

INTRODUZIONE ALLA PUNIBILITÀ COME QUARTO ELEMENTO DEL REATO*

Giovanni Cocco**

Sommario: 1. Introduzione. – 2. La questione della c.d. *Wiedergutmachung*. – 3. La restaurazione del bene leso non terzo binario sanzionatorio ma causa di non punibilità. – 4. Il legame della non punibilità sopravvenuta con peculiari fattispecie incriminatrici. – 5. La punibilità quale elemento della teoria reato è espressione dogmatica del fondamento generalpreventivo dell'ordinamento penale. – 6. I caratteri tipici del principio di sussidiarietà c.d. esterna. – 7. La autonomia della punibilità si fonda sul principio di sussidiarietà c.d. esterna. – 8. I 'benefici' della impostazione proposta. – 9. Conclusioni.

ABSTRACT

Il saggio propone i passaggi essenziali della concezione della punibilità come quarto elemento della teoria reato, con riferimento a quegli istituti ad essa ascrivibili che si limitino a determinare o escludere il verificarsi della conseguenza del fatto tipico, anti-giuridico e colpevole, per l'appunto detta punibilità.

The essay proposes the essential passages of conception of "punibility" as a fourth element of the crime theory, with reference to those institutions ascribable to it that merely determine or exclude the occurrence of the consequence of the typical, anti-juridical and guilty fact, precisely said "punibility".

* Il presente contributo è stato sottoposto alla valutazione di un revisore, con esito favorevole.

** Prof. Giovanni Cocco, Ordinario di Diritto penale presso l'Università degli studi di Cagliari. Il saggio è destinato al *Liber Amicorum* Adelmo Manna.

1. Introduzione.

Nel nostro codice è presente l'istituto della **condizione oggettiva di punibilità** (art. 44 c.p.), in assenza della quale – ovvero dell'evento che la integra – un fatto di reato antiggiuridico e colpevole non è punibile. Si evidenzia pertanto uno **stacco** tra la sussistenza degli elementi tradizionali della teoria del reato: fatto, antiggiuridicità e colpevolezza, **e il dispiegarsi della relativa punibilità**, che può essere determinata da ulteriori elementi positivi, come in tal caso, o negativi che la escludono pur sussistendo tutti gli altri elementi del reato, come accade in ulteriori previsioni che analizzeremo. Dunque, nel codice hanno un preciso riconoscimento e autonomia istituti che incidono esclusivamente sulla punibilità¹, seppure della espressione si faccia un uso alquanto disomogeneo. Riconoscimento di cui occorre verificare ampiezza e rilevanza.

2. La questione della c.d. *Wiedergutmachung*.

A tal proposito va evidenziato che negli ultimi decenni si è molto discusso sulla figura della cd. *Wiedergutmachung*, ovvero della **restaurazione (o restituzione o risarcimento) della lesione arrecata al bene giuridico** dal fatto di reato e del ruolo da attribuirle nell'ordinamento penale. In una prospettiva, estranea all'attuale assetto normativo italiano e tedesco, proposta dal **progetto alternativo sulla riparazione o risarcimento** del danno², la complessa fattispecie incentrata sulla riparazione del danno costituisce un terzo binario³, a fianco delle pene e delle misure di sicurezza, che **sostituisce** l'applicazione delle sanzioni penali tradizionali quando non necessaria ai fini di prevenzione generale o speciale.

In particolare, all'istituto viene assegnata la realizzazione di finalità di **prevenzione speciale positiva**, da un lato perché la riparazione volontaria ha effetti di risocializzazione – da intendersi non come trasformazione interna dell'autore ma come capacità di vivere in libertà rispettando (esteriormente) l'ordinamento giuridico – in quanto obbliga l'agente a confrontarsi con le conseguenze del suo comportamento ed a considerare i legittimi interessi della vittima⁴. Dall'altro, perché rappresenta una manifestazione importante

¹ La materia è approfondita in Cocco, *La punibilità quarto elemento del reato*, Padova, 2017, lavoro dei cui risultati proporremo una sintesi.

² AA.VV., *Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung (AE-WGM)*, München, 1992.

³ AE-WGM, cit., 25 ss. Si vuole riempire *il vuoto* esistente nelle strategie di controllo tra la mera reazione punitiva e la assenza di reazione, inserendo nella sistematica delle conseguenze giuridiche del reato un livello intermedio costituito dalla riparazione come assunzione da parte dell'autore della responsabilità (AE-WGM, cit., 23 ss. e 31). Peraltro, già la relazione alla l. tedesca di *lotta alla criminalità* del 28.10.1994 esclude che la riparazione sia una nuova conseguenza giuridica autonoma del reato.

⁴ ROXIN, *Acerca del desarrollo reciente de la política criminal*, in *CPC*, 1992, 808; at I, § 3 III, n. 64; WEIGEND, *Deliktsofer und Strafverfahren*, Berlin, 1989, p. 535; FARALDO CABANA, *Las causas de*

della personalità dell'autore di cui evidenzia una minore probabilità di ricaduta nel delitto: l'agente con la riparazione manifesta infatti una minore energia criminale, una attenuata capacità a delinquere, una minore pericolosità, maggiori possibilità di correzione, etc., e di conseguenza anche una minore necessità di prevenzione speciale. Secondo detta concezione, l'autore che volontariamente riconosce l'interesse della vittima e lo soddisfa nei modi e alle condizioni possibili accetta in modo esemplare la vigenza delle norme violate, con ciò in molti casi anche appagando la comunità giuridica e dunque le necessità di prevenzione generale⁵, nella quale può per l'effetto reinserirsi⁶.

3. La restaurazione del bene leso non terzo binario sanzionatorio ma causa di non punibilità.

Tale impostazione non è però condivisibile, perché la figura delineata è essenzialmente rivolta al(la restaurazione del) bene leso, mentre la sanzione è rivolta all'autore dell'illecito. D'altra parte, se intesa quale espressione dell'attenzione dell'ordinamento penale nei confronti della vittima può avere solo un ruolo limitato⁷, vanno infatti sottolineati la *natura pubblica* del delitto e gli *scopi generalpreventivi* della pena⁸. In vero, il diritto penale moderno nasce come **necessario allontanamento della vittima dal centro del conflitto** rappresentato dal reato: la comunità politica, ovvero lo Stato, si fa carico del conflitto, e ciò è certamente un progresso, il monopolio della forza in capo allo Stato consente infatti di dominare e far cessare i conflitti sorti con i reati⁹, in presenza oltretutto di una attenzione sempre maggiore del diritto penale contemporaneo a beni giuridici universali e funzionali.

levantamiento de la pena, Valencia, 2000, 122 ss.

⁵ AE-WGM, cit., 26; WEIGEND, *Deliktsoffer*, cit., 535; JUNG, *Die Stellung des Verletzten im Strafprozeß*, in *ZStW*, 1981, 1154 s.

⁶ Inoltre, si reputa che la riparazione possa condurre ad una riconciliazione tra delinquente e vittima, facilitando così il reinserimento del primo, così ROXIN, *Acerca*, cit., 808; *Id.*, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, v. I, *Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, München, 4ª ed., 2006, § 3 III, n. 64; e SCHNEIDER, *Restitution instead of Punishment*, in Kaiser, Kury, Albrecht, *Victims and Criminal Justice*, Freiburg i. Br., 1991, 363 s., secondo cui la causa più importante del fallimento del trattamento del delinquente recluso è il mancato coinvolgimento della vittima e della società. Sempre dal punto di vista della prevenzione speciale sono evidenti gli effetti positivi che comporta la riparazione per il reo poiché gli permette di evitare la detenzione (AE-WGM, cit., 32, evidenzia che per l'autore la riparazione è una opportunità di reinserimento attivo; HASSEMER, in Kindhäuser, Neumann, Paeffgen (a cura di), *Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch*, I, Baden Baden, 4ª ed., 2013, introd. § 1, n. 489).

⁷ HASSEMER, *Perché punire è necessario*, Bologna, 2012 (*Warum strafe sein muss*, Berlin, 2009), 228 s.

⁸ In tema ampiamente Cocco, *Appunti per una giustificazione liberale della pena*, in *DPC-RT*, 2020.

⁹ HASSEMER, *Perché punire è necessario*, cit., 233 s.

Ben maggiori risultati può conseguire la prospettiva della non punibilità quale strumento dogmatico di apertura alle controcondotte restauratrici del bene o di eliminazione del pericolo, in cui la vittima rimanga comunque lontana dal centro del conflitto, e a tali condotte venga invece riconosciuto dall'ordinamento giuridico l'effetto escludente la punibilità del fatto di reato in considerazione del soddisfacimento del fine di tutela dei beni giuridici attribuito al diritto penale e del principio liberale di sussidiarietà che ne regola la previsione. Il che non esclude che al recente successo della riparazione contribuisca proprio la ragione *politica* dell'ingiustizia sociale di un diritto penale indifferente alle esigenze della vittima, in particolare quando è più interessata alla riparazione del danno subito che alla punizione del reo come accade nei reati contro il patrimonio o socio-economici¹⁰. Uno specifico riconoscimento di tale prospettiva si è avuto in Italia con la recente introduzione nel codice penale dell'**art. 162-ter** intitolato *estinzione del reato per condotte riparatorie*.

Ma ancor prima di quest'ultima riforma, quale espressione di tale indirizzo vi è stato negli ultimi decenni un notevole incremento in particolare nelle leggi complementari di istituti, già peraltro presenti nella parte speciale, che comportano la **non punibilità del reato successiva (sopravvenuta) alla sua consumazione formale** quale effetto di **condotte antagoniste** poste in essere dagli stessi rei rispetto alle loro precedenti condotte lesive o pericolose integranti le fattispecie di reato.

Va precisato, peraltro, che la denominazione di *cause non punibilità* è di creazione dottrinale e descrive istituti **cui si riconosce l'effetto di escludere la (sola) punibilità del fatto di reato, antiggiuridico e colpevole**, i quali però sono definiti in vario modo dal legislatore, che predilige il riferimento alla espressione *estinzione del reato* perché riconosciuta dal codice penale, sebbene la natura delle cause non punibilità sia ben differente dalla natura di quelle estintive e la loro stessa individuazione sia finalizzata a rimarcare siffatta distinzione.

4. Il legame della non punibilità sopravvenuta con peculiari fattispecie incriminatrici.

L'esame delle cause non punibilità sopravvenuta, le più controverse tra le previsioni di non punibilità, consente di evidenziare che **concernono peculiari fattispecie incriminatrici**. Un **primo gruppo** è costituito da *reati di pericolo astratto e concreto* o a cd. *consumazione anticipata* - di cui un modello codicistico è il tradizionale istituto della **desistenza volontaria** dal delitto tentato,

¹⁰ Cfr. ROXIN, *Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke*, in Schöch (a cura di), *Wiedergutmachung und Strafrecht*, München, 1987, 42; *Id.*, *Acerca*, cit., 808 s.; *Id.*, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, v. I, cit., § 3 III, n. 63; MAIER, *La víctima y el sistema penal*, in *Jueces para la Democracia*, 1991, n. 1, 38.

in cui la non punibilità interviene dopo il perfezionamento del tentativo (art. **56 comma 3** c.p.) – nonché da *reati lesivi di beni funzionali*¹¹ posti a tutela anticipata di beni sostanziali finali¹². Si evidenzia, pertanto, che il rinnovato interesse per la (non) punibilità è ricollegabile, in primo luogo, alla crisi dei reati di evento ed alla conseguente **diffusione degli illeciti di pericolo o posti a tutela di beni funzionali**, in parte giustificata per le emergenze che la postmodernità pone in ordine a beni quali la incolumità della collettività, l'economia e l'ambiente, la cui tutela assume eccezionale rilevanza per le attuali e le future generazioni¹³.

Un **secondo gruppo** di fattispecie interessate è costituito da **reati lesivi di beni restaurabili**, come evidenzia l'esperienza internazionale e la citata nuova figura di cui all'art. 162-ter c.p., concernente reati perseguibili a querela di parte revocabile, che si caratterizzano per presumere sostanzialmente la utile restaurabilità del bene leso o messo in pericolo, o, comunque, una complessiva valutazione della irrilevanza della lesione. Se ne evince che, all'ingresso prepotente sulla scena penalistica di nuove tecniche di tutela e di nuovi beni, si accompagna anche un ripensamento sulle tecniche di tutela penale dei beni tradizionali e principalmente del patrimonio, sulla strada dell'esperienza comparatistica che attribuisce ampio spazio alle restituzioni ed al risarcimento del danno¹⁴.

In un siffatto contesto appare particolarmente appropriato lo sviluppo di figure che riconoscano la *non punibilità sopravvenuta* per bilanciare la presenza sempre maggiore di fattispecie di reato a tutela anticipata o i cui effetti lesivi non siano irreversibili.

La individuazione delle fattispecie incriminatrici cui si riferiscono di norma le cause non punibilità sopravvenuta è un passo significativo per comprendere fondamento e collocazione dogmatica della (non) punibilità, superando quelle concezioni che richiamano genericamente la *opportunità politica*, perché chiarisce che essa risponde, essenzialmente, all'esigenza di **adeguare** la comminatoria penale **alla peculiare natura degli illeciti individuati**. Mette in

¹¹ Cocco, *Beni giuridici funzionali versus bene giuridico personalistico*, in *Studi Marinucci*, I, Milano, 2006, 167 ss.

¹² Come nell'ipotesi del reato di costruzione senza permesso dell'autorità preposta, che tutela il bene funzionale dell'assoggettamento dell'attività urbanistico-edilizia al controllo del competente organo amministrativo, riguardo a cui la non punibilità consegue al rilascio del permesso in sanatoria che comporta la salvaguardia di detto bene, su cui Cocco, *La rilevanza dei vizi degli atti amministrativi elementi della fattispecie estintiva penale: in particolare le ipotesi della concessione edilizia in sanatoria e del condono edilizio*, in *Studi Cagliari*, XVI (1995-1996), Torino, 1998, 122 ss.

¹³ STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 3ª ed., 2003, 47 ss., 387 ss.; STRATENWERTH, *Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts?*, in *ZStW* 1993, 680; Cocco, *Beni giuridici funzionali*, cit., 181 ss.

¹⁴ Ad esempio, il §167 öStGB [c.p. austriaco] prevede la *tätige Reue*: ravvedimento fattivo o operoso, che esclude la punibilità del fatto il cui autore abbia risarcito o si sia obbligato a risarcire il danno prima dell'iscrizione della notizia di reato.

luce, in particolare, che la legislazione in tema di non punibilità sopravvenuta **riconosce il conseguito risultato della tutela del bene giuridico protetto** dalla previsione incriminatrice, seppure successivamente alla consumazione formale del reato e, dunque, la soddisfazione dei fini generalpreventivi propri del diritto penale, cosicché assume un ruolo decisivo a spiegarne il fondamento il principio di **sussidiarietà esterna**, che entra in campo a giustificare l'incriminazione di un fatto una volta superato il vaglio del principio di *extrema ratio*-frammentarietà.

5. La punibilità quale elemento della teoria reato è espressione dogmatica del fondamento generalpreventivo dell'ordinamento penale.

Approfondiamo, dunque, uno degli snodi centrali del superamento della **dogmatica penalistica tradizionale**, ovvero la considerazione della **punibilità** – precisamente degli **istituti che si frappongono tra fatto, antiggiuridicità e colpevolezza e la punibilità**, la assenza o presenza dei quali, rispettivamente, impedisce si realizzi o comporta che venga meno la punibilità del fatto illecito – **come elemento autonomo** nell'ambito della teoria del reato. In contrapposizione alla sua considerazione, sulla base del principio *nullum crimen sine poena*, esclusivamente come conseguenza del reato – limitatamente inteso come fatto illecito – coinvolgente persino differenti concezioni del mondo e certamente della pena.

La peculiarità della nostra posizione è che il predicato della punibilità quale effetto dell'integrazione di un fatto tipico, antiggiuridico e colpevole può derivare dalla ulteriore presenza o assenza – a seconda che si tratti di condizioni oggettiva di punibilità o di cause di non punibilità – di ulteriori elementi, i quali si possono definire gli **istituti della punibilità** o la **punibilità tout court** quale **quarto autonomo elemento** della teoria generale del reato, da aggiungersi a tipicità, antiggiuridicità e colpevolezza. Insomma, la punibilità del reato può non dipendere dalla sola presenza di tipicità, antiggiuridicità e colpevolezza, ma – laddove previsti – può dipendere da ulteriori istituti che le vengono specificamente ascritti.

L'opera per fare emergere la presenza di un quarto elemento del reato è resa difficile per la introduzione nel codice penale del 1930 delle cause di estinzione del reato e della pena, le quali, per la novità e il rilievo della indicazione legislativa, pur **nettamente distinte dal tema della punibilità qui affrontato**¹⁵, lo hanno oscurato e hanno condizionato pratica legislativa e giurisprudenziale e con esse gli stessi approfondimenti scientifici, conglobando sotto l'etichetta di *estinzione del reato* istituti radicalmente differenti.

¹⁵ *Contra*, invece, MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di diritto penale*, PG, Milano, che le raggruppano sotto l'unica etichetta di istituti della opportunità politica.

Tuttavia, è possibile individuare con chiarezza la specificità delle cause di non punibilità in questione, in particolare di quelle sopravvenute, in cui minaccia della pena e istituti di non punibilità sono chiaramente sinergici alla unica finalità di tutela del bene giuridico, ancorché si trovino temporalmente distanziati in un rapporto di susseguenza¹⁶, andando a comporre una unitaria comminatoria penale. In tali casi, diversamente dalle cause di estinzione del reato di parte generale, non prevale un interesse alla non applicazione della pena fondato sulle più varie ragioni di opportunità¹⁷, ma si tratta del **riconoscimento della conseguita tutela del bene giuridico**¹⁸ pur dopo il perfezionamento del reato e dunque quando l'effetto generalpreventivo della mera incriminazione non abbia funzionato¹⁹.

Compreso ciò, i riferimenti alla **prevenzione generale quale fondamento del diritto penale e al principio di sussidiarietà** nel suo ambito di azione *esterno* quale principio-limite allo stesso – comunemente alla base della scelta legislativa di escludere *tout court* dalla incriminazione il fatto quand'anche abbia superato il vaglio del principio di *extrema ratio* in presenza di altri strumenti meno costosi di tutela dei beni giuridici – consentono di collocare nell'ambito della **teoria del reato**, invece che nella teoria della applicazione e esecuzione della pena, gli istituti che condizionano o escludono la punibilità, pur sussistendo un fatto di reato antiggiuridico e colpevole. Il principio di cd. **sussidiarietà esterna**, infatti, rileva non solo quando comporta la esclusione *tout court* dell'incriminazione di una fattispecie offensiva perché adeguatamente contrastata con altri mezzi, ma anche quando, in presenza della ritenuta necessità di incriminare un fatto per la tutela di un bene giuridico, ne determini la non punibilità in presenza del soddisfacimento della detta finalità di tutela, con la previsione di istituti rispondenti essenzialmente alla constatazione che il fine perseguito con la minaccia della pena è stato raggiunto, in tutto o in parte, per mezzo di meccanismi meno costosi oppure che esprimono la necessità di evitare che la tutela di specifici beni produca danni ad altri beni di pari o maggiore rilievo.

6. I caratteri tipici del principio di sussidiarietà c.d. esterna.

Il principio c.d. di **sussidiarietà esterna** esprime, in definitiva, la necessità che l'intervento penale sia l'effetto di un bilanciamento tra benefici che lo richiedano e costi che lo consentano. In questa prospettiva, da un lato, a fronte

¹⁶ C. S.U., 23.11.1985 n. 2816, in *RGS*, 1986, 531.

¹⁷ C. cost. 25.10.1989, n. 487, in *RGE*, 1990, I, 18: la *ratio* delle cause di estinzione del reato è, di regola, di mera opportunità e non attiene all'interesse specifico leso dal reato.

¹⁸ Cfr. PROSDOCIMI, *Profili penali del postfatto*, Milano, 1982, 302 ss.; PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze. 'Premio' e 'corrispettivo' nella dinamica della punibilità*, in *RIDPP*, 1986, 406 ss.

¹⁹ Concetto a cui è estraneo il ravvedimento inteso come trasformazione in senso socialmente o moralmente apprezzabile della personalità del reo, richiamato invece dai teorici della *Wiedergutmachung*.

dei benefici per la protezione dei beni giuridici conseguibili con la pena, si valuta se detti risultati possano essere eventualmente raggiunti con mezzi disponibili di minore severità. Dall'altro, si pesano i costi della pena: quelli diretti, pesantissimi, derivanti dalla privazione o dalla limitazione di beni fondamentali della persona; ma anche quelli indiretti, costituiti dalla lesione o dall'ostacolo alla protezione di differenti ed importanti beni rispetto a quelli tutelati con l'incriminazione. Ultimo profilo che vale sia in termini generali, quando la penalizzazione sia così ampia da produrre conseguenze di depotenziamento dell'ordinamento penale, sia con riguardo ai casi specifici in cui la sanzione di determinate condotte a tutela di specifici beni metta in pericolo o leda altri beni giuridici fondamentali. In definitiva la pena può essere impiegata solo quando risulti significativamente più efficace di mezzi meno lesivi per la tutela di rilevanti beni giuridici e sempre che non produca effetti negativi per beni giudicati di maggiore rilievo rispetto a quelli che intenda proteggere. Né questo bilanciamento può dirsi precluso dalla avvenuta consumazione del fatto di reato, la cui astratta determinazione è frutto anch'essa di scelte legislative evidenti proprio nella tipologia di reati – quali quelli di pericolo e a tutela di beni funzionali – cui è connessa principalmente la non punibilità sopravvenuta, e non certo di istanze superiori.

Si può, dunque, ben dire che sono **espressione del principio di sussidiarietà esterna** le **condizioni di punibilità** e le **cause di non punibilità** volte a salvaguardare beni giuridici di essenziale rilievo differenti da quelli tutelati con l'incriminazione: la tutela della famiglia, ad esempio, è perseguita con la condizione di punibilità del pubblico scandalo prevista per l'incesto (art. 564 c.p.) e la causa di non punibilità determinata da stretti rapporti di parentela prevista per alcuni reati contro il patrimonio (art. 649 c.p.)²⁰.

Eguale espressione del principio di sussidiarietà esterna le controverse **previsioni di non punibilità sopravvenuta** che prendono atto della soddisfazione o della significativa attenuazione delle esigenze di prevenzione generale quando intervengano condotte dell'autore, posteriori alla consumazione del fatto illecito, di eliminazione del pericolo cui è stato esposto il bene giuridico o di riparazione della lesione. Pare legata al principio di *sussidiarietà esterna* anche la non punibilità (prevista nella legislazione straniera) legata alla presenza di gravi conseguenze negative per lo stesso autore dalla condotta illecita, ovvero nel caso di cd. **pena naturale**, in cui il ricorso alla pena non è necessario perché il suo scopo è stato altrimenti raggiunto. Infine, anche le **soglie quantitative** di rilevanza penale del fatto sono determinate dalla ritenuta presenza nei settori di riferimento di strumenti extrapenalistici sufficienti per la protezione dei beni giuridici contro le lesioni minori, per quanto la loro previsione incida direttamente sugli elementi costitutivi del reato.

²⁰ *Amplius Cocco, Il fondamento e i limiti dei rapporti familiari come causa di non punibilità o di perseguibilità a querela di parte*, in RCP, 2015, 1048 ss.

7. La autonomia della punibilità si fonda sul principio di sussidiarietà c.d. esterna.

Il principio di sussidiarietà esterna ha i requisiti per fondare una categoria autonoma della teoria del reato perché le teorie generalpreventive e con esse le *teorie relative o miste*, diversamente dalle concezioni retributive, esigono o comunque consentono una costruzione della teoria del reato che tenga conto del rivolgersi della pena al futuro, dunque non al solo fatto illecito, mirando alla tutela dei beni giuridici.

In questa prospettiva la teoria del reato non può limitarsi a ricomprendere gli elementi inerenti alla realizzazione del fatto antiggiuridico e colpevole ma **deve contemplare tutti gli altri istituti connessi alla soddisfazione delle finalità di prevenzione generale alla base della incriminazione** che ad essa comunque si possano correlare. In definitiva, il principio di *sussidiarietà esterna* impone di considerare nell'ambito della teoria del reato gli istituti che si facciano carico della soddisfazione degli scopi generalpreventivi perseguiti con la incriminazione avvenuta per mezzo di vie alternative e meno costose nonché dell'eventuale presenza di costi addizionali della pena in particolare costituiti dagli effetti negativi provocati ad altri beni giuridici di primaria importanza che la rendano uno strumento più dannoso che utile.

A tale impostazione non sono opponibili le critiche alla utilizzazione della punibilità come merce di scambio o premio perché **non si tratta di un premio** (laddove il termine suscita scandalo) ma del riconoscimento o presa d'atto che le esigenze di prevenzione generale sono state, in definitiva, realizzate in stretta relazione con la comminatoria²¹. È netta la differenza tra una politica criminale (e conseguente dogmatica) orientata verso la tutela fin dove è possibile dei beni giuridici ed una di tipo premiale orientata a scopi ad essa estranei, ad esempio *la collaborazione processuale*²².

²¹ Il riferimento alla filosofia pragmatica del *bastone e della carota* (*carrot-stick*) (COFFEE, 'Carrot and Stick' Sentencing: Structuring Incentives for Organizational Defendants, in FSR, 1990, 126), vale a dire della minaccia della sanzione e della contestuale offerta del premio con riguardo agli istituti che attribuiscono l'effetto della non punibilità sopravvenuta al ravvedimento operoso *post delictum* (PADOVANI, *La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di ravvedimento*, in RIDPP, 1981, pp. 532 ss.; Id., *Il traffico delle indulgenze*, cit., 406 ss.; PROSDOCIMI, *Profili*, cit., 298 ss.; CONTENUTO, *La condotta susseguente al reato*, Bari, 1965, 109 ss.) si limita a fotografare il dato normativo senza spiegarlo e individua il contenuto sostanziale degli istituti nell'incentivo psicologico a determinate condotte, che oltre a fondarsi su considerazioni di senso comune molto discutibili, non va all'essenza vale a dire al significato delle controcondotte e ai risultati conseguiti con le stesse.

²² MUSCO, *La premialità nel diritto penale*, in AA.VV., *La legislazione premiale*, Milano, 1987, p. 129; PALAZZO, *La recente legislazione penale*, 3ª ed., Padova, 1985, 190 ss.

8. I 'benefici' della impostazione proposta.

La lettura offerta consente di **rivalutare e superare**, in particolare, **la distinzione connessa al dato cronologico** tra cause di esclusione della punibilità e cause di non punibilità sopravvenuta ovvero successive alla integrazione del fatto di reato, che può essere costruito dal legislatore come di pericolo o di tentativo o lesivo di beni restaurabili, in quanto le finalità generalpreventive della pena consentono e sollecitano che si dia spazio nella teoria del reato ai diversi fattori che ne rilevano il soddisfacimento, ancorché differenti e successivi a quelli racchiusi nel fatto illecito, ma comunque correlati all'avvertimento penale.

Consente, inoltre, di fornire un **contributo critico alla costruzione dell'ordinamento penale** e uno strumento efficace contro il proliferare dei reati a tutela anticipata o che tutelano beni restaurabili o lesi in modo non significativo. A fronte dell'evidente fallimento delle proposte di *diritto penale minimo* che riaffermano il *nullum crimen sine poena*, giacché la attuale legislazione procede nel senso opposto: anche le recenti riforme se, da un lato, depenalizzano, dall'altro, fanno occupare nuovi terreni al diritto penale.

I profili più strettamente dogmatici della autonomia della punibilità nella teoria del reato possono affrontarsi con l'uso della tradizionale e insuperata metodologia tecnico-giuridica, senza cui il discorso politico-criminale perde ogni carattere scientifico e si riduce alla mera enunciazione di posizioni ideologiche. In particolare, **va distinto** il principio del *nullum crimen sine poena*, che va inquadrato nell'ambito delle concezioni retributive della pena, **dal principio illuministico della certezza della pena**, che non è affatto in contraddizione con la teoria del reato accolta. Vanno, in particolare, superate le posizioni critiche sulla autonomia della punibilità che le oppongono che il reato è perfetto e realizza la propria illiceità anche se l'ordinamento non fa luogo all'applicazione della pena, che sarebbe dunque un fenomeno estraneo alla teoria del reato. Affermazione di per sé sostanzialmente corretta ma viziata sotto il profilo formalistico-nominalistico, poiché occorre intendersi sulle espressioni: un concetto, definibile *reato in senso stretto*, concerne il reato inteso quale fatto tipico, antiggiuridico e colpevole, che può sussistere in assenza della punibilità; altro concetto è il **reato in senso ampio** o proprio, comprendente anche gli elementi che condizionano positivamente o negativamente la sola punibilità. A quest'ultima nozione deve riferirsi la teoria del reato che intenda rappresentarne compiutamente tutti gli elementi in un contesto di adesione alle teorie generalpreventive quale fondamento del diritto penale.

Con una **precisazione**, nella maggior parte dei reati tra la integrazione di fatto tipico antiggiuridico e colpevole e punibilità non si frappone alcunché, mentre solo in alcuni di essi la punibilità è condizionata positivamente o negativamente dalla presenza di fattori ulteriori: condizioni oggettive di punibilità, soglie di punibilità, cause di non punibilità anche sopravvenuta, a cui propriamente compete la definizione di quarto elemento. Tuttavia, ciò

non esclude che l'autonomia concettuale della punibilità (o, meglio, di tali elementi condizionanti) rispetto a fatto tipico antiggiuridico e colpevole sia un attributo generale del reato.

In definitiva, rappresenta compiutamente la nozione di reato quella più ampia delineata, intesa quale **insieme degli elementi necessari al prodursi della conseguenza giuridica della pena** ovvero la punibilità, avendo presente che l'assenza della punibilità non esclude di per sé la sussistenza dell'illecito penale ovvero di fatto antiggiuridicità e colpevolezza. Mentre diverse questioni sono quelle della (mancata) applicazione ed esecuzione della pena.

9. Conclusioni.

La teoria della punibilità proposta soddisfa, da un lato, la esigenza della massima tutela dei beni giuridici al contempo limitando per quanto possibile l'uso della sanzione penale²³. Dall'altro, conferma l'efficacia generalpreventiva del diritto penale, perché **distingue nettamente la non punibilità dai casi di mancata applicazione** della pena, tra cui in primo luogo le cause di estinzione del reato in senso proprio, e di **mancata esecuzione** della pena nonché dagli istituti processuali, che invece la depotenziano²⁴. Si tratta del fenomeno dilagante della **disapplicazione in concreto della pena detentiva** persino di lunga durata, conseguente, in particolare, all'applicazione di istituti di diritto processuale, quali il cd. *Patteggiamento* ed il *giudizio abbreviato*, o relativi alla esecuzione della pena, quale l'*affidamento in prova al servizio sociale*, in genere **indifferenti ai beni lesi o messi in pericolo dal reato**, alla loro restaurazione e a che le vittime di reati anche di notevole gravità vengano in qualche modo risarcite, invece essenzialmente motivati, sia nella elaborazione normativa che nella applicazione giurisprudenziale, da generici scopi deflativi e di contenimento del sovraccarico dei procedimenti penali e del sovraffollamento carcerario. Pare, infatti, evidente che il fenomeno disfunzionale della ipercriminalizzazione non possa essere affrontato con rimedi processuali o svuota-carceri, i quali bagatellizzano anche la criminalità medio-alta ed hanno addirittura effetti criminogeni.

In conclusione, la teoria della punibilità quarto elemento del reato riconduce alla comminatoria edittale e, dunque, al diritto penale sostanziale ed agli scopi dallo stesso perseguiti la questione del se e come punire, contenendo gli istituti di disapplicazione delle sanzioni correlate alla affermazione

²³ BRICOLA, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in De Acutis, Palombarini (a cura di), *Funzioni e limiti del diritto penale. Alternative di tutela*, Padova, 1984, 3 ss.; PALIERO, 'Minima non curat praetor'. *Iperrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, 159 ss.

²⁴ MARINUCCI, *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, in RIDPP, 2000, 171; PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in RIDPP, 1992, 419 ss.; DOLCINI, *Le misure alternative oggi: alternative alla detenzione o alternative alla pena*, in RIDPP, 1999, 874.

della responsabilità che gravemente incrinano l'effettività dell'intero sistema penale. D'altra parte, la costruzione dogmatica si contrappone alla rimessione alla valutazione discrezionale del giudice della soddisfazione delle esigenze general e specialpreventive o della esiguità dell'illecito – come ad esempio avviene con l'art. 131-*bis* c.p. sulla *particolare tenuità del fatto* – segno dell'incapacità teorica e pratica di osservare i canoni del diritto penale liberale.

Si propone, insomma, una declinazione delle concezioni illuministico-liberali, che basano il diritto penale sul pragmatico obiettivo della tutela dei beni giuridici e che individuano nella legge, ovvero nella comminatoria edittale, la garanzia delle libertà dei cittadini.