



6/2018

IL "FILO DI ARIANNA". DOLO SPECIFICO E PERICOLO NEL DIRITTO PENALE DELLA SICUREZZA

di Giuseppe Marino

Abstract. *Il presente lavoro si propone di esaminare le plurime funzioni che l'elemento finalistico svolge nell'ambito della controversa categoria dei reati a dolo specifico, per taluni nemmeno riconducibile ad unità dogmatica. Analizzando diverse fattispecie, rappresentative del polimorfismo funzionale dell'istituto, si tenterà di individuare il sottile filo che collega le varie facce del dolo specifico, esorcizzando il rischio, proprio delle istanze simboliche tipiche del diritto penale securitario, di applicazioni soggettivistiche. Ciò poiché in un diritto penale del fatto non sarebbe coerente a Costituzione sanzionare penalmente una mera intenzione. Occorre bensì in tutti i casi, financo quelli ove l'offesa insita nel fatto tipico appare rarefatta, ritrovare un'autentica dimensione lesiva, quantomeno nel grado minimo dell'esposizione a pericolo.*

SOMMARIO: 1. Dal peccato al reato: il pericolo come anima indefettibile del diritto penale del fatto. – 2. Il fine del reo: il polimorfo dolo specifico. – 2.1. Le funzioni del dolo specifico: una visione d'insieme. – 3. Dolo specifico di offesa ulteriore. – 4. Dolo specifico "differenziale". – 5. Dolo specifico e reati a consumazione anticipata. – 6. Dolo specifico di offesa. – 7. Dolo specifico e politica criminale dell'emergenza. – 8. Conclusioni: il pericolo come *trait d'union* delle fattispecie a dolo specifico.

1. Dal peccato al reato: il pericolo come anima indefettibile del diritto penale del fatto.

La questione della legittimazione punitiva dello Stato accompagna da sempre la storia del diritto penale. Per quale ragione un fatto umano deve essere punito come reato¹?

A tale interrogativo non può darsi, per evidenti ragioni, una risposta generale e astratta: il reato si risolve in «un'entità giuridica storicamente condizionata²». La fonte dello

¹ La risposta a tale complessa questione è usualmente fornita, nella manualistica, per il tramite delle teorie, assolute e relative, della pena: così, a seconda dell'impostazione presa in considerazione, la sanzione penale assume funzione prevalentemente retributiva, general-preventiva o special-preventiva. In argomento, *ex multis*, cfr. G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, I, Torino, 2012, 6 ss.

² Si utilizzano le parole di G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di Diritto Penale*, Milano, 2001, 429.

ius puniendi condiziona inevitabilmente presupposti e *quomodo* della misura sanzionatoria, e non è un caso che i periodi storici connotati da forti mutamenti di carattere sociale abbiano riproposto con vigore (anche) la questione dei fondamenti dogmatici di reato e pena³.

La filosofia del diritto criminale medievale e pre-illuministico⁴ ha trovato nella trascendente equazione “*crimen*” uguale “*peccatum*” la radice della potestà penale statale⁵. Prima dell’avvento giusnaturalistico, il ritenuto fondamento *ultraterreno* del diritto penale determinava la necessità di reprimere il fatto offensivo del divino, concretabile anche nelle intenzioni o nei pensieri peccaminosi, oltre che nelle «parole, opere e omissioni». In altri termini, l’*iniuria* non consisteva in un *vulnus* rilevante sul piano *terreno*, incarnando tutto ciò che poteva essere considerato sacrilego, incluse le opinioni (apostasia ed eresia) e le personali inclinazioni (*crimen sodomiticum*), eleggendosi il *nemico* ad oggetto esclusivo della repressione penale⁶.

A presidio di tale impostazione, la pena era diretta all’intima espiazione⁷ dell’anima del reo, obiettivo perseguibile senza particolari limitazioni nelle modalità irrogative⁸, come testimoniano, ad esempio, i tristemente celebri metodi dell’Inquisizione⁹. In un tale contesto, a nulla poteva rilevare la distinzione tra i gradi dell’offesa: in un diritto penale dell’obbedienza il precetto incriminatore è ancorato all’inosservanza dell’obbligo più che alla prevenzione di una *iniuria* in senso materiale.

Il quadro di riferimento muta sensibilmente con l’avvento dell’Illuminismo, recante il processo di secolarizzazione e laicizzazione del diritto penale. L’attività dei giusnaturalisti erode l’equiparazione tra reato e peccato, che viene progressivamente

³ In materia, cfr. diffusamente F. FORZATI, *Il diritto penale dell’obbedienza fra fondamento etico-religioso dell’offesa e funzione potestativa della pena*, in *Arch. Pen.*, n. 3/2017.

⁴ Come ricordano G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di Diritto Penale*, cit., 5-6, fino ancora ai tempi di Beccaria lo *ius terribile* prevedeva un armamentario “atroce” avverso il reo, comprendente «la pena di morte, da eseguirsi con modalità diverse ma sempre efferate (il condannato poteva essere squartato, arrotato, sepolto vivo, impalato, lasciato morire di fame, messo al rogo, immerso in acqua bollente, etc.); *pene corporali* (taglio della lingua, del naso, di un orecchio; strappo di denti; accecamento; marchiatura a fuoco; fustigazione); la galera o la pena del remo (lavoro forzato ai remi delle navi); *pene infamanti* (berlina, gogna, colonna, etc.); la confisca totale dei beni».

È proprio dalle atrocità tipiche di un tale diritto penale che gli Illuministi presero le mosse, in chiave di reazione, per definire legalmente dei precisi limiti alla potestà punitiva statale.

⁵ Sul tema, cfr. M. ROMANO, *Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 477 ss.; per un approfondimento di carattere monografico, cfr. S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli, 1992.

⁶ Così M. SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, in *Lo Stato moderno in Europa. Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, a cura di M. FIORAVANTI, Roma-Bari, 2005, 166; F. FORZATI, *Il diritto penale dell’obbedienza fra fondamento etico-religioso dell’offesa e funzione potestativa della pena*, cit., 5.

⁷ L. EUSEBI, *Cristianesimo e retribuzione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, *passim* e, specialmente, 275 ss.; G. SOLARI, *Kant e la dottrina penale della retribuzione*, in *Riv. di filosofia*, 1929, 33 ss.

⁸ Sui metodi espriativi dell’Inquisizione romana cfr., in chiave storiografica, M. FIRPO, *Inquisizione romana e Controriforma. Studi sul cardinal Giovanni Morone (1509-1580) e il suo processo d’eresia*, Brescia, 2005, nonché A. DEL COL, *L’Inquisizione in Italia. Dal XII al XXI secolo*, Milano, 2006. Per considerazioni di carattere giuridico, anche di carattere generale, cfr. M. A. CATTANEO, *Pena, diritto e dignità umana. Saggio sulla filosofia del diritto penale*, Torino, 1990, 162 ss.

⁹ In materia, cfr. E. DEZZA, *Accusa e inquisizione. Dal diritto comune ai codici moderni*, Milano, 1989.

sostituita dalla più moderna concezione del delitto come fatto materialmente percepibile, dannoso o pericoloso per la società civile in senso lato¹⁰: «*errarono coloro che credettero vera misura dei delitti l'intenzione di chi li commette*¹¹».

Con l'affermarsi del moderno modello di Stato e di diritto penale liberale mutano conseguentemente il fondamento della legittimazione del diritto criminale, le funzioni della pena e, appunto, la costruzione delle fattispecie di reato¹².

Il passaggio definitivo da un diritto penale della volontà o, *recte*, dell'autore, al liberale diritto penale del fatto trova pertanto la sua acme con la diffusione del principio di offensività¹³.

Emerge la suggestione per cui il diritto penale debba porsi a presidio di interessi determinati, eterogenei e "terreni", accantonandosi di conseguenza il convincimento di un supposto fondamento *metagiuridico* della potestà punitiva statale: il delitto viene propriamente concepito come entità *giuridica*¹⁴. Reato e peccato vengono precisamente distinti, attenendo il primo alla dimensione *sociale*, il secondo a quella strettamente *morale*. La pena non può avere funzione espiativa: non appartiene all'idea di un diritto penale laico l'interesse a redimere intimamente il reo; al più, esso può essere risocializzato, agendosi dall'esterno e non dall'interno, al fine di riequilibrare gli assetti comuni turbati dal fatto offensivo.

In questa prospettiva, l'*iniuria* assume necessariamente connotati pratici rilevanti, divenendo il perno centrale dell'incriminazione. Il dibattito, semmai, può riguardare l'oggetto specifico di tutela delle norme *in malam partem*, nonché il minimo grado di offesa idoneo a rendere rilevante il fatto ai fini dell'intervento penale.

Sotto il primo profilo, in chiave storica, può brevemente richiamarsi la ormai superata teorica del diritto penale posto a presidio di soli *diritti soggettivi*¹⁵.

Contrapposta al reato-peccato, la concezione del delitto come violazione di diritti soggettivi ha senz'altro suggestionato il dibattito della dottrina penalistica italiana e tedesca tra il XVIII e il XIX secolo, recando con sé l'importante pregio di espungere ogni connotato di eticità dalla costruzione della fattispecie penale. Ciononostante, essa fu velocemente accantonata a vantaggio della più ampia nozione di bene giuridico; giustificare la sanzione penale soltanto a fronte della violazione di diritti rischiava, infatti, di limitare eccessivamente l'ambito dello *ius puniendi*, non potendosi ricomprendere fattispecie senz'altro meritevoli di pena, ma che, a rigore, non ledevano alcun diritto (si pensi ai delitti di falso o agli attentati).

D'altra parte, lo stesso Birnbaum, "padre" della categoria del bene giuridico, osservò come determinati interessi meritassero la tutela penale quantunque non

¹⁰ Per un approfondimento in chiave monografica in merito all'influenza del giusnaturalismo sul diritto penale, v. S. MOCCIA, *Carpozov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, Napoli, 1988.

¹¹ Così C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Harlem, 1766, 22.

¹² In tema, G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di Diritto Penale*, cit., 431 ss.

¹³ In tema cfr., *ex multis*, F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Nss. Dig. It.*, vol. XIX, 1973, 82 ss.

¹⁴ La rilevanza "esterna" e sociale di pena e diritto penale è insita nell'opera di F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, Lucca, 1871, *passim* e spec. 32 ss.

¹⁵ Cfr., *Ibidem*, 106.

assurgessero a veri e propri diritti soggettivi; per altro verso, non è l'astratta categoria del diritto ad essere violata, bensì il suo oggetto: il *bene* ad esso sotteso¹⁶.

Il secondo profilo essenziale del principio *nullum crimen sine iniuria* riguarda il grado di intensità dell'offesa al bene. Nel diritto penale del fatto, l'azione materiale del reo può, alternativamente, danneggiare o esporre a pericolo il bene giuridico. Il pericolo assurdo così, almeno a livello di principio, a centro dogmatico di sistema nell'ambito del diritto penale incentrato sui *fatti* di reato.

Le fattispecie di danno nel sistema del codice del 1930 consistono in ipotesi tipiche, ben individuate. In tali casi il legislatore tutela la lesione effettiva del bene attraverso condotte che possono o meno essere vincolate, dal punto di vista della tecnica di formulazione della fattispecie.

Beninteso, anche le fattispecie di pericolo sono tassative, in ossequio al carattere frammentario del diritto penale. L'ordinamento conosce tuttavia una figura di carattere generale, idonea ad anticipare la soglia dell'intervento penale al pericolo concreto, con effetti costitutivi di punibilità: si fa ovviamente riferimento alla clausola di incriminazione suppletiva costituita dall'art. 56 c.p., in materia di delitto tentato¹⁷.

In contrapposizione alla lesione effettiva nei reati di danno, il pericolo determina un *vulnus* meramente potenziale al bene giuridico. Anche in questi casi, pertanto, il fatto non è punito in quanto estrinsecante una *volontà colpevole*, bensì poiché il danno al bene è stato possibile, probabile, verosimile. Si tratterà poi di verificare in che rapporto si pongano la condotta del reo e la verificatasi situazione di rischio.

Nell'ambito di un simile quadro dogmatico viene spontaneo interrogarsi sulla collocazione sistematica di istituti che, quantomeno all'apparenza, si ricollegano più o meno direttamente a forme late di soggettivismo punitivo¹⁸, attribuendo rilevanza penale alle intenzioni del reo.

Peculiarmente rilevante in tal senso è la categoria del dolo specifico¹⁹, nella quale confluiscono tendenzialmente le ipotesi di rilevanza penale del finalismo del reo.

La manualistica definisce il dolo specifico come una figura di creazione squisitamente legislativa²⁰. Esso ricorre in tutti quei casi in cui la legge richiede, nella norma incriminatrice, un espresso elemento di natura soggettiva, ovvero una particolare

¹⁶ J.M.F. BIRNBAUM, *Über das Erforderniß einer Rechtsgutsverletzung zum Begriffe des Verbrechens mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung*, in *Archiv des Criminalrechts*, 1834, 179.

¹⁷ Sul punto, peraltro, osservare come solo la c.d. *concezione oggettiva* del tentativo sia realmente rispondente all'esigenza di prevenire il pericolo per i beni giuridici di riferimento. Al contrario, aderendo alle concezioni c.d. *soggettive* o *miste*, l'istituto si collocherebbe ben al di là dei paradigmi tracciati dal diritto penale del fatto, dovendosi rintracciare il fondamento politico-criminale dell'incriminazione nella volontà antisociale dell'autore. In argomento, cfr. *amplius* G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto Penale, parte generale*, Bologna, 2014, 477-480.

¹⁸ Per una panoramica generale sul punto, cfr. G. MARINUCCI, *Soggettivismo e oggettivismo nel diritto penale. Uno schizzo dogmatico e politico-criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 1, 2011.

¹⁹ In argomento: M. FINZI, *Il cosiddetto 'dolo specifico'. Volizioni dirette verso un risultato che sta fuori degli atti esterni d'esecuzione di un reato*, in *Studi in memoria di A. Rocco*, Milano, 1952; L. PICOTTI, *Il dolo specifico. Un'indagine sugli 'elementi finalistici' delle fattispecie penali*, Milano, 1993; M. GELARDI, *Il dolo specifico*, Padova, 1996.

²⁰ Così ad esempio G. DE VERO, *Corso di diritto Penale*, I, cit., 154.

finalità in vista della quale l'agente abbia commesso il fatto. Ai fini della punibilità non è necessario che lo scopo sia stato raggiunto.

La nota classica del dolo specifico, pertanto, è costituita dal fatto che, a dispetto del *nomen*, esso non costituisce il riflesso psicologico di un elemento materiale del reato, ma rileva di per sé, nella sua mera consistenza soggettiva²¹.

Il confine tra il *non offendere* e il *non volere* è in tali casi piuttosto sottile.

Specialmente nei reati in cui la finalità assume rilevanza centrale nel corpo della fattispecie, la tenuta della centralità del pericolo nel diritto penale del fatto va appurata al netto delle applicazioni ermeneutiche. La questione, d'altra parte, è decisamente complicata da taluni *retrotopici*²² interventi del legislatore penale, che strumentalizza talvolta l'elemento finalistico per incentrare sulla personalità del reo l'intero disvalore della fattispecie, mantenendo in qualche modo una linea di continuità con la tradizione pre-illuministica.

Occorre pertanto vagliare le eterogenee ipotesi di reati a dolo specifico previste nell'ordinamento italiano al fine di verificare se queste ultime siano effettivamente riconducibili ad una "categoria" e, in caso di risposta positiva al quesito, individuare il *filo* che consenta di orientarsi, alla luce del principio *cogitationis poenam nemo patitur*, all'interno del *labirinto* normativo costituito dalle fattispecie di riferimento.

2. Il fine del reo: il polimorfo dolo specifico.

Il dolo specifico è una categoria giuridicamente controversa.

Non è questa la sede per poter ripercorrere la travagliata genesi dell'istituto nella dogmatica penalistica²³. Occorre tuttavia osservare come già la stessa collocazione dello *scopo* dell'agente nella teoria generale del reato sia stata tradizionalmente dibattuta.

In disparte le risalenti opinioni volte a ricondurre il dolo specifico nell'ambito dell'antigiuridicità²⁴, il *nomen* ereditato dall'istituto evidenzia gli approdi formalmente

²¹ *Ibidem*, 496.

²² Si mutua qui l'espressione di Z. BAUMAN, *Retrotopia*, trad. it. di M. CUPELLARO, Bari, 2017.

²³ Sul punto, occorre nondimeno rinviare ai contributi degli Autori occupatisi della ricostruzione, anche storica, dell'istituto.

In particolare, per un esame del ruolo del finalismo nel diritto arcaico e romano, cfr. M. GELARDI, *Il dolo specifico*, Padova, 1996, 21-38. Un'efficace sintesi delle diverse posizioni in ordine all'elemento finalistico espresse da Scuola classica e Scuola positiva è operata da L. PICOTTI, *Il dolo specifico. Un'indagine sugli 'elementi finalistici' delle fattispecie penali*, cit., 21 ss.

In argomento, per completezza, cfr. altresì: J. BENTHAM, *Traité de législation civile et pénale*, Parigi, 1802, 15 ss.; F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale (1863)*, cit., 107 ss., secondo taluni vero e proprio "padre" della categoria in questione; S. ARDIZZONE, *Condotte finalisticamente orientate e forme di colpevolezza*, in *Studi in onore di Giovanni Musotto*, II, Palermo, 1979, in particolare 11, nota 11, per il quale, piuttosto, la prima teorizzazione unitaria del dolo specifico andrebbe attribuita a V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, Torino 1950, II, n. 307, 33; P. CAPOFERRO, *Dei motivi determinanti il reato*, Messina, 1907; G. MUSOTTO, *Il problema del dolo specifico* in *Studi in onore di Francesco Antolisei*, Milano, 1965, vol. II, 365 ss.

²⁴ In tal senso la dottrina in materia di elementi subiettivi dell'antigiuridicità: cfr. M. FINZI, *Il cosiddetto 'dolo specifico'. Volizioni dirette verso un risultato che sta fuori degli atti esterni d'esecuzione di un reato*, cit., 394; E.

univoci cui è pervenuta la tradizione penalistica italiana. A riguardo, è piuttosto diffuso, in dottrina come in giurisprudenza, il convincimento per cui il dolo specifico costituirebbe una specie di dolo, riconducibile pertanto nell'alveo della *colpevolezza*²⁵.

Non mancano tuttavia, anche nella dottrina più recente, voci intese a collocare l'istituto nell'ambito della tipicità, postulandosi la necessaria oggettivizzazione del dolo specifico, alternativamente, nei mezzi o nei risultati del reato²⁶.

Le aporie nominalistiche²⁷ connotano di incertezza il dibattito sull'istituto, specialmente allorquando si tratti di disquisirne di *ratio* e funzione.

L'eterogeneità strutturale e funzionale delle ipotesi di dolo specifico legittima seri dubbi in ordine alla reale consistenza dogmatica della categoria, all'apparenza una scatola vuota priva di riscontri pratici. La *reductio ad unum* delle fattispecie a dolo specifico consisterebbe, in sostanza, in un discutibile approccio, ossequioso rispetto alla tradizione dottrinale²⁸, ma privo di reale consistenza teorica.

È proprio valorizzando la differenza tra fini leciti e illeciti che le moderne teorie oggettivistiche sul dolo specifico sono giunte a tali traguardi interpretativi, mosse dall'esigenza di osservare i crismi di materialità ed offensività: stando alle premesse del diritto penale del fatto, il carico offensivo sanzionato deve, a rigore, pur sempre risiedere in un'azione materialmente percepibile, nonché lesiva, almeno potenzialmente, di un bene.

In questo senso, a livello metodologico, l'induzione si rivela di efficace ausilio: non può prescindere dalla correlazione tra parte generale e parte speciale, accomunando le fattispecie rilevanti in *sub-categorie*.

Al di là delle definizioni ricorrenti nella manualistica classica, d'altra parte, lo scopo perseguito prende vita e assume connotati funzionalmente diversi in relazione, potenzialmente, ad ogni fattispecie incriminatrice in cui lo stesso viene in rilievo.

Il dolo specifico si atteggia quindi alla stregua del bambino freudiano, *perverso polimorfo* poiché con forme e funzioni diverse è strumento che pone l'accento su un'intima *volizione* del reo, in misura più o meno intensa a seconda dei casi.

Non tutte le fattispecie a dolo specifico, pertanto, sono ugualmente "allarmanti" in punto di necessaria lesività²⁹.

Com'è ovvio, tuttavia, l'incriminazione di finalità specifiche ben può prestare il fianco a strumentalizzazioni sia politico-criminali che pratico-processuali. Ed infatti, le tensioni tra dolo specifico e principio di offensività vengono senz'altro accentuate

CONTIERI, *Sullo scopo dell'autore del reato*, Napoli, 1947, 116 ss.

²⁵ In tal senso, *ex multis*, cfr. G. BETTIOL, *Diritto penale*, Padova, 1986, 447; S. RANIERI, *Manuale di diritto penale*, I, Padova, 1968, 307.

²⁶ In tal direzione E. MORSELLI, *Il reato di false comunicazioni sociali*, Napoli, 1974, 119.

²⁷ La collocazione dogmatica dell'istituto è, ad esempio, criticata da A. PAGLIARO, *Principi di Diritto Penale. Parte Generale*, Milano, 2003, 241 ss.

²⁸ *Ex multis*, v. F. BRICOLA, *Considerazioni esegetiche sul dolo specifico nel falso in scrittura privata*, in *Archivio Penale*, n. 2, 1960, 63 ss.

²⁹ Le chiavi di lettura dottrinali in materia, d'altra parte, rispecchiano pienamente tale assunto, valorizzandosi, a fini classificatori, i diversi gradi di tensione tra reati a dolo specifico e crisma di offensività. Sul punto, v., *infra*, il prossimo sottoparagrafo.

dall'atteggiamento del legislatore "emotivo" che, nell'ambito dei delicati settori nei quali la *sicurezza* ha acquisito un autonomo *status* di bene giuridicamente rilevante, sempre più spesso utilizza l'istituto come strumento di anticipazione³⁰, valorizzandone l'attitudine e la funzione più strettamente incriminatrice. Lo scopo del reo diventa così perno della fattispecie, colorando di cupo soggettivismo un ordinamento penale che, a livello di principio³¹, è diretto a sanzionare *fatti* e non *autori* in quanto tali³².

Se l'elemento finalistico si atteggia in misura decisamente poliedrica, appare legittimo domandarsi se più che di "dolo specifico" non debba piuttosto parlarsi di "doli specifici": l'unicità del *nomen* non sembra infatti idonea a rispecchiare la complessità di tale categoria.

2.1. Le funzioni del dolo specifico: una visione d'insieme.

Il dibattito sulla funzione dell'elemento finalistico è piuttosto risalente³³ e ha continuato a destare, anche in tempi recenti, l'interesse della dottrina, la quale continua a considerare il dolo specifico un istituto *funzionalmente polimorfo*³⁴. Sono state pertanto

³⁰ Cfr., in materia, L. PICOTTI, [Terrorismo e sistema penale: realtà, prospettive, limiti - Relazione di sintesi](#), in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 1/2017, 249 ss.; L. BRIZI, [L'illecito penale costruito ex latere subjecti: la "finalità di terrorismo" alla prova del diritto penale del fatto](#), in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 1/2017, 14 ss.

³¹ Cfr., in materia di immigrazione, le osservazioni critiche sulla tenuta della dimensione fattuale del diritto penale, con riferimento alle insidiose forme del diritto penale d'autore, in R. CRUPI, *Diritto penale d'autore, diritto penale del nemico e diritto penale del fatto: quale modello per la posizione dello straniero?* in G. Verde - A. Genna (a cura di), *Immigrazione e garanzie dei diritti fondamentali*, Torino, 2012, 287 ss.

³² Come autorevolmente evidenziato, le interpretazioni late delle fattispecie a dolo specifico hanno costituito «il pertugio attraverso il quale in Germania ha iniziato la sua marcia trionfale il soggettivismo»; tendenza, nell'esperienza italiana, comunque limitata «dall'orientamento, risalente ma oggi pressoché unanime, che attribuisce un duplice significato alle locuzioni "allo scopo", "al fine", "per" che compaiono in quelle figure delittuose: non si tratterebbe solo di particolari finalità che devono animare l'agente, cioè dell'intenzione di conseguire un certo risultato offensivo, bensì anche dell'oggettiva tendenza dell'azione verso quel risultato» (G. MARINUCCI, *Soggettivismo e oggettivismo nel diritto penale. Uno schizzo dogmatico e politico-criminale*, cit., 11).

³³ Nella dottrina tradizionale, varie sono state le costruzioni dogmatiche sul tema del ruolo del finalismo nella fattispecie penale: in linea approssimativa possono comunque individuarsi diverse correnti di pensiero.

Secondo una prima impostazione (cfr. in particolare G. MAGGIORE, *Principi di diritto penale*. Vol. I, Bologna, 1937, 370; S. PIACENZA, *Saggio di un'indagine sul dolo specifico*, Torino, 1943, 60), il fine dell'agente, costituendo elemento specializzante del dolo non potrebbe che fungere da elemento di distinzione tra due fattispecie di reato caratterizzate dallo stesso elemento oggettivo.

Altra tesi (v. E. FLORIAN, *Parte generale del diritto penale*, Milano, 1936, 458; G. BATTAGLINI, *Diritto penale*, Padova, 1949, 223), ha ammesso altresì che, talvolta, lo scopo del reo possa rilevare come elemento costitutivo della fattispecie, con funzione incriminatrice.

Secondo diversa impostazione, poi, lo scopo del reo "specificherebbe" il dolo, anche laddove acceda al fatto tipico come elemento circostanziale: in tal senso, cfr. E. FERRI, *Principi di diritto criminale (delinquente e delitto nella scienza, legislazione, giurisprudenza)*, Torino, 1928, 440.

³⁴ Nella manualistica è appunto comune il riferimento alla pluralità delle funzioni del dolo specifico: cfr., ad esempio, G. DE VERO, *Corso di diritto Penale*, I, cit., 154 ss.; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto Penale, parte generale*, cit., 385; F. PALAZZO, *Corso di Diritto Penale. Parte Generale*, Torino, 2013, 313; R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2006, 541; C.F. GROSSO - M. PELISSERO - D. PETRINI - P. PISA, *Manuale di*

elaborate varie classificazioni, per lo più dirette a vagliare la tenuta³⁵ dei reati a dolo specifico al cospetto del principio di necessaria lesività.

Nella manualistica è senz'altro diffusa, ad esempio, la dicotomia delle fattispecie a dolo specifico riguardo alla funzione restrittiva o costitutiva della punibilità³⁶.

Altri autori³⁷ hanno messo in evidenza come talora il legislatore utilizzi il dolo specifico, con rilevanti effetti di disciplina, nell'ambito dei reati a consumazione anticipata.

In ulteriori ipotesi la specifica finalità dell'agente serve a mutare il titolo del reato contestato, a costituire un reato in forma aggravata³⁸ ovvero, ancora, a distinguere tra più ipotesi delittuose³⁹.

Più di rado, invero, ci si concentra sulla ricerca di un minimo comun denominatore tra tali fattispecie, per chiarirne, eventualmente, fondamento e tratti di disciplina unitari⁴⁰, ovvero per appurarne la reale rilevanza dogmatica⁴¹.

È proprio in tal senso che si sono dirette le principali obiezioni alla categoria del dolo specifico, se ricostruita nel tentativo di rendere omogenee ipotesi necessariamente eterogenee. Nell'opinione di autorevole dottrina, le tradizionali fattispecie a dolo specifico non sarebbero altro che il frutto di una peculiare tecnica di normazione, che «si avvale della indicazione di un fine diverso da quello espresso dalla condotta per qualificare e caratterizzare la condotta stessa⁴²». Seguendo tale ricostruzione, pertanto, sarebbe inopportuno considerare i reati a dolo specifico categoria unitaria, ed il *nomen iuris* dell'istituto si riconfermerebbe improprio a sua volta, non rappresentando il dolo specifico la proiezione soggettiva di un elemento oggettivo⁴³, bensì il risultato di una mera e peculiare tecnica di formulazione della fattispecie.

Occorre allora esaminare singolarmente le possibili funzioni dell'elemento finalistico per verificare la reale portata della categoria, nella particolare prospettiva dell'oggettivismo punitivo e del principio di offensività.

diritto penale. Parte generale, Milano, 2017, 336 ss.; G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2017, 417-418.

³⁵ In argomento, per tutti, cfr. G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di Diritto Penale*, vol. I, cit., 572 ss.

³⁶ In questo senso, *ex multis*, G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto Penale, parte generale*, cit., 385.

³⁷ Si fa riferimento, tra gli altri, a G. DE VERO, *Corso di diritto Penale*, I, cit., 154-155. Altra dottrina, al contrario, ritiene non riconducibili i reati a consumazione anticipata nell'ambito dei delitti a dolo specifico: cfr. in particolare A. PAGLIARO, *Principi di Diritto Penale*, cit., 386.

³⁸ Cfr. F. PALAZZO, *Corso di Diritto Penale. Parte Generale*, cit., 314.

³⁹ In tale direzione cfr. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 1991, 313.

⁴⁰ Sul rapporto di interdipendenza tra fine ed azione, ad esempio, cfr. C. PATERNITI, *Manuale dei reati. Le regole generali*, Milano, 2010, 75-76; nonché F. DEAN, *Il rapporto di mezzo a fine nel diritto penale*, Milano, 1967, 151 ss.

⁴¹ Sul punto, cfr. l'efficace sintesi offerta da M. GELARDI, *Il dolo specifico*, cit., 1 ss.

⁴² G. MUSOTTO, *Il problema del dolo specifico*, cit., 363 ss.

⁴³ Così G. DE VERO, *Corso di diritto Penale*, I, cit., 496: «la nota caratteristica del dolo specifico – che non è resa adeguatamente sul piano lessicale da tale tradizionale qualificazione – è data dunque dal fatto che una certa componente del dolo non rappresenta, come accade di solito, il riflesso psicologico di un elemento materiale del reato, ma rileva nell'economia della fattispecie di per sé, nella sua mera consistenza soggettiva»; portando alle estreme conseguenze tale impostazione, autorevole dottrina ha difatti escluso in radice che il dolo specifico costituisca una specie di dolo: cfr. A. PAGLIARO, *Principi di Diritto Penale*, cit., 287.

Solo all'esito di tale percorso sarà possibile individuare, se esistente, un filo di conduzione tra le diverse fattispecie a dolo specifico. Ancora, potranno così esaminarsi le "nuove" criticità in punto di elemento finalistico, specialmente nell'ambito di un ordinamento, il nostro, ove negli ultimi anni sempre maggiori tendenze simbolistiche hanno spinto il legislatore verso allarmanti derive securitarie, accentuate dal marcato utilizzo del dolo specifico con funzione di politica criminale.

3. Dolo specifico di offesa ulteriore.

Il viaggio tra le labirintiche mura delle funzioni del dolo specifico prende le mosse da una prima serie di fattispecie tradizionalmente non suscitanti particolare allarme sotto il profilo della necessaria lesività: si fa riferimento ai c.d. reati a dolo specifico di *ulteriore offesa*⁴⁴.

In queste previsioni la condotta cui la finalità accede è già, certamente, piena di un autonomo grado di disvalore: l'offesa rappresentata dal dolo specifico è proprio in tal senso *ulteriore*.

Per tale motivo, la definizione che più si attaglia a tali fattispecie è quella di reati a dolo specifico con *condotta tipica pregnante*: a rigore, invero, l'offesa si realizza prevalentemente sul piano dell'azione. L'elemento finalistico limita l'ambito di applicazione della norma penale; si parla, in tal senso, di funzione selettiva del dolo specifico.

Nell'ambito di tali ipotesi occorre, invero, operare una successiva distinzione, in base alla carica di disvalore rappresentata dall'elemento finalistico.

In tutta una prima serie di casi, lo scopo perseguito dall'agente è neutro, in quanto sostanzialmente indifferente per l'ordinamento: si pensi al fine di trarre profitto nel delitto di furto.

L'offesa si realizza in virtù della proiezione al fine della condotta, pregnante in quanto vincolata, e portata a conclusione attraverso specifiche modalità di azione che determinano l'*iniuria* al bene: così, ad esempio, il furto dev'essere realizzato attraverso l'impossessamento della cosa mobile altrui mediante sottrazione. Il fine di trarre profitto, in questo senso, potrebbe in astratto anche non essere previsto, giacché una limitazione, postuma, dell'ambito applicativo della disposizione si potrebbe ipoteticamente attuare per il tramite del canone ermeneutico dell'offensività in concreto⁴⁵.

Tale impostazione appare coerente con la tesi, invero minoritaria, che enfatizza la mancata qualificazione del profitto da parte dell'art. 624 c.p. come *ingiusto*⁴⁶, rifiutando

⁴⁴ Così F. MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte Generale*, Padova, 2013, 219; C. LEOTTA, *Il genocidio nel diritto penale internazionale. Dagli scritti di Raphael Lemkin allo Statuto di Roma*, Torino, 2013, 362.

⁴⁵ In materia, cfr. V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale: canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005, 209 ss.; Corte cost., 7 luglio 2005, n. 265, in www.giurcost.org.

⁴⁶ In dottrina, *ex multis*, cfr. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, vol. 1, Milano, 2016, 308; G. PECORELLA, voce *Furto (dir. pen.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XVIII, Milano, 1969, 352 ss.; in giurisprudenza cfr. Cass. Pen. 13 novembre 1970, in *Cass. pen. ann.*, 1972, 521, 661.

l'idea che l'illiceità dello stesso sia elemento implicito della fattispecie. Secondo tale prospettiva, la condotta tipizzata incentrerebbe già in sé l'intero disvalore penalmente rilevante, e l'azione lesiva non richiederebbe un connotato ulteriore in termini propri di offensività, peraltro non esplicitato dalla disposizione.

Considerando il profitto-scopo come non necessariamente illecito, con tutta evidenza la funzione "riduttiva" del dolo specifico viene fortemente ridimensionata: sono punibili *ex art. 624 c.p.* tutte quelle condotte di sottrazione che non siano dirette ad ottenere un profitto, financo lecito. In altri termini, è già la rilevanza offensiva della condotta posta in essere dall'agente, senz'altro connotata a livello obiettivo dal nesso teleologico della direzione al profitto, a "selezionare" le condotte punibili. È proprio la sottrazione del bene altrui con tali modalità attuative a determinare l'offesa al patrimonio della vittima. Tale proiezione finalistica, in questo senso, riduce lo spettro di rilevanza della fattispecie astratta, non diversamente dagli elementi costitutivi della condotta negli altri reati a forma vincolata.

L'opposta tesi della necessaria ingiustizia del profitto, autorevolmente sostenuta in dottrina, parte dal presupposto che non sarebbe equo punire delle condotte caratterizzate da una proiezione *volontaristica* diretta a un risultato tutelato dall'ordinamento: il profitto perseguito dall'agente, pertanto, dovrebbe implicitamente ritenersi ingiusto affinché punibile. In tale direzione emerge in modo cristallino il senso del tradizionale riferimento alla funzione *selettiva* del dolo specifico. Sarà incriminabile il reo che abbia voluto perseguire, attraverso la propria condotta illecita, un fine a sua volta illecito. In caso contrario, l'agente potrebbe semmai, laddove ne ricorrano i presupposti, essere incriminato per esercizio arbitrario delle proprie ragioni *ex artt. 392 e 393 del codice penale*⁴⁷.

Tale ricostruzione tuttavia, ponendo l'accento sull'essenza della volontà dell'agente, rischia di ricondurre surrettiziamente l'elemento finalistico su piani soggettivistici, senz'altro da rigettare allorché è sul fine illecito che si concentra l'intero disvalore della fattispecie.

In altre ipotesi, invece, oltre alla condotta base, anche il fine è espressivo in modo esplicito di un autonomo grado di disvalore.

In tali casi l'elemento finalistico vincola in misura ancora maggiore l'interprete. Si pensi ai delitti contro il patrimonio in cui si richiede la finalità del reo di captare un profitto *ingiusto* (ad esempio, in materia di appropriazione indebita). Queste fattispecie richiedono al giudice di accertare non solo, in una "prima" fase, che la condotta si sia verificata nelle modalità vincolate *ex lege*, bensì anche che la stessa sia diretta ad uno scopo a sua volta pregnante ed offensivo.

La combinazione tra condotta illecita e fine illegittimo determina, come precipitato della tecnica di normazione utilizzata, un ambito applicativo ridimensionato, in quanto l'offesa al bene giuridico va desunta non solo dalla condotta base, bensì, anche, dalla sua oggettiva direzione ad un risultato a sua volta illegittimo.

⁴⁷ In questo senso, cfr. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto Penale, Parte Speciale. Volume II, Tomo secondo. I delitti contro il patrimonio*, Bologna, 2014, 74.

Da ultimo, ed in una prospettiva più marcatamente storico-comparatistica, occorre accennare alla dottrina teorizzante la categoria dei reati a dolo specifico *implicito*⁴⁸. Secondo tale impostazione, oltre alle ipotesi in cui l'elemento finalistico è espresso, il dolo specifico sarebbe ravvisabile in tutte quelle fattispecie nelle quali l'elemento intenzionale sia comunque connotato da *specialità*, ovvero quando il fine, pur non esplicitato, sia ricavabile dalla lettera della norma, dal suo confronto con altre fattispecie o sulla base di un'interpretazione sistematica⁴⁹.

A voler ritenere ammissibile la categoria del dolo *implicitamente* specifico, anche in tali fattispecie la funzione del sottinteso "fine" sarebbe selettiva, restringendo di fatto l'ambito applicativo della fattispecie astratta: a livello ermeneutico, al giudice si richiederebbe di accertare un elemento ulteriore, non espressamente menzionato dalla disposizione. Ciò, ovviamente, a patto di esaminare il fine dell'agente dall'angolo prospettico del diritto penale del fatto.

Tali conclusioni appaiono meno scontate laddove si consideri realmente il dolo specifico come mera proiezione psicologica e ci si accontenti, sul piano probatorio, di accertare l'intento ulteriore dell'agente. In tal modo, infatti, si rischierebbe di attribuire al fine la stessa funzione costitutiva dell'antigiuridicità del fatto⁵⁰.

In definitiva, in tutte le ipotesi suesposte, la finalità del reo vale a incrementare l'offesa al bene giuridico, traducendosi in ogni caso in elemento di rilevanza penale del fatto tipico: tale prospettiva appare invero l'unica in grado di riportare ad unità la categoria dei reati a dolo specifico.

⁴⁸ In materia, cfr. E. MEZGER, *Die subjektiven Unrechtselemente*, in *Der Gerichtssaal*, 1924, 262 e ss. Anche nella risalente dottrina italiana sono ravvisabili opinioni nel senso di ammettere la categoria dei reati a dolo specifico implicito: partendo dal presupposto di una concezione sostanzialmente soggettivistica dell'istituto, la cui funzione sarebbe quella di *specializzare*, appunto, il dolo, si è sostenuto che la finalità dell'agente rilevarebbe anche se dalla norma non espressamente richiesta ma necessariamente presupposta. Sul punto, cfr. *ex multis* S. PIACENZA, *Saggio di un'indagine sul dolo specifico*, cit., 6 ss.

⁴⁹ In questo senso M. ANGIONI, *La volontarietà del fatto nei reati. Contributo alla nozione del dolo*, Torino, 1927, 187 ss. Si veda, altresì, A. MALINVERNI, *Scopo e movente nel diritto penale*, Torino, 1955, 111, secondo il quale «talvolta [lo] scopo traspare fra le parole della legge, tal'altra se ne deve riconoscere l'esistenza per la posizione che la norma ha nel codice, e per la necessità di escludere da pena azioni che sarebbero palesemente iniquo colpire». Ciononostante, come lo stesso Autore precisa (cfr., *ibidem*, nota n. 9), «appare ovviamente opportuno che il legislatore indichi lo scopo speciale sempre in modo esplicito e non equivoco, precisando quando si esige l'obiettiva idoneità dell'azione a conseguirlo, e quando è richiesto lo scopo dell'agente; le espressioni "fatto diretto a", "nell'interesse", "a danno", "tende a", "aiuta a", non dovrebbero venire usate dalla legge appunto a causa della loro equivocità».

⁵⁰ Si pensi, ad esempio, alla dogmatica della specialità del dolo nei delitti contro l'onore, nell'ambito dei quali *l'animus iniurandi*, nell'impostazione della Scuola positiva, doveva trovare consistenza nel fine antisociale dell'agente: in tal modo, attraverso la valorizzazione di una così peculiare forma di dolo, potevano altresì esercitarsi controlli funzionali ad esigenze di difesa sociale. In argomento, cfr. E. FLORIAN, *La teoria psicologica della diffamazione*, cit., 18; S. PIACENZA, *Saggio di un'indagine sul dolo specifico*, cit., 57 ss.; M. MANTOVANI, *Profili penalistici del diritto di satira, in Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1992, 295 ss.; L. PICOTTI, *Il dolo specifico*, cit., 103-105.

4. Dolo specifico “differenziale”.

In alcuni casi il finalismo assume connotati accessori, rilevando come circostanza aggravante. A titolo di esempio, si pensi, nell’ambito del reato di *stato di incapacità procurato mediante violenza* l’aggravante posta a carico di chi abbia agito al fine di far commettere un reato (art. 613, n. 1, c.p.).

In dottrina⁵¹ si è poi rilevato come talora «lo scopo distingu[a] una figura delittuosa da un’altra. Così la demolizione di un muro di confine costituisce esercizio arbitrario delle proprie ragioni se commessa col fine di esercitare un diritto, mentre è danneggiamento [...] ove sia compiuta semplicemente per recare un danno».

Ancora, il dolo specifico è talvolta idoneo a mutare il titolo della fattispecie, come nell’emblematica disciplina in materia di sequestro⁵².

Dalla fattispecie base di cui all’art. 605 c.p. si differenziano delle ipotesi specifiche, sulla base della peculiare finalità perseguita dal reo. Così, se il sequestro è compiuto a scopo di estorsione, troverà applicazione l’art. 630 c.p.; se è eseguito a scopo di terrorismo o eversione, la disposizione che viene in rilievo è l’art. 289 *bis* del codice penale.

Le ipotesi riferite possono unitariamente ricondursi alla categoria del dolo specifico “differenziale”, in cui la finalità perseguita giustifica un trattamento sanzionatorio più grave. Ciò ha certamente sollevato perplessità, ancora una volta con riferimento al principio di offensività⁵³.

La conformità a Costituzione di tali ipotesi è stata in dottrina confermata, purché «da un lato, il fatto oggettivo sia dotato di un suo contenuto di disvalore e che, dall’altro, il maggior rigore sanzionatorio non sia tanto eccessivo e sproporzionato da rivelare che il disvalore del reato si concentra in realtà nel solo dolo specifico⁵⁴».

A rigore, tuttavia, il mero esame in ordine al *quantum* sanzionatorio non dovrebbe essere idoneo a rilevare un eventuale *vulnus* del crisma di offensività.

La costruzione della fattispecie astratta più grave in termini di dolo specifico differenziale può non destare particolari preoccupazioni ove si consideri, come si vedrà appresso, che il nostro sistema conosce ipotesi ben più allarmanti, nelle quali la finalità illecita vale a rendere penalmente rilevanti condotte base in sé neutre, contaminandole. Sul piano concreto, tuttavia, una più stretta adesione al principio di necessaria lesività impone – pena, la deriva verso forme late di *Gesinnungsstrafrecht*⁵⁵ – che la sanzione

⁵¹ Il riferimento è a F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 313.

⁵² Cfr. sul punto F. PALAZZO, *Corso di Diritto Penale. Parte Generale*, cit., 314.

⁵³ Il dolo specifico differenziale incarna, in sostanza, una *species* di dolo specifico di offesa (su cui cfr., *infra*, §6). Anche tale ipotesi sembra rappresentare una deviazione rispetto al principio di offensività, nella misura in cui si riconducono effetti *in malam partem* ad intenzioni rispetto alle quali il legislatore, tipicamente, non richiede connotati di idoneità lesiva.

Evidenzia la tensione della categoria con il crisma di necessaria lesività, ad esempio, F. BELLAGAMBA, *La corruzione in atti giudiziari nella teoria generale del reato*, Torino, 2016, 4.

⁵⁴ F. PALAZZO, *op. loc. ult. cit.*, 314.

⁵⁵ La legittimazione di sistemi penali dell’atteggiamento interiore, chiaramente incompatibili con il nostro quadro costituzionale, ha talora trovato spazio nell’ambito della dottrina tedesca. Significativi spunti di

venga ricollegata alla tipicità obiettiva, e che la dimensione intima o meramente personale del reo non possa costituire, finanche in termini di aggravamento, oggetto di attenzione del diritto penale.

In altri termini, occorrerà pur sempre riportare l'elemento "fine" sul piano del diritto penale del *fatto*, rispettandone i termini minimi.

A tali fini "oggettivizzanti", sul piano ermeneutico, non a caso si è fatto riferimento alla struttura del paradigma generale di anticipazione offerto dall'art. 56 del codice penale⁵⁶.

La direzione della condotta base al fine illecito dev'essere pertanto desumibile dalla portata di *idoneità* ed *univocità* degli atti posti in essere⁵⁷. Diversamente opinando il rischio di sanzionare esclusivamente un proposito rimasto nella sfera intima del soggetto, ovvero esternato mediante azioni assolutamente inidonee o equivoche al raggiungimento dello scopo, sarebbe palese.

Non sarebbe ragionevole, in sostanza, punire un atto a patto che lo stesso sia concretamente offensivo, accontentandosi poi, per quanto riguarda i fini, di scivolare verso piani soggettivistici. È proprio con riferimento alle finalità illecite, pertanto, che l'attività interpretativa, in assenza di chiare indicazioni normative, deve impegnarsi per sopperire le possibili carenze di offensività concreta.

Aderendo a tale impostazione, di conseguenza, nelle ipotesi in cui il fine aggrava il titolo di reato, la condotta è quindi, a sua volta, idealmente scomponibile in una fattispecie consumata, cui accede una fattispecie tentata, costituita dall'oggetto del dolo specifico. Portando alle estreme conseguenze tale ricostruzione, non dovrebbe ammettersi l'incriminazione di tali ipotesi di reato a titolo di tentativo⁵⁸: se così fosse, la soglia della punibilità arretterebbe in modo inaccettabile, sanzionandosi invero un autentico *tentativo di tentativo*; in altri termini, non si sanzionerebbe un *pericolo di danno*, bensì un *pericolo di pericolo*.

Tornando all'esempio in materia di sequestro, laddove l'agente, senza portare a termine la sua condotta, ponga in essere atti idonei e diretti in modo non equivoco a sequestrare, perseguendo intimamente una finalità estorsiva o eversiva, a rigore egli dovrebbe rispondere, al più, di un tentativo di sequestro in forma base. Ciò poiché il bene giuridico ulteriormente protetto dalla disposizione che incrimina lo scopo estorsivo o eversivo non è stato idoneamente e univocamente esposto a pericolo per determinare una più grave sanzione penale.

Analogamente, se il sequestro si è consumato, ma la finalità illecita viene perseguita attraverso atti inidonei o inequivoci⁵⁹, tali quindi da non manifestare la

riflessione, in argomento, nelle opere di G. BETTIOL: cfr., in particolare, *Sul diritto penale dell'atteggiamento interiore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, 3 ss.; *Oggettivismo e soggettivismo nell'ambito della nozione del reato*, in *Scritti giuridici*, II, Padova, 1966; *Stato di diritto e "Gesinnungsstrafrecht"*, *ibidem*, I, 131 ss.

Nella dottrina tedesca, cfr., *ex multis*, B. KELKER, *Zur Legitimität von Gesinnungsmerkmalen im Strafrecht. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, Francoforte, 2007.

⁵⁶ Così anche G. DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, Padova, 1930, 132.

⁵⁷ Così G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di Diritto Penale*, cit., 579.

⁵⁸ *Ibidem*, 580.

⁵⁹ Mediante, ad esempio, mezzi rudimentali, o attraverso modalità del tutto inadeguate allo scopo: cfr.,

proiezione della condotta verso la finalità vietata dalla legge, il reo, a rigore, dovrà rispondere esclusivamente ai sensi dell'art. 605 c.p., nella forma consumata.

Sotto il profilo dell'offensività, tale ricostruzione è in grado di anestetizzare le preoccupazioni derivanti dall'utilizzo del dolo specifico in funzione *lato sensu* incriminatrice. Occorre tuttavia ribadire come l'interpretazione correttiva non sia sempre salvifica, trattandosi pur sempre di una delicatissima attività ermeneutica.

I profili problematici del dolo specifico differenziale vengono d'altra parte esaltati con riferimento a fattispecie di reato peculiari, ove la stigmatizzazione del fine quale indice di pericolosità dell'autore-nemico, risulta evidente. Si pensi alla fattispecie di *pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili*⁶⁰, ipotesi speciale di lesioni, connotata naturalmente di forti significati simbolici.

Con riguardo, in particolare, all'ipotesi prevista dal secondo comma di cui all'art. 583-bis c.p., il "fine di menomare le funzioni sessuali" accentua ulteriormente il ruolo simbolico⁶¹ della fattispecie, introdotta con lo scopo di attuare gli impegni assunti in materia in ambito internazionale. La prova del nove della concezione oggettivistica del dolo specifico, legata a doppio filo con la struttura del delitto tentato, può quindi essere ottimamente rappresentata dalle applicazioni giurisprudenziali in materia, ove il fine illecito è anche particolarmente disapprovato sotto il profilo etico-morale.

Nelle prime ed invero esigue pronunce sulla fattispecie, che non appare certamente in grado di congestionare le aule penali dei nostri tribunali, si possono tuttavia leggere gli allarmanti effetti della combinazione tra simbolismo penale e incriminazione del finalismo illecito. La casistica ci consegna pertanto, come ora vedremo, pronunce nelle quali si ritiene che ai fini dell'irrogazione della sanzione di cui all'art. 583-bis, secondo comma, c.p., sia sufficiente fornire prova della finalità con cui l'agente ha compiuto l'azione e a prescindere dalla reale idoneità della stessa a pregiudicare le funzioni sessuali della vittima.

Nell'ambito dell'atroce fenomeno delle mutilazioni genitali femminili, in giurisprudenza ci si è chiesti ad esempio se potesse integrare la fattispecie di cui all'art. 583-bis c.p. la pratica della c.d. *aruè*, tipica dalla popolazione degli Edo-Bini, consistente in un'incisione superficiale sulla faccia antero-superiore del clitoride.

La nota sentenza di merito⁶² che si è occupata della questione ha chiarito che «la pratica in questione, nel gruppo etnico degli Edo-bini, limitata ad una piccola incisione sulla faccia anteriore del clitoride, [...] ha la finalità di riconoscere il nuovo nato come appartenente al proprio gruppo, esulando dalla stessa ogni finalità di controllo

ibidem, 580-581.

⁶⁰ Una panoramica generale delle varie tipologie di mutilazioni genitali femminili, unitamente a specifiche considerazioni giuridiche, in F. DI PIETRO, *Le norme sul divieto delle pratiche di mutilazione genitale femminile*, in *Diritto&Diritti* – Rivista giuridica elettronica, luglio 2006, 1 ss.

⁶¹ Così C. SOTIS, *Intervento*, in AA.VV., [La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista. Un dibattito promosso dall'Associazione Italiana Professori di Diritto Penale](#), in questa *Rivista*, 21 dicembre 2016, 16.

⁶² Tribunale di Verona del 14 aprile del 2010, in *Riv. it. Dir. Proc. pen.*, n. 2/2011, 838 ss., con nota di C. PECORELLA, *Mutilazioni genitali femminili: la prima sentenza di condanna*.

sessuale⁶³». Dalla lesione occorre che fuoriesca del sangue, in quanto la pratica dell'*aruè* è funzionale alla catarsi, ma la stessa non è fondamentale preordinata a pregiudicare la sensibilità o le funzioni sessuali dell'organo genitale: nella pronuncia di riferimento si legge financo che «non vi sia prova certa di un effettivo indebolimento della funzione clitoridea».

Nonostante tali osservazioni, si è argomentato nel senso che «il fatto che in concreto quell'incisione, così come in uso nella cultura degli Edo-bini, non conduca magari ad un'effettiva limitazione della sessualità della donna non fa venire meno la tipicità e l'offensività del reato perché, come detto, nell'ipotesi di cui al 2° comma dell'art. 583-bis c.p., è sufficiente il dolo specifico e non l'effettiva limitazione sessuale⁶⁴».

La funzione simbolica del rito è stata ritenuta sufficiente a ricavare la prova dell'intima finalità di compromissione delle funzioni sessuali, sebbene non sia stato accertato a livello processuale che tale bene, tutelato appositamente dalla disposizione, abbia corso un concreto pericolo. In altri termini, si è impostata la questione dal punto di vista squisitamente psicologico, peraltro ricavando il fine illecito in base a presunzioni che appaiono invero apodittiche.

Tale pronuncia sembra rilevante non tanto sotto i profili applicativi, considerato, tra l'altro, il fatto che il giudice di seconda istanza abbia prontamente provveduto a riformarla con peculiare considerazione riguardo alla motivazione in merito al dolo specifico⁶⁵. Essa vale, piuttosto, ad ammonire gli operatori del diritto con riferimento alle insidie rappresentate dalla poca stabilità offerta delle soluzioni *correttive* adottate sul piano ermeneutico, facilmente aggirabili *contra reum*.

Sarebbe il caso, sicuramente, di limitare il ricorso legislativo all'elemento finalistico in chiave *simbolica*, quantomeno finché il dolo specifico continuerà ad essere utilizzato come panacea dalla carenza processuale di elementi probatori di carattere fattuale⁶⁶.

⁶³ *Ibidem*, 848. Nella pronuncia, sulla base delle testimonianze assunte, si è avuto modo di rilevare che tale *aruè* «deve investire gli organi della riproduzione perché essa ha a che fare con la questione della discendenza e che chi non viene sottoposto al rituale in questione (che non è pubblico ma si svolge in ambito privato) non viene riconosciuto dal proprio gruppo, né viene considerato umanizzato e calato in una qualsiasi realtà, familiare, sociale o religiosa», e come, inoltre, «la pratica in questione assuma un triplice significato, di cui il primo attiene al fatto di essere umanizzati, ovvero essere rese donne all'interno della comunità degli umani, il secondo esprime un senso di appartenenza a quella specifica comunità ed il terzo riguarda la possibilità di vivere in libertà nel proprio gruppo come donne. [...] La pratica ha anche un significato di purificazione, tanto che si lascia fuoriuscire qualche goccia di sangue, ma che non vi è alcun legame con la sfera della sessualità, né la stessa ha finalità di controllo dell'uomo sulla sessualità femminile».

⁶⁴ *Ibidem*, 850.

⁶⁵ Cfr. Corte d'Appello di Venezia, 23 novembre 2012 (dep. 21 febbraio 2013), n. 1485. In argomento, cfr. F. BASILE, [Il reato di "pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili" alla prova della giurisprudenza: un commento alla prima \(e finora unica\) applicazione giurisprudenziale dell'art. 583 bis c.p.](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4/2013, 311 ss.

⁶⁶ Secondo un'autorevole e del tutto condivisibile chiave di lettura, il limite principale delle interpretazioni correttive risiede principalmente nella loro essenza non legislativa: «quanto più il principio di offensività sarà meglio riconosciuto a livello legale, nelle singole incriminazioni, al di là dei principi generali, tanto più potrà essere attuato a livello giurisprudenziale. Ben vengano le interpretazioni sostanziali, dunque, ma non la sostituzione della magistratura al Parlamento». Così M. DONINI, [Il principio di offensività. Dalla penalistica](#)

5. Dolo specifico e reati a consumazione anticipata.

Nei reati a consumazione anticipata si appalesa la funzione, appunto, anticipatoria del dolo specifico. La struttura di tali fattispecie riproduce la sequenza logico-cronologica tra tentativo e consumazione: il legislatore punisce come delitto consumato un fatto che potrebbe rilevare, comunque, *ex art. 56 c.p.* rispetto a un'altra fattispecie di danno.

Si pensi, a titolo di esempio, al *fraudolento danneggiamento dei beni assicurati e mutilazione fraudolenta della propria persona* di cui all'art. 642 c.p.: l'esposizione a pericolo del bene giuridico tutelato⁶⁷ diviene oggetto di previsione autonoma, sottraendo la fattispecie all'ambito di applicazione del tentativo; si attribuisce in sostanza «carattere di delitto di pericolo perfetto alla creazione di un artificio, anche prima che venga usato. Se si consegue l'intento, il delitto diventa di danno⁶⁸».

In queste ipotesi, la costituzione di un'autonoma fattispecie di reato rappresenta senza dubbio una presa di posizione, tipicamente simbolica, a livello di politica criminale⁶⁹. Come si è rilevato⁷⁰, infatti, tali fattispecie raggiungono il medesimo risultato

[italiana ai programmi europei](#), in *Dir. Pen. Cont. – Riv. Trim.*, 4/2013, 41.

⁶⁷ Secondo la preferibile chiave di lettura (cfr., *ex multis*, G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto Penale, Parte Speciale. Volume II, Tomo secondo. I delitti contro il patrimonio*, cit., 296-297; C. LAPICCIRELLA, *La repressione delle frodi a danno degli assicuratori della responsabilità civile automobilistica*, in *Assicurazione della responsabilità civile automobilistica*, Atti del sesto convegno per la trattazione di temi assicurativi, Milano, 1965, 39-41; *contra*, per la tesi della plurioffensività dell'illecito, cfr. G. NEPPI MODONA, voce *La frode in assicurazione*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XVIII, Milano, 1969, 119; G. MARINI, voce *Infortuni (frodi nell'assicurazione contro gli)*, in *Nss. D. I. App.*, IV, Torino, 1983, 217), la previsione sarebbe diretta a proteggere in via esclusiva il patrimonio dell'assicuratore, strumentale alla tutela della funzione assicurativa nel suo complesso. In questo senso, l'incriminazione a titolo autonomo di tali fattispecie speciali di truffa tentata nel settore assicurativo assume connotati simbolici e funzione di agevolazione processuale. Così anche la *Relazione ministeriale al progetto definitivo del Codice Penale*, in *Lavori preparatori*, I, p. II, Roma, 1929, 463: «la ragione di questa speciale configurazione giuridica, che prescinde dalle norme ordinarie nella valutazione di elementi di fatto, che sostanzialmente dovrebbero rapportarsi al delitto di truffa, è riposta nella necessità di concedere una maggiore tutela alla funzione assicurativa, che interessa l'economia nazionale e di apprestare mezzi più efficaci di difesa contro un genere di frode, per il quale l'accertamento delle prove presenta estreme difficoltà».

⁶⁸ Così la *Relazione ministeriale*, cit., 463.

⁶⁹ Tale drammatico collegamento è tristemente evidenziato nella prolusione ai corsi dell'ateneo messinese dell'anno accademico 2017/2018 di L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, in www.unime.it, 2017, 6, che denuncia una tendenza, sempre più evidente negli ultimi anni, ad un uso del diritto penale in chiave simbolica, giacché «la tecnica di formulazione delle fattispecie incriminatrici si traduce sempre più spesso in previsioni farraginose e irragionevoli (e non di rado pesantemente sanzionate), oscure dal punto di vista teorico ma – ancor più – da quello applicativo e non di rado caratterizzate da un'anticipazione a dir poco generosa della tutela penale (emblematica l'incriminazione progressivamente più ampia delle condotte collaterali al fenomeno associativo nel contrasto al terrorismo internazionale)».

⁷⁰ Proprio in tal senso G. DE VERO, *Corso di diritto Penale*, I, cit., 154, che esclude di tal guisa possibili contrasti con il principio di offensività: «[i] reati a consumazione anticipata [...] non suscitano particolari problemi rispetto al principio di offensività: essi[i] rappresentano in sostanza configurazioni particolari di quanto

ottenibile attraverso la consueta operatività dell'art. 56 del codice, senza nulla aggiungere, a livello costitutivo, al panorama di norme incriminatrici già conosciute a livello di sistema.

Anche laddove la norma incriminatrice non preveda il requisito dell'idoneità della condotta attuata al raggiungimento del fine, ipotizzare che la sola *direzione* dell'azione a conseguire lo scopo, prescindendo da un autonomo giudizio di causabilità in termini di pericolo concreto, possa costituire un'*iniuria*, tradirebbe evidenti logiche soggettivistiche.

La scelta del legislatore di costituire reati a consumazione anticipata sembrerebbe piuttosto prestare il fianco a obiezioni sotto il profilo dell'opportunità. Essa potrebbe apparire *pericolosa*, laddove si dovessero avversare le tendenze espansive del diritto penale ipertrofico⁷¹; o altrimenti *inutile*, considerato che tali previsioni non colmerebbero alcun vuoto di tutela, andandosi piuttosto a sovrapporre con altre fattispecie.

In realtà, l'anticipazione della consumazione per il tramite del dolo specifico non si rivela mai legislativamente "inutile", e proprio per tale ragione può apparire talvolta "pericolosa".

Si considerino in prima istanza le ipotesi in cui lo scopo estremizza l'anticipazione della soglia di rilevanza penale del fatto, per incriminare zone per così dire "grigie", rispetto alle quali l'astratta configurabilità del tentativo potrebbe essere dubbia. L'elevazione di atti prodromici ad autonome fattispecie può inoltre servire, in deroga al principio di cui all'art. 115 c.p., a sanzionare con pena fatti che, altrimenti, non rilevarebbero se non come quasi-reati, ai fini dell'applicazione di misure di sicurezza.

Optare per la costituzione di un reato a consumazione anticipata, inoltre, determina sempre conseguenze in punto di disciplina. In tal modo può infatti determinarsi un nuovo intervallo edittale, derogando all'ordinario *quantum* sanzionatorio stabilito in materia di tentativo.

Ciò si appalesa in modo particolare laddove il dolo specifico è utilizzato come strumento di anticipazione estrema, ipotesi nelle quali l'evento di danno, penalmente rilevante, è presidiato da un'ampia schiera di reati di pericolo incriminanti atti preparatori. Talvolta, peraltro, in tali disposizioni non sempre la cornice edittale viene parametrata in modo adeguato, dando vita a dei veri e propri cortocircuiti sistematici per i quali fattispecie più remote rispetto all'evento dannoso vengono punite in egual o maggior misura rispetto a condotte che si pongono in momenti ad esse cronologicamente successivi.

L'esempio è offerto dal complesso quadro creatosi, in materia di terrorismo (artt. 270-bis e ss.) a seguito della massiccia introduzione di fattispecie a consumazione anticipata, destinate indubbiamente a interferire tra loro: i dubbi applicativi non sempre vengono dissipati dalle numerose clausole di riserva ivi prescritte⁷².

potrebbe essere punito comunque a titolo di tentativo, attraverso il combinato disposto dell'art. 56 c.p. con la norma incriminatrice del (l'unico) delitto che fosse previsto dalla legge in termini di danno».

⁷¹ In argomento, cfr. ampiamente C. E. PALIERO, «Minima non curat praetor» - *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, 3 ss.

⁷² Sul punto, sia consentito il rinvio a G. MARINO, *Il Sistema antiterrorismo alla luce della l. 43/2015: un esempio*

Si ponga l'attenzione ai rapporti tra le fattispecie di arruolamento ed organizzazione di viaggi con finalità di terrorismo di cui agli artt. 270-*quater* e 270-*quater.1* del codice penale. L'organizzazione del viaggio si realizza, logicamente, in un momento necessariamente successivo all'arruolamento, determinando un'esposizione a pericolo più intensa del bene giuridico tutelato.

Considerato tuttavia che l'arruolamento è punito più gravemente dell'organizzazione del trasferimento, tale opzione politico-criminale, figlia dell'esigenza di attuare gli obblighi assunti a livello internazionale in materia, appare piuttosto irragionevole nonché foriera di incertezze a livello applicativo, e pertanto di dubbia opportunità giuridica.

Emerge, ancora una volta, quanto possa mostrarsi strumentalizzabile l'istituto del dolo specifico. Peraltro, la costituzione di autonome fattispecie a consumazione anticipata pone l'ulteriore problema dell'applicabilità delle disposizioni sulla desistenza volontaria e, in particolar modo, sul recesso attivo, di cui ai commi 3 e 4 dell'art. 56 del codice.

La soluzione positiva, sostenuta da autorevoli opinioni in dottrina⁷³, troverebbe un appiglio nell'art 308 c.p.⁷⁴, norma di favore inserita nella disciplina dei delitti contro la personalità dello Stato che prevede che, nei casi di cui agli artt. 304, 305 e 307 c.p. (i primi due, in particolare, reati a dolo specifico⁷⁵ prodromici alla realizzazione di uno dei delitti di cui all'art. 302 c.p.), non sono punibili coloro i quali, prima che sia commesso il delitto-scopo, per cui si è concluso l'accordo o si è costituita l'associazione, disciolgono l'associazione o recedono dall'accordo, ovvero impediscono comunque che sia compiuta l'esecuzione del delitto.

La norma prevedrebbe in sostanza delle ipotesi speciali di desistenza volontaria e di recesso attivo; in deroga al trattamento generale previsto per il ravvedimento operoso, l'art. 308 c.p. sancisce la non punibilità, e non la mera attenuazione di responsabilità. Sarebbe evidente, pertanto, che – in assenza di puntuale eccezione – a questi casi si dovrebbero applicare le generali norme in materia di desistenza e recesso, altrimenti la scelta legislativa apparirebbe illogica.

Tale soluzione non appare tuttavia incontrovertibile, laddove si ritenga insussistente il presupposto basilare per ricorrere all'analogia, *iuris* o *legis*, ossia la lacuna

di diritto penale del nemico? in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1423.

⁷³ Così, in particolare, G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di Diritto Penale*, cit., 583.

⁷⁴ La norma testualmente prevede: «nei casi preveduti dagli articoli 304, 305 e 307 non sono punibili coloro i quali, prima che sia commesso il delitto per cui l'accordo è intervenuto o l'associazione è costituita, e anteriormente all'arresto, ovvero al procedimento: 1) disciolgono o, comunque, determinano lo scioglimento dell'associazione; 2) non essendo promotori o capi, recedono dall'accordo o dall'associazione.

Non sono parimenti punibili coloro i quali impediscono comunque che sia compiuta l'esecuzione del delitto per cui l'accordo è intervenuto o l'associazione è stata costituita».

⁷⁵ Secondo una diversa impostazione, l'art. 304 sarebbe un'ipotesi di «tentativo eccettuato», che è un caso particolare di delitto tentato, eccezionalmente incriminato come figura autonoma. In tal caso, per la punibilità occorre l'idoneità della condotta a raggiungere il fine». Come tali, i tentativi eccettuati non sarebbero dei veri e propri reati a dolo specifico: cfr. A. PAGLIARO, *Principi di Diritto Penale*, cit., 386.

normativa⁷⁶. Nei reati a consumazione anticipata il legislatore opta infatti per la costituzione di un'offesa, nel grado di pericolo, autonoma rispetto all'ipotesi di danno, tanto che al compiersi della condotta delittuosa verrà integrata una fattispecie in forma, appunto, *consumata* e non *tentata*.

Certo è che ritenere generalizzabile il contenuto precettivo, anche *in bonam partem*, dell'art. 56 c.p. costituirebbe un notevole passo avanti verso la "correzione" sistematica, in chiave costituzionalmente orientata, delle fattispecie a dolo specifico in tensione con il principio di offensività.

Ciò confermerebbe, in sostanza, che il nostro ordinamento è certamente orientato verso la dimensione fattuale dell'offesa penale, e che anche la contro-azione salvifica possa avere rilievo laddove ridimensioni o attenui l'offesa materiale al bene giuridico.

6. Dolo specifico di offesa.

I delitti a dolo specifico ma a condotta base neutra⁷⁷ rappresentano una vera e propria "prova di resistenza" del diritto penale del *fatto*. In tali casi l'*iniuria* è esclusivamente rappresentata dal perseguimento di una finalità illecita, la quale accede a condotte-base astrattamente lecite. Non a caso, tali fattispecie sono altrimenti conosciute come delitti a *dolo specifico di offesa*⁷⁸.

Esempi di tale peculiare meccanismo di incriminazione sono il "classico" delitto di *associazione a delinquere* di cui all'art. 416 c.p.⁷⁹, nonché le fattispecie di *iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile* (600 *quinquies* c.p.) e di *organizzazioni di trasferimenti con finalità di terrorismo* (270 *quater.1* c.p.). Tali condotte, lungi dal rappresentare in sé offese penalmente rilevanti, costituiscono finanche manifestazioni di diritti riconosciuti a livello costituzionale⁸⁰: la rilevanza penale è determinata in via esclusiva dal fine perseguito dall'agente.

I beni giuridici tutelati dai delitti a dolo specifico di offesa sono, nondimeno, sovente apicali o sopra-individuali. Ciò legittima, dal punto di vista penale, la più ampia anticipazione della tutela penale: tali condotte sono lecite finché non siano penalmente rilevanti, ovvero determinino un pericolo che deve necessariamente essere, dal punto di vista della tecnica normativa, astratto⁸¹.

⁷⁶ In tal senso, con riferimento all'applicabilità in via analogica delle norme scriminanti, cfr. T. PADOVANI, *Diritto Penale*, Milano, 2017, 36 ss.

⁷⁷ Così G. DE VERO, *Corso di diritto Penale*, I, cit., 155.

⁷⁸ Così F. MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte Generale*, cit., 219.

⁷⁹ In tema, cfr. G. DE VERO, voce *Ordine pubblico (delitti contro)*, in *Dig. pen.*, IX, Torino, 1994, 72.

⁸⁰ Si pensi, appunto, al diritto di associazione di cui all'art. 18, nonché alla libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 della Costituzione.

⁸¹ La circostanza per cui il pericolo non costituisca requisito tipico delle fattispecie non implica necessariamente, tuttavia, che ne venga escluso l'accertamento in concreto. Autorevole dottrina, peraltro, definisce i reati a dolo specifico come *reati di pericolo con dolo di danno*, precisando altresì che la portata del principio di necessaria lesività impone di «considerare l'estremo del pericolo come pericolo concreto». Così G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di Diritto Penale*, cit. 578-579.

Beninteso, tali esigenze di politica criminale non possono mai giustificare un *vulnus* ai principi di materialità ed offensività. Sebbene il legislatore non tipizzi, in questi casi, il pericolo come elemento della fattispecie espressivo di presunzioni coerenti con *l'id quod plerumque accidit*, lo stretto nesso esistente tra dolo specifico, tipicità, offensività e forme di anticipazione ha portato la stessa giurisprudenza ad interpretare tali fattispecie secondo la lettura restrittiva imposta dal principio *cogitationis poenam nemo patitur*. Per l'effetto di tali correttivi, occorre provare che il fine sia stato perseguito con mezzi tali da esporre a pericolo concreto il bene giuridico tutelato: l'offesa, anche nei termini più lati del pericolo, è sempre immanente al fatto tipico. Si consideri, ad esempio, la giurisprudenza sulla fattispecie di associazione a delinquere, dove la condotta, per essere penalmente rilevante, deve consistere nella creazione di un'organizzazione di mezzi e di uomini idonea a creare un reale pericolo attuativo del programma criminoso⁸².

Sul piano dogmatico tali considerazioni sembrano recare un'implicita presa di posizione nei confronti della c.d. *concezione realistica del reato*⁸³.

Nei delitti a condotta neutra occorre recuperare quel *minimum* di pericolosità lesiva che giustifica l'irrogazione della pena: nel diritto penale del fatto non può esservi tipicità senza offensività, e viceversa. La condotta sarà quindi tipica *se e solo se* offensiva.

Nell'associazione a delinquere ciò ha trovato un evidente riscontro nel diritto vivente, in quanto l'adeguamento della fattispecie astratta si è appalesato esigenza necessaria ad evitare la declaratoria di illegittimità costituzionale; ma non si vede perché dovrebbe impedirsi di estendere tale affermazione ad altre fattispecie di reato, ove non si rilevano in maniera evidente degli scollamenti tra offensività concreta ed offensività astratta.

Bisogna in ogni caso osservare come tali correttivi ermeneutici, intesi a recuperare l'autentica dimensione di pericolo delle fattispecie, per quanto salvifici ed efficaci, non possano ritenersi una soddisfacente soluzione a lungo termine.

Altra dottrina, in realtà minoritaria, ritiene invece che laddove sia previsto il dolo specifico, il legislatore abbia inteso costruire una fattispecie di pericolo presunto, costituendo una presunzione *iuris et de iure* di pericolosità della condotta finalizzata allo scopo. In tal senso, cfr. F. ANGINI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, 116; R. SIEVERTS, *Beiträge zur Lehre von den subjektiven Unrechtselementen im Strafrecht*, Amburgo, 1934, 127 ss.

Sulle differenze, anche in punto di disciplina, tra le varie tipologie di pericolo, cfr. F. VIGANÒ, [La Cassazione chiude il caso della scalata Antonveneta \(e perde una preziosa occasione per fare un po' di chiarezza sui delitti di aggrottaggio\)](#), in questa *Rivista*, 7 aprile 2013.

⁸² In giurisprudenza, cfr. Cass. Pen., 6 novembre 1967, in *Cass. pen. Mass. Ann.*, 1968, 881 ss. e, più in generale, Cass. Pen., 7 febbraio 2000, in *Dir. pen. e proc.*, 2000, 464 ss.

⁸³ Sul punto, cfr. diffusamente: G. NEPPI MODONA, voce *Reato impossibile*, in *Dig. Disc. Pen.*, XI, Torino, 1996, 259 ss.; G. VASSALLI, *Considerazioni sul principio di offensività*, in *Studi Pioletti*, Milano, 1982, 659 ss.; C. FIORE, *Il reato impossibile*, Napoli, 1959, 22; ID., *Il principio di tipicità e "concezione realistica del reato"*, in *AA.VV., Problemi generali di diritto penale. Contributo alla riforma*, a cura di G. VASSALLI, Milano, 1982, 60 ss.; in chiave critica cfr. M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 2004, 514 ss.

7. Dolo specifico e politica criminale dell'emergenza.

Il dolo specifico è stato anche oggetto, in dottrina, di opportune critiche sotto il delicato profilo delle scelte legislative nei settori incisi dai populistici *trend* del diritto penale emergenziale⁸⁴. Affiora pertanto un'allarmante tendenza all'utilizzo dell'elemento finalistico quale strumento di politica criminale.

Se la pregnanza dei beni giuridici in rilievo in tali settori giustifica il ricorso al paradigma anticipatorio e, di conseguenza, alla proliferazione di reati a dolo specifico a consumazione anticipata e a condotta neutra, si dovrebbero sempre tener presenti i rischi insiti nella normalizzazione dell'emergenza e degli strumenti ad essa correlati.

La questione, di drammatica attualità, riguarda strettamente la resistibile ascesa della *sicurezza* quale bene oggetto di autonoma tutela penale⁸⁵. In tal modo, si rischia in modo intollerabile di «connotare l'incriminazione in senso esasperatamente soggettivo, in contrasto con la concezione – tipica del nostro ordinamento penale – che identifica il reato non in un semplice atteggiamento psicologico sia pure riprovevole, ma in un fatto offensivo di un bene protetto⁸⁶». Ritorna l'immanente necessità di trovare un equilibrio tra fondamento della legittimazione penale, necessità di dare rilevanza ai soli fatti offensivi e funzione rieducativa della pena da un lato, ed esigenze di repressione di fenomeni a loro volta pericolosi attraverso la neutralizzazione degli *indesiderati*, dall'altro.

Se l'apicalità dei beni coinvolti nei settori, ad esempio, della mafia e del terrorismo, spiega il ricorso legislativo al paradigma anticipatorio, spesso peraltro caratterizzato da connotati di simbolismo penale, il sistema si dimostra certamente perfezionabile allorquando si attribuisca *sistematicamente* al potere giudiziario un onere salvifico delle fattispecie “problematiche”⁸⁷. Il pericolo, difatti, è che non sempre le

⁸⁴ In tema, cfr. le lucide riflessioni di G.L. GATTA, [Il diritto di fronte all'emergenza. Tra terrorismo e rifugiati, ricordando Guido Galli](#), in questa *Rivista*, 22 marzo 2016. Cfr. altresì R. BARTOLI, [Legislazione e prassi in tema di contrasto al terrorismo internazionale: un nuovo paradigma emergenziale?](#) in questa *Rivista*, fasc. 3/2017, p. 233 ss.; A. BENAZZO, *L'emergenza nel conflitto fra libertà e sicurezza*, Torino, 2004.

⁸⁵ In materia di sicurezza e diritto penale, cfr. ampiamente: L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, cit.; ID., *Verso un diritto penale illiberale? La crisi di senso dell'intervento penale tra derive securitarie e paternalistiche*, in *Studi in onore di M. Romano*, I, Napoli, 2011 pp. 525 ss.; D. PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, pp. 547 ss.; F. MANTOVANI, *La criminalità: il vero limite all'effettività dei diritti e libertà nello stato di diritto*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2003, 707 ss.; A. BENAZZO, *L'emergenza nel conflitto fra libertà e sicurezza*, cit., *passim*; P. DE SENA, *Esigenze di sicurezza nazionale e tutela dei diritti dell'uomo nella recente prassi europea*, in AA.VV., *Ordine internazionale e valori etici. International order and ethical values*, a cura di N. BOSCHIERO, Napoli, 2004, 217 ss.; P. BONETTI, *Terrorismo, emergenza e Costituzioni democratiche*, Bologna, 2006.

⁸⁶ Così G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto Penale, parte generale*, cit., 385-386.

⁸⁷ Come rilevato in dottrina, infatti, è «comprensibile che il potere legislativo, stante la sua estrazione politica, tenda a dettare disposizioni dirette a soddisfare le “esigenze emotive di vasti strati di opinione pubblica che auspica una maggiore tutela” [...], mentre gli interpreti hanno il compito di valutare la compatibilità di quelle scelte con l'ordinamento costituzionale e di attivare le procedure del caso qualora ravvisino gravi incongruenze». Così M. TROGU, *La costituzionalizzazione dell'emergenza in Italia*, in *Democrazia & sicurezza (online)*, 2017, VII, 1, 176.

norme disposte con finalità di anticipazione vengano interpretate alla luce dei correttivi proposti nel rispetto del principio di offensività.

Il proliferare di delitti a dolo specifico può anzi, certamente, sedurre l'interprete verso scorciatoie probatorie-processuali di stampo marcatamente soggettivistico, portandolo ad accantonare il dogma dell'offesa in vista dell'esigenza di neutralizzare l'agente pericoloso. Ancora una volta, si rischia di accantonare la logica del diritto penale del fatto per approdare presso le apparentemente "rassicuranti" spiagge del diritto penale del nemico.

Nella prassi giurisprudenziale assistiamo pertanto a fenomeni di ulteriore anticipazione, quali ad esempio le già osservate ipotesi di incriminazione a titolo di tentativo di fattispecie in cui la finalità oggetto del dolo specifico è illecita, dando vita al *monstrum* giuridico del tentativo di tentativo punibile. Si pensi all'ammessa configurazione, in giurisprudenza, del tentato arruolamento *ex art. 270-quater* del codice penale⁸⁸.

Secondo la Cassazione, la fattispecie di arruolamento mira a punire l'ingaggio, ossia il raggiungimento di un *serio accordo* tra l'arruolante, che propone il compimento, in forma organizzata, di atti di cui all'art. 270-*sexies* c.p., e l'arruolato. Inteso quindi l'arruolamento alla stregua di un evento psichico, si può concludere che il tentativo sia configurabile: «non è infatti la particolare natura del reato (di pericolo) ad impedire - di per sé - l'applicazione della generale previsione estensiva di cui all'art. 56 cod. pen., quanto la struttura della singola fattispecie [...] e la possibilità o meno di identificare in concreto una "progressione della esposizione a pericolo" dei beni giuridici protetti⁸⁹».

L'impressione è che l'esigenza di far fronte al pericolo "generalizzato" porti a soprassedere, in sede processuale, sull'accertamento del pericolo "specifico", giustificandosi un arretramento della soglia della punibilità che pare invero inaccettabile, oltre che incompatibile con i principi basilari del diritto penale del fatto.

In quest'ottica, il dolo specifico assume connotati sinistri: riemerge la nozione, in un certo senso, di legittimazione penale come strumento di difesa, baluardo dello Stato avverso il *nemico*.

8. Conclusioni: il pericolo come *trait d'union* delle fattispecie a dolo specifico.

Alla luce di quanto osservato, possono evidenziarsi dei minimi tratti comuni alle diverse funzioni del dolo specifico.

La finalità oggetto del dolo specifico, lecita o illecita, può combinarsi con condotte base a loro volta lecite o illecite.

Nelle *condotte illecite cui accedono fini lecite*, il disvalore penalmente rilevante è accentrato sugli elementi che rendono la fattispecie a forma vincolata, e la proiezione

⁸⁸ In questo senso Cass. Pen., 9 settembre 2015, n. 40699, Elezi, in www.archiviopenale.it.

⁸⁹ *Ibidem*, 17.

verso il fine connota il fatto di ulteriore offensività, con il risultato inevitabile di selezionare le ipotesi punibili.

Nelle *condotte illecite cui accedono fini a loro volta illecite*, l'offesa al bene giuridico di riferimento è costituita dal prodotto tra la condotta e il fine. Il disvalore va sempre ricercato sul piano del fatto attuato *poiché* teleologicamente e materialmente diretto ad uno scopo offensivo. In tali casi, comunque, un rigoroso rispetto del principio di offensività imporrebbe che il *quantum* di pena venisse parametrato più alla condotta che alla finalità perseguita.

Le fattispecie che prevedono *condotte lecite cui accedono fini necessariamente illecite*, infine, sarebbero incostituzionali se non venissero reinterpretate alla luce del principio di necessaria lesività. Ancora una volta è la condotta attuata a dover essere espressiva di disvalore, attraverso la sua autentica e concreta proiezione verso il fine illecito.

Il *fil rouge* che lega le *rationes* di tutti i "doli specifici" è quindi da ricercarsi essenzialmente sul piano fattuale, con riferimento alla condotta dell'agente che deve, in buona sostanza, aver determinato un'ulteriore e peculiare offesa in base all'elemento finalistico. Essa consisterà in massima parte nell'esposizione a pericolo del bene, tranne in quei casi in cui l'evento in senso giuridico della fattispecie sia impostato in termini di danno (ad esempio nel furto), in cui il riferimento alla finalità rileva piuttosto come ulteriore elemento caratterizzante della condotta.

Sarebbe, infatti, ingiustificabile ricostruire il dolo specifico come elemento che, eccezionalmente, dia rilevanza ad un *disvalore soggettivo d'evento* al quale non sia corrisposto un relativo *disvalore oggettivo d'evento*. Il precipitato di immediata percezione di questa impostazione consisterebbe nel criminalizzare un elemento del tutto intimo ed in sé, senza verificare la sua incidenza sul piano fattuale.

Pare invece necessario ricostruire tali ipotesi in chiave diversa, secondo appunto la logica dell'esposizione a pericolo come soglia minima di rilevanza penale dell'offesa.

Il fine dell'agente assume così consistenza autonoma quale elemento della fattispecie, a patto che si traduca in un *quid* che mostri la propria funzione sul piano del *disvalore oggettivo d'azione*: questo elemento, in sostanza, varrebbe a connotare l'azione di una proiezione *materiale* verso il fine.

Se non è necessario che l'oggetto del dolo specifico si realizzi, è evidente che sia proprio la connessione materiale-teleologica tra fatto e scopo a rilevare ai fini della concreta costituzione di un pericolo per il bene di riferimento, riverberandosi in senso eziologico sulla condotta, alla stregua dei giudizi di idoneità e univocità propri del modello del delitto tentato.

Sul piano processuale occorrerà pertanto provare che la condotta sia stata *idonea* a raggiungere lo scopo previsto dalla disposizione penale. Inoltre, essa dovrà essersi dimostrata *diretta in modo non equivoco*, oltre ogni ragionevole dubbio, a realizzare eziologicamente quel fine. Ovviamente, poi, il canale di imputazione soggettiva del fatto all'autore dovrà coprire tutta la fattispecie posta in essere, in ossequio al principio di personalità della responsabilità penale.

Potrebbe, quindi, ipotizzarsi un diretto collegamento tra principio di offensività e struttura del tentativo, paradigma generale di anticipazione. Sanzionare penalmente condotte che si pongano ancor prima del semplice vaglio di idoneità ed univocità non



6/2018

dovrebbe essere ammesso in via generale: l'art. 56 c.p. e la sua struttura si porrebbero pertanto quale invalicabile *limite* logico-dogmatico alla formulazione astratta di fattispecie ulteriormente anticipate.

Ciò va a maggior ragione tenuto in considerazione nell'ambito del diritto penale della sicurezza, ove le tentazioni emotive e il simbolismo possono, a maggior ragione, dar vita a fattispecie delittuose di pericolo remoto e presidiate da pene esemplari, difficilmente collocabili nel quadro di un diritto penale del fatto.

Il costo di questa impostazione, in definitiva, consisterebbe in un decisivo arretramento del nostro sistema punitivo allo stesso punto di quelli che hanno trovato legittimazione nel fondamento divino. Lo Stato avrebbe così facoltà di usare lo *ius puniendi* al fine di neutralizzare delle volontà pericolose, quand'anche ad esse non siano corrisposti fatti offensivi.

In conclusione, se un filo ha consentito di orientarsi nell'ambito delle eterogenee fattispecie a dolo specifico, esso è senz'altro costituito dall'esigenza del recupero del pericolo concreto come elemento che indefettibilmente dev'essere rinvenuto sul piano fattuale. Ciò si riflette senza dubbio sulla struttura di tali incriminazioni, dovendosi ricercare la rilevanza *obiettiva* del fine sull'azione, teleologicamente proiettata allo scopo.