

# **LA COLPEVOLEZZA QUALE PRINCIPIO COSTITUZIONALE (E IL BUON, VECCHIO LIBERO ARBITRIO)**

*Giovanni Cocco*



**Sommario: 1. La responsabilità penale è personale ovvero colpevole. – 2. Libertà e colpevolezza. – 3. La colpevolezza nella lettura delle Corti. – 4. Il ruolo fondante della colpevolezza. – 5. La colpevolezza è un valore autonomo nella costruzione del diritto penale. – 6. Il ruolo graduante della colpevolezza. – 7. L'accertamento della libertà di agire altrimenti. – 8. Conclusioni.**

### **1. La responsabilità penale è personale ovvero colpevole.**

La colpevolezza è una componente della teoria del reato [1] ma costituisce, anche e soprattutto, un principio fondamentale (*nullum crimen, nulla poena sine culpa*) del diritto penale liberale, secondo cui sussiste il reato e l'agente può essere assoggettato a pena esclusivamente se (e non oltre la misura in cui) sia rimproverabile per non essersi comportato conformemente al diritto penale quando possa ad esso adeguarsi ovvero agisca nell'ambito della sfera personale di signoria (o dominio) e, pertanto, possa dirsi colpevole. In tale prospettiva, la colpevolezza raggruppa un insieme di esigenze politico-criminali espresse dalla cultura penalistica liberale al fine di limitare lo *ius puniendi* [2] che trovano accoglimento nelle Costituzioni liberal-democratiche, in particolare la nostra.

Il principio di colpevolezza, dunque, prima ancora di fondarsi sul diritto positivo si pone come trascendente l'ordinamento giuridico svolgendo una funzione di indirizzo e di controllo critico delle scelte legislative [3], nonché costituendo un «canone ermeneutico per il giudice, nella lettura e nell'applicazione delle disposizioni vigenti» [4]. Possiamo dire in sintesi che ambedue le concezioni su cui si pretende di fondare il diritto penale - ovvero la prevenzione generale, con la sua finalità di orientamento del comportamento umano [5], nonché la retribuzione - non possono prescindere dalla colpevolezza dell'autore del reato.

Si tratta del punto d'arrivo - sempre messo in discussione, in modo occulto o palese, anche attualmente nelle attività legislative e giudiziaria - di una lunga evoluzione storica verso il pieno riconoscimento della libertà e della dignità della persona umana: dalla responsabilità anche per fatto altrui (clan, famiglia, etc.) ad una responsabilità per fatto proprio di tipo oggettivo, fino al riconoscimento esclusivo nello *stato di diritto* ovvero *liberal-democratico* di una responsabilità per fatto proprio colpevole, a cui si riferisce anche il principio costituzionale secondo cui la responsabilità penale è personale (art. 27, co. 1° Cost.) [6], letto in unione con il personalismo che pervade la Costituzione italiana (artt. 2 e 3 Cost.) e con la finalità risocializzante della pena ai sensi dell'art. 27, co. 3° Cost. e, dunque, anche con riferimento alla c.d. prevenzione speciale [7]. L'art. 27, co. 1° Cost. non è, pertanto, riducibile alla esclusione dal sistema penale della responsabilità per fatto altrui [8].

### **2. Libertà e colpevolezza.**

Alla luce del dettato costituzionale appare indubbio lo stretto legame tra colpevolezza e libertà di agire e di volere dell'uomo, intesa come capacità (ancorché non assoluta) dell'uomo di autodeterminarsi, di decidere tra più alternative e, in particolare, tra l'osservanza o la ribellione al diritto [9]. Si tratta in effetti del presupposto non solo del rimprovero e della pena, ma, più radicalmente, dello stesso ordinamento giuridico liberal-democratico.

Non interessa prendere posizione sulle concezioni filosofiche del determinismo o indeterminismo ed, in particolare, nei confronti delle posizioni delle neuroscienze, ma va evidenziato che, consapevolmente o meno, le più importanti concezioni della pena si basano sul c.d. *libero arbitrio*, cioè la libertà dell'essere umano nella scelta delle proprie condotte e la conseguente responsabilità per la commissione delle stesse; ovvero, laicamente, su quella libertà che Hume definisce «un potere di agire o di non agire secondo le determinazioni della volontà; ossia che se preferiamo restar fermi, possiamo; se preferiamo muoverci egualmente possiamo» [10], in altre parole: «libertà come articolazione consapevole dell'assenza di costrizione esterna» [11]. Si potrebbe dire, parafrasando J.S. Mill, che il diritto penale concerne la «libertà civile o sociale: la natura e i limiti del potere che la società può legittimamente esercitare sull'individuo» [12]. Una libertà pratica, dunque, la si intenda o meno come concessione teologica, a proposito della quale questione centrale è il diritto/dovere di difenderla [13].

Con gli stessi effetti - ma strettamente legata ad un modello statale liberal-democratico - si propone attualmente anche nel diritto penale la concezione dell'agire comunicativo - elaborata da Habermas [14] e proposta tra i penalisti, tra gli altri, da Günther [15] - secondo cui assumersi la responsabilità per le azioni e le loro conseguenze è costitutivamente legato al fatto che gli uomini sono pronti e capaci di rendere conto per ciò che dicono e fanno sia di fronte a sé che agli altri; disponibilità a sua volta legata internamente al significato comunicativo delle espressioni linguistiche. Nella nostra materia, «i cittadini si assumono la responsabilità delle loro leggi penali. Ciò significa che la legislazione non è la somma causale di decisioni e preferenze contingenti, che entrano nel processo politico già belle pronte. I cittadini pensano invece di potersi reciprocamente giustificare e criticare le loro preferenze. In altre parole, essi si vedono come persone in grado di riflettere (e agire) alla luce di ragioni pubblicamente sostenibili. In tal modo si riconoscono mutuamente come persone deliberative. È a questo presupposto che il processo politico deve fare riferimento» [16]. E ciò vale, non solo per giustificare l'ordinamento penale, ma anche l'ascrizione di responsabilità per la violazione della norma all'agente, «riconoscendosi a vicenda come persone deliberative, i partecipanti mostrano di essersi decisi in favore del principio per cui ciascuno/a è singolarmente responsabile del rispetto delle norme» [17].

In modo, forse più semplice, possiamo dire - a fronte dei dubbi proposti dalle neuroscienze [18], secondo cui l'essere umano è determinato da influssi esterni - che la disputa determinismo indeterminismo è antica, non

è stata finora risolta né è prevedibile che verrà risolta, ma non per questo il diritto penale non ha proseguito il suo cammino essenzialmente basandosi, non sulle scienze naturali inadeguate alla bisogna, ma sulle scienze sociali e sul concetto di controllo sociale di cui il diritto penale è uno strumento. Come si afferma [19] riferendosi alla colpevolezza, ed è più in generale riferibile alla capacità di autodeterminarsi dell'essere umano, non si tratta di una funzione celebrale, ma del risultato di un processo cui molti prendono parte, «caratterizzato, all'interno come all'esterno del diritto penale, dalla cultura della nostra convivenza sociale. Noi facciamo esercizio di reciproco riconoscimento, non accertiamo responsabilità, ma l'ascriviamo, ce la concediamo in credito gli uni agli altri. Solo quando divengono visibili i segni di un limite di comprensione o di controllo, assumiamo ulteriori informazioni» [20].

Del resto, sia consentita una battuta, anche le teorie dei deterministi, a dar credito alle loro tesi, sono frutto di quella determinazione di influssi esterni che teorizzano, dunque non sono libere e pertanto non possono avere credito [21].

Su tali basi si declina essenzialmente il diritto penale della colpevolezza, per il quale l'uomo è libero nel suo agire, opposto al diritto penale della pericolosità, per il quale l'uomo è invece determinato [22].

Il punto è che l'ordinamento politico-istituzionale liberal-democratico e la sua forma giuridica sono dati a (e quindi presuppongono) uomini che vivono una esperienza di libertà, a cui si riferiscono la libertà politica, la libertà religiosa e le libertà costituzionali in genere; l'idea stessa di libertà è alla base degli ordinamenti liberal-democratici e della previsione costituzionale secondo cui «la responsabilità penale è personale» [23].

D'altra parte, è vero che alla stessa formazione della legge penale partecipano i cittadini in quanto soggetti liberi: su ciò si basa il principio di riserva di legge parlamentare, pertanto appare evidente che chi ha un ruolo nella formazione della legge al contempo ne è responsabile per l'inosservanza [24].

Non si tratta, dunque, di una *fictio* [25], sempre che non si vogliano basate su una *fictio* le Costituzioni liberal-democratiche, ma di una realtà ben più solida di ogni altra parziale costruzione intellettuale, a cui bene si raccorda la «visione costituzionale dell'uomo come soggetto capace di autodeterminazione» [26].

Alla base del principio vi è, dunque, il riconoscimento che l'essere umano è provvisto di autodeterminazione libera, responsabile ed etica, pertanto è capace di orientarsi a favore del diritto contro l'illecito [27], il che impone di dare rilievo per affermare la responsabilità dell'autore della violazione di una norma penale a tutto ciò che gli impedisce di osservarla.

In sintesi [28]: il principio di colpevolezza presuppone il potere dell'individuo di non commettere il fatto in ragione della sua illiceità penale e ne ammette la sanzione solo in tal caso.

### 3. La colpevolezza nella lettura delle Corti.

Non possono, pertanto, essere ascritti alla sfera personale di signoria presupposto della responsabilità penale, unitamente agli eventi non riconducibili alla personale sfera d'azione e di controllo, anche i comportamenti di cui non siano prevedibili ed evitabili le conseguenze di fatto o sotto il profilo giuridico-penale e, più radicalmente, i comportamenti di una persona che non sia in grado di autodeterminarsi, diversamente si pregiudicherebbe la libertà e la certezza d'azione dell'individuo al pari di quanto accade nella attribuzione di responsabilità per fatto altrui [29].

Fondamentale in tal senso la sentenza della Corte cost. n. 364/1988, sull'art. 5 c.p., che riconosce la *costituzionalizzazione* del *principio di colpevolezza*, ponendone in primo piano la funzione di garantire libere scelte d'azione, ed evidenzia che esso «più che completare, costituisce il secondo aspetto del principio di legalità». In particolare, afferma che «il fatto imputato, perché sia legittimamente punibile, deve necessariamente includere almeno la colpa dell'agente in relazione agli elementi più significativi della fattispecie tipica». Conformemente, per Corte cost. n. 1085/1988 sul *furto d'uso* (art. 626 n. 1 c.p.), affinché «la responsabilità penale sia autenticamente personale, è indispensabile che tutti e ciascuno degli elementi che concorrono a contrassegnare il disvalore della fattispecie siano soggettivamente collegati all'agente (siano, cioè, investiti dal dolo o dalla colpa) ed altresì indispensabile che tutti e ciascuno dei predetti elementi siano allo stesso agente rimproverabili».

La più importante tra le recenti sentenze in tema della Corte cost. - la n. 322/2007 sull'art. 609*sexies* (ignoranza dell'età infraquattordicenne della persona offesa) [30] - evidenzia che «il principio di colpevolezza non può essere *sacrificato* dal legislatore ordinario in nome di una più efficace tutela penale di altri valori, ancorché essi pure di rango costituzionale», in quanto garanzia di «libere scelte d'azione sulla base di una valutazione anticipata (calcolabilità) delle conseguenze giuridico-penali della propria condotta», cosicché «punire in difetto di colpevolezza, al fine di *dissuadere* i consociati dal porre in essere le condotte vietate (prevenzione generale negativa) o di neutralizzare il reo (prevenzione speciale negativa), implicherebbe ... una strumentalizzazione dell'essere umano per contingenti obiettivi di politica criminale, contrastante con il principio personalistico affermato dall'art. 2 Cost.», per l'effetto ricollegando il principio anche all'art. 27 co. 3° Cost. [31], che sancisce il finalismo rieducativo (meglio *risocializzante*) della pena, perché chi cagiona eventi imprevedibili o inevitabili o, comunque, di non conoscibile rilevanza penale, perciò sottratti alla sua libertà di scelta, non manifesta volontaria ribellione e indifferenza nei confronti dei beni protetti cioè quell'atteggiamento interiore di contrasto all'ordinamento che solo giustifica la necessità di risocializzazione [32].

Meritano di essere ricordate anche le analoghe posizioni della Corte cost. tedesca [33], che fonda il principio di colpevolezza sulla dignità umana, e della Corte edu, che lo riconosce come corollario del principio di

legalità. In particolare, la famosa sentenza C. edu 20.1.2009, *Sud Fondi c. Italia*, chiarisce che, nonostante l'art. 7 Cedu (*nulla poena sine lege*) non lo preveda espressamente, i concetti di *guilty* o *personne coupable*, ovvero persona colpevole, ne impongono l'interpretazione nel senso che alla base della pena vi deve essere un legame intellettuale che consenta di affermare la responsabilità dell'autore materiale della infrazione. D'altra parte, evidenzia che alla necessità di una base legale accessibile e prevedibile ex art. 7 Cedu deve coerentemente seguire che non possa essere riconosciuto colpevole e punito chi non sia in grado di conoscere la legge penale a causa di un errore che non gli possa essere imputato.

Si comprende, in particolare, perché la giurisprudenza costituzionale [34] e della Corte edu [35] sottolinei che l'agente deve avere, tra le altre, la possibilità di conoscere la legge penale, estesa fino ad attribuire rilievo ai mutamenti interpretativi giurisprudenziali [36].

#### **4. Il ruolo fondante della colpevolezza.**

Vero è che la colpevolezza non è la ragione per cui si punisce, in particolare la funzione della pena non è quella di *retribuire* la colpevolezza [37]. La selezione dei reati e la loro punizione, infatti, hanno l'obiettivo di prevenire fatti lesivi di beni giuridici, ottica funzionale che determina peculiari criteri di conformazione e delimitazione dell'area dell'intervento penale i quali possono produrre limitazioni ulteriori rispetto a quelle che sarebbero imposte dal solo principio di colpevolezza, cosicché non è valido il principio *nulla culpa sine poena*, poiché i fini del diritto penale non richiedono che ogni colpa sia necessariamente punita [38], come sottolinea in particolare il riconoscimento della punibilità quale quarta componente della teoria del reato, che può mancare pur in presenza di un fatto tipico, antigiuridico e colpevole [39].

Tuttavia, nella previsione degli illeciti penali la colpevolezza ne costituisce, necessariamente ex art. 27, co. 1° Cost., un carattere fondante, la pena infatti può trovare fondamento solo nella colpevole lesione o messa in pericolo dei beni giuridici [40], esigenza fondamentale che caratterizza la attuale accettazione della pena come strumento di difesa sociale. In tal senso si può dire che la colpevolezza ha una funzione costitutiva della pena, non soltanto una funzione limitativa [41].

Non possiamo qui diffonderci sul contenuto della colpevolezza, che è costituito in primo luogo dal dolo e dalla colpa. Si può, tuttavia, evidenziare in tema di funzione costitutiva che il cod. Rocco prevede all'art. 42 c.p. che nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come delitto se non l'ha commesso con dolo, salvi i casi di delitto preterintenzionale o colposo espressamente preveduti dalla legge (art. 42, co. 2° c.p.), e che delle contravvenzioni si risponde per dolo o colpa (art. 42, co. 4° c.p.); sebbene, punto dolente, all'art. 42, co. 3° c.p. preveda che la legge determina i casi nei quali l'evento è posto altrimenti a carico dell'agente come conseguenza della sua azione od omissione, che costituisce un espresso riferimento ad

ipotesi di responsabilità oggettiva in contrasto con l'art. 27, co. 1° Cost..

Il dolo è, dunque, di regola un necessario componente della colpevolezza che giustifica l'intervento penale: l'azione dolosa costituisce una più diretta aggressione degli interessi tutelati dalla legge ed una diretta espressione del personale mancato adeguamento alla norma penale [42]. Mentre l'estensione alla colpa della colpevolezza trova giustificazione nel maggiore bisogno di protezione di beni di particolare rilievo o della particolare gravità delle forme di aggressione. In tal senso, la Corte cost. n. 322/2007 citata evidenzia che «il legislatore ben può nell'ambito delle diverse forme di colpevolezza graduare il coefficiente psicologico di partecipazione dell'autore al fatto, in rapporto alla natura della fattispecie e degli interessi che debbono essere preservati: pretendendo dall'agente un particolare impegno nell'evitare la lesione dei valori esposti a rischio da determinate attività. Ma in nessun caso gli è consentito prescindere in toto dal predetto coefficiente; altrimenti, stabilire quando ricorrano esigenze repressive atte a giustificare una rinuncia al requisito della colpevolezza - in vista della tutela di altri interessi di rango costituzionale, come, di norma, quelli protetti in sede penale - diverrebbe un apprezzamento rimesso alla mera discrezionalità legislativa: con conseguente svuotamento delle accennate funzioni garantistica e fondante, del principio di colpevolezza».

I reati, insomma, debbono essere pensati dal legislatore come condotte illecite rimproverabili, cosicché può ben dirsi *nullum crimen, nulla poena sine culpa*; la lesione (o la messa in pericolo) del bene giuridico va pesata con la colpevolezza come un tutt'uno [43], in modo che la somma raggiunga una adeguata soglia meritevole della sanzione penale, cosicché si escludono dalla tutela penale, non solo le lesioni incolpevoli di beni giuridici ma anche numerose lesioni colpose, infatti i delitti sono sanzionati in linea di principio in quanto dolosi, salvo le ipotesi più gravi: ad es. omicidio, lesioni e i delitti contro l'incolumità pubblica [44].

### **5. La colpevolezza è un valore autonomo nella costruzione del diritto penale.**

La colpevolezza non è, pertanto, mera attribuzione sociale di un fatto ad un soggetto [45]; né mera conseguenza della prevenzione generale e/o speciale [46]. In vero, in una ottica di prevenzione generale, a fianco dell'assunto teorico che solo una realizzazione colpevole può essere idoneo riferimento della deterrenza legale, vi è la constatazione pratica che una politica criminale intimidatrice fondata sulla responsabilità oggettiva (di diritto o di fatto) e che, dunque, riduca le *chances*, certo strumentalizzabili, offerte dal principio di colpevolezza di sfuggire alla sanzione, di fatto può conseguire una più elevata attenzione agli standard di comportamento richiesti dalla legge, ma tale esito non consente comunque di accogliere senza limiti le teorie funzionali [47].

La inderogabilità del principio di colpevolezza si basa, invece, su motivazioni di fondo [48], su valori estranei,



fino a poterne essere disfunzionali, alle esigenze generalpreventive le quali debbono essere bilanciate con le insuperabili esigenze di dignità e libertà dell'uomo, costituzionalmente e convenzionalmente riconosciute, che si esprimono nel principio e costituiscono un limite liberale all'intervento penale [49]. Insomma, la colpevolezza ha un valore autonomo [50] di essenziale portata quale garanzia della libertà dei cittadini nei confronti dello Stato (diritto di protezione = *Schutzrecht* [51]) che deve trattare i cittadini come soggetti capaci di libere scelte d'azione [52] e, al contempo, costituisce criterio di imputazione di un fatto illecito ad un essere umano concepito come persona, come essere libero, meritevole di dignità e di rispetto [53].

Per l'effetto, il principio *liberale* di colpevolezza concorre con il principio di legalità a definire un modello di diritto penale fondato sulla autonomia e autoresponsabilità delle persone: nessuno può essere punito per il suo comportamento quando non sia in grado di autodeterminarsi, causi conseguenze accidentali oppure non possa anticipatamente conoscerne le conseguenze giuridico-penali, dunque una ulteriore garanzia della certezza dell'azione e della libertà individuale [54], così anche soddisfacendo le istanze del diritto penale come guida del comportamento rivolta alla ragione ed alla libera scelta degli uomini.

Invece, in un sistema di responsabilità obiettiva, ad una sorta di terrorismo penale conseguirebbe non solo una generale contrazione della sfera di libertà di azione, divenendo a rischio di incriminazione comportamenti anche solo remotamente ricollegabili ad un evento illecito, ma anche, in particolare, una situazione di paralisi di interi settori di attività in cui è indispensabile l'assunzione di responsabilità rispetto a rischi consentiti che abbisognano della certezza e calcolabilità dell'agire individuale.

## **6. Il ruolo graduante della colpevolezza.**

D'altra parte, la colpevolezza ha un ruolo non solo fondante ma anche graduante o commisurativo. In primo luogo, in astratto, in quanto anche la misura della sanzione edittale in forza del principio di proporzionalità si determina quale effetto della somma del peso di lesione e colpevolezza cosicché a parità di lesione il diverso peso della colpevolezza deve determinare una differente sanzione (ad es. nell'omicidio doloso la pena minima è 21 anni di reclusione, in quello colposo è 6 mesi) [55].

Inoltre, in concreto, costituendo la sintesi concettuale degli elementi riferibili all'autore, per quanto in correlazione al fatto commesso e non alle qualità personali del soggetto al primo del tutto estranee [56], che determinano il *quantum* della pena da applicare [57], con riferimento all'art. 133 c.p., alla imputabilità ex art. 89 c.p. e alle circostanze ex artt. 61, nn. 1 e 4, e 62, n. 1 c.p..

Il rilievo del principio è riconosciuto, al pari del principio di legalità, dall'art. 49 n. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (c.d. *Carta di Nizza* proclamata il 7 dicembre 2000) secondo cui «le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato», che rileva nell'ordinamento nazionale attraverso

gli artt. 11 e 117, co. 1° Cost.. [58]

In tale prospettiva, la colpevolezza si pone quale limite, perché la pena sia astrattamente prevista che concretamente applicata non può superarne la misura.

### **7. L'accertamento della libertà di agire altrimenti.**

Va da sé che, così come le altre componenti della teoria del reato, la colpevolezza vada accertata in tutti i profili di rilievo, in primo luogo il dolo o la colpa quando sufficiente, ma non è questa la sede per approfondire l'argomento.

Peculiare interrogativo correlato con gli argomenti qui trattati è, invece, se il giudice debba accertare anche la *libertà di agire altrimenti* del soggetto sottoposto a giudizio quale elemento della colpevolezza. Una consolidata posizione - derivata dal concetto sociale di colpevolezza e deduce dalla libertà di agire (o del volere) del genere umano delineata dall'esperienza sociale quella del singolo autore del fatto di reato [59], che non può essere verificata empiricamente [60], ma va considerata presente quando mancano cause che valgono generalmente ad escluderla [61]. Posizione condivisibile nella misura in cui non si opponga al valore del principio costituzionale posto a garanzia dell'individuo, a cui comunque deve potersi muovere un rimprovero individuale pur estraneo allo stato psicologico del momento in un disegno complessivo di osservanza del principio di proporzione, di cui in definitiva sia il principio di offensività che quello di colpevolezza sono affluenti.

Si valuta, dunque, se secondo la comune esperienza un uomo legato ai valori tutelati dal diritto - modellato sulla base delle caratteristiche proprie dell'agente che non possono essergli rimproverate quali i deficit fisici o intellettuali o l'assenza di esperienza - con la sua forza di volontà, in ipotesi mancata all'agente, avrebbe potuto agire diversamente nella situazione concreta [62]. Un procedimento di astrazione, dunque, che tiene conto esclusivamente della forza di volontà e di adeguamento al diritto che si può richiedere ad un uomo medio o normale [63].

In senso contrario, preoccupati che il riferimento all'uomo medio svuoti di ogni riferimento alla realtà e di contenuto il giudizio di colpevolezza con l'effetto di asservirlo completamente alle esigenze preventive, si sollecita la valutazione della capacità individuale di agire diversamente [64]. Va, però, evidenziato che il potere categoriale non è il fondamento del potere individuale, ma è solo un procedimento logico per giungere ad affermare il secondo, poiché è al singolo che l'ordinamento fa riferimento, con le sue vedute e la sua capacità, cosicché il rimprovero di colpevolezza rimane in tal senso individuale, personale [65], seppure problematico ne sia l'accertamento, come lo è - secondo l'esperienza - l'accertamento dei fatti di rilevanza penale: dall'accertamento della pericolosità a quello dei motivi a delinquere [66], nonché, in particolare, degli

ulteriori componenti della colpevolezza.

D'altra parte, questo aspetto del concetto di colpevolezza va correlato alla visione costituzionale del cittadino ed ha una dimensione sociale [67] in quanto attribuisce una responsabilità di fronte alla società, con la dignità che a tale responsabilità è inscindibilmente connessa. Ciò spiega anche perché il giudizio di colpevolezza presenti comunque un livello di astrazione normativa e non possa prendere in considerazione tutte le caratteristiche individuali dell'agente in quanto risponde alle aspettative di comportamento della comunità politica fissate dal sistema giuridico [68]. Esempio la responsabilità di chi agisca in stato di ubriachezza volontaria o colposa (art. 92 c.p.) o in presenza di stati emotivi e passionali (art. 90 c.p.) che non superino la soglia della incapacità di intendere o di volere, o di chi agisca ignorando inescusabilmente la legge penale.

È ben vero, infatti, che il riconoscimento di ogni anomalia o disturbo o ignoranza ovvero di ogni forma individuale di inesigibilità produrrebbe «un'entità di assoluzioni inaccettabile dal punto della politica criminale» [69], financo «la dissoluzione del diritto penale» [70], ovvero inficerebbe gravemente (fino a poterla annullare) la tutela della vita e degli altri beni importanti per la vita in comune protetti dal diritto penale. D'altra parte, il progressivo arricchirsi dei requisiti della colpevolezza, in particolare negli ultimi decenni, pare anche l'effetto del progredire della capacità della società nel suo insieme di far fronte al crimine con strumenti differenti dal diritto penale nonché della sua cultura giuridica, quanto meno nelle sue più elevate espressioni, con il conseguente affinamento della pretesa di adeguamento alle regole della vita in comune con l'uso della pena.

## **8. Conclusioni.**

Pur in presenza di indubbie conquiste negli ultimi decenni, sul piano concettuale e applicativo, il principio di colpevolezza stenta ancora ad avere una completa attuazione. Deve essere ancora risolta definitivamente con un intervento legislativo, in assenza di una interpretazione adeguatrice a cui la giurisprudenza è evidentemente restia [71], la presenza nel codice di rilevanti ipotesi di responsabilità oggettiva, costituente un'ineludibile esigenza di attuazione del dettato costituzionale. Ma le questioni più delicate si pongono sul terreno della cultura giudiziale, laddove il rispetto integrale del principio di colpevolezza pone il concreto problema dell'accertamento del dolo e della colpa ed in particolare la distinzione tra dolo eventuale e colpa con previsione.

\* Il saggio è destinato agli *Scritti in onore di Pietro Ciarlo*.

- [1] Sia consentito il rinvio a G. Cocco, *La teoria del reato*, in G. Cocco, E.M. Ambrosetti, *Trattato di diritto penale. Parte generale*, I/2, *Il reato*, Padova, 2<sup>a</sup> ed., 2021, 3 ss..
- [2] G. Cocco, *Appunti per una giustificazione liberale della pena*, RTDPC 1/2020, 9.
- [3] Cfr. G. Vassalli, voce *Colpevolezza*, EG VI, 1988, 6 e 11.
- [4] C. cost. n. 322/2007.
- [5] In cui troverebbe fondamento il principio di colpevolezza secondo una impostazione, per tutti in tal senso B. Schünemann, *El derecho penal es la ultima ratio para la protección de bienes jurídicos! Sobre los límites inviolables del derecho penal en un Estado liberal de derecho*, Universidad Externado, Bogotá, 2007, 50 ss..
- [6] Sul piano processuale, invece, l'espressione *colpevolezza* equivale a *responsabilità per un reato* ai sensi dell'art. 27, co. 2° Cost.: *presunzione di non colpevolezza*, e dell'art. 6 § 2 Cedu: *presunzione di innocenza*, la cui essenziale *ratio* è costituita dal principio in *dubio pro reo*.
- [7] C.F. Grosso, voce *Responsabilità penale*, NNDI XV, 1968, 712; F. Bricola, *Fatto del non imputabile e pericolosità*, Milano, 1961, 53; A. Alessandri, *Art. 27, co. 1° Cost.*, in G. Branca, A. Pizzorusso (cur.), *Commentario della Costituzione, Art. 27-28*, Bologna-Roma, 1991, 70; M. Donini, voce *Teoria del reato*, Dpen XIV, 1999, 252; F. Giunta, *Principio e dogmatica della colpevolezza nel diritto penale d'oggi*, RIDPP 2002, 123; D. Pulitanò, *Il principio di colpevolezza e il progetto di riforma penale*, Jus 1974, 499; M. Romano, *Commentario sistematico al codice penale*, vol. I, artt. 1- 84, 3<sup>a</sup> ed., Milano, 2004, 326; G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto Penale, Parte Generale*, 8<sup>a</sup> ed., Bologna, 2019, 339 ss..
- [8] Così, invece, C. cost. 23.6.1956, n. 3; C. cost. 8.6.1963, n. 79; e, in materia di *error aetatis*, C. cost. nn. 107/1957 e 209/1983; inoltre, P. Nuvolone, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 2<sup>a</sup> ed., 1982, 57; G. Vassalli, *Sulla legittimità costituzionale della responsabilità penale obiettiva per fatto proprio*, GiC 1957, 1005.
- [9] Già F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale*, Lucca, 1859 (nuova ed., Bologna, 1993), I, § 59 ss..
- [10] D. Hume, *An Enquiry Concerning Human Understanding*, 1748, sez. VIII.
- [11] G. Giorello, *Libertà*, Torino, 2015, 40.
- [12] J.S. Mill, *On Liberty* (1859) [trad., *Sulla libertà*, Milano, 2000].
- [13] P. Pettit, *A Theory of Freedom From Psychology to the Politics of Agency*, Cambridge, 2001 [trad. *Libero arbitrio e libertà politiche*, Milano, 2005].
- [14] J. Habermas, *Theorie des kommunikativen Handels*, I: *Handlungsrationalität und gesellschaftliche*

*Rationalisierung; II: Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft*), Frankfurt a.M., 1981 [trad., *Teoria dell'agire comunicativo*, 1986]; Id., *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates*, Frankfurt a.M., 1992 [trad. cur. da Ceppa, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, 2013].

[15] K. Günther, *Responsabilità e pena nello stato di diritto*, Torino, 2010.

[16] K. Günther, *Responsabilità*, cit., 24.

[17] K. Günther, *Responsabilità e pena*, cit., 26.

[18] Già M. Baurmann, *Strafe im Rechtsstaat*, in M. Baurmann, H. Kliemt (cur.), *Die moderne Gesellschaft im Rechtsstaat*, 1990, 109, 141 ss.; R.-P. Calliess, *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, Frankfurt a.M., 1974, 186 s.; U. Scheffler, *Kriminologische Kritik des Schuldstrafrechts*, Frankfurt a.M., 1985, 79 s., 96 ss.; e nella dottrina italiana da ult. M.B. Magro, *Le mille porte del libero arbitrio: compatibilismo e epifenomenalismo secondo le neuroscienze*, RIML 2/2020, 713. Contra, per tutti, G. Stratenwerth, *Was leistet die Lehre von den Strafzwecken?*, Berlin 1995, 27; G. Jakobs, *Culpabilidad jurídico penal y „libre albedrío“*, in K. Ambos, M.L. Böhm, J. Zuluaga (cur.), *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania*, Göttingen, 2016, 83 ss..

[19] W. Hassemer, *Perché punire è necessario*, Bologna, 2012 (*Warum strafe sein muss*, Berlin, 2009), 203 ss..

[20] W. Hassemer, *Perché punire*, cit., 214.

[21] Parafrasando G. Jakobs, *Culpabilidad*, cit., 83 ss.

[22] R. Zaffaroni, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, 2000,70.

[23] M. Romano, *Commentario*, cit., 328.

[24] U. Kindhäuser, *La fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad; Culpabilidad jurídico-penal en el Estado democrático de derecho*, in U. Kindhäuser, J. Mañalich, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, Montevideo-Buenos Aires, 2011, 231, che ne evince la legittimazione del diritto penale solo nello stato democratico di diritto.

[25] Così, invece, B. Schünemann, *La función del principio de culpabilidad en el derecho penal preventivo*, in AA.VV. *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, Madrid, 1991, 150, n. 20.

[26] Così BVerfG 4.5.2011, EuGRZ 2011, 297.

[27] Così BGH, 18.3.1952- GSSt 2/51, BGHSt 2, 194; U. Kindhäuser, *La fidelidad*, cit., 211.

[28] B. Schünemann, *El derecho penal*, cit., 50; cfr. C. Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, v. I, *Grundlagen. Der*

*Aufbau der Verbrechenslehre*, München, 4<sup>a</sup> ed., 2006, § 19/3.

[29] Cfr. D. Pulitanò, *Diritto Penale*, Torino, 5<sup>a</sup> ed., 2013, 327; G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto Penale*, cit., 340.

[30] Su cui v. G. Cocco, *La lotta senza esclusione di colpi contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile. Le questioni dell'error aetatis e del concetto di pornografia minorile*, RCP 2013, 1802 ss..

[31] Come già la sent. n. 364/1988.

[32] Cfr. G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto Penale*, cit., 339.

[33] Espressa ad es. da BVerG 30.6.2009, cd. *Lissabon Urteil*, 2BvE 2/08, NJW 2009, 2267.

[34] A partire da Corte cost. n. 364/1988.

[35] Ad es. la nota decisione C. edu 14.4.2015, *Contrada c. Italia*, ric. n. 66655/13.

[36] Riguardo a cui, recentemente, le Sezioni Unite penali 24.10.2019, n. 8544/2020, precisano che l'*overruling* «non consentito, perché non prevedibile per l'imputato, è ravvisabile nei soli casi di radicale innovazione della soluzione giurisprudenziale, inconciliabile con le precedenti decisioni, mentre va esclusa qualora la soluzione offerta si collochi nel solco di interventi già noti e risalenti, di cui costituisca uno sviluppo prefigurabile pur nel contrasto di opinioni, che di per sé rende l'esito conseguito comunque presente e possibile, anche se non accolto dall'indirizzo maggioritario», riconducendo la questione all'ignoranza inevitabile della legge penale.

[37] In tema B. Schünemann, *La función*, cit., 149; anche G. Cocco, *Appunti*, cit., *passim*.

[38] Cfr. D. Pulitanò, *Diritto Penale*, cit., 320; G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto Penale*, cit., 328.

[39] In tema G. Cocco, *La punibilità quarto elemento del reato*, Padova, 2017.

[40] Cfr. D. Pulitanò, *Diritto Penale*, cit., 316; M. Romano, *Commentario*, cit., 326.

[41] Art. Kaufmann, *Dogmatische und kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedankens im Strafrecht*, JZ 1967, 555; T. Lenckner, *Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit*, in H. Göppinger, H. Witter (cur.), *Handbuch der forensischen Psychiatrie*, I, Berlin, 1972, 18; G. Stratenwerth, *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*, Heidelberg, 1977, 28; H.H. Jescheck, T. Weigend, *Lehrbuch des Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5<sup>a</sup> ed., Berlin, 1996, 407; B. Schünemann, *L'evoluzione della teoria della colpevolezza nella Repubblica Federale Tedesca*, RIDPP 1990, 16; M. Romano, *Prevenzione generale e prospettive di riforma del codice penale italiano*, in M. Romano, F. Stella (cur.), *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, 1980, 166; M. Romano, *Commentario sistematico*, cit., 326; F. Bricola, *Dolus in re ipsa. Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*,

Milano, 1960, 43; T. Padovani, *Teorie della colpevolezza e scopi della pena*, RIDPP 1987, 833; *contra*: P. Noll, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, Zürich 1981, 122; C. Roxin, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, IuSch 1966, 384; Id., *Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip*, MschrKrim 1973, 319; E. Musco, *La misura di sicurezza detentiva*, Milano, 1978, 254.

[42] Cfr. D. Pulitanò, *Diritto Penale*, cit., 323.

[43] Cfr. M. Romano, *Commentario sistematico*, cit., 326.

[44] D. Pulitanò, *Diritto Penale*, cit., 324.

[45] Così, invece, G. Jakobs, *Schuld und Prävention*, Tübingen, 1976, 32; B. Haffke, *Tiefenpsychologie und Generalprävention*, Aarau, 1976, 46, sulla base di un approccio psicoanalitico applicato ai fenomeni di psicologia collettiva, afferma che si tratta del risultato della attribuzione sociale di responsabilità finalizzata a consolidare il senso di autoresponsabilità dei cittadini; *contra* L. Eusebi, *La 'nuova retribuzione'*, RIDPP 1983, 1335; G. Fiandaca, *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, RIDPP 1987, 860 s..

[46] Così, invece, C. Roxin, *Schuld und Verantwortlichkeit als strafrechtliche Systemkategorien*, FS Henkel, Berlin, 1974, 182; Id., *Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht*, FS Bockelmann, München, 1979, 307, nel cui pensiero, peraltro, variamente si intrecciano i punti di vista funzionale e garantista/liberale.

[47] Cfr. G. Stratenwerth, *Il concetto di colpevolezza nella scienza penalistica tedesca*, in *Materiali storia cultura giur.*, n. 1-1998, 225; inoltre, D. Pulitanò, *Diritto Penale*, cit., 316; G. Fiandaca, *Considerazioni*, cit., 836 ss.; A. Ross, *Colpa, responsabilità e pena*, Milano, 1972, 95.

[48] Già H.H. Jescheck, *Das Menschenbild unserer Zeit und die Strafrechtsreform*, Tübingen, 1957, 9.

[49] G. Cocco, *Appunti*, cit., 11; Tpg II, cap. I, § 2, 51; inoltre G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto Penale*, cit., 341; D. Pulitanò, *Diritto Penale*, cit., 319.

[50] T. Lenckner, *Strafe*, cit., 40; B. Burkhardt, *Das Zweckmoment im Schuldbegriff*, GA 1976, 321; G. Stratenwerth, *Die Zukunft*, cit., 28; M. Romano, *Prevenzione generale*, cit., 178; L. Eusebi, *La 'nuova retribuzione'*, cit., 1323, *ivi ult. rif.*; P. Veneziani, *Motivi e colpevolezza*, Torino, 2000, 192.

[51] C. Roxin, *Problemi fondamentali della teoria dell'illecito. Cause di giustificazione e scusanti*, in S. Moccia (cur.), *Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell'illecito penale*, Napoli, 1996, 21.

[52] F. Viganò, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano, 2000, 578.



[53] M. Romano, *Commentario*, cit., 327; D. Pulitanò, *Diritto Penale*, cit., 317.

[54] D. Pulitanò, *Diritto Penale*, cit., 317 s.; T. Padovani, *Teorie*, cit., 825; G. Fiandaca, *Considerazioni*, cit., 844.

[55] W. Hassemer, *Principio di colpevolezza e struttura del reato*, AP 1982, 42; G. Cocco, *Appunti*, cit., 11 s.; cfr. W. Frisch, *Principio di colpevolezza e principio di proporzionalità*, RTDPC 3/4-2014, 164 s..

[56] C. cost. 5-8.7.2010, n. 249, sull'illegittimità dell'aggravante ex art. 61 co. 11-bis c.p., relativa a chi si trovi illegalmente sul territorio nazionale.

[57] H. Achenbach, *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*, Berlin, 1974, 2 ss.; S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Bologna, 2<sup>a</sup> ed., 2017, 649; G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto Penale*, cit., 341.

[58] Tra i tanti in tema, v. G. Cocco, *Il «primato» della riserva di legge parlamentare in materia penale affermato da Corte cost. n. 115/2018 e il diritto eurounitario*, RCP n. 4/2019, 1078 ss..

[59] Cfr. M. Romano, *Commentario*, cit., 328; G. Stratenwerth, *Il concetto*, cit., 226

[60] Perché è impossibile il riscontro del peso di ciascuno dei fattori antagonistici: H. Welzel, *Gedanken zur 'Willensfreiheit'*, FS Engisch, Frankfurt a.M., 1969, 101; Art. Kaufmann, *Schuldprinzip und Verhältnismässigkeitsgrundsatz*, FS Lange, Berlin, 1976, 30; H.-J. Rudolphi (e altri), §§ 20/23, in *SK-StGB - Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, I, Köln, 9 ed., 2016.

[61] M. Romano, *Commentario*, cit., 328.

[62] M. Romano, *Commentario*, cit., 328.

[63] Così K. Engisch, *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, Berlin, 2<sup>a</sup> ed., 1965, 26; H.H. Jescheck, T. Weigend, *Lehrbuch*, cit., 428; F. Nowakowski, *Freiheit, Schuld, Vergeltung*, FS Rittler, Aalen, 1957, 69; M. Romano, *Commentario sistematico*, cit., 328; S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone, *Manuale*, cit., 641.

[64] W. Hassemer, *Principio*, cit., 58 s.; G. Fiandaca, *Considerazioni*, cit., 868 ss.; G.V. De Francesco, *Sulla misura soggettiva della colpa*, SU 1977-78, 326 s.; L. Eusebi, *'Il futuro del principio penalistico di colpevolezza'. Note in margine ad un contributo di Günter Stratenwerth*, RIDPP 1982, 275; J. Cerezo Mir, *Culpabilidad y pena*, in *Problemas fundamentales del derecho penal*, Madrid, 1982, 196; K. Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, v. I, cit., 861, n.m. 22.

[65] M. Romano, *Commentario*, cit., 328.



[66] Art. Kaufmann, *Schuldprinzip*, cit., 31; M. Romano, *Commentario*, cit., 328.

[67] M. Romano, *Commentario*, cit., 328.

[68] Cfr. S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone, *Manuale*, cit., 641.

[69] G. Stratenwerth, *Il concetto*, cit., 226; J. Krümpelmann, *Die Neustaltung der Vorschriften über die Schuldfähigkeit durch das Zweitw Strafrechtsreformgesetz von 4. Juli 1969*, ZStW 1976, 6 ss., 26 ss..

[70] T. Lenckner, Vor §§ 32 s., in *Schönke, Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar*, München, 1997, n.m. 123.

[71] Esemplari, in negativo, le letture giurisprudenziale della preterintenzione (ad es. C. V pen., 18.1.2019, n. 5515), ancorate al significato originario del cod. Rocco, incuranti della affermazione costituzionale del principio di colpevolezza.