrità morale delle persone [sic]; bene giuridico specifico è dato dalla reputazione dell’uomo, dalla stima diffusa nell’ambiente sociale, dall’opinione che gli altri hanno del suo onore e decoro*”²⁷⁹.

Un tale modo di concepire il bene dell’onore ha ampiamente influenzato il legislatore italiano del 1930, il quale, nel delineare i reati di ingiuria e diffamazione (artt. 594 e 595 c.p.), ha abbracciato *in toto* l’impostazione “fattuale”, connessa, peraltro, al *milieu* oggettivistico e positivistico (tipico del tecnicismo

1983, fasc. 10, in cui si precisa che “*l’infedeltà apparente, fra coniugi separati, integra l’ipotesi dell’ingiuria grave e costituisce causa di addebito qualora: a) la condotta del coniuge infedele sia tale da ingenerare nell’altro coniuge e nei terzi il fondato sospetto del tradimento; b) il comportamento sia animato dalla consapevolezza e dalla volontà di commettere un fatto lesivo dell’altrui onore e dignità; c) dalla condotta dell’infedele sia derivato un pregiudizio per la dignità personale dell’altro coniuge, attesa la sensibilità del tradito e dell’ambiente in cui vive*”.

²⁷⁹ Cassazione penale, Sez. V, 28 febbraio 1995, n. 3247, in *Cass. pen.*, 1995, 2535 e in *Giust. pen.*, 1995, II, 551; il citato passo, estratto dalla parte motiva della menzionata sentenza, appare criticabile sotto plurimi punti di vista: *in primis* non pare corretto configurare, “leviatanicamente”, l’oggettività giuridica dell’onore quale “*interesse dello stato all’integrità morale delle persone*”; *in secundis*, sfugge – in quanto non esplicitata – la distinzione tra oggettività giuridica e “bene giuridico specifico”; infine, non sembra dogmaticamente e teoreticamente condivisibile la sovrapposizione – se non, addirittura, la confusione – tra il bene dell’onore e la presunta “*opinione*” che gli “*altri*” hanno dell’onore e del decoro della persona offesa.

giuridico) connotante l'intera opera di codificazione²⁸⁰; sul punto, basti citare il seguente passo tratto dalla relazione al progetto definitivo: *“l'onore [...] racchiude in sé una duplice nozione. Inteso in senso soggettivo, esso si identifica con il sentimento che ciascuno ha della propria dignità morale, e designa quella somma di valori morali che l'individuo attribuisce a se stesso [...]. Inteso, invece, in senso oggettivo, è la stima o l'opinione che gli altri hanno di noi; rappresenta cioè il patrimonio morale che deriva dalla altrui considerazione e che, con termine chiaramente comprensivo, si definisce reputazione. In tal guisa è agevole stabilire che il sentimento personale dell'onore viene leso con fatti immediatamente sensibili alla persona, [...] cioè con offese pronunciate alla presenza del soggetto passivo; mentre la reputazione può essere lesa con divulgazione presso gli altri di offese che comunque la sminuiscano”*²⁸¹.

²⁸⁰ Va precisato, tuttavia, che tale influenza ha operato perlopiù sul piano della mera *voluntas* storica del legislatore, in quanto, quantomeno da un'interpretazione letterale delle disposizioni legislative *de quibus*, essa non traspare in modo univoco.

²⁸¹ *Relazione Ministeriale al Progetto definitivo di un nuovo codice*, in *Lavori Preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. V, parte II, 402. D'altra parte la concezione “fattuale” ha condizionato anche molte legislazioni straniere, in particolare quella tedesca e svizzera. In proposito, si veda CARUSO, *La tutela penale della “dignità umana”: tra esigenze di giustizia e di protezione del bene giuridico*, Relazione tenuta presso la Pontificia Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires” – VII Jornadas abiertas de profundización y discusión – 30 agosto/2 settembre 2004 (in <http://www.lircocervo.it/> – archivio – legislazione), § 2, nota 58.

La prima obiezione che si può muovere alla concezione “fattuale” dell’onore consiste nel rilevare che la medesima si fonda su una sostanziale “confusione” tra l’onore *in sé* ed il suo riflesso nella psiche del soggetto: infatti, ciò che tale concezione definisce quale “onore” è, in realtà, l’immagine che la vittima del reato o la collettività si è creata di una determinata persona; facendo un parallelo, sarebbe come se l’incolumità fisica venisse intesa come la percezione che ciascuno ha della propria integrità corporea ed il reato di lesioni personali venisse ricostruito in termini di aggressione ad una siffatta “entità” psicologica.

Da tale prima obiezione derivano, “a cascata”, una serie di ulteriori corollari dai quali emerge la totale inaccettabilità teorica di una siffatta concezione “fattuale” (o psicologica) dell’onore.

Innanzitutto, sussiste un patente rischio di “soggettivizzazione” e “relativizzazione” del bene giuridico (e, per l’effetto, dell’intero piano dell’offensività, se non addirittura della tipicità), nella misura in cui il giudizio sulla sussistenza o meno di un’aggressione all’oggettività giuridica viene rimessa *in toto* ad una determinazione “intuitiva” del soggetto passivo, al quale sarebbe demandata interamente la valutazione della natura dis-onorevole di una determinata espressione verbale o reale. Sul punto, si è criticamente rilevato che, “*se [...] l’onore viene individuato in un sentimento (del proprio valore), ne consegue che non solo la punibilità, ma soprattutto la realizzazione del tipo viene fatta dipendere dal giudizio dell’offeso. Ciò comporta una “soggettivizzazione” del bene giuridico, inammissibile in*

*particolare nel diritto penale, che, non foss'altro quale ramo del diritto pubblico, richiede comunque una riconoscibilità "oggettiva" della violazione del bene, possibile, fra l'altro, se l'interesse è afferrabile*²⁸².

Peraltro, se si individua come *condicio sine qua non*, ai fini della sussistenza di un onore penalmente tutelabile, una percezione o considerazione di sé (*Selbstwahrnehmung*), la quale sia suscettibile di essere compromessa da un'altrui espressione ingiuriosa, si perviene ad una nozione talmente ristretta di tale bene giuridico, da relegare al di fuori dell'area di tutela una serie di soggetti che, pur appartenendo al genere umano, non hanno maturato una tale "coscienza di sé" e, dunque, non possono ontologicamente assumere le vesti di persona offesa dal reato; si pensi ai bambini, ai malati di mente, agli ubriachi e, in genere, ad ogni soggetto che, per causa fisiologica o patologica, non sia in grado di elaborare in proprio seno una siffatta auto-valutazione: ebbene, secondo l'esposta concezione "fattuale", tali soggetti non sarebbero, a rigore, titolari di un onore penalmente protetto²⁸³;

²⁸² MANNA, *Beni della personalità e limiti della protezione penale*, cit., 197; l'Autore rileva che la "soggettivizzazione" del bene giuridico dell'onore potrebbe affermarsi alla luce della perseguibilità del reato a querela della persona offesa.

²⁸³ In tal senso, la sentenza della Pretura Reggio Emilia, 4 ottobre 1994 (in *Foro It.*, 1995, II, 377), in cui si afferma che "*rivolgere espressioni offensive nei confronti di persona che non è in grado di percepirne il significato non costituisce reato di ingiuria*"; nella specie, la destinataria delle espressioni offensive si trovava in stato di coma, derivante da ematoma

dimostrazione ne sarebbe la pressoché totale indifferenza provata da costoro nei confronti di una qualsivoglia espressione offensiva rivolta nei loro confronti²⁸⁴. Ma si pensi ancora ad un soggetto che

intracerebrale. Il Giudicante così motiva l'assoluzione degli imputati: “[...] *il bene giuridico tutelato dall’art. 594 c.p. è il sentimento che ciascuno ha della propria dignità morale, fisica, sociale e intellettuale, sentimento che non può essere lesa quando l’ingiuria non venga percepita, né può essere messo in pericolo quando, come nella specie, non sia percepibile dalla persona offesa*”; inoltre “*una ingiuria non percepita e non percepibile è come fosse solo pensata e [...] a nessuno verrebbe in mente che debba essere penalmente punito chi abbia pensieri che ledano l’onore o il decoro altrui*”. Di contro, come precisato nella nota a tale sentenza (a cura di R. GUERRINI), nella giurisprudenza tedesca, si ritiene sussistente la *Beleidigungsfähigkeit* (ossia l'idoneità a divenire soggetto passivo di ingiuria) anche in capo ai bambini ed ai malati di mente (l'Autore, rinvia, in proposito, ai seguenti commentari: SCHOENKE – SCHROEDER – LENCKNER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 24 Auflage, München, 1991, 1401; RUDOLPHI-HORN-SAMSON, *Sistematischer Kommentar zum StGB*, Band II, B.t., 5 Aufl., 1991, vor par. 185).

²⁸⁴ In tale prospettiva, “*poiché l’offesa all’onore presuppone l’esistenza di una personalità morale e sociale, è evidente che né l’ingiuria né la diffamazione possono configurarsi là dove si tratti di un individuo totalmente infermo di mente o di un infante che si presenti sfornito del tutto di una sia pur rudimentale struttura morale e di ogni esperienza di vita di relazione*” (SPASARI, *Sintesi di uno studio sui delitti contro l’onore*, Milano, 1961, 85); inoltre, “*gli incapaci non sono idonei destinatari di ingiuria*” (BATTAGLINI, *Il bene dell’onore e la sua tutela penale*, in *Riv. pen.*, 1916, 260). In relazione a soggetti “interamente ubriachi”, lo stesso Autore afferma (*op. cit.*, pagg. 86 e 87): “*qualora si intenda offendere mediante ingiuria un individuo totalmente ubriaco, il reato è impossibile per inesistenza in concreto dell’onore soggettivamente inteso, in quanto questa nozione presuppone una valutazione e un giudizio che, date le proprie condizioni, l’offeso non può formulare*”; “*nel caso di ingiuria verbale in confronto di un sordo o di ingiuria scritta o reale in confronto di un cieco il delitto è manifestamente impossibile per l’inadeguatezza dell’azione (non percepibile dalla vittima)*”. Della medesima opinione MOLARI, *Considerazioni sull’ingiuria nei confronti di soggetti incapaci*, cit., 564 e seguenti. Antolisei, pur sostenendo che “non

nutra nei propri confronti un'autostima talmente sviluppata e salda, da non potere essere minimamente intaccata (nemmeno secondo una valutazione di pericolosità in astratto) da un'altrui invettiva; oppure, di contro, si ponga mente a quei soggetti derelitti, talmente privi di amor proprio da non poter subire alcun minimo nocumento in presenza di un'espressione ingiuriosa proferita nei loro confronti: in tali ipotesi non potrebbe configurarsi, nell'ottica "fattuale", alcuna compromissione dell'onore, in quanto non sussisterebbe alcun pericolo di "diminuzione" dell'autostima in capo al soggetto passivo.

Analoghe considerazioni valgono in tema di concezione fattuale del bene giuridico della reputazione (ossia dell'onore, nella sua estrinsecazione sociale e collettiva): se, infatti, si lega la sussistenza di tale oggettività giuridica all'esistenza, in seno ad un corpo sociale più o meno esteso, di una considerazione positiva nei confronti di un determinato consociato²⁸⁵, si giunge alla

è ammissibile che sia consentito svillaneggiare impunemente tali persone", conclude così: "non escludiamo, tuttavia, che in qualche caso particolare le circostanze concrete del fatto possano far venir meno nei confronti di individui non imputabili quella possibilità del danno che è essenziale per l'esistenza dei delitti contro l'onore" (ANTOLISEI, Manuale di diritto penale, Parte speciale, Milano, 2002, I, 198).

²⁸⁵ Una reputazione intesa in senso naturalistico e materialistico "si traduce nella corrispondenza fra la stima goduta dall'individuo ed i suoi meriti effettivi" (SPASARI, *op. cit.*, pag. 12); in altre parole, la reputazione esprimerebbe "il risultato della somma di giudizi che si formano e si affermano a mano a mano che l'individuo svolge la propria attività nel campo sociale" (JANNITTI PIROMALLO, *Ingiuria e diffamazione*, Torino, 1953, 170. In proposito, in MUSCO, *op. cit.*, 21, nota 37, si fa riferimento a Cass. Pen., 5 dicembre 1955, in *Giust pen.*, 1956, II, 566, ove si legge che "la

conseguenza paradossale di ritenere esclusi dall'area di tutela quei soggetti i quali, per le più disparate ragioni, non godano di alcuna considerazione sociale (si pensi agli emarginati, ai derelitti, e così via) o siano stati espressamente privati dell'onore stesso (si tratta dei c.d. "disonorati", ossia quei soggetti sui quali si sia espressamente abbattuto il giudizio di riprovazione sociale²⁸⁶), con l'ulteriore interrogativo circa la natura "meritata" od "immeritata"

reputazione è quell'opinione o stima di cui l'individuo gode in seno alla società per carattere, per ingegno, abilità o professione ed anche qualità fisica od altri attributi personali"); essa, cioè, avrebbe alla propria base "il porsi dell'uomo con gli altri uomini in un determinato ambito dell'esperienza" (MUSCO, *op. cit.*, 21).

²⁸⁶ Per costoro varrebbe il principio: "se la reputazione è perduta, non può essere più danneggiata" (FALCHI, *Ingiuria e diffamazione nel diritto penale italiano*, Padova, 1938, 292: "il delitto verrebbe meno nell'ipotesi di inesistenza dell'oggetto dell'azione diffamatoria ammettendo in ipotesi estrema, un individuo che non goda di alcuna reputazione presso i terzi"). In MUSCO, *op. cit.*, 28, è riportato il seguente caso: se di qualcuno che è già stato condannato per furto si continua a dire che è un miserabile ladro, non si configurerebbe diffamazione perché una tale dichiarazione non sarebbe in grado di diminuire effettivamente la reputazione "dato che per tale aspetto non esiste presso i terzi alcuna reputazione dell'individuo, vale a dire è mancante una reputazione individuale nell'aspetto dell'onestà patrimoniale" (citazione da FALCHI, *op. cit.*, 292). Per un'opinione conforme, MANZINI, *op. cit.*, 498: "il dare della meretrice alla meretrice, dell'omicida all'omicida, del ladro al ladro, non concretano offese giuridicamente considerevoli, quando non sia avvenuta la riabilitazione e la qualità non sia dubbia". In JANNITTI PIROMALLO, *op. cit.*, 49 è riportato il seguente passo del Manzini: "l'onore [...] si riferisce partitamente a ciascuna delle molteplici manifestazioni della personalità. Se uno di questi settori morali particolari è già colpito da una causa disonorante [...] è certo che la maldicenza, riferita a codesto punto, non può costituire offesa giuridicamente valutabile, perché non può esporre a pericolo o ledere un bene, che già non esiste".

di una tale condizione disonorata²⁸⁷; di converso, al limite, si perviene ad affermare la sussistenza quasi di un reato impossibile, in presenza di una diffamazione perpetrata nei confronti di un soggetto il quale goda di una considerazione collettiva talmente consolidata, da non poter essere, nemmeno astrattamente, scalfita da una qualsivoglia espressione denigratoria²⁸⁸.

Tale impostazione, che potrebbe apparire del tutto improponibile, è stata talvolta recepita dalla giurisprudenza; in particolare, in un caso affrontato dal Tribunale di Roma nel 1957²⁸⁹, un giornalista, in un proprio articolo, aveva definito una persona quale “cosa immonda, lurido straccio, sporca spia e delatore per denaro”. Il giudice svolse il seguente ragionamento, il quale può essere sintetizzando riportando alcune significative frasi della sentenza: “è indubitabile che la carriera di delatore della persona offesa era già nota in tutte le sue linee generali”; “vi sono dei casi in cui la pubblica conoscenza dei fatti è così completa e sicura e, quindi, la reputazione del soggetto così profondamente

²⁸⁷ MANNA, *Tutela penale della personalità*, cit., 69: “quid iuris, nel caso di buona fama immeritata, oppure, all’opposto, di pessima fama, che non poteva quindi essere ulteriormente peggiorata?”; cfr., del medesimo Autore, *Beni della personalità e limiti della protezione penale*, cit., 199.

²⁸⁸ Per il caso di diffamazione di un soggetto “indifferente” all’offesa subita, cfr. LE PERA, *Reato di diffamazione, persona disistimata e sfruttamento del processo penale*, in *Giust. pen.*, 1987, I, 308: “bisognerà infatti escludere l’offesa alla reputazione [...] nel caso – ad esempio – di una diffamazione che la società giudichi lesiva per il buon nome di un individuo, ma della quale questi non si dolga”.

²⁸⁹ Si tratta di Tribunale Roma, 21 febbraio 1957, in *Giust. pen.*, 1957, II, 837 e seguenti.

*compromessa e rovinata, che la rovina non può aggravarsi ulteriormente. In questi casi non può esservi offesa per una fama distrutta, né apprezzabile ripercussione del sentimento del soggetto, perché i fatti attribuiti e le espressioni usate corrispondono all'opinione comunemente accettata in una collettività intorno ad un determinato individuo, per i suoi notori precedenti, per la condotta da lui pubblicamente tenuta*²⁹⁰. In caso di notorietà non sussiste reputazione, *intesa questa come la stima che un individuo gode nella collettività in cui vive, in riferimento al particolare turpe e disonorevole della sua vita già noto, perché i consociati, conoscendo i fatti, non possono avere stima di colui al quale i fatti stessi si riferiscono*²⁹¹. La persona offesa, dunque, *“non ha ragione di dolersi” se l'agente lo ha definito “sporca spia, delatore per denaro, cosa immonda e lurido straccio”, perché in effetti “egli è conosciuto come una spia ed un delatore per denaro”; “per tali motivi, gli imputati [...] devono essere assolti [...] perché il fatto da loro commesso non costituisce reato”*²⁹².

²⁹⁰ In questo caso, il giudice riporta l'opinione esposta in NUVOLONE, *Reati di stampa*, Torino, 1951, 74.

²⁹¹ La sentenza *de qua*, oltre a rendere perplessa la dottrina, sembra del tutto contraria al dettato normativo, secondo il quale la notorietà o la verità dei fatti attribuiti alla persona offesa non può costituire motivo di non punibilità (art. 596 c.p.).

²⁹² Proprio la formula assolutoria cui fa ricorso il Tribunale di Roma nel caso in esame rappresenta, indubbiamente, la “spia” di una più profonda incertezza teorica sottesa alla decisione in questione: infatti, il Giudice di merito da un lato esclude che, nel caso di specie, sussista il fatto tipico di diffamazione, stante l'assenza di un onore penalmente tutelato (“non può

La pronuncia giurisprudenziale testé citata non necessita di un ulteriore ampio commento, in quanto, nella sua univocità e lapidarietà, rappresenta una precisa e puntuale attuazione, in chiave operativa, del paradigma “fattuale” sopra illustrato; infatti il Giudicante fonda la propria decisione su un geometrico sillogismo così congegnato: la reputazione è costituita dalla concreta ed effettiva considerazione nutrita dalla società nei confronti di un determinato soggetto (premessa maggiore); nel caso di specie, l’asserita persona offesa era notoriamente conosciuta come “spia delatrice”; dunque, l’apostrofare quest’ultima con l’epiteto “cosa immonda, lurido straccio, sporca spia e delatore per denaro” non costituisce reato, in quanto, in concreto, non rappresenta una condotta idonea a menomare una

esservi offesa per una fama distrutta”; dall’altro, il medesimo Giudicante manda assolti gli imputati “perché il fatto non costituisce reato”, così implicitamente ammettendo la sussistenza di un fatto oggettivo di reato (laddove, invece, a rigore, si sarebbe dovuta imporre la formula “perché il fatto non sussiste”, stante l’asserita atipicità del fatto). Ebbene, proprio tale contraddizione logico-argomentativa è indice di una sostanziale incomprensione, da parte del Tribunale, circa la natura del bene giuridico dell’onore. Per quanto concerne il tema dei rapporti tra dispositivo e motivazione del provvedimento giurisdizionale, si veda, fra tutti, A. BERARDI, *Il testo e il contesto della decisione del giudice penale: alcune riflessioni a margine delle ragioni della sentenza*, in U. PAGALLO, *Testi e contesti dell’ordinamento giuridico*, Padova, 2001, 253-273, con la copiosa bibliografia ivi citata; cfr. inoltre F.M. IACOVIELLO, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*, Milano, 1997; E. AMODIO, voce *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. Dir.*, XXVII, Milano, 1977, 209. In tema di formule assolutorie, si vedano, *ex plurimis*, Cassazione Penale, Sez. Un., 29 maggio 2008, n. 40049, in *CED Cass.* 2008; Cassazione Penale, Sez. III, 12 febbraio 2008, n. 13810, in *CED Cass.* 2008.

reputazione, già ampiamente ridimensionata dalla riprovazione sociale.

Una siffatta ricostruzione del bene giuridico dell'onore, talvolta avallata anche da una certa dottrina²⁹³, appare in sé inaccettabile, in quanto, come sopra cennato, produce degli aberranti ed irragionevoli vuoti di tutela, subordinando la rilevanza penalistica dell'onore e della reputazione a fattori (quali

²⁹³ A titolo esemplificativo, LE PERA, *Reato di diffamazione, persona disistimata e sfruttamento del processo penale*, in *Giust. pen.*, 1987, I, 305 e seguenti. In particolare a pag. 308: “*si deve poter concludere che ai fini dell’affermazione della responsabilità non potrà ritenersi sufficiente che l’azione appaia astrattamente idonea ad offendere la reputazione, ma dovrà accertarsi se l’abbia realmente offesa*”. A pagg. 309-310: “*allorché la legge penale parla di reputazione da tutelare, si riferisce [...] particolarmente [...] a ciascuna delle molteplici manifestazioni della personalità umana con la conseguenza che se uno di questi settori morali particolari è già colpito da causa disonorante, in piena efficienza attuale, è certo che l’offesa, riferita a questo specifico settore, non può costituire lesione giuridicamente rilevante in ossequio al fondamentale principio che non si può ledere o quantomeno esporre al pericolo un bene che più non esiste. [...] In conseguenza di ciò, [...] riferire nella cronaca che ad un omicida è stata inflitta la pena dell’ergastolo mentre in realtà la pena era a ventiquattro anni di reclusione non può certo costituire offesa alla reputazione di chi è stato riconosciuto colpevole di omicidio*”. Tale opinione non è pienamente condivisibile, in quanto, da un lato appare arbitraria la ricostruzione dell’onore in termini settoriali, come se un soggetto meritasse rispetto, nella propria dignità personale, solamente in determinati “settori” della propria esistenza, laddove, in realtà, il valore e la dignità dell’uomo sono unici, inalienabili e consustanziali all’Essere personale; dall’altro lato, non sembra corretto equiparare l’offesa al “disonorato” ad un’aggressione contro un bene inesistente (come potrebbe essere l’omicidio impossibile ai danni di un cadavere), in quanto, così opinando, dovrebbe parimenti ritenersi non punibile il teppista che, nel cagionare lesioni personali volontarie ad un terzo, colpisca un arto in cancrena, già destinato all’amputazione.

la concreta coscienza di sé e la percezione dell'offesa²⁹⁴ o l'effettiva considerazione sociale) da un lato del tutto volubili ed evanescenti, dall'altro manifestamente estrinseci rispetto al nucleo essenziale della personalità umana, costituito da un *unicum* metafisico affatto indifferente ed imperturbabile rispetto alla fenomenologica psicologica e sociologica cui rinvia l'esposta concezione "fattuale"²⁹⁵.

In ragione delle menzionate aporie cui giunge la concezione "fattuale" dell'onore, si è elaborata una serie di "correttivi" volti a scongiurare – o, comunque, a temperare – le conseguenze aberranti cui potrebbe condurre la concezione medesima.

Un primo ordine di correttivi, che può essere definito "obbiettivante", consiste nello spersonalizzare, mediante oggettivazione, il concetto di "onore"; in altri termini, onde

²⁹⁴ Al limite, secondo la concezione fattuale, non dovrebbero ritenersi punibili le ingiurie reali rivolte nei confronti di un soggetto non vedente o le offese rivolte nei confronti di un soggetto diversamente abile, affetto da patologia psichiatrica; ma dunque, paradossalmente, dovrebbe ritenersi che chiunque possa impunemente percuotere un soggetto che, per una grave malattia neurologica, non sia in grado di percepire il dolore in prossimità della cute!

²⁹⁵ Infatti, come correttamente osservato, "*onore e decoro non sono dei sentimenti, o dei valori di puro apprezzamento soggettivo: sono beni della personalità morale, che la legge tutela nella loro esistenza oggettiva perché è interesse dell'ordinamento giuridico che i consociati non siano esposti a derisione e ludibrio. Conseguentemente, la tutela giuridica contro l'ingiuria è accordata anche a quelle persone che non siano capaci di rilevare l'offesa (pazzi, bambini, ecc.)*" (MAGGIORE, *Diritto penale. Parte speciale*, Bologna, 1948, II, 804).

superare le obiezioni relative alla “soggettivizzazione” del bene giuridico, viene elaborato un concetto astratto e generale di onore, desunto quasi statisticamente da una “media” dei singoli sentimenti individuali. Tale declinazione “statistica” della teoria fattuale, tuttavia, va incontro una nuova ed ulteriore contraddizione: da un lato, infatti, la concezione “fattuale” si fonda sul concetto empirico e concreto di “coscienza di sé” e di “considerazione collettiva” e si caratterizza per un alto grado di concretezza ed effettività; dall’altro, la medesima concezione approda ad uno schema astratto di onore, ottenuto in via di generalizzazione, con ciò tradendo i presupposti naturalistici e materialistici dai quali la stessa concezione traeva la propria linfa teorica.

In proposito, è stato rilevato che *“il richiamo [...] ad un tipo di sentimento “medio” dell’onore (la c.d. durchschnittliche Empfindsamkeit) aggiunge alla arbitrarietà della misura soggettiva, legata alle variabili reazioni di ogni singolo individuo, l’ulteriore arbitrarietà del ricorso da parte del giudice ad una ipotetica “media” tra le reazioni alle offese da parte di tutti i consociati”*²⁹⁶. Per l’ennesima volta, il procedimento statistico si rivela del tutto inadatto a fornire una soluzione adeguata alla congerie di problemi derivanti dall’eterogenea e composita realtà umana²⁹⁷.

²⁹⁶ MUSCO, *op. cit.*, 15.

²⁹⁷ Per due interessanti sentenze in cui l’onore è concepito come “media convenzionale”, cfr. Cassazione Penale, Sez. II, 22 marzo 1974 e Tribunale

Il secondo ordine di correttivi può essere definito “dogmatico” ed attiene alla configurazione dei delitti contro l’onore come reati di pericolo; se, infatti, secondo la concezione rigidamente “fattuale”, non sarebbe possibile configurare una lesione dell’onore in capo ad un soggetto incapace di percepire la dichiarazione offensiva, l’*impasse* può essere superata ricostruendo i delitti in questione come reati di pericolo, così da ricomprendere, nel fatto tipico consumato, anche i casi in cui, pur non sussistendo una concreta lesione del bene giuridico (non essendoci l’effettiva percezione della dichiarazione disonorevole), sussiste comunque il pericolo della lesione dello stesso.

Tale ricostruzione, oltre ad essere avallata dalla maggior parte della dottrina²⁹⁸ e della giurisprudenza²⁹⁹, è stata suggellata

Roma, 26 giugno, 1959, citate in RONCO M., *Codice penale ipertestuale: commentario con banca dati di giurisprudenza e legislazione*, Torino, 2003, I ed., 2100.

²⁹⁸ A. ROCCO, *L’oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Torino, 1913, Milano, 1913, 285; MANTOVANI, *Diritto Penale. Delitti contro la persona*, Padova, 1995, 257; FORCHINO, voce *Ingiuria e diffamazione*, in *Novissimo Digesto Italiano*, VIII, 1962, 685; SPASARI, *Sintesi di uno studio sui delitti contro l’onore*, cit., 71; NAPPI, *Ingiuria e diffamazione*, in *EG*, XVII, Roma, 1989, 2. Per una critica a tale impostazione, ossia nel senso che dal dettato normativo non possa dedursi l’arretramento della soglia di punibilità al pericolo, MANNA, *Beni della personalità e limiti della protezione penale*, cit., 70 e 202 e segg.. Ritiene che si tratti di reato di danno il NUVOLONE, *L’evento e il dolo nella diffamazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1949, 572.

²⁹⁹ In proposito, *ex plurimis*, Cass. Pen., 20 giugno 1972 ed altre numerose sentenze citate in MANNA, *Beni della personalità e limiti della protezione penale*, cit., pag. 200, nota 61.

dalla Relazione del Guardasigilli al progetto definitivo del codice, in cui si legge: “tanto il reato di ingiuria quanto quello di diffamazione sono reati di pericolo e non di danno: ossia per la loro perfezione non richiedono che il danno morale si sia effettivamente verificato. In tale concezione il progetto non immuta il codice vigente”³⁰⁰.

È evidente come anche questo secondo correttivo, se analizzato *funditus*, rappresenti, in verità, una pseudo-soluzione al problema menzionato: infatti, innanzi alle gravi difficoltà teoriche incontrate nel delineare i contorni del bene giuridico dell’onore (e, dunque, il “perimetro di tipicità ed offensività” dei reati contro tale bene), si elude sostanzialmente la questione dogmatica, semplicemente qualificando i delitti in questione come reati di pericolo. Un siffatto assunto, dunque, appare, più d’altro, una vera e propria elusione del problema³⁰¹, in quanto essa si fonda su un salto teorico dal bene giuridico tutelato alla struttura del reato, in un inaccettabile paralogismo del tutto privo di portata euristica (come se, nell’incertezza circa il *discrimen* tra vita prenatale e vita *stricto sensu*, si eludesse il problema e ci si limitasse a trasformare

³⁰⁰ Relazione del Guardasigilli al progetto definitivo di un nuovo codice penale, in *Lavori preparatori*, cit., 403. Sul punto, cfr. anche SPASARI, *Sintesi di uno studio sui delitti contro l’onore*, cit., 71; nel medesimo senso FORCHINO, voce *Ingiuria e diffamazione (diritto penale militare)*, in *Novissimo Digesto italiano*, vol. VIII, Torino, 1961, 685.

³⁰¹ In proposito, MANNA, *Beni della personalità e limiti della protezione penale*, cit., 203: “per evitare che il soggetto passivo diventi arbitro non solo della punibilità, ma anche del “tipo”, si è costretti ad usare il paradigma del reato di pericolo, con ciò però “forzando” il dato normativo, costruito originariamente per fattispecie di danno”.

il delitto di aborto in reato di pericolo): tale impostazione, infatti, facendo solamente arretrare la soglia di consumazione del reato (dal danno al pericolo), nulla dice all'interprete circa il vero *ubi consistam* dell'oggettività giuridica, anzi rendendo ancor più offuscati e nebulosi i contorni teorici della medesima³⁰².

In definitiva, dunque, la concezione "fattuale" dell'onore appare inaccettabile e contraddittoria non solo nella sua versione originaria, ma anche a seguito dell'applicazione, in capo alla medesima, dei suesposti – asseriti – correttivi; in particolare, le più gravi ed irresolubili aporie in cui essa si arena appaiono

³⁰² Il ricorso alla categoria dei reati di pericolo, quale via per il superamento delle difficoltà legate all'inafferrabilità del bene giuridico, è presente, nel c.d. "Progetto Pagliaro", anche in materia di reati contro l'integrità psichica. L'art. 61 dello Schema di delega legislativa per l'emanazione del nuovo codice penale (in *Documenti Giustizia*, 1992, pag. 413) recita: "*Chi, al fine di trarre un vantaggio per sé o per altri, sottopone una persona a mezzi chimici, interventi chirurgici o pratiche psicagogiche di condizionamento della personalità, idonei a comprometterne l'integrità psichica*". È stato rilevato, in proposito, che "*la struttura del reato di pericolo concreto [...] ha il pregio di superare, almeno parzialmente, quell'accusa di evanescenza della condotta richiesta come elemento di tipicità e in generali di indeterminatezza che affliggeva la vecchia formulazione [n.d.r. del reato di plagio] e che è stata causa della dichiarazione di incostituzionalità [n.d.r.: Sent. Corte Cost. 8 giugno 1981, n. 96]*", ma "*non risolve da sola il problema di stabilire quando una condotta [...] sia effettivamente idonea, secondo un giudizio ex ante, a compromettere l'integrità psichica di un individuo. [...] La disposizione del Progetto, insomma, nel lodevole intento di offrire una tutela a beni indiscutibilmente fondamentali, finisce tuttavia con l'aggirare i problemi più che risolverli*" (CORNACCHIA, *Il problema della c.d. causalità psichica rispetto ai condizionamenti mentali*, in AA. VV., *Nuove esigenze di tutela nell'ambito dei reati contro la persona*, a cura di CANESTRARI – FORNASARI G., Bologna, 2001, 249-250 e nota 228).

chiaramente imputabili al protocollo sul quale la concezione “fattuale” si fonda, ossia al pregiudizio – di natura oggettivistica e materialistica – secondo cui il bene giuridico dell’onore si configurerebbe quale entità empirica che, nelle sue versioni individuale (onore *stricto sensu*) e collettiva (reputazione), verrebbe fatta oggetto, da parte del giurista, di indagine naturalistico-psicologica, al pari di qualsiasi altra oggettività giuridica protetta dal diritto penale (come l’incolumità fisica o il patrimonio), con ciò pretermettendo la natura eminentemente meta-empirica del medesimo.

Un ultimo appunto, di natura non confutatoria bensì esclusivamente problematica, merita di essere effettuato, in calce alle riflessioni relative alla menzionata concezione “fattuale” dell’onore: è pur vero che, come suesposto, la riduzione dell’onorabilità a mero “sentimento” di natura psicologica (individuale o collettiva) conduce alle citate aporie di carattere teorico-applicativo, siccome implicante una nozione strettamente “empirica” e “ristretta” di tale bene giuridico; pur tuttavia, è comunque a dirsi che, in tema di reati contro l’onore, sussiste un insopprimibile ed inevitabile “residuo” di carattere psicologico, connotante l’oggettività giuridica *de qua* ed incidente, quanto meno in via mediata, sulla tipicità del fatto di reato: non v’è, infatti, chi non veda come, in presenza di una medesima espressione proferita verbalmente da un terzo, possa accadere che il soggetto passivo si ritenga gravemente offeso nella propria

onorabilità o, viceversa, il medesimo rimanga del tutto indifferente rispetto all'espressione medesima³⁰³, ritenendola del tutto innocua o, addirittura, lusinghiera.

In proposito, ponendo mente al regime della procedibilità a querela dei delitti in questione – pur attinente, secondo opinione maggioritaria, ai profili processuali dell'illecito penale – appare evidente, “in filigrana”, la consapevolezza, da parte del legislatore, degli imprescindibili profili “soggettivi” e “psicologici” connotanti il bene giuridico dell'onore, in ragione dei quali, per ragioni di opportunità, si è ritenuto di escludere la procedibilità d'ufficio dei reati di ingiuria e diffamazione: ebbene, proprio la necessità della querela, ai fini della perseguibilità di tali delitti, è – quantomeno in parte – spia del fatto che, anche in capo al sostenitore di una teoria “oggettiva” dell'onore – la quale, cioè, rifugge da una definizione meramente “psicologica” del medesimo – permane la consapevolezza dell'impossibilità di sopprimere, *in subiecta materia*, ogni riferimento alla percezione soggettiva delle espressioni reali o verbali asseritamente offensive, stante l'ineliminabile – se pure non esaustiva – componente “sentimentale” connotante il bene giuridico dell'onore.

³⁰³ Si pensi, solamente, all'epiteto “fascista” rivolto nei confronti di un uomo politico, il quale, inevitabilmente, acquista o meno i caratteri dell'ingiuria, secondo che sia rivolto contro un deputato di estrema di sinistra o contro un esponente dell'estrema destra il quale sia nostalgico del ventennio; in proposito, con riferimento all'espressione “*fascista, nel senso più deteriore del termine*”, si veda Cassazione Penale, Sez. V, 16 maggio 2007, n. 29433, in *CED Cass*, 2008.

3. La concezione “normativa” dell’onore: aporie

In contrapposizione alla concezione “fattuale”, altra dottrina ha elaborato una concezione “normativa” dell’onore³⁰⁴: mentre la prima “*vuole cogliere nel bene dell’onore un bene certamente esistente nell’ambito della realtà fenomenologica, [la seconda] ravvisa [...] nell’onore l’interno valore che ogni uomo possiede: un valore, cioè, che è presente in ciascun uomo, in quanto discendente direttamente dalla sua personalità*”³⁰⁵, a prescindere dal “*concreto inserimento morale e sociale dell’individuo in questione nella comunità cui appartiene*”³⁰⁶; in altri termini, come si è affermato in dottrina, “*l’essenza della concezione normativa consiste nel considerare l’onore non più come sentimento o stima, ma come valore. [...] L’onore, allora, apparterebbe al mondo dei valori e non a quello dei fatti*”³⁰⁷.

³⁰⁴ Trattasi di concezione perlopiù dominante in seno alla dottrina di matrice germanica; sul punto, si vedano HIRSCH, *Ehre und Beleidigung*, Karlsruhe, 1967, 29 e segg., 45 e segg.; ARTH. KAUFMANN, *Zur Frage der Beleidigung von Kollektivpersönlichkeiten*, in *ZStW*, 1960; KRUG, *Ehre und Beleidigungsfähigkeit von Verbaenden*, Berlin, 1965, 105 e segg.; TENCKHOFF, *Die Bedeutung des Ehrbegriff für die Systematik der Beleidigungstatbestände*, Berlin, 1974, 35 e segg.; per ulteriori indicazioni, cfr. SIRACUSANO, *Ingiuria e diffamazione*, cit., 35.

³⁰⁵ MUSCO, *op. cit.*, 35.

³⁰⁶ SPASARI, *op. cit.*, 5.

³⁰⁷ MANNA, *Tutela penale della personalità*, cit., 71.

La concezione “normativa” ha il pregio di colmare le lacune di tutela proprie della concezione fattuale, in quanto lega il concetto di onore non ad un fatto empirico-concreto costituito da un sentimento o da una coscienza/considerazione (che l’individuo ha di sé, che gli altri hanno dell’individuo), bensì alle idee universali di personalità e dignità dell’uomo; sulla scorta di tale impostazione, si giunge ad affermare che la *Beleidigungsfähigkeit* (ossia l’idoneità a divenire soggetto passivo dei reati contro l’onore) sussiste in capo ad ogni persona umana, a prescindere dalle condizioni fisiche e psichiche e dallo *status* socio-economico della medesima³⁰⁸.

A fronte di tale approdo teorico, la dottrina penalistica ha maturato due differenti “versioni” della concezione normativa dell’onore, nel tentativo di conferire maggiore determinatezza ed univocità al riferimento – da taluni ritenuto vago ed indefinito – al valore intrinseco alla persona umana.

La prima “versione” della concezione normativa può essere definita “sociale”, in quanto lega la nozione di “onore” ai profili

³⁰⁸ Come sopra citato, “*onore e decoro non sono dei sentimenti, o dei valori di puro apprezzamento soggettivo: sono beni della personalità morale, che la legge tutela nella loro esistenza oggettiva perché è interesse dell’ordinamento giuridico che i consociati non siano esposti a derisione e ludibrio. Conseguentemente, la tutela giuridica contro l’ingiuria è accordata anche a quelle persone che non siano capaci di rilevare l’offesa (pazzi, bambini, ecc.)*” (MAGGIORE, *Diritto penale. Parte speciale*, Bologna, 1948, II, 804).

sociali e collettivi della vita umana³⁰⁹; secondo tale prospettiva, ogni uomo sarebbe titolare di onorabilità, ma solo in quanto membro di un più ampio corpo sociale; l'onore, dunque, sorgerebbe *“dall'intrecciarsi del complesso delle relazioni sociali e [avrebbe] senso quale fattore di socialità. Una nozione dell'onore non [potrebbe] riguardare l'uomo isolato”*³¹⁰.

Al solo riportare tali brevi citazioni, appare evidente come siffatta concezione “sociale” sia, in realtà, assai simile e prossima alla concezione “fattuale” dell'onore; in particolare, entrambe fanno ricorso *“ad una serie di onori “particolari”, quali l'onore lavorativo, quello familiare e così via, nell'evidente tentativo di dare maggiore concretezza al relativo bene giuridico. In questo modo, però, non solo si “frantuma” il concetto di onore, ma “a ben vedere si rischia di ricadere nella concezione fattuale, [...] con il che insorgono le obiezioni avverso una “soggettivizzazione” del singolo contesto sociale”*³¹¹. In altri

³⁰⁹ MESSINA, *Teoria generale dei delitti contro l'onore*, Roma, 1953, 63. La versione sociale è condivisa anche da BATTAGLINI, *Il bene dell'onore e la sua tutela penale*, in *Riv. pen.*, 1916, 249.

³¹⁰ MUSCO, *op. cit.*, 37. Per un'applicazione giurisprudenziale della nozione “normativo-sociale” dell'onore, si veda Uff. Indagini Preliminari Bari, 15 dicembre 2004, in *Giurisprudenza locale – Bari*, 2005: *“ai fini della sussistenza del delitto di cui all'art. 595 comma 1 c.p., che punisce chiunque, comunicando con più persone, offenda la reputazione di una persona non presente per reputazione deve intendersi la considerazione di cui un determinato soggetto gode nella collettività in cui vive ed opera per carattere, ingegno, abilità professionale, qualità fisiche o altri attributi personali”*.

³¹¹ MANNA, *Tutela penale della personalità*, cit., 72. Lo stesso Autore, in *Beni della personalità e limiti della protezione penale*, cit., 204, afferma

termini, legando il concetto di onore al contesto sociale in cui vive l'individuo, si rischia di rendere l'onorabilità del soggetto direttamente proporzionale all'«indice di gradimento sociale» maturato dal soggetto nell'ambito della comunità di appartenenza; ossia, in tanto l'uomo sarebbe onorabile e degno di rispetto, in quanto il medesimo si sia integrato nella società, serva la (ed *alla*) collettività e – in definitiva – riconosca come propria l'ideologia del potere³¹². Con la conseguenza – invero aberrante – di privare dell'onore e della reputazione (e della conseguente tutela penalistica), per l'ennesima volta, non solo i soggetti emarginati, ignorati, relegati ai margini della società³¹³, ma anche i dissidenti

che la versione sociale della concezione normativa “*comporterebbe [...] una frantumazione del relativo concetto, non essendo possibile un siffatto giudizio globale di un ente quasi inafferrabile, quale, appunto, la “società” nel suo insieme, dovendosi pertanto ricorrere a singoli contesti sociali, in cui l'individuo vive ed opera*”.

³¹² Per un interessante esempio di onore legato al c.d. “indice di gradimento sociale”, HUXLEY, *Il mondo nuovo – Ritorno al mondo nuovo*, Milano, 2004, 42: due persone parlano di un loro concittadino: “<Ma la sua reputazione?>, <Che mi importa della sua reputazione?>, <Dicono che non gli piaccia il golf ad ostacoli>”. Nel futuribile mondo immaginato da Huxley, la reputazione di un uomo si misura in base alla sua capacità di adeguarsi ai parametri e ai costumi della società; tanto che, se un cittadino non ama praticare lo “sport nazionale”, automaticamente la sua reputazione è compromessa. Del medesimo Autore, v. *Ritorno al mondo nuovo*, cit., 256: “*Quest'uomo ideale è colui che mostra “conformismo dinamico”, [...] intensa lealtà verso il gruppo e desiderio indomabile di subordinarsi, di appartenere*”.

³¹³ È noto che una tale impostazione è tipica dei regimi autoritari, primo fra tutti quello nazional-socialista. Sul punto, in senso critico, MUSCO, *op. cit.*, 38, “*nessuno nega che la realizzazione dell'uomo avvenga nel 'sociale'; nessuno nega che egli si formi nella società e che in essa e per essa agisca*”.

che non intendano asservirsi al potere costituito ed effettivo, quasi che l'onorabilità fosse una "gentile concessione" del potere medesimo, da accordare o da negare in ragione della mera conformità, del cittadino di turno, alle insindacabili istanze sovrane.

Inoltre, l'impostazione secondo la quale l'onore e la reputazione dovrebbero misurarsi secondo il "gradimento sociale" incontra un ulteriore limite, laddove può accadere, nella prassi ed in concreto, che, in relazione ad un medesimo soggetto, sussista una "pluralità di gradimenti" e, dunque, una "pluralità di reputazioni": infatti, *"non esiste uniformità di legami tra il singolo ed il gruppo: il tipo di legame muta con il variare del gruppo con il quale si entra in relazione. Così esso è (o può essere differente) nell'ambito familiare, nell'ambito professionale, all'interno di associazioni o gruppi ricreativi, nelle società di beneficenza, nella sfera religiosa od in quella politica o in quella commerciale"*³¹⁴.

Ma da qui a riconoscere che la fonte dell'onore si trova nella società corre una distanza tale che, per colmarla, bisogna compiere un passo lunghissimo che dà luogo ad incongruenze, esagerazioni e persino assurdità". L'Autore cita criticamente anche il SAUER: *"chi possiede ricchezza e dispone di intelligenza e gode di salute robusta è per gli scopi della comunità più pieno di valore del povero diavolo, che deve essere mantenuto in un ospedale o in una casa di poveri"*. Per una bibliografia dei testi nazionalsocialisti, v. MANNA A., *Beni della personalità e limiti della protezione penale*, cit., 204, nota 74 e 205, nota 76. L'Autore sostiene che secondo tale impostazione, *"non possiedono [...] onore coloro che non si riconoscono nell'ideologia del potere o, peggio, coloro i quali appartengono ad una "razza" diversa"*.

³¹⁴ MUSCO, *op. cit.*, 23. Il problema è affrontato anche in MANNA, *ult. op. cit.*, 200; l'Autore riporta, *inter alia*, un passo della sentenza Cass., Sez. III, 12 novembre 1962 (in *Cass. pen. Mass. ann.*, 1963, 594, m. 1013), in cui

In proposito, a titolo esemplificativo, si ponga il caso di un operaio che, nell'ambiente lavorativo (datore di lavoro, colleghi di lavoro) sia considerato un ottimo dipendente, mentre in ambito familiare sia considerato un lavoratore pigro ed inefficiente. In questo caso, se taluno definisce il soggetto in questione un "operaio incapace", o un "operaio fannullone", si pone il problema di individuare l'"area" della reputazione in relazione alla quale valutare, in termini penalistici, l'espressione proferita³¹⁵.

La seconda "versione" della concezione normativa è quella "morale", che può essere così sintetizzata: *"come in ogni individuo vi è un diritto all'integrità della persona fisica, così vi è un diritto all'integrità morale, e questo diritto rientra perciò nel diritto più ampio, che può dirsi alla personalità, e la legge deve tutelarlo, senza indagare se colui che chiede la tutela ne sia meritevole, riferendosi questa alla presunzione di dignità inerente alla persona, che ciascuno ha diritto di vedere rispettata nella forma e nei limiti stabiliti dalla legge, sempre e*

si afferma "il concetto di reputazione agli effetti dell'art. 595 c.p. deve essere considerato sia in generale, sia in relazione alla posizione sociale e professionale dell'offeso, in rapporto, cioè, all'ambiente in cui egli vive ed opera".

³¹⁵ In MUSCO, *op. cit.*, pag. 24 è citato HIRSCH, secondo il quale è possibile che la reputazione sia buona presso i vicini di casa, cattiva a casa, discreta presso i colleghi di lavoro, equivoca presso i parenti.

dovunque”³¹⁶; così concepito “l’onore non sarebbe, dunque, altro che un aspetto della personalità che si incarna nella dignità dell’uomo – patrimonio comune ed irrinunciabile e inviolabile di ogni uomo – pur non identificandosi in tutto e per tutto con essa”. La società, quindi, “cesserebbe di essere fonte dell’onore, ma rappresenterebbe invece solo il luogo in cui deve attuarsi la pretesa al rispetto dell’onore”, con la conseguenza di evitare l’assurdo “di considerare privo di onore chi si separa dalla collettività e [...], d’altra parte, di riconoscere un onore originario in chi entri a far parte di una nuova comunità”³¹⁷.

Tale nozione di onore è stata elaborata dalla dottrina in aperta contrapposizione alla concezione “fattuale”, nel tentativo di restituire alla nozione stessa un profilo di universalità e generalità che mero dato empirico-fenomenico dell’onore quale “sentimento”: in questa prospettiva, dunque, “l’onore non deve essere ravvisato come un bene certamente esistente nella realtà fenomenica, ma come un valore interno che accompagna l’uomo come momento della sua personalità”³¹⁸.

³¹⁶ JANNITTI PIROMALLO, *op. cit.*, 22, in conformità alla tesi kantiana che fa derivare l’onore dalla “pretesa al rispetto che ogni uomo possiede nei confronti dei consociati” (KANT, *Metafisica dei costumi*, citato in MUSCO, *op. cit.*, 53 nota 104).

³¹⁷ MUSCO, *op. cit.*, 43 e 45.

³¹⁸ GUERRINI, *Ingiuria e soggetto passivo in stato di coma cerebrale*, in *Foro It.*, 1995, II, 377.

Nei riguardi della “versione” morale della concezione normativa dell’onore – siccome testé illustrata – sono state sollevate le seguenti obiezioni.

In primis, si contesta da taluni che un bene così astratto ed originario come l’onore (in senso morale) possa essere suscettibile di una concreta lesione, a mezzo di una manifestazione materiale di disprezzo³¹⁹; in altri termini, “*la mancanza [...] di una qualsiasi misura che ci possa permettere di sapere in che cosa consista quell’aspetto della dignità dell’uomo dal quale si ricava il suo vero valore, implicherebbe anche l’assenza di un bisogno di protezione penale*”³²⁰.

Ma tale obiezione appare *ictu oculi* priva di fondamento, in quanto essa postula arbitrariamente – quasi fosse un protocollo a-problematicamente assunto – un concetto materialistico di violazione (quale modificazione di uno stato di fatto), laddove, in

³¹⁹ CARUSO, *La tutela penale della “dignità umana”*, cit., § 2: “*il vero valore di un uomo si sarebbe dovuto a priori escludere quale oggetto dell’aggressione attuata nei reati contro l’onore, perché esso non si sarebbe potuto colpire dall’esterno a mezzo di semplici dichiarazioni di terzi. In altri termini, un bene come l’onore [...], di indole chiaramente immateriale, non si sarebbe potuto “violare” dall’esterno, né avrebbe potuto subire compressioni o detrimenti a causa di altrui contegni aggressivi*”. L’obiezione in esame è presente in KERN, *Die systematische Abgrenzung der Verbrechenselemente bei der Beleidigung*, Tübingen, 1912, 8, ed anche in BINDING, *Die Ehre im Rechtsinne, und ihre Verletzbarkeit*, Leipzig, 1892, 34: “*mentre sotto il colpo dell’omicida si spegne la vita della vittima, l’onore dell’offeso non brilla di luce meno intensa quando altri ha cercato di oscurarlo*”.

³²⁰ MUSCO, *op. cit.*, 46; l’Autore ripropone la posizione del BOCKELMANN.

realtà, è chiaro che la violazione stessa può consistere anche in una “*lesione degli interessi e delle pretese che discendono da situazioni ideali*”³²¹. In proposito, va osservato che una dottrina penalistica che riduca la violazione a mero “accadere” fisico-materiale non fa altro che attuare “*quel modo naturalistico di pensare - secondo cui il delitto non può consistere in altro che in modificazioni fisiche del mondo circostante - al quale si continuano a pagare inaccettabili tributi sotto forma di artificiose elaborazioni che, per giustificare le lesioni inferte ai beni ideali, arrivano a modificarne il contenuto e la sostanza criminosa*”³²²; e proprio in tale prospettiva, il Binding³²³, volendo a tutti i costi ricollegare il concetto di onore ad un *quid* dotato di *Handgreiflichkeit*, è giunto a trasformare l’astratto e inafferrabile concetto di onore nel più tangibile e concreto concetto di “volontà al mantenimento dell’onore”; ossia, bene giuridico tutelato dalle norme *de quibus* non sarebbe la generica sommatoria di onore, decoro, reputazione, bensì la concreta e ben definita pretesa, interna al soggetto passivo, di essere rispettato nella propria onorabilità. È evidente che “*una tale identificazione dell’onore*

³²¹ MUSCO, *op. cit.*, 46, il quale richiama a sua volta HIRSCH, *Ehre un Beleidigung*, cit., 30; l’Autore continua: “*nel caso dell’onore, verrebbe proprio in considerazione il secondo dei possibili significati del termine violazione, con la conseguenza che sarebbe assolutamente irrilevante (la mancanza di) una modificazione di un’entità sostanziale o di uno stato di fatto*”.

³²² MUSCO, *op. cit.*, 46.

³²³ BINDING, *Die Ehre im Rechtsinne, und ihre Verletzbarkeit*, cit. in MUSCO, *op. cit.*, 47.

*con la pretesa [...] finisce [...] per sostituire inopinatamente l'onore come oggetto della tutela con qualcosa di molto diverso, cioè con la volontà al rispetto dell'onore*³²⁴, con ciò ricadendo nelle medesime aporie cui era giunta la menzionata concezione “fattuale” dell'onore.

La seconda obiezione nei confronti della versione “morale” della concezione “normativa” dell'onore – la quale, più che un'autentica obiezione, appare come un “avvertimento teorico” o come una precisazione di matrice sostanzialmente relativistica – mette in luce il rischio derivante da un'impostazione che, ai fini della definizione dell'onorabilità, faccia ricorso ad un paradigma di matrice *lato sensu* etico-morale. Infatti, si sostiene, dal momento che la concezione morale fa riferimento alla dignità quale “*pieno possesso degli obblighi morali, il cui adempimento è inconcepibile al di fuori della vita di relazione*”³²⁵, sussiste il pericolo che l'onore, in senso etico, sia legato indissolubilmente alla morale sociale dominante, con conseguente – ennesima – subordinazione dell'onorabilità dell'uomo all'adempimento, da parte sua, degli obblighi morali socialmente riconosciuti. In tal caso, infatti, si riproporrebbe il problema della frammentazione

³²⁴ MUSCO, *op. cit.*, *ibidem*.

³²⁵ MUSCO, *op. cit.*, 48.

del concetto di onore, il quale verrebbe a trovarsi in balia delle mutevoli e variabili regole morali³²⁶.

A tal proposito, si riporta, in dottrina, un esempio il quale, probabilmente, *“riesce a dare i giusti contorni all’obiezione che qui viene sviluppata”*³²⁷; si consideri il precetto morale “non mentire” e si esamini il seguente caso: Tizio, marito di Caia, torna a casa a notte fonda dopo una lunga partita a biliardo con gli amici e, interrogato dalla moglie, dichiara di essere stato trattenuto in ufficio dal proprio capoufficio. Se consideriamo valido il precetto che vieta di dire il falso, dobbiamo affermare che dalla violazione dello stesso è derivato un *vulnus* per la dignità della moglie; se viceversa riteniamo che tale regola morale non sussista o sia comunque derogabile, neghiamo che dall’infrazione possa derivare una lesione dell’onore della moglie. Quindi dalla supposta relatività delle norme morali, transitando per la relatività del concetto di dignità umana, si giunge ad un concetto relativo e mutevole di onore; *“se, infatti, si sostiene che l’onore è subordinato all’adempimento degli obblighi morali, ne consegue che, ovviamente, già il titolare del bene giuridico, oltre*

³²⁶ MUSCO, *op. cit.*, 49: *“il problema degli obblighi morali è, in fondo, quello della morale: cioè, per dirla con Engisch, non c’è una sola morale in sé assolutamente chiusa, ma ci sono propriamente più «moralità»*. Invero, il riferimento alla presunta “relatività” dei principi morali appare alquanto aprioristico e semplicistico, partendo il medesimo dal protocollo assolutamente indimostrato del completo relativismo etico, il quale pare, più d’altro, frutto di pregiudizi di matrice ideologica.

³²⁷ Si tratta di un esempio tratto da HIRSCH, *Ehre und Beleidigung*, cit., 72, citato in MUSCO, *op. cit.*, 49.

all'eventuale offensore, può diminuire il proprio onore, non comportandosi in modo corretto"³²⁸.

La terza obiezione mossa nei confronti dell'esposta concezione normativo-morale può essere così riassunta: l'onore, inteso in senso giuridico-astratto-ideale, non solo – come sopra cennato – non potrebbe essere minimamente intaccato da una condotta umana materiale, ma sarebbe eccessivamente vago ed indeterminato, vista *“l'impossibilità di accertare il vero valore della persona a causa della mancanza di sicuri parametri che permettano di determinarlo”*³²⁹; inoltre un tale concetto sarebbe eccessivamente mutevole e legato al variabile giudizio storico³³⁰.

Orbene, quest'ultima obiezione, mossa nei confronti della concezione “normativo-morale” dell'onore da parte di una dottrina di matrice oggettivistica e materialistica, costituisce lo snodo fondamentale di una ricerca avente ad oggetto il bene giuridico dell'onore, alla luce delle precedenti riflessioni (contenute nella prima parte del presente lavoro) in tema di natura “relazionale” dell'oggettività giuridica; in altri termini, proprio innanzi alla presunta “inafferrabilità materiale” (e, conseguente,

³²⁸ MANNA, *Beni della personalità e limiti della protezione penale*, cit., 211.

³²⁹ MUSCO, *op. cit.*, *ibidem*. Anche in MANNA, *Tutela penale della personalità*, cit., 73: *“il limite principale della versione morale della concezione normativa resta la sua “astrattezza” e quindi la scarsa “afferrabilità” del bene giuridico onore”, onore che, così concepito, sarebbe “un bene giuridico inutilizzabile”*.

³³⁰ MUSCO, *op. cit.*, 48.

asserita improponibilità teorica) di una nozione ideale (*rectius*, metafisica) del bene giuridico tutelato, il penalista è chiamato ad interrogarsi sulle radici stesse delle concetto di “onore”, onde tentar di cogliere la sua essenza gius-filosofica, al di là di preconcetti e pregiudizi di matrice ideologica.

Gli è, infatti, che il maggioritario approccio al bene giuridico ha natura tutto “artificiale e virtuale”: infatti, come autorevolmente rilevato in dottrina, secondo la tradizionale impostazione, “*dapprima si è cercato di determinare – quasi in vitro, nell’ambiente asettico e pre-positivo dello stato di natura [...] il bene da tutelare; quindi, se ne sono individuate le ragioni di concreta riferibilità soggettiva al titolare; infine, se ne sono costruite le specifiche modalità di tutela normativa*”³³¹; di contro, l’approccio metodologico, il quale vorrebbe assumersi nelle seguenti brevi riflessioni conclusive, si fonda su una “lettura dal basso” della realtà, riconoscendo – come già sopra sinteticamente accennato – che l’indagine giuridica non può non principiarsi dallo studio dell’esperienza, nel suo vitale pulsare e pullulare di “germi di giuridicità” e, nello specifico, che un’analisi sul *bene* giuridico non possa prescindere da una previa disamina circa ciò che di *bonum* affiora all’interno della relazione intersoggettiva. È intuitivo, infatti, che senza un “bene” non può nemmeno concepirsi un “bene giuridico”, a meno di non volere polarizzare

³³¹ Tale è stata definita la “*perniciosa inversione prospettiva e metodologica nel delimitare i contorni del «bene»*” (in CARUSO G., *Delitti di schiavitù e dignità umana*, cit., 276).

il baricentro teorico integralmente sull'attributo "giuridico", giungendo positivisticamente a ridurre il "bene giuridico" a "ciò che la legge (o comunque il pensiero giuridico dogmatico) ritiene essere «bene»"; di talché per cogliere l'*ubi consistam* del bene dell'onore (in modo vero e non simulato³³²), non ci si può esimere dall'accomiatarsi dalle pure schematizzazioni di un pensiero logico-formale, per abbeverarsi alle fonti – autenticamente umane, personali e relazionali – di tale *bonum*³³³.

³³² Il riferimento è, naturalmente, ad Ulpiano: *iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. Est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi, cuius merito quis nos sacerdotes appellet: iustitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profiteamur, aequum ab iniquo separantes, dicitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exortatione efficere cupientes, veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes* (ULPIANUS, *Libro Primo Institutionum*, D. 1, 1, 1).

³³³ "Se il bene si presenta all'uomo sempre nella concretezza particolare delle singole situazioni [in der Konkretion der praktischen Situation] nelle quali egli viene a trovarsi, il sapere filosofico dovrà appunto guardare alla situazione concreta riconoscendo, per così dire, ciò che essa esige da lui, o, in altre parole, colui che agisce deve vedere la situazione concreta alla luce di ciò che in generale si esige da lui.[...] Un sapere generale che non sa applicarsi alla situazione concreta rimane privo di senso, e anzi rischia di oscurare le esigenze concrete che nella situazione di fanno sentire" (GADAMER, *Verità e metodo*, cit., II, II, 2, b), 647): se si cala l'approccio ermeneutico di Gadamer al tema che ci occupa, si ricava che il "bene giuridico" non può configurarsi come concetto convenzionale ed astratto, creato e classificato "a tavolino" dalla dogmatica penalistica, bensì come vera e proprio *bonum* relazionale ed interpersonale che scaturisce, quasi per sorgiva, dalla situazione concreta.

4. L'approdo ad una nozione "relazionale" dell'onore: il superamento delle aporie mediante lo strumento della dialettica. Il riconoscimento del valore insopprimibile ed immutabile della persona.

Nelle precedenti riflessioni sono state individuate le aporie e le contraddizioni cui pervengono le più diffuse concezioni del bene giuridico dell'onore (ossia quella "fattuale" e quella "normativa", nelle loro differenti declinazioni e versioni); proprio da tali aporie è d'uopo trarre lo slancio per il superamento delle stesse e per l'approdo, mediante lo strumento della dialettica, ad una concezione autenticamente "filosofica" dell'onore. In particolare, il metodo dialettico esigerà di porre in luce, esattamente nel "nucleo vivo" dell'aporia medesima, ciò che essa disvela e rivela al giurista: infatti, proprio il "vicolo cieco" (precisamente accompagnato dalla sensazione di "strettoia" e di "difficoltà problematica" tipica del *cul-de-sac*), rappresenta la sede più consona per un "salto teorico" formidabile, così come una molla metallica, quanto più è compressa e ristretta, tanto più è idonea a produrre uno scatto rapido e repentino³³⁴.

³³⁴ Per un'interessante digressione riguardante la cifra gius-filosofica dell'aporia, si veda, da ultimo, GENTILE, *Le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, cit., 115 e segg.: "la consapevolezza della contraddittorietà di una posizione viene anche assunta come la condizione per esercitare una problematicità più radicale, cioè è la condizione per la quale, non potendo stare ingabbiato nella via senza uscita, nel vicolo cieco, deve essere ricercata un'altra strada. L'aporia è, così, la molla per ricercare il sapere attraverso l'inconfutabilità: il meccanismo dell'individuazione di

Parafrasando la similitudine platonica della dama (quale esempio di gioco in cui è possibile trovarsi in un “vicolo cieco”, al pari dello “scacco matto”), se l’aporia è rappresentata dalla “mossa critica” che mette in difficoltà il giocatore – il quale rimane interdetto alla vista di una inaspettata tattica avversaria – la successiva “strategia del giocatore”, pur subendo il disorientamento ad opera del contendente, non può non risentire proprio della mossa operata da quest’ultimo, così reagendo puntualmente alla medesima e trovando dialetticamente la via di fuga; come se, in una strada senza uscita, il muro finale che sbarra la via, se osservato attentamente e con occhio scrupoloso, avesse in sé delle piccole sfasature o degli appigli, i quali consentissero a chi vi si trovi innanzi di trovare uscita, *al di là* del vicolo cieco.

Ebbene, perché tale “superamento” non possa essere tacciato di convenzionalismo o – più gravemente – di volontarismo, la risoluzione delle aporie cui vanno incontro le summenzionate

un’aporia è insieme il riconoscimento di una contraddizione, è l’individuazione della via d’uscita dal vicolo cieco della contraddizione”. In proposito, magistrale è una delle definizioni che Platone fornisce del metodo confutatorio socratico: “nessuno potrebbe controbattere a queste tue argomentazioni, Socrate. Ma è la condizione in cui ogni volta si trovano coloro che ascoltano le tue parole: per la loro inesperienza nell’interrogare e nel rispondere, a ogni piccola domanda si lasciano sviare un poco dal tuo ragionamento, e quando, alla fine del discorso, tutte queste piccole deviazioni si assommano, credono che il loro errore sia grande e contraddica le premesse iniziali. Come nella dama i giocatori inesperti vengono chiusi da quelli abili e non sanno più che mossa fare, così anch’essi alla fine restano bloccati e non sanno più che cosa dire per effetto di quest’altro gioco di dama, fatto non con le pedine ma con le parole” (PLATONE, Repubblica, VI, 487b-c).

concezioni dell'onore dovrà avvenire proprio sulla scorta di quei "profili critici" che gli stessi sostenitori delle concezioni medesime non si sono potuti esimere dal rilevare. In altri termini, si tratta di porre mente a quelle "insopprimibili verità" cui nemmeno tali sostenitori riescono a sottrarsi; tant'è che, a fronte di tali "verità" (le quali, tuttavia, costituiscono patente deroga ai protocolli precedentemente assunti), i sostenitori medesimi hanno avvertito l'ineludibile esigenza di apportare alcuni correttivi alle proprie tesi iniziali, con ciò in realtà sconfessando queste ultime e, sostanzialmente, riconoscendo in esse un principio di errore.

In particolare, con riferimento alla menzionata concezione "fattuale" dell'onore, secondo la quale quest'ultimo si ridurrebbe a mero "sentimento" (ossia, in sintesi, a considerazione che l'uomo ha del proprio valore o che la società ha di un terminato soggetto), l'aporia si rivela nell'effetto applicativo – *ictu oculi* aberrante ed inaccettabile – di privare di tutela penalistica (*sub specie* tutela dell'onorabilità) sia i soggetti che non abbiamo maturato – o abbiano per qualsiasi motivo perduto – una sufficiente coscienza e stima di sé (come i fanciulli, gli infermi, gli anziani), sia colori i quali – meritatamente od immeritatamente – non godano di alcuna considerazione sociale o, addirittura, abbiano ricevuto lo stigma della riprovazione da parte della collettività di appartenenza. Tale approdo applicativo costituisce uno scandalo per gli stessi sostenitori della concezione "fattuale", i quali hanno via via elaborato una serie di correttivi – sopra

illustrati – volti ad evitare che, partendo dalle citate premesse “materialistiche” ed “empiristiche”, si giungesse alla conclusione aberrante di ritenere non punibile l’offesa rivolta ad un malato di mente o la denigrazione pubblica di un emarginato od un reietto.

Precisamente da tale snodo aporetico deve prendere le mosse una “svolta interpretativa” che intenda approdare ad una concezione “filosofica” dell’onore; se, infatti, tale “scandalo” teorico costituiva per i sostenitori della concezione “fattuale” lo spunto per maturare alcuni correttivi alla concezione medesima (pur di rimanere geometricamente coerenti al suo protocollo primario), per il filosofo del diritto, il quale intenda interrogarsi criticamente sull’essenza dell’onore penalmente tutelato, esso rappresenta un momento decisivo, quasi un ganglio nucleare della propria ricerca: ogni energia dialettica, infatti, lungi dall’essere esaurita in inutili schematizzazioni e superfetazioni (quali possono essere i tentativi di neutralizzare il problema del bene giuridico, eludendo il medesimo sul versante della struttura del reato³³⁵), deve essere concentrata ed adoperata quale faro, onde mettere in luce “la verità dietro lo scandalo”, ossia il riconoscimento dell’insopprimibile valore della personalità umana, a prescindere da ogni psicologismo che intenda ridurre la dignità della persona a mera autocoscienza o coscienza sociale. Laddove si giunge ad affermare che, a rigore e *fattualmente*, l’ingiuria rivolta al

³³⁵ Il riferimento è alla tendenza ad eludere ed aggirare la questione del bene giuridico – connessa alla difficoltà di rinvenirne il preciso perimetro definitorio – qualificando i reati contro l’onore come reati di pericolo; sul punto, cfr. § 2 del Capitolo II.

bambino o al malato di mente e la diffamazione commessa ai danni del reietto non siano punibili, lo sgomento provato dallo stesso sostenitore della dottrina “fattuale” rappresenta l'icona vivente di una realtà più profonda che, al di là di convenzionali schemi o categorie, scorre quasi come fiume carsico, per poi affiorare in tutta la propria brillante potenza: si tratta, in particolare, del valore insopprimibile della persona, quale misura costante ed immutabile³³⁶ che, ontologicamente e al di là delle differenze contingenti ed accidentali, accompagna l'umanità e costituisce un lume teorico per tutta l'esperienza giuridica³³⁷.

Pertanto, la riscoperta del prezioso valore sussistente in capo a ciascun essere umano, dal quale sgorga il dovere di rispetto verso l'unicità e l'irripetibilità connotanti il medesimo, consente di superare le aporie derivanti da una concezione materialistica e, per così dire, fisicistica dell'onore e di riconoscere che, al di là delle differenti configurazioni contingenti ed accidentali dell'esistenza umana (fisiologia o patologia psichica, stima e

³³⁶ L'intuizione di un *quid* di unico, universale ed immutabile è già presente in seno alla dottrina “fattualistica”, la quale, come sopra esposto, ha escogitato, quale correttivo alla concezione rigidamente fattuale, il ricorso ad una nozione “obbiettiva” di onore, quale “media matematica” dell'onorabilità; tuttavia, anche in tal caso, una siffatta impostazione, rinviando alla “media dei singoli sentimenti individuali”, continua a perpetuare l'infondata tesi che l'onore sia da qualificare come un “sentimento” di natura psicologica (sia esso concreto-empirico o, viceversa, astratto-statistico).

³³⁷ Con riferimento alla portata cruciale del concetto di “persona” quale fondamento filosofico e giuridico della “relazione intersoggettiva”, si veda F. GENTILE, *ult. op. cit.*, 206 e segg.; cfr. G. CARUSO, *Delitti di schiavitù e dignità umana*, cit., *passim* e, in particolare, 272 e segg..

disistima sociale, e così via), residua un nucleo essenziale ed ineliminabile di *bonum* il quale esige rispetto e devozione; pertanto, nell'ambito della relazione intersoggettiva, l'onorabilità non appare più misurabile empiricamente, al pari di un qualsiasi fenomeno naturale, mediante il grado di auto-coscienza od etero-coscienza maturato dal soggetto o dalla sua comunità di riferimento, ma si lega indissolubilmente al dovere universale di riconoscimento dell'altrui valore.

Ne deriva che, in ipotesi di ingiuria rivolta nei confronti di un bambino o di un malato di mente³³⁸, o di diffamazione perpetrata ai danni di un soggetto del tutto privo di considerazione sociale, il bene giuridico dell'onore non può essere ridotto a semplice autostima o stima sociale (con conseguente inaccettabile esclusione di tutela penale in capo a tali soggetti), ma va considerato come “valore della relazionalità”, in quanto i menzionati soggetti meritano rispetto e considerazione – nella sacralità del loro essere uomini ed unici – al pari di qualsiasi altra persona³³⁹.

³³⁸ In relazione a tale ipotesi, correttamente si è affermato che “*ai fini della configurabilità del reato di ingiuria, non è necessario che il soggetto a cui le espressioni offensive vengono rivolte sia in grado di percepirle ed in effetti la percepisca. Ciò in quanto l'oggetto della tutela penalistica va individuato in termini più ampi, nel valore della dignità umana in quanto tale, ed è dunque irragionevole escludere dalla protezione i soggetti incapaci*” (Cassazione penale, Sez. V, 10 novembre 1998, n. 2486, in *Cass. pen.*, 2000, 615).

³³⁹ In proposito, volendo trarre spunto dall'istituto della circostanza aggravante delle sevizie e crudeltà (art. 61, n. 4, c.p.), ciò che rileva non è tanto la capacità, della vittima del reato, di provare una particolare sofferenza

Eguualmente, nessuno può dubitare che sussista il delitto di violenza sessuale aggravata (artt. 609-*bis* e 609-*ter* c.p.) nell'ipotesi in cui venga commesso un atto di libidine ai danni di un minorenne che, a cagione della propria totale immaturità fisica e psichica, non sia in grado di comprendere il significato dell'atto sessuale e, in ipotesi, non disponga degli strumenti assiologici necessari a decodificare la turpitudine dell'atto medesimo; e, parimenti, nessuno dubiterà della sussistenza del reato di riduzione in schiavitù (art. 600 c.p.) nel caso in cui un cittadino extracomunitario "si lasci" ridurre in tale stato e – per il proprio carattere remissivo e condiscendente, per la propria formazione culturale e la propria provenienza etnica – sia intimamente convinto della normalità e della liceità della sua condizione, con ciò non percependo né avvertendo alcuna lesione della propria dignità personale.

Ad una simile conclusione si può pervenire anche se si tenta di superare l'aporia cui giunge la suesposta tesi "normativo-sociale", la quale, legando la nozione di "onorabilità" allo

fisica o psichica, bensì il gravissimo disprezzo per l'altrui integrità fisica e morale, siccome dimostrato con la condotta crudele; così, correttamente, in Cassazione penale, Sez. I, 12 luglio 2001, n. 35239, in *Dir. e Giust.*, 2001, 37, 78: "ai fini della ricorrenza dell'aggravante di cui all'art. 61, n. 4, c.p., non è necessario che la parte lesa sia effettivamente in grado di provare le sofferenze inflitte, in quanto un comportamento cosciente e volontario idoneo a provocare alla vittima sofferenze maggiori di quelle necessarie a cagionare l'evento è sintomo di una personalità priva di pietà e umanità".

specifico e concreto “gradimento sociali” maturato dal soggetto passivo, perviene ad una concezione “parcellizzata” dell’onore, quasi banderuola in balia dei – sincronicamente e diacronicamente – cangianti giudizi sociali³⁴⁰; anche in tal caso, il “vicolo cieco” teorico può essere agevolmente superato se, lungi da una concezione “empirico-collettiva” dell’onore, si perviene ad un’accezione relazionale dell’onore medesimo, quale valore in sé che è incarnato in ogni uomo e che pretende rispetto all’interno della relazione intersoggettiva³⁴¹, a prescindere dalla sua concreta estrinsecazione sociale³⁴².

³⁴⁰ A titolo esemplificativo, infatti, può accadere che un determinato soggetto sia considerato in famiglia come un pessimo padre, nell’ambiente di lavoro un eccellente padre e nella cerchia di amici un padre modesto; di talché la qualificazione, in termini penalistici, della frase “sei un padre schifoso ed incapace” a costui rivolta, dovendo fare i conti con una reputazione frammentata e parcellizzata, apparirebbe più d’altro quale un’equazione impossibile o indeterminata!

³⁴¹ Come si legge in VALADIER, *“la dignità umana acquista senso in una relazione e [...] suscita un certo tipo di relazione caratterizzata da un rapporto di rispetto. In effetti essa [...] può essere compresa solo in un gioco relazionale”* (VALADIER, *Dignità della persona e diritti dell’uomo*, in *Dire persona. Luoghi critici e saggi di applicazione di un’idea*, a cura di A. PAVAN, Bologna, 2003, 409, citato in CARUSO, *Delitti di schiavitù e dignità umana*, cit., 256; quest’ultima Autore commenta: “vi è una sorta di incondizionalità nel concetto di dignità che apre uno spazio umano in cui ognuno è indotto a considerare l’altro – e, con lui, se medesimo – come relazionalmente ob-ligato ad un atteggiamento non riassumibile nei termini della pura utilità”).

³⁴² In tal caso, l’espressione “sei un padre schifoso ed incapace” si presenta come gravemente ingiuriosa e denigratoria *in sé e per sé*, a prescindere dalla considerazione che la collettività di appartenenza abbia maturato in capo alla persona offesa. Sul punto, MUSCO, *op. cit.*, 152: “la concezione dell’onore come rapporto di riconoscimento permette, poi, di

Infatti, in tutti i casi riportati a titolo esemplificativo – e, similmente, nell’ipotesi di ingiuria rivolta ad un infante – la riprovevolezza dell’azione penalmente rilevante e la conseguente meritevolezza di pena non risiedono nella lesione “psicologica” del sentimento che la persona offesa ha di sé, bensì nella violazione del rapporto di riconoscimento³⁴³, il quale sta alla base di ogni relazione intersoggettiva e possiede un valore metafisico

*evitare la dipendenza dell’onore dai singoli gruppi sociali e, più in generale, dai singoli atteggiamenti della società, e la correlativa parcellizzazione del concetto di onore che caratterizza – come si è visto – la versione sociale della concezione normativa. Il diretto risultato della concezione qui accolta è invece una ricostruzione “unitaria” dell’onore”. Si veda anche la dottrina kantiana secondo la quale, come è stato affermato da Cattaneo, “il principio della dignità dell’uomo (di tutti gli uomini) non è il frutto di un’esperienza psicologica, interiore, che come tale si limita a se stessi e non può concernere gli altri, non è il risultato di un’osservazione empirica, di un’induzione [...]”; viceversa “si tratta di un principio razionale, a priori, derivato dalla ragione pura pratica: esso è conosciuto dalla coscienza in senso morale e razionale (Gewissen), non dalla coscienza o consapevolezza empirica” (M.A. CATTANEO, *Dignità umana e pena nella filosofia di Kant*, Milano, 1981, 103).*

³⁴³ *“Tra i membri della società esiste dunque un rapporto di riconoscimento che mira a garantire l’autonomia e che ha per contenuto il rispetto di tutto ciò che è essenziale al valore della persona come tale. Esso sorge con il nascere dell’uomo. [...] Il rispetto di questo rapporto garantisce al singolo le condizioni necessarie per il suo sviluppo personale all’interno di un comunità in cui tutti gli uomini sono eguali; la sua negazione, viceversa, pregiudica l’autonomia del singolo e lo obbliga ad una nuova attività di creazione e di conseguente protezione. La violazione dell’onore è dunque, in ultima analisi, violazione del rapporto di riconoscimento, che ha per contenuto la dignità sociale dell’uomo” (MUSCO, *op. cit.*, 146-147).*

che trascende la singolarità e l'accidentalità del singolo "esserci" nel mondo³⁴⁴.

Un ulteriore caso esemplificativo potrà fare apprezzare e cogliere icasticamente le implicazioni di una teoria "relazionale" del bene giuridico dell'onore: si pensi all'ipotesi di una rappresentazione teatrale nel corso della quale, per copione, sia previsto che, in un determinato momento della dramma, il protagonista cominci a pronunciare una serie di epiteti, impropri e maldicenze nei confronti del deuteragonista. In tal caso, già solo intuitivamente, la condotta ingiuriosa dell'attore appare *ictu oculi* immeritevole di alcuna considerazione da parte del diritto penale; se, poi, si tenta di individuare la ragione teorica di tale "non punibilità", possono prospettarsi alcune alternative: potrebbe ritenersi il fatto scriminato dall'esercizio del diritto (art. 51 c.p.), considerando l'attività teatrale come lecita estrinsecazione di una serie di libertà costituzionalmente garantite (libertà di manifestazione del pensiero ex art. 21 Cost.; libertà dell'arte ex

³⁴⁴ Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale, Delitti contro la persona*, Padova, 1995, 259, secondo cui l'onore è un "valore morale, cioè attributo originario dell'uomo, [...] valore intrinseco ad ogni singola persona umana in quanto tale, in forza della propria dignità di uomo, e, pertanto "eguale" in tutti gli uomini, [...] indipendentemente da giudizi sociali di merito o di demerito e meritevole di incondizionato rispetto". Si veda anche MUSCO, *op. cit.*, 152: "va aggiunto, inoltre, che anche coloro nei cui confronti si sia formulata una pessima valutazione – il ladro, il delinquente abituale, la prostituta – come anche, all'opposto, i soggetti la cui stima è così solida da non poter essere minimamente intaccata, sono soggetti che – in quanto "pari", devono tutti, nella stessa misura, essere "riconosciuti" nella loro dimensione di valore".

art. 33 Cost., etc.); in secondo luogo, potrebbe ritenersi il fatto scriminato dal consenso dell'avente diritto (art. 50 c.p.), stante la spontanea sottoposizione del deuteragonista alle espressioni proferite dal protagonista; potrebbe, infine, affermarsi l'insussistenza dell'elemento soggettivo del reato, considerato che l'attore in questione non ha, senza dubbio, alcuna intenzione di offendere il compagno d'arte, ma ritiene semplicemente di attuare quanto prescritto nel copione.

Ebbene, che si ritenga sussistente una causa di esclusione dell'antigiuridicità od una scusante escludente l'elemento soggettivo, nel caso di specie – nell'inverosimile ipotesi in cui dovesse instaurarsi un procedimento penale in relazione alle ingiurie proferite dal menzionato protagonista – dovrebbe imporsi una formula assolutoria “perché il fatto non costituisce reato”, formula comunemente adoperata dalla giurisprudenza nei casi di fatto tipico commesso in presenza di una scriminante³⁴⁵ o di una scusante³⁴⁶.

Tale assunto, tuttavia, appare assurdo ed infondato, giacché, in realtà, la formula appropriata al caso di specie dovrebbe essere “perché il fatto non sussiste”, in quanto nella menzionata ipotesi non appare nemmeno integrato il *fatto tipico* dell'ingiuria: infatti, riconoscendo che il bene giuridico dell'onore è un bene essenzialmente relazionale (espressione del dovere di

³⁴⁵ Così, *ex plurimis*, in Cassazione penale, Sez. VI, 1 marzo 2001, n. 15955, in *Cass. pen.*, 2002, 1059.

³⁴⁶ Così, *ex plurimis*, in Cassazione penale, Sez. IV, 23 giugno 1988, in *Cass. pen.*, 1989, 1794 e in *Giust. pen.*, 1989, III, 217.

riconoscimento coesenziale ai rapporti interpersonali), si perviene ad affermare che non può esservi lesione di tale bene senza la frantumazione della relazione intersoggettiva stessa; e nell'ipotesi di offesa proferita nel corso di una manifestazione teatrale non v'è chi non veda come sia del tutto assente una siffatta frantumazione, presentandosi anzi l'apparente "offesa" come l'estrinsecazione di un'ordinata ed armoniosa relazione umana tra gli attori in questione. Pertanto, nella ricerca del fatto tipico di ingiuria, non ci si potrà arrestare al mero accadimento naturalistico ed empirico (ossia al proferimento di una locuzione oggettivamente offensiva e denigratoria), ma sarà necessario andare *oltre* ed accertare l'eventuale violazione dell'ordine relazionale e del dovere di riconoscimento interpersonale, in assenza del quale non solo non si darà offesa ma, a monte, non potrà nemmeno darsi tipicità del fatto.

In conclusione, dalla stessa analisi confutatoria delle concezioni "fattuale" e "normativa" dell'onore, emerge, quasi come ultimo "residuo" dell'applicazione del "filtro dialettico", un *nocciolo duro*, costituito dal valore relazionale dell'onorabilità, direttamente rinviate al valore universale della dignità umana: a tale approdo teorico, giova ribadirlo, si è giunti non mediante la "sostituzione" di un "protocollo" ad un altro "protocollo", ma scorgendo, tra le maglie delle differenti impostazioni, tutti quei dubbi, quelle perplessità e, in definitiva, quelle aporie che, quasi come spie luminose, indicavano ed individuavano la strada verso

una nozione autenticamente relazionale e metafisica dell'onore, quale qualità intrinseca dell'uomo che, essere socievole, merita e invoca rispetto e devozione, a prescindere dai concreti stati sentimentali e di coscienza collettiva in cui egli versi.

Naturalmente, si tratta di una conclusione che, pur mirando *al di là* dell'interlocutorio, dimostra attualmente ed autenticamente la propria irriducibile connotazione interlocutoria, quasi alla stregua di un umile "*respondeo dicendum*"³⁴⁷ suscettibile – anzi, probabilmente, bisognoso – di ulteriori tematizzazione e problematizzazione, la quale eccede i modesti limiti della presente breve ricerca.

³⁴⁷ Per un'interessante riflessione circa il ruolo della *quaestio* tomistica nell'esperienza giuridica, si veda, da ultimo, F. GENTILE, *Le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, cit., 224 e segg.; dello stesso Autore, il recente saggio *Sulla Iuris Prudentia* (appendice a F. GENTILE, *Legalità giustizia giustificazione*, cit., 87 e segg.), strutturato quale *quaestio*.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

In una sorta di *Ringkomposition*, le ultime righe del presente breve lavoro, più che rappresentare un analitico e pedissequo *excursus* dei singoli passaggi argomentativi nei quali si è snodato il lavoro medesimo, potrebbero costituire quasi un “ritorno” alle radici iniziali della ricerca, volto ad evidenziare le eventuali corrispondenze tra le intuizioni quivi contenute ed i temi successivamente trattati.

Nel principio delle presenti riflessioni, si presentava in tutta la propria icasticità l’affermazione di Capograssi (contenuta nel saggio “*Analisi dell’esperienza comune*” del 1930), il quale sosteneva che “*la filosofia non ha altro dato che la vita, ed il suo nobile scopo è di spiegare la vita, di rendere alla vita una chiara consapevolezza di se stessa*”; a tale tesi seguiva, da parte del Maestro di Sulmona, l’amara constatazione, secondo la quale “*chi si accosti al pensiero moderno, soprattutto al pensiero contemporaneo, ha l’impressione che la vita sia lontana, non riesce a trovare il punto di congiunzione tra la vita che esso vive ed ama, la vita che egli vive nella concreta ed attiva sua coscienza quotidiana e quella vita o realtà o pensiero della quale si sente parlare nella ricerca filosofia*”³⁴⁸.

³⁴⁸ CAPOGRASSI, *Analisi dell’esperienza comune*, premesse, § 1, in CAPOGRASSI, *La vita etica*, cit., 249.

Una siffatta asserzione rappresentava un chiaro monito ed una potente esortazione ad una “filosofia della vita”, ossia ad un pensiero saldamente ancorato alla dura roccia del *Leben* e non riducibile ad una concatenazione di assiomi e categorizzazioni prodotte *in vitro*, ovvero in una asettica e sterile “stanza di laboratorio”³⁴⁹; in termini gius-filosofici, un tale assunto trovava riscontro nel riconoscimento dell’importanza, all’interno dell’esperienza giuridica, di un’accezione “concreta” di giustizia, il cui nucleo centrale è costituito dal “*fango delle liti*”, ossia dalle declinazioni esistenziali del *suum cuique tribuere*, nel concreto della relazione intersoggettiva³⁵⁰.

³⁴⁹ In tal prospettiva, si è manifestato in tutta la propria insufficienza e lacunosità l’approccio oggettivistico tipico delle scienze sperimentali, aprendosi la via verso un’impostazione autenticamente ermeneutica; infatti, “*il modo di procedere oggettivante della conoscenza della natura e il concetto di essere-in-sé che è il correlativo di ogni intenzionalità conoscitiva si sono rivelati come il risultato di un’astrazione. [...] La scienza della natura cerca di accertarsi dell’ente dando una struttura metodica alla conoscenza. Conseguentemente, rifiuta ogni tipo di sapere che non permetta questa forma di accertamento e che non serva allo sviluppo del dominio sull’essere. Di contro a ciò, noi abbiamo cercato di liberare il modo di essere proprio dell’arte e della storia, e l’esperienza che ad esse corrisponde, dal pregiudizio ontologico contenuto nell’ideale di obiettività proprio della scienza, e in base all’esperienza dell’arte e della storia siamo stati condotti a una ermeneutica universale che concerne tutto l’insieme del rapporto dell’uomo col mondo*” (GADAMER, *Verità e metodo*, cit., III, III, c), 967-969).

³⁵⁰ “Giustizia è termine astratto, dinamismo è termine concreto: si può parlare di giustizia e dedicarsi a grandi voli intellettuali, ma il problema è fare giustizia nella concretezza e nel fango delle liti; è inutile dedicarsi esclusivamente alla raffinatezza dei trattati, se poi non ci si pone il problema della giustizia nella dinamica di una relazione intersoggettiva conflittuale”

In una tale ottica, l'approccio al tema penalistico del "bene giuridico tutelato" e, in ispecie, del bene giuridico dell'onore, si è strutturato, per dire *à la* Heidegger, non in termini di "una fondazione per deduzione, ma [...] di una ostensione che fa vedere il suo fondamento"³⁵¹; in particolare, in considerazione della "influenza essenziale che il 'cercare' subisce da parte del suo 'cercato'"³⁵², l'indagine relativa all'oggettività protetta dal diritto penale è stata condotta partendo non da una nozione astratta di "bene giuridico", da applicare alla fattispecie concreta mediante un procedimento meramente sussuntivo, ma – ermeneuticamente – dal *fatto stesso*, alla ricerca di ciò che di *bonum* si presenta e si "ostende" *nel* fatto medesimo; risuonava così il motto husserliano "zu den Sachen selbst!" («alle cose stesse!»)³⁵³ quasi parafrasato, in chiave gius-filosofica, quale

(F. GENTILE, *Filosofia del diritto. Le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, cit., 181).

³⁵¹ HEIDEGGER, *Essere e tempo*, cit., Introduzione, I, §2, 20.

³⁵² HEIDEGGER, *ibidem*.

³⁵³ "Non vogliamo affatto accontentarci di pure e semplici parole, cioè di una comprensione puramente simbolica delle parole, così come ci è data anzitutto sul senso delle leggi, presentate dalla logica pura, concernenti i concetti, giudizi, verità, ecc., in tutte le loro specificazioni. Non ci possono bastare i significati ravvivati da intuizioni lontane e confuse, da intuizioni indirette – quando sono almeno intuizioni. Noi vogliamo tornare "alle cose stesse" [*Wir wollen auf die Sachen selbst zurückgehen*]" (E. HUSSERL, *Ricerche logiche*, cit., 271); per un parallelo tra "ricerca delle essenze" e ricerca operativo-applicativa, nell'ambito della "conoscenza delle cose", si veda MARINO GENTILE, *Trattato di filosofia*, cit., 229: "filosofia viene detta, dunque, giustamente l'attitudine a compiere qualunque atto di conoscenza autentica e genuina, cioè rivolto a capire le cose come sono, nella loro

invito a tornare «alla vita stessa!» o, per l'appunto, «al fatto stesso!».

Alla luce di un tale abbrivio teorico, la ricerca sul bene giuridico, più che strutturarsi quale enumerazione sistematica ed esaustiva delle differenti concezioni ed impostazioni elaborate *in subiecta materia* (il che, peraltro, avrebbe ampiamente ecceduto gli angusti limiti della modesta economia del lavoro), si è presentata come successione di *rimae extravagantes* concernenti gli approdi cui è giunto il c.d. “diritto vivente” in tema di oggettività giuridica protetta, onde valutarne la rispondenza e congruità rispetto alle “emergenze” dei casi concreti, di volta in volta sottoposti a qualificazione giuridica.

Inizialmente, si sono illustrate le aporie di una concezione del bene giuridico la quale riduca il medesimo a mera “risultanza” del procedimento interpretativo-applicativo e, dunque, a semplice “esito” *a posteriori* dell'interpretazione della legge; in particolare, si è analizzata la tendenza del “diritto vivente” ad identificare l'oggettività giuridica con la *littera*, la *voluntas* e la *ratio legis*: nel primo caso, l'oggettività medesima non diviene altro che una tanto pedissequa quanto sofisticata “parafrasi” del dettato legislativo, in una sorta di giudizio kantianamente analitico che si limita a “delucidare” il *dictum principis*; nel secondo e nel terzo caso, invece, il bene giuridico viene ridotto a semplice

propria consistenza e non in rapporto all'uso che se ne voglia fare per altri scopi”.

espressione, rispettivamente, delle contingenti istanze di politica criminale perseguite dal legislatore storico o degli scopi e delle finalità oggettivamente sottese al testo normativo.

In tutte e tre le prospettive analizzate, il diritto vivente finisce per travisare il concetto stesso di “bene giuridico”, mascherando il medesimo sotto le “pieghe” del diritto positivo, nonché sovrapponendo indebitamente il piano della tipicità formale con quello dell’offensività.

En passant, in considerazione degli approdi applicativi di una concezione che riduca l’oggettività giuridica a mera *voluntas o ratio legis*, sono emersi intuitivamente e si sono sinteticamente tematizzati i profondi legami tra una siffatta impostazione teorica ed il copioso filone gius-filosofico del c.d. “volontarismo politico”, ossia quella tendenza ad identificare – più o meno mediatamente o velatamente – la categoria del *giuridico* con l’espressione di un “volontà potente”, riconducibile alla “persona” – monocratica o collegiale – del Sovrano. Se, infatti, per ‘bene giuridico’ si intende lo scopo che il legislatore *vuole o intende* perseguire mediante la norma incriminatrice, affiora chiaramente all’attenzione dell’interprete la radice eminentemente volontaristica dell’ordinamento giuridico, inteso come *status quo* frutto di un originario atto di volontà e suscettibile di conservazione mediante ulteriori e successivi atti di volontà.

L’inaccettabilità di una siffatta concezione “volontaristica” del bene giuridico si fonda e si argomenta integralmente sulla scorta delle obiezioni tradizionali, pienamente condivisibili, alla

concezione normativistica e positivistica dell'ordinamento giuridico; in particolare, alla luce dell'esito sostanzialmente "arbitrario" dell'esposta concezione del bene giuridico (ridotto a mera *voluntas* – o, tutt'al più *ratio – legis*), è evidente che la responsabilità penale finisce per assumere le vesti di una semplice – e formale – "devianza punibile", quale contrarietà della condotta ad un paradigma legalmente posto; ossia, in tale prospettiva, "*un comportamento è qualificato come deviante, e dunque punibile, per autorità, indipendentemente dal fatto che esso devii veramente da qualcosa o che nell'agente vi sia una reale intenzione di deviare*"³⁵⁴.

Proprio un tale approdo della teoria "volontaristica" del bene giuridico è apparso palesemente in contrasto con i canoni di una "gius-filosofia della vita", in quanto esso postula l'idea del reato quale deviazione non da un reale *ordo* relazionale, bensì da un "virtuale" schema normativo, come se gli orizzonti dell'esperienza giuridica (o, volendo, dell'esistenza declinata in termini di relazionalità) si restringessero e riducessero al limitato

³⁵⁴ F. GENTILE, *Esperienza giuridica e secolarizzazione*, in AA. VV., *Esperienza giuridica e secolarizzazione*, Milano, 1994, 29; cfr. anche F. GENTILE, *Politica aut/et statistica. Prolegomeni di una teoria generale dell'ordinamento giuridico*, cit., 149 e segg., il quale, nel descrivere la nozione moderna di "devianza" come manifestazione del processo di secolarizzazione dell'ordinamento politico, evidenzia come la qualificazione del comportamento deviante sia formalistica ed autoritaria, a prescindere dalla conoscenza dell'oggetto in relazione al quale misurare l'intervenuta deviazione.

ed angusto “cono visuale” del potere costituito ed effettivo di kelseniana memoria.

Se, infatti, “*non è punibile ciò che ontologicamente merita punizione e secondo la misura in cui tale punizione è meritata, bensì ciò che contrasta con i fini dello Stato e secondo la misura in cui siffatti fini sono ritenuti importanti per la sussistenza e il progresso dello Stato*”³⁵⁵, è evidente come il disvalore del fatto di reato non venga più ancorato ad una riprovevolezza relazionale (siccome espressa in una concreta situazione esistenziale), bensì ad una – più o meno discrezionale od arbitraria – scelta “convenzionale ed operativa”³⁵⁶, con conseguente perdita dello “spessore assiologico” dell’illecito criminale e suo sostanziale “appiattimento” verso un “illecito di polizia”, ossia una semplice oggettiva deviazione rispetto a canoni di pubblica sicurezza e difesa sociale.

Successivamente, si è sottoposta ad indagine la tendenza del “diritto vivente” a ricorrere ad una nozione “minima” di bene giuridico, rigidamente legata alla tassonomia codicistica ed all’apparato classificatorio del sistema penale: secondo tale concezione, l’oggettività giuridica emergerebbe chiaramente ed univocamente dalla collocazione della fattispecie criminose all’interno della “topografia” della legge penale e, dunque, non

³⁵⁵ M. RONCO, *Il problema della pena*, cit., 94.

³⁵⁶ Sui concetti di convenzionalità ed operatività, si veda, da ultimo FRANCESCO GENTILE, *Filosofia del diritto*, cit., 14 e segg..

sarebbe altro che il portato di una mera catalogazione delle figure di reato in famiglie e sotto-famiglie di illeciti penali.

Anche una siffatta accezione di “bene giuridico”, tuttavia, è apparsa gravemente lacunosa e contraddittoria, in quanto essa, se applicata alla variegata e multiforme gamma della realtà giuridica, conduce ad una qualificazione rigidamente formale delle fattispecie medesime, con conseguente pretermissione dei rilevanti profili teleologici ed assiologici emergenti dal “fatto umano”, decisivi ai fini della valutazione del significato giuridico del fatto medesimo. Le aporie cui perviene tale concezione “tassonomica” del bene giuridico, in particolare, sono emerse nell’ambito di due specifici temi penalistici, l’uno di natura sostanziale (il concorso di reati ed il principio di specialità), l’altro di natura processuale (l’individuazione della persona offesa, ai fini della legittimazione all’opposizione alla richiesta di archiviazione).

Nel primo caso, la tendenza ad un’eccessiva “categorizzazione” dell’oggettività giuridica conduce, nella prassi applicativa, ad un sorta di “proliferazione” o moltiplicazione dei “beni tutelati”, laddove, pur in presenza di un fatto umano teleologicamente ed assiologicamente unitario e “compatto”, la giurisprudenza prevalente rinviene una pluralità di oggettività protette in virtù di un’indagine eminentemente formalistica e gius-positivistica (ossia, in buona sostanza, secondo il principio “tante sanzioni quante disposizioni incriminatrici”). È il caso, a titolo esemplificativo, della ritenuta configurabilità del concorso del

reato ex art. 388 c.p. (mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice) con il delitto ex art. 574 c.p. (sottrazione di persone incapaci), con particolare riferimento al caso in cui un genitore, non ottemperando al *dictum* del giudice civile, trattenga con sé il figlio minore oltre il dovuto, contro la volontà dell'altro genitore esercente la potestà; in proposito, la Suprema Corte, dando preminenza a considerazioni di carattere normativistico-formale, ha affermato la sussistenza di un tale concorso di reati³⁵⁷, con ciò, tuttavia, sembrando non prestare adeguata attenzione alla sostanziale “unità esistenziale” e di senso sottesa alla condotta in questione, forse meritevole di un'unica sanzione in ragione di un unitario disvalore relazionale.

Nel secondo caso, invece, con riferimento ai criteri di individuazione della persona offesa dal reato, legittimata a proporre l'opposizione alla richiesta di archiviazione formulata dal Pubblico Ministero, la menzionata impostazione “classificatoria” conduce, sovente, il “diritto vivente” a non riconoscere la qualifica di persona offesa in capo a soggetti che, pur avendo ricevuto un indiscutibile nocumento dal fatto di reato, non risulterebbero legalmente titolari dell'oggettività giuridica protetta; è il caso, a titolo esemplificativo, del reato di falsa testimonianza (art. 372 c.p.), con riferimento al quale la Suprema Corte ha più volte precisato che il relativo bene giuridico “è *il normale svolgimento dell'attività giudiziaria, che potrebbe essere*

³⁵⁷ Cassazione Penale, Sez. VI, 19 marzo 2003, n. 19520, in *Cass. pen.*, 2004, 1647.

*fuorviata da deposizioni false o reticenti. Soggetto passivo del reato o persona offesa dal reato è dunque la collettività, che ha interesse all'ordinato e corretto svolgimento dell'attività giurisdizionale, come inequivocamente disvelato dalla collocazione della norma violata nel titolo III – Delitti contro l'amministrazione della giustizia – del Libro II del codice penale, e non già la persona cui dalla violazione della norma siano derivati danni rilevanti e risarcibili sul piano civile, ma che non è coperta dalla tutela offerta dalla norma predetta in sede penale*³⁵⁸. Anche in tale ambito, il diritto vivente, trincerandosi dietro le astratte classificazioni codicistiche (“*come inequivocamente disvelato dalla collocazione della norma violata nel titolo III – Delitti contro l'amministrazione della giustizia – del Libro II del codice penale*”), fornisce una nozione “minimale” di bene giuridico, del tutto “sorda” ai richiami della realtà, riducendo il delitto di falsa testimonianza a mero reato di “intralcio” all'amministrazione pubblica della giustizia, neglignendo e pretermettendo, così, le istanze di tutela promananti dalla concreta e viva esperienza giuridica.

Pertanto, anche i temi penalistici del concorso di reati e dell'opposizione alla richiesta di archiviazione hanno rappresentato un interessante “terreno di coltura” per sperimentare l'assoluta insufficienza ed inadeguatezza di una teoria del bene giuridico la quale, nella *turris eburnea* della teorizzazione formale

³⁵⁸ Cassazione Penale, Sez. VI, 21 marzo 1996, in *Cass. Pen.*, 1997, 2049; *Giust. Pen.*, 1997, II, 243.

ed astratta, ignori e trascuri le istanze della realtà fattuale e, in particolare, i profili assiologici del fatto concreto.

Nel corso delle susseguenti riflessioni, mettendo provvisoriamente tra parentesi le contrapposte concezioni del bene giuridico maturate in seno alla dottrina ed alla giurisprudenza, si è inteso andare “a monte”, alla ricerca del ruolo rivestito dallo stesso bene giuridico all’interno della teoria del reato. A tal proposito, si è sottoposta a vaglio critico l’affermazione, attestata nella giurisprudenza della Suprema Corte, secondo la quale *“l’oggetto giuridico del reato, rappresentato dal bene del soggetto passivo direttamente offeso dalla violazione della norma penale – vita, integrità personale, libertà, onore, patrimonio, ecc. – [costituirebbe] la vera essenza del reato stesso, che, se formalmente appare come la violazione di un precetto giuridico munito di sanzione criminale, sostanzialmente consiste nell’offesa del bene da esso protetto”*³⁵⁹; una siffatta asserzione, in linea con il *topos* tratlatizio secondo il quale la funzione precipua del diritto penale consisterebbe nella protezione di “oggettività giuridiche”, è stata analizzata secondo una duplice direttrice di ricerca: da un lato, si è proceduto ad un sintetico confronto tra il paradigma civilistico ed il paradigma penalistico in tema di “fatto illecito”; dall’altro, si è indagato il

³⁵⁹ Cassazione Penale, Sezioni Unite, 24 giugno 1998, n. 9973, in *Cass. pen.*, 1998, 3232; *Dir. pen. e proc.*, 1998, 1244; *Foro it.*, 1998, II, 758; *Riv. pen.*, 1998, 991.

sistema penalistico vigente, così come accompagnato dalle “concrezioni dogmatiche” elaborate dalla moderna teoria del reato, alla ricerca della “posizione teorica” del bene giuridico tutelato all’interno della complessiva teoria del reato e della pena.

A seguito della prima indagine comparativa, si è constatato che, contrariamente al summenzionato *topos* teorico, il concetto di “oggettività giuridica”, più che costituire l’essenza della penalità, rappresenta il nucleo fondante del sistema civilistico dell’illecito aquiliano: infatti, sulla scorta di un breve *excursus* storico, dal *delictum* romano al moderno illecito extracontrattuale, è emerso come proprio l’illecito civile rinvenga il proprio nucleo essenziale nella lesione di un bene giuridico oggettivo (*damnum*), rimanendo in secondo piano i profili della modalità della condotta e dell’atteggiamento interiore del soggetto agente; viceversa, l’illecito penale, dai primordi sino alla moderna teoria del reato, si è per lo più configurato come “illecito modale” ossia, sostanzialmente ancorato alla riprovevolezza dell’azione ed ai profili soggettivi di rimproverabilità dell’atto umano, con conseguente passaggio in secondo piano del profilo oggettivo della lesione di un determinato “bene giuridico”.

Peraltro, ad una simile conclusione si è giunti anche a seguito di una sintetica analisi del sistema penale vigente, laddove lo studio esemplificativo dei delitti contro la vita e dei reati contro il patrimonio ha confermato il precedente assunto, secondo il quale il nucleo centrale ed essenziale della riprovevolezza del fatto di reato e della meritevolezza della pena non risiede tanto – “a valle”

– nei profili oggettivi e materiali della condotta umana (estrinseci rispetto al piano teleologico ed assiologico dell’azione), quanto – “a monte” – negli aspetti di rimproverabilità e stigmatizzabilità dell’azione, siccome espressiva di un atteggiamento di disprezzo – o di deliberata indifferenza – verso i canoni della relazionalità.

Al termine della prima parte del presente lavoro, alla luce dei testé citati approdi teorici, il ruolo del bene giuridico “materiale” è apparso fortemente ridimensionato, in quanto da un lato l’oggettività giuridica non si è rivelata quale decisivo *discrimen* ontologico tra illecito civile ed illecito penale; dall’altro essa, se intesa come un *quid* di oggettivo ed estrinseco rispetto ai profili personali dell’azione, non è apparsa esprimere il nucleo centrale del disvalore penalistico, fondante teoreticamente il ricorso al magistero punitivo. Pertanto, messo in crisi – *recte*, in aporia – il postulato tradizionale secondo il quale il bene giuridico costituirebbe l’essenza della penalità, si è scorto, quasi per filigrana, quello che appare il vero “baricentro” teorico dell’illecito penale, ossia la compromissione colpevole di un ordine relazionale, apprezzabile nelle due declinazioni esistenziali, teleologica ed assiologica.

Così, nelle ultime riflessioni del primo capitolo, ha preso forma la seguente consapevolezza: l’essenza del reato – ossia, il nucleo del disvalore penalistico dell’atto umano – risiede non tanto nella violazione di un ordine materiale oggettivo (il cui accertamento possa condursi al pari della verifica di un

fenomeno naturale ed empirico, con il tipico metodo scientifico-obiettivante), quanto nella compromissione di un *ordo* relazionale, personale e soggettivo; tale “compromissione”, in particolare, sussiste solo laddove venga accertata una condotta che, teleologicamente – ossia per il suo *telos*, per la sua finalità – sia espressiva di un dinamismo (ovvero, sia assiologicamente qualificabile), il quale denoti, da parte del soggetto agente, il disprezzo o la consapevole indifferenza per il valore della relazionalità; infatti, qualora l’azione umana venga privata dei profili dello ‘scopo’ e del ‘valore’ (autenticamente caratterizzanti la dimensione dinamico-esistenziale dell’uomo), essa perde i connotati dell’umanità e della razionalità, si scolora, per divenire mero movimento corporeo in-significante.

In tal senso, facendo ricorso ad un lessico mutuato dalla filosofia heideggeriana – senza con ciò, tuttavia, voler rinviare immediatamente all’intero sistema di pensiero sottostante, ma solo avvalendosi della forza evocativa del lessico medesimo – si è fatto riferimento al concetto di *cura* (*Besorgen*) e di *progetto* (*Entwurf*), quali elementi-chiave dell’esistere umano e del relazionarsi interpersonale, laddove il reato è apparso come un “mal progettarsi”, ossia un abuso della libertà ed una assenza di *cura* nei confronti dell’altrui valore; a tal proposito, si è fatta menzione del tema penalistico delle c.d. “regole cautelari non scritte” (fondanti la responsabilità per c.d. “colpa generica”), qualificabili come *regulae* emergenti ed affioranti dalla stessa “spontanea” esperienza giuridica (quasi come “germi di giuridicità”), alle quali

l'ordinamento giuridico non può non fare riferimento nella valutazione penalistica della condotta umana.

Per vagliare ulteriormente il portato di tale approdo ermeneutico, si è fatto riferimento ad una azione umana esemplificativa, al fine di fornirne una qualificazione in termini da un lato oggettivo-esteriori, dall'altro soggettivo-relazionali; si tratta della condotta di colui il quale, avvicinandosi ad un'altra persona da tergo, abbracci la medesima con vigore: al fine di comprendere il significato giuridico di un tale comportamento, il limitarsi alla mera analisi oggettiva dell'atto risulta del tutto inconferente ed inconcludente, al pari di un'equazione impossibile o indeterminata; ossia, il solo dato materiale costituito dall'abbraccio appare in-significante (ossia, rappresenta, per assurdo, un significante che non rinvia ad alcun significato, *giuridicamente*). Di contro, l'unico modo per apprezzare il *sensu* umano e giuridico di una tale azione consiste nel confronto tra la stessa ed il "principio della cura": a tal fine si rende opportuno – anzi, del tutto necessario ed imprescindibile – *decriptare* la condotta dell'abbraccio alla ricerca della sua cifra o radice relazionale; infatti, a seconda del contesto esistenziale in cui essa si inserisce, la stessa può venire qualificata come giuridicamente irrilevante (si pensi all'abbraccio affettuoso di un amico), come integrante una violenza privata (art. 610 c.p.) o, al limite, come una violenza sessuale (art. 609-*bis* c.p.): ecco, dunque, che il medesimo atto umano, in-significante dal punto di vista oggettivo-materiale, può acquistare un'*arc-en-ciel* di significati umani e

giuridici, solo se attraversato, quasi come prisma, dalla luce della esistenza e della relazionalità³⁶⁰; il disvalore dell'atto penalmente rilevante, dunque, non risiede nel suo "involucro" esterno e fisico, ma nel *valore* che l'atto medesimo assume nel contesto di una relazione³⁶¹; se la condotta umana viene estratta ed eradicata dal concreto del rapporto interpersonale, della medesima non resta che un simulacro, una maschera dal volto fisso, pietrificato ed inespressivo³⁶², la cui qualificazione giuridica si

³⁶⁰ In termini esistenzialistici, l'atto umano, se ridotto a semplice *essentia* (ossia essere-presente nella realtà fenomenica, dotato di *Vorhandenheit* quale "semplice presenza"), diviene un mero "frammento di universo pietrificato", privo di *sensu*; viceversa, l'atto umano come espressione di *existentia*, è scolpito in tutto il suo dinamismo teleologico (essere-per un "progetto" di vita) ed assume tutto lo spessore ed il "calore" dell'atto *realmente* umano e non meramente bestiale. Per il parallelo tra *essentia* ed *existentia*, cfr. HEIDEGGER, *Essere e Tempo*, cit., 60 e segg., §§ 9 e segg..

³⁶¹ In proposito, è significativo citare la magistrale intuizione di Enrico Opocher, secondo la quale nel mondo (definito come "mondo oggettivo"), "le volontà, e quindi le azioni, si compongono e si scompongono con alterna vicenda, con un flusso ora lento ora tumultuoso, ora armonico, ora disarmonico, ma che, comunque, è pur sempre il ritmo della vita sociale nella sua concretezza profonda" (E. OPOCHER, *Lezioni di filosofia del diritto*, cit., 153).

³⁶² A tal proposito, è icastica l'immagine fornita da Capograssi con riferimento all'esperienza giuridica sottratta ed estirpata dalla corrente vitale della realtà: "che cosa sono alla fine queste deficienze dell'esperienza giuridica se non l'esperienza fermata in sé stessa e quindi privata della corrente vitale per cui vive e quindi diventata un insieme di leggi e di forme disponibili, un puro scheletro nel quale manca la vita perché è stata staccata e tagliata fuori dalla totale vita dell'organismo del quale faceva parte? È naturale che tirata fuori dalla piena realtà della vita della quale è stata parte, l'esperienza giuridica resta come un pezzo anatomico senza sangue, buono per fini esteriori a sé stesso. La incompiutezza essenziale

chiude nel cieco dell'aporia al pari – la metafora si ribadisce, in quanto efficace – di un'equazione matematica indeterminata o impossibile³⁶³.

Nella seconda parte del presente lavoro, i summenzionati approdi interpretativi sono stati sottoposti a “verifica”, mediante la loro applicazione allo specifico tema del bene giuridico dell'onore, rivelatosi come un formidabile “terreno di coltura” nel quale “sperimentare” le contrapposte concezioni del bene giuridico tutelato; in particolare, sono state brevemente illustrate le concezioni dell'onore elaborate dalla dottrina e dalla giurisprudenza *in subiecta materia*.

Secondo la concezione c.d. “fattuale”, l'onore sarebbe costituito, da un lato, dalla coscienza e considerazione che ognuno ha di sé (onore in senso stretto, od autostima), dall'altro, dalla considerazione di cui ognuno gode all'interno della comunità di

dell'esperienza che invece di essere rimessa nel movimento del quale è momento nel quale si compie, presa fuori da questo movimento, cioè fuori dal suo destino e dalla sua natura e fatta servire quindi per scopi che non sono suoi diventa la deficienza, il deficere dell'esperienza, quel continuo suo meccanizzarsi, sia come apparato esteriore sia come potere del soggetto per fini particolari e sia come crisi riassuntiva della responsabilità e della pena” (CAPOGRASSI, *Incompiutezza dell'esperienza giuridica*, in *La vita etica*, cit., 874).

³⁶³ F.A. LAMAS, *La experiencia juridica*, cit., 452: “i valori, le norme e i fini sono oggetto di esperienza giuridica nel senso formale di elementi di significato empirico-concreto della condotta giuridica, precisamente in quanto giuridica. Senza questi fattori, la condotta giuridica resterebbe ridotta a un fatto indifferenziato rispetto agli altri che integrano il mondo fisico”.

appartenenza (reputazione); pertanto, così ricostruita l'oggettività giuridica, il nucleo centrale dei reati di ingiuria e diffamazione sarebbe costituito, rispettivamente, dalla percezione, da parte del soggetto passivo, di un'espressione offensiva ed idonea ad intaccare l'autostima del medesimo, oppure dalla "percezione sociale" di una espressione diffamatoria, dalla quale derivi il pericolo che venga compromessa la considerazione sociale di cui il soggetto gode all'interno della collettività.

Chiara l'ascendenza materialistica ed empiristica di una siffatta impostazione, la quale riduce l'onore ad entità oggettiva, empiricamente afferrabile al pari di un qualsivoglia fenomeno naturale, saltando a piè pari ogni approdo filosofico in tema di natura e spirito, oggettività e soggettività; altrettanto palesi le aporie cui giunge tale concezione, la quale perviene ad escludere dall'area della punibilità – e, per l'effetto, dall'area della tutela penale – quei soggetti che, per le più svariate ragioni, non abbiano maturato una sufficiente considerazione di sé (si pensi agli infanti, agli infermi di mente, ai derelitti) o non godano di alcuna considerazione sociale (si pensi agli emarginati, ai disonorati, e così via); di contro, secondo tale prospettiva, paradossalmente ed al limite, non sarebbe integrato il reato di ingiuria o di diffamazione nell'ipotesi di un soggetto passivo caratterizzato da una tale autostima o stima sociale talmente elevata e consolidata, da non potere minimamente accusare alcuna compromissione della propria onorabilità.

In contrapposizione alla concezione “fattuale”, altra dottrina ha elaborato una concezione “normativa” dell’onore: mentre la prima “*vuole cogliere nel bene dell’onore un bene certamente esistente nell’ambito della realtà fenomenologica, [la seconda] ravvisa [...] nell’onore l’interno valore che ogni uomo possiede: un valore, cioè, che è presente in ciascun uomo, in quanto discendente direttamente dalla sua personalità*”³⁶⁴, a prescindere dal “*concreto inserimento morale e sociale dell’individuo in questione nella comunità cui appartiene*”³⁶⁵; in altri termini, come si è affermato in dottrina, “*l’essenza della concezione normativa consiste nel considerare l’onore non più come sentimento o stima, ma come valore. [...] L’onore, allora, apparterebbe al mondo dei valori e non a quello dei fatti*”³⁶⁶.

A fronte di tale approdo teorico, la dottrina penalistica ha maturato due differenti “versioni” della concezione normativa dell’onore, nel tentativo di conferire maggiore determinatezza ed univocità al riferimento – da taluni ritenuto vago ed indefinito – al valore intrinseco alla persona umana: si tratta della versione “sociale” e di quella “morale”.

In particolare, nell’economia delle presenti brevi considerazioni conclusive, merita speciale menzione la versione “sociale” della concezione normativa, la quale lega la nozione di “onore” ai profili sociali e collettivi della vita umana, quale

³⁶⁴ MUSCO, *op. cit.*, 35.

³⁶⁵ SPASARI, *op. cit.*, 5.

³⁶⁶ MANNA, *Tutela penale della personalità*, cit., 71.

“esistere in una società”; secondo tale prospettiva, ogni uomo sarebbe titolare di onorabilità, ma solo in quanto membro di un più ampio corpo sociale; l’onore, dunque, sorgerebbe *“dall’intrecciarsi del complesso delle relazioni sociali e [avrebbe] senso quale fattore di socialità. Una nozione dell’onore non [potrebbe] riguardare l’uomo isolato”*³⁶⁷.

Anche una siffatta ricostruzione dell’onore è apparsa cadere nel vicolo cieco dell’aporia, laddove il significato “normativo” dell’onore stesso viene nuovamente ricondotto ad una dimensione oggettivo-sociale (la quale trascende il singolo individuo), così assegnando al medesimo un valore meramente estrinseco; infatti, legando il concetto di onore al contesto sociale in cui vive ed opera l’individuo, si rischia di rendere l’onorabilità del soggetto direttamente proporzionale all’«indice di gradimento sociale» maturato dal soggetto nell’ambito della comunità di appartenenza; ossia, in tale ottica, in tanto l’uomo sarebbe onorabile e degno di rispetto, in quanto il medesimo si sia integrato nella società, serva la (ed *alla*) collettività e – in definitiva – riconosca come propria l’ideologia del potere. Con la conseguenza – invero aberrante – di privare dell’onore e della reputazione (e della conseguente tutela penalistica), per l’ennesima volta, i soggetti emarginati, ignorati, relegati ai margini della società; tralasciando, in questa sede, il problema della c.d. “pluralità di reputazione”, sussistente nei casi in cui un determinato soggetto goda di differenti “considerazioni

³⁶⁷ MUSCO, *op. cit.*, 37.

sociali”, secondo il contesto collettivo di riferimento (la famiglia, l’ambiente lavorativo, la comunità politica, e così via).

Infine, la seconda parte del presente lavoro si è conclusa con l’approdo ad una concezione “relazionale” del bene giuridico dell’onore, la quale ha rappresentato un’autentica *clé de lecture* per superare le aporie in cui si erano arenate le menzionate concezioni “fattuale” e “normativo-sociale” dell’onore: alla luce dell’insopprimibile valore di ciascuna persona, la quale merita rispetto e devozione *in quanto persona*, non già in virtù di un presunto “sentimento psicologico” di autostima o di un leviatanico “giudizio collettivo” attribuyente un asserito “valore sociale”, si è giunti a riconoscere come, anche nello specifico ambito dell’oggettività giuridica dell’onore, il nucleo centrale del disvalore di reato sia rappresentato dalla violazione del principio di riconoscimento all’interno della relazione intersoggettiva, laddove il soggetto che ingiuria o diffama un terzo non fa altro che negare l’*altruità*, ossia la dignità dell’*altro* in quanto persona.

In tale ambito, il riferimento esemplificativo alla c.d. “ingiuria reale” – ma l’esempio può essere formulato anche in tema di ingiuria verbale – appare illuminante: si pensi all’offesa realizzata mediante alcuni gesti delle mani: è evidente che, per qualificare giuridicamente e penalisticamente un determinato movimento degli arti, non si può prescindere dal contesto esistenziale e relazionale nel quale esso viene realizzato; solo tale “contesto”, infatti, illumina di significato e di valore un

determinato gesto che, in sé considerato, potrebbe essere del tutto insignificante ed innocuo (si pensi solamente al diverso significato che assumono i gesti delle mani nelle differenti culture).

Ebbene, anche in tale ambito di indagine è emersa in tutta la propria dirompenza la necessità di “leggere” ed interpretare il comportamento umano con la “lente” esistenziale del riferimento teleologico ed assiologico, laddove nel mero riferimento empirico alla condotta umana, naturalisticamente intesa, non si rinviene un canone logico-giuridico idoneo a qualificare penalisticamente il comportamento medesimo.

In conclusione, all’esito del procedimento argomentativo, volto a superare le menzionate aporie in cui si trovano ristrette alcune concezioni del bene giuridico maturate in seno al diritto vivente, la via di fuga dal vicolo cieco ha riservato, per l’amante del sapere, una improvvisa “apertura sulla radura” la quale, pur rappresentando un modesto *respondeo dicendum* affatto provvisorio ed interlocutorio, si è presentata come profondamente evocatrice e suggestiva: nello sforzo teorico finalizzato alla ricerca dell’*ubi consistam* dell’illecito penale – siccome in ogni percorso di ricerca all’interno dell’esperienza giuridica – il giurista non può limitarsi a “manipolare”, nel chiuso del proprio “laboratorio”, le categorie astratte precedentemente elaborate *in vitro*, ma deve sempre prestarsi, in un incessante moto ermeneutico, all’ascolto ed alla percezione dei significati e dei valori emergenti dal fatto concreto. Una tale necessità non

costituisce, peraltro, l'espressione di un "protocollo epistemologico", assunto a-problematicamente ed a-criticamente, bensì proprio l'esito di un'indagine problematica e critica, in seguito alla quale l'approccio oggettivante di ascendenza materialistica ed empiristica si è, da sé, condannato e rinchiuso nei limiti dell'aporia; donde l'esigenza in capo al giurista, affiorante per moto spontaneo, di destarsi dal "sonno dogmatico", per smettere i panni del "geometra del diritto" e riconoscere la natura essenzialmente metafisica dell'*investigatum*.

Se poi, a fronte di un tale approdo interlocutorio, dovesse muoversi, da parte di chi voglia restare ancorato ai protocolli del materialismo e dell'empirismo, la tipica obiezione della "inafferrabilità" – secondo la quale non potrebbe riconoscersi alcuna valenza e funzione logico-giuridica in capo a qualsivoglia concetto che non sia dotato di empirica afferrabilità (*Greiflichkeit*) o, addirittura, di materiale "prensilità" (*Handgreiflichkeit*)³⁶⁸ – non vi sarebbe replica più efficace ed eloquente dei seguenti versi di Rainer Maria Rilke:

*Solang du Selbstgeworfenes fängst, ist alles
Geschicklichkeit und läßlicher Gewinn –;
erst wenn du plötzlich Fänger wirst des Balles,
den eine ewige Mitspielerin
dir zuwarf, deiner Mitte, in genau
gekonntem Schwunge, in einem jener Bögen
aus Gottes großem Brückenbau:*

³⁶⁸ ARNDT, *Strafrecht in einer offenen Gesellschaft*, in *Verhandlungen des 47. Deutschen Juristentages*, München, 1968, Bd. II, Teil J, 30.

*erst dann ist Fangen-können ein Vermögen,
nicht deines, einer Welt.*

*Finché afferrì ciò che tu stesso hai gettato,
tutto questo è abilità e irrisorio guadagno;
solo quando all'improvviso diventi afferratore
della palla,
che una congiocante eterna
ti ha gettato, al tuo centro, con preciso
lancio esperto, in uno degli archi
della grande fabbrica di ponti di Dio:
solo allora il poter-afferrare è una capacità,
non tua, di un mondo³⁶⁹.*

³⁶⁹ Si tratta dei versi citati da Hans-Georg GADAMER in principio a *Verità e Metodo*, tratti da una poesia composta da R.M. RILKE nel 1922, qui riportati nella traduzione di Gianni VATTIMO.

BIBLIOGRAFIA

ALBERTARIO, *Delictum e crimen nel diritto romano classico e nella legislazione giustiniana*, Milano, 1924

ALBERTARIO, *Maleficium*, in *Studi in onore di S. Perozzi*, Palermo, 1925

AMARELLI, DE GIOVANNI, GARBARINO, SCHIAVONE, VINCENTI, *Storia del diritto romano*, Torino, 2000

AMBROSETTI, *Materia regolata da più leggi penali o da più disposizioni della medesima legge penale. Il principio di specialità*, in M. RONCO (opera diretta da), *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, Bologna, 2006

AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt, 1972

ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983

ANTOLISEI, *L'offesa e il danno nel reato*, Bergamo, 1930

ANTOLISEI, *Il metodo nella scienza del diritto penale*, in *Problemi penali odierni*, 1940

ANTOLISEI, *Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1953

ANTOLISEI, *Il problema del bene giuridico*, in *Scritti di diritto penale*, Milano, 1955

ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte speciale, Dei delitti contro la persona*, Milano, 1999

ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte speciale, Dei delitti contro la persona*, Milano, 2002

ARDIZZONE, *Responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto. Principio di colpevolezza e riforma della fattispecie*, Palermo, 1983

ARENDT, *Vita activa. La condizione umana*, Milano, 2008

ARNDT, *Strafrecht in einer offenen Gesellschaft*, in *Verhandlungen des 47. Deutschen Juristentages*, München, 1968, Bd. II, Teil J

BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, 2^a ed., III, Milano, 1948

BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006

BATTAGLINI, *Il bene dell'onore e la sua tutela penale*, in *Riv. pen.*, 1916

BELVEDERE, *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, in *Politica del diritto*, 1988

A. BERARDI, *Il testo e il contesto della decisione del giudice penale: alcune riflessioni a margine delle ragioni della sentenza*, in U. PAGALLO, *Testi e contesti dell'ordinamento giuridico*, Padova, 2001, 253-273

A. BERARDI, *Vincenzo Manzini*, Napoli, 2003

A. BERARDI, *Il problema dell'architettura del caso: a proposito della rilevanza penale del patrocinio infedele "stragiudiziale"*, in F. GENTILE, *Filosofia del diritto. Le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, Padova, 2006

A. BERARDI, *Le sanzioni “premiali” nel diritto penale: “dissociazione”, “collaborazione” e loro effetti*, in M. RONCO (opera diretta da), *Persone e sanzioni. Presupposti soggettivi, previsione, comminazione ed esecuzione delle sanzioni penali*, Bologna, 2006

BERNASCONI, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di art. 116 c.p.*, in *Indice pen.*, 1994

BERNER, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, XVII ed., Leipzig, 1895, 67

BETTIOL, *L’odierno problema del bene giuridico*, in *Scritti giuridici*, Padova, 1966, II

BETTIOL, *Stato di diritto e “Gesinnungsstrafrecht”*, in *Scritti giuridici (1966-1980)*, Padova, 1980

BETTIOL, *Dolo e responsabilità penale*, in *Scritti giuridici (1966-1980)*, Padova, 1980

BETTIOL, *Sul diritto penale dell’atteggiamento interiore*, in *Scritti giuridici (1966-1980)*, Padova, 1980

BETTIOL, *Stato di diritto e “Gesinnungsstrafrecht”*, in *Scritti giuridici (1966-1980)*, Padova, 1980

BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, I, I ed., Leipzig, 1872

BINDING, *Die Ehre im Rechtsinne, und ihre Verletzbarkeit*, Leipzig, 1892

BINDING, *Grundriss des deutschen Strafrechts*, All. Teil, 6 Aufl., Leipzig, 1902

BIRNBAUM, *Über das Erforderniss einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung*, in *Archiv des Criminalrechts*, Neue Folge, 1834

BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Novissimo Dig. It.*, XIX, Torino, 1973

BURDESE, *Diritto pubblico romano*, III ed., Torino, 1987

BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, IV ed., Torino, 1993

CALVI, *Sul delitto di riorganizzazione del partito fascista*, in *Indice Penale*, 1977

CANESTRARI, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto e il principio di colpevolezza*, in *Studium iuris*, 1996

CAPOGRASSI, *Analisi dell'esperienza comune*, in CAPOGRASSI, *La vita etica*, a cura di F. MERCADANTE, Milano, 2008

CAPOGRASSI, *Incompiutezza dell'esperienza giuridica*, in CAPOGRASSI, *La vita etica*, a cura di F. MERCADANTE, Milano, 2008

CAPOGRASSI, *L'esperienza in concreto*, in CAPOGRASSI, *La vita etica*, a cura di F. MERCADANTE, Milano, 2008

CAPOGRASSI, *L'ambiguità del diritto contemporaneo*, in *La crisi del diritto*, Padova, 1953

CAPOGRASSI, *Il diritto dopo la catastrofe*, in *Incertezze sull'individuo*, Varese, 1969

CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Padova, 1930

CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, IX ed., Firenze, 1902

G. CARUSO, *La tutela penale della “dignità umana”*: tra esigenze di giustizia e di protezione del bene giuridico, Relazione tenuta presso la Pontificia Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires” – VII Jornadas abiertas de profundización y discusión – 30 agosto/2 settembre 2004, in *L’Ircocervo. Rivista elettronica italiana di metodologia giuridica, teoria generale del diritto e dottrina dello Stato*, <http://www.filosofiadeldiritto.it>, archivio, legislazione, 2005

G. CARUSO, *Delitti di schiavitù e dignità umana nella riforma degli artt. 600, 601 e 602 del Codice Penale – Contributo all’interpretazione della L. 11 agosto 2003, n. 228*, Padova, 2005

CASA, *Sulla giurisprudenza come scienza. I: un dibattito attraverso l’esperienza giuridica italiana nella prima metà del ventesimo secolo*, Padova, 2005

M.A. CATTANEO, *Anselm Feuerbach, filosofo e giurista liberale*, Milano, 1970

M.A. CATTANEO, *Dignità umana e pena nella filosofia di Kant*, Milano, 1981

CIVELLO, *Analisi del leading case ‘Maxwell’ [1978]. Dolo di concorso e “concorso anomalo”, tra diritto penale inglese ed italiano. Profili sintetici di teoria generale del reato e della pena*,

in *L'Ircocervo. Rivista elettronica italiana di metodologia giuridica, teoria generale del diritto e dottrina dello Stato*, <http://www.filosofiadeldiritto.it>, archivio, dottrina, 2007, II

COHEN – NAGEL, *An introduction to logic and scientific Method*, Harcourt Brace & Co., New York, 1934

COLAMUSSI, *La tutela processuale dell'offeso dal reato nel procedimento di archiviazione*, in *Cass. pen.*, 1997

CORNACCHIA, *Il problema della c.d. causalità psichica rispetto ai condizionamenti mentali*, in AA. VV., *Nuove esigenze di tutela nell'ambito dei reati contro la persona*, a cura di CANESTRARI – FORNASARI G., Bologna, 2001

DANOVI, *Manuale breve. Ordinamento forense e deontologia*, Milano, 2006

D'ANDRIA, *Commento sub art. 579 c.p.*, in *Comm. Lattanzi – Lupo*, X, Milano, 2000

DE CUPIS, *Il danno*, 3^a ed., I, Milano, 1979

DE CUPIS, *Sulla riduzione della penale*, in *Giust. civ.*, 1983, II

DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1984

DINACCI, *L'omicidio del consenziente in un'equivoca sentenza della Corte d'Assise di Roma*, in *Giur. merito*, 1986, II

G.A. DE FRANCESCO, *Lex specialis*, Milano, 1980

G.A. DE FRANCESCO, voce *Specialità (principio di)*, in *Novissimo Dig., App.*, VII, Torino, 1987

DELITALA, *Contributo alla nozione di reato. Il reato come offesa ad un bene od interesse obbiettivamente protetto*, Roma, 1926

DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, in *Diritto Penale. Raccolta degli allievi*, I, Milano, 1976

M. DE LUCA, *La clausola penale*, Milano, 1998

DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino 1999

DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991

ESER, *Bene giuridico e vittima del reato: prevalenza dell'uno sull'altra?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004

FALCHI, *Ingiuria e diffamazione nel diritto penale italiano*, Padova, 1938

FERRAJOLI, *Interpretazione dottrinale ed interpretazione operativa*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, XLIII, 1966

FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1989

FIANDACA, *Il "bene giuridico" come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in MARINUCCI -DOLCINI, *Diritto Penale in trasformazione*, Milano, 1985

FIORAVANTI, *La tutela penale della persona: nuove frontiere, difficili equilibri*, Milano 2001

FLICK, *Sui limiti di applicabilità dell'art. 116 c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964

FORCHINO, voce *Ingiuria e diffamazione (diritto penale militare)*, in *Novissimo Digesto italiano*, vol. VIII, Torino, 1961

FORCHINO, voce *Ingiuria e diffamazione*, in *Novissimo Digesto Italiano*, VIII, 1962

FRACANZANI, *Analogia e interpretazione estensiva nell'ordinamento giuridico*, Milano, 2003

GABRIELLI, *Clausola penale e sanzioni private nell'autonomia contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1984

GADAMER, *Verità e metodo*, Milano, 2000

GALLI, Commento *sub art. 579 c.p.*, in *Comm. Dolcini – Marinucci*, II, II ed., Milano, 2006, 3826

M. GALLO, *L'elemento oggettivo del reato. Appunti di diritto penale*, Torino, 1974

F. GENTILE, *L'esprit classique nel pensiero del Montesquieu*, Padova, 1965

F. GENTILE, *Intelligenza politica e ragion di Stato* (seconda edizione), Milano, 1984

F. GENTILE, *Esperienza giuridica e secolarizzazione*, in AA. VV., *Esperienza giuridica e secolarizzazione*, Milano, 1994

F. GENTILE, *La norma fondamentale e le leggi nella sistemazione geometrica della esperienza giuridica: Hobbes e Kelsen a confronto*, in AA. VV., *Politica e diritto in Hobbes*, a cura di G. SORGI, Milano, 1995, 37-52

F. GENTILE, *Politica aut/et statistica. Prolegomeni di una teoria generale dell'ordinamento giuridico*, Milano, 2003

F. GENTILE, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, Padova, 2005

F. GENTILE, *Filosofia del diritto. Le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, Padova, 2006

F. GENTILE, *Legalità, Giustizia Giustificazione*, Napoli, 2008

F. GENTILE, *Sulla iuris prudentia*, appendice a *Legalità, Giustizia Giustificazione*, Napoli, 2008

M. GENTILE, *Trattato di filosofia*, Napoli, 1987

GERBO, *Clausola penale e danno*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, II

GHIARA, *Persona offesa dal reato*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da CHIAVARIO, Torino, 1989-1991

GIANFORMAGGIO, *Logica e interpretazione giuridica*, in *Atti del XVI Congresso Nazionale della Società Italiana di Filosofia Giuridica e Politica*, a cura di F. GENTILE, Milano 1989

GIUNTA, *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, Milano, 1993

GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo casistico*, I, *Lineamenti generali*, Milano, 1955

GRISPIGNI, *Diritto penale*, Milano, 1947

GRÜNHUT, *Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft*, in *Festgabe für Frank*, vol. I, 1930

GUERRINI, *Ingiuria e soggetto passivo in stato di coma cerebrale*, in *Foro It.*, 1995, II

A. GULLO, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto tra versari in re illecita e principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000, 3

HASSEMER, *Tatbestand und Typus, Untersuchungen. Zur Strafrechtlichen Hermeneutik*, Heymann, Köhl, 1967

HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, Frankfurt, 1973

HEIDEGGER, *Essere e tempo*, tr. it. di P. CHIODI, nuova edizione italiana a cura di F. VOLPI, Milano, 2005

HEIDEGGER, *Interpretazioni fenomenologiche di Aristotele*, Napoli, Guida Editore, 2001

HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinvorsorge*, Heidelberg, 1991

HIRSCH, *Ehre und Beleidigung*, Karlsruhe, 1967

HONIG, *Die Einwilligung des Verletzten und die Methodenfrage*, Mannheim, 1919

HOBBS, *Leviatano*, Bari, 2005

HOBBS, *Dialogo tra un filosofo ed uno studioso del diritto comune d'Inghilterra* [1666], trad. it. di N. Bobbio, Torino, 1959

HUSSERL, *Ricerche logiche*, tr. it. di G. PIANA, Milano, 1968

HUXLEY, *Il mondo nuovo – Ritorno al mondo nuovo*, Milano, 2004

INSOLERA, *Tentativo di una diversa lettura costituzionale dell'art. 116 c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978

INSOLERA, *Riflessioni sulla natura soggettiva della preterintenzione*, in *Indice Penale*, 1981

IRTI, *Rilevanza giuridica* (1967), in ID., *Norme e fatti. Saggi di teoria generale del diritto*, Milano, 1984

IRTI – SEVERINO, *Dialogo sul diritto e tecnica*, Bari, 2001

JANNITTI PIROMALLO, *Ingiuria e diffamazione*, Torino, 1953

JESCHECK, *Lehrbuch der Strafrecht*, Berlin, II ed., 1972

KANT, *Critica della ragione pura*, tr. it. di Giorgio Colli, Milano, 1999

ART. KAUFMANN, *Analogie und "Natur der Sache"*. *Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, Karlsruhe, 1965

KERN, *Die systematische Abgrenzung der Verbrochenselemente bei der Beleidigung*, Tübingen, 1912

KIERKEGAARD, *La malattia mortale*, tr. it. di M. CORSEN, Roma, 2004

KRUG, *Ehre und Beleidigungsfähigkeit von Verbaenden*, Berlin, 1965

F.A. LAMAS, *La experiencia juridica*, Buenos Aires, 1991

LE PERA, *Reato di diffamazione, persona disistimata e sfruttamento del processo penale*, in *Giust. pen.*, 1987, I

G. LONGO, *Delictum e crimen*, Milano, 1976

MAGAZZÙ, *Clausola penale*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960

MAGGIORE, *Diritto penale. Parte speciale*, Bologna, 1948

MANFREDI, *Commento sub art. 579 c.p.*, in *Comm. Marini e altri*, III, Torino, 2002

MANNA, *Beni della personalità e limiti della protezione penale*, Padova, 1989

MANNA A., *Tutela penale della personalità*, Bologna, 1993

MANNA, *Artt. 579-580 c.p. – Omicidio del consenziente ed istigazione o aiuto al suicidio: l'eutanasia*, in *Reati contro la persona, I, Reati contro la vita, l'incolumità individuale e l'onore*, a cura di MANNA, Torino, 2007

MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966

MANTOVANI, *Aspetti giuridici dell'eutanasia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 448

MANTOVANI, *Eutanasia*, in *Digesto pen.*, IV, Torino, 1990

MANTOVANI, *Diritto Penale. Delitti contro la persona*, Padova, 1995

MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, IV ed., Padova, 2001

MANTOVANI, *Diritto penale, Parte spec., Delitti contro la persona*, II ed., Padova, 2005

MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, IV ed., Torino, 1964

A. MARINI, *La clausola penale*, Napoli, 1984

MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991

M. MARX, *Zur Definition des Begriffs "Rechtsgut". Prolegomena einer materialen Verbrechenlehre*, Köln, 1972

MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale*, Milano, 1983

MAZZARESE, *Le obbligazioni penali*, Padova, 1990

MAZZARESE, *Clausola penale*, Milano, 1999

MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1986

MESSINA, *Teoria generale dei delitti contro l'onore*, Roma, 1953

MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, 3^a ed., in *Comm. cod. civ.*, Torino, 1980

MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995

MOLARI, *La tutela penale della condanna civile*, Padova, 1960

MOLARI, *Considerazioni sull'ingiuria nei confronti di soggetti incapaci*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1963

MOLFESE, *La clausola penale*, in *Giur. it.*, 2008

MORO, *Unità e pluralità di reati*, Padova, 1951

MORSELLI, *Il ruolo dell'atteggiamento interiore nella struttura del reato*, Padova, 1989

MORSELLI, *Analogia e fattispecie penale*, in *Indice pen.*, 1990

MORSELLI, *Disvalore dell'evento e disvalore della condotta nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 796

MÜNZBERG, *Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung*, 1966

MUSCATIELLO, *Pluralità e unità di reati. Per una microfisica del molteplice*, Padova, 2002

MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano 1974

NAPPI, *Ingiuria e diffamazione*, in *Enciclopedia del diritto*, XVII, Roma, 1989

NAUCKE, *Prevenzione generale e diritti fondamentali della persona*, in *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, 1980

NIVARRA, *Ragionevolezza e diritto privato*, *Ars Interpretandi, Annuario di ermeneutica giuridica*, 7, 2002

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

NUVOLONE, *Reati di stampa*, Torino, 1951

OPOCHER, *Lezioni di filosofia del diritto*, Padova, 1965

PADOVANI, *Lectio brevis sulla sanzione*, in AA. VV., *Le pene private*, Milano, 1985

PADOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2004

PAGLIARO, *Bene giuridico e interpretazione della legge penale*, in *Studi in onore di Antolisei*, Milano, vol. II, 1965

PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, Milano, 1966

F. PALAZZO, M. PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, II ed., Torino, 2005

PANNAIN, *Sull'art. 116 c.p.*, in *Arch. Pen.*, 1965, II

PANNAIN, CORRERA, SCLAFANI, STARACE, *L'omicidio del consenziente*, Napoli, 1982

PANNAIN, SCLAFANI, M. PANNAIN, *L'omicidio del consenziente e la questione "eutanasia"*, Napoli, 1988

PARESCHE, *Interpretazione (filosofia del diritto e teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXII, Milano 1972

PATALANO, *I delitti contro la vita*, Padova, 1984

PERFETTI, *Corso di deontologia forense*, Padova, 2008

PERTICONE, *Fascismo*, in *Novissimo Dig. It.*, VII, Torino, 1961

PETTA, *Il primo caso di applicazione della Legge Scelba*, in *Giur. Cost.*, 1974

PIETROBON, *Illecito e fatto illecito, inibitoria e risarcimento*, Padova, 1998

PORZIO, *Eutanasia*, in *Enc. Dir.*, XVI, Milano, 1967

RANCHINA, *La persona offesa dal reato nel procedimento penale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIII, Roma, 1990

RESCIGNO, *Appunti sulle "clausole generali"*, in *Riv. dir. comm.*, 1998

RICCIOTTI, *Commento sub art. 579 c.p.*, in *Comm. Crespi, Stella, Zuccalà*, Padova, 2003

RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1987

ART. ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Torino, 1913

RONCO, *Il principio di tipicità*, Torino, 1979

M. RONCO, *Persona (delitti contro la)*, in *Enc. Giur.*, vol. XXIII, Roma, 1990

RONCO, *Il problema della pena*, Torino, 1996

RONCO, *Descrizioni penali d'azione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004

M. RONCO, “*Il significato retributivo-rieducativo della pena*”, in *Diritto penale e processo*, 2005, II

RONCO, *Il reato: modello teorico e struttura del fatto tipico*, in M. RONCO (opera diretta da), *Il reato – Struttura del fatto tipico- Presupposti oggettivi e soggettivi dell'imputazione penale. Il requisito dell'offensività del fatto*, Bologna, 2007

RONCO, ARDIZZONE (a cura di), *Codice penale ipertestuale*, II ed., Torino, 2007

ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, Torino, 1997

RUDOLPHI, *Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffes*, in *Festschrift für Honig*, Göttingen, 1970

SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Milano, 1998

SCHMIDHÄUSER, *Der Unrechtstatbestand*, in *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag*, Frankfurt a. M., 1969

E. SCHOCHENHOFF, *Azioni, beni e persona*, in MELINA – J.E. PEREZ-SOBA (a cura di), *Il bene e la persona nell'agire*, Roma, 2002

F. C. SCHROEDER, *Systematische Stellung und Rechtsgut der Sexualstraftaten nach dem 4. StrRG*, in *Welzel-Festschr.*, 1974

SERIANNI, *L'art. 116 c.p. e la comunicabilità delle circostanze soggettive aggravanti al partecipe che non volle il reato diverso*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964

SIRACUSANO, voce *Ingiuria e diffamazione*, in *Dig. Disc. Pen.*, 1993, vol. II

SPASARI, *Sintesi di uno studio sui delitti contro l'onore*, Milano, 1961

STELLA, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973

STOCCO, *Alla ricerca di una dimensione costituzionale dell'art. 116 c.p.*, in *Cass. pen.*, 1990

TARELLO, *Orientamenti analitico-linguistici e teoria dell'interpretazione giuridica*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, XXV, 1971, 1-18

TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano 1980

TENCKHOFF, *Die Bedeutung des Ehrbegriff für die Systematik der Beleidigungstatbestände*, Berlin, 1974

TRIGGIANI, *Puntualizzazioni giurisprudenziali sulla legittimazione a ricevere l'avviso della richiesta di archiviazione e a proporre opposizione*, nota a Cass. Penale, 18 ottobre 2002, Sez. V, n. 40484, in *Cass. pen.*, 2004, VI

TRIMARCHI, *La clausola penale*, Milano, 1954

TRIMARCHI, *Caparra (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960

VALADIER, *Dignità della persona e diritti dell'uomo*, in *Dire persona. Luoghi critici e saggi di applicazione di un'idea*, a cura di A. PAVAN, Bologna, 2003

VIOLA, *Ideologia e interpretazione*, in F. VIOLA - V. VILLA - M. URSO, *Interpretazione e applicazione del diritto tra scienza e politica*, Palermo, 1974

VIOLA – ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, Bari 1999

VON FEUERBACH, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, Erster Theil*, Erfurt, 1799

VON LISZT, *Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht und in der Encyclopädie der Rechtswissenschaft*, in *ZStW*, 1888

VON LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, II, Berlin, 1884,

WOJTYLA, *Persona e atto*, Milano, 2001

WÜRTEMBERGER, *La situazione spirituale della scienza penalistica in Germania*, trad. it. di M. LOSANO e F. GIUFFRIDA REPACI, Milano, 1965