LA PUNIBILITÀ *SUB CONDICIONE*

di Luigi Cornacchia

(Professore associato di Diritto penale, Università del Salento)

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Il modello teleologico-sostanziale. - 2.1. La c.d. *Abzugsthese*. - 2.2. Corrispondenza biunivoca tra meritevolezza di pena della lesione e meritevolezza di tutela dei beni giuridici; razionalità orientata ai valori della meritevolezza e razionalità orientata ai fini della necessità di pena. - 2.3. La punibilità necessaria nella prospettiva funzionalista. - 2.4. Punibilità e concreta opportunità. - 3. Il modello dommatico: afferenza *versus* estraneità al fatto tipico; funzione selettiva della condotta illecita rispetto al significato degli eventi. - 4. Il modello normologico: automatismo della dicotomia bindinghiana tra norma e legge penale; rilievo della valutazione assiologica di utilità in senso simbolico-comunicativo. - 5. La punibilità in concreto sul piano delle funzioni politico-criminali: limite alla discrezionalità giudiziale; vocazione general-preventiva; giustificazione retrospettiva della punibilità di fattispecie a pericolo astratto; circoscrizione della punibilità. - 6. Il concetto di condizione obiettiva di punibilità. - 7. Regime di imputazione e significato pluridimensionale di "obiettivo": estraneità all'oggetto del dolo e alla colpevolezza; irrilevanza del nesso causale; irrilevanza dell'imputazione oggettiva, in particolare, estraneità rispetto alla sfera di competenza del reo. - 8. Qualificazione sistematica. - 8.1. Condizioni intrinseche ed estrinseche: la vicenda interpretativa della sentenza dichiarativa di fallimento richiesta per la punibilità dei delitti di bancarotta prefallimentare, fraudolenta e semplice. - 8.2. Criteri di individuazione delle condizioni intrinseche rispetto agli elementi tipici: il "legame mediante adozione" delle condizioni intrinseche; criteri formali, diagnostici di tipo strutturale, sostanziali di tipo teleologico. - 8.3. Il criterio normoteoretico della violazione di un dovere giuridico. - 9. Le condizioni obiettive di punibilità come elementi esterni al reato, funzionali a valutazione teleologica di utilità. - 10. Le condizioni di non punibilità: la non punibilità per particolare tenuità del fatto introdotta dal decreto legislativo 16 marzo 2015, n. 28.

1. L'istituto delle condizioni obiettive di punibilità[1], di conio prettamente dommatico e prasseologico[2], segna il discrimine tra il tema della tipicità e quello – multiforme e a latitudine indefinita – della punibilità[3].

---

[1] Sulle condizioni obiettive di punibilità v. G. Musotto, *Le condizioni di punibilità nella teoria generale del reato*, Palermo 1936; F. Alimena, *Le condizioni di punibilità*, Milano 1938; G. Di Lorenzo, *Le condizioni di punibilità nella sistematica del reato*, in *RIDPP* 1955, 414 ss.; G. Azzali, *Le condizioni obiettive di punibilità*, in *Studi delle scienze giuridiche e sociali dell'Università di Pavia*, XXXIV, Pavia 1954; B. Petrocelli, *Reato e punibilità*, in *RIDPP* 1960, 669 ss.; P. Curatola, voce *Condizioni obiettive di punibilità*, in *ED*, VIII, 1961, 807 ss.; G. Pecorella, *Riflessioni in tema di pubblico scandalo nel delitto di incesto*, in *RDMatr* 1963, 232 ss.; U. Giuliani, *Il problema giuridico delle condizioni obiettive di punibilità*, Padova 1966; F. Bricola, *Punibilità (condizioni obiettive di)*, in *NssDI*, XIV, 1967, 588 ss.; G. Neppi Modona, *Concezione realistica del reato e condizioni obiettive di punibilità*, in *RIDPP* 1971, 184 ss.; Id., voce *Condizioni obiettive di punibilità*, in *EG*, VII, 1988, 1 ss.; F. Ramacci, *Le condizioni obiettive di punibilità*, Napoli 1971; E. Antonini, *La funzione delle condizioni obiettive di punibilità. Applicazione in tema di rapporto fra incesto e violenza carnale presunta*, in *RIDPP* 1984, 1284 ss.; L. Stortoni, *Profili costituzionali della non punibilità*, in *RIDPP* 1984, 625 ss.; M. Zanotti, *Riflessioni in margine alla concezione processuale delle condizioni di punibilità*, in *AP* 1984, 82 ss.; P. Bellini, *Le*

condizioni obiettive di punibilità, Torino, 1988; F. Angioni, *Condizioni di punibilità e principio di colpevolezza*, in *RIDPP* 1989, 1440 ss.; M. Zanotti, *Condizioni di punibilità e responsabilità oggettiva*, in *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, a cura di A.M. Stile, Napoli 1989, 343 ss.; C. Pedrazzi, *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta?*, in *RIDPP* 1989, 898 ss., poi in *Diritto penale*, IV, Milano 2003, 1005 ss.; G. De Simone, *Sentenza dichiarativa di fallimento, condizioni obiettive di punibilità e* nullum crimen sine culpa, in *RIDPP* 1992, 1145 ss.; M. Romano, *"Meritevolezza di pena", "bisogno di pena" e "teoria del reato"*, in *RIDPP* 1992, 39 ss.; P. Veneziani, *Spunti per una teoria del reato condizionato*, Padova 1992; V. N. D'Ascola, *Punti fermi e aspetti problematici delle condizioni obiettive di punibilità*, in *RIDPP* 1993, 652 ss.; P. Violante, *Condizioni obiettive di punibilità o condizioni di procedibilità? Aspetti vecchi e nuovi di un antico dilemma*, in *Scritti in memoria di Renato Dell'Andro*, II, Bari 1994, 1027 ss.; V. Mormando, *L'evoluzione storico-dommatica delle condizioni obiettive di punibilità*, in *RIDPP* 1996, 610 ss.; M. Zanotti, *Punibilità (condizioni obiettive di)*, in *DigDPen*, X, 1995, 524 ss.; M. Zanotti, P. Mutti, *Le condizioni obiettive di punibilità*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, diretta da F. Bricola, V. Zagrebelsky, I, Torino 1996, 841 ss.; M. Donini, *Le condizioni obiettive di punibilità*, in *SI* 1997, 592 ss.; Id., *Imputazione oggettiva dell'evento. «Nesso di rischio» e responsabilità per fatto proprio*, Torino 2006, 17 ss., 138 ss.; A. Di Martino, *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Milano 1998, 133 ss.; G. Insolera, L. Stortoni, *La punibilità*, in *Introduzione al sistema penale*, II, Torino 2001, 413 ss.; V. N. D'Ascola, *Reato e pena nell'analisi delle condizioni obiettive di punibilità*, Napoli 2004; M. Binda, A. Aimi, Art. 44, in E. Dolcini, G. Gatta, *Codice penale commentato*[4], Milanofiori Assago, 2015, 709 ss.; G.A. De Francesco, *Punibilità*, Torino 2016, 11 ss.; M. Ronco, *Le condizioni oggettive di punibilità*, in Id., *Scritti patavini*, Tomo I, Torino 2017, 413 ss. Nell'ambito della dottrina tedesca C. Geisler, *Zur Vereinbarkeit objektiver Bedingungen der Strafbarkeit mit dem Schuldprinzip. Zugleich ein Beitrag zum Freiheitsbegriff des modernen Schuldstrafrechts*, Berlin 1998; Id., *Objektive Strafbarkeitsbedingungen und »Abzugsthese« - Metodologische Vorüberlegungen zur Vereinbarkeit objektiver Strafbarkeitsbedingungen mit dem Schuldprinzip*, in *GA* 2000, 166 ss.; S. Gottwald, *Die objektiven Bedingungen der Strafbarkeit*, in *JA* 1998, 771 ss.; G. Hass, *Zu Wesen und Funktion der objektiven Strafbarkeitsbedingung. Bemerkungen zur Entstehungsgeschichte des Begriffs*, in *Rechtstheorie* 1972, 23 ss.; Id., *Wie entstehen Rechtsbegriffe? Dargestellt am Beispiel der objektiven Strafbarkeitsbedingung*, München 1973, 11 ss.; 567 s.; F.-W. Krause, *Die objektiven Bedingungen der Strafbarkeit*, in *Jura* 1980, 449 ss.; W. *Sax, „Tatbestand" und Rechtsgutsverletzung*, in *JZ* 1976, 429 ss.; E. Land, *System der äußeren Strafbarkeitsbedingungen. Ein Beitrag zur Lehre vom Tatbestand*, Breslau 1927; L. Niu, *Die objektive Bedingung der Strafbarkeit der §§ 283 ff. StGB*, Hamburg, 2013, in ptc. 59 ss.; H. Otto, *Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit als eigenständige Deliktskategorien?*, in W. Stree, a cura di, *Gedaechtnisschrift fuer Horst Schroeder,* Beck, München, 1978, 53 ss.; T. Rittler, *Strafbarkeitsbedingungen*, in E. Beling, a cura di, *Festschrift Reinhard von Frank*, II, Tübingen 1930, 1 ss.; T. Rönnau, K. Bröckers, *Die objektive Strafbarkeitsbedingung im Rahmen des § 227 StGB*, in *GA* 1995, 549 ss.; T. Rönnau, *Grundwissen-Strafrecht: Objektive Bedingungen der Strafbarkeit*, in *JuS* 2011, 697 ss.; H. Satzger, *Die objektive Bedingung der Strafbarkeit*, in *Jura* 2006, 108 ss.; W. Sauer, *Die beiden Tatbestandsbegriffe. Zur Lehre von den äußeren Strafbarkeitsvoraussetzungen*, *Festschrift Edmund Mezger*, a cura di K. Engisch, R. Maurach, München, Berlin 1954, 117 ss.; E. Schmidhäuser, *Objektive Strafbarkeitsbedingungen*, in *ZStW* 1959, 545 ss.; G. *Schwalm, Gibt es objektive Strafbarkeitsbedingungen?*, in *MDR* 1959, 906 ss., G. Stratenwerth, *Objektive Strafbarkeitsbedingungen im Entwurf eines Strafgesetzbuches*, in *ZStW* 1959, 565 ss.; W. Stree, *Objektiven Bedingungen der Strafbarkeit*, in *JuS* 1965, 465 ss.; K. Tiedemann, *Objektive Strafbarkeitsbedingungen und die Reform des deutschen Konkursstrafrechts*, in *ZRP* 1975, 129 ss.; per quanto riguarda la manualistica v. J. Baumann, U. Weber, W. Mitsch, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*[11], Bielefeld 2003, 582 ss.; G. Jakobs, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*[2], Berlin-New York 2001, § 10, 335 ss., H.-H. Jescheck, T. Weigend, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*[5], Berlin 1996, 554 ss.; R. Maurach, H. Zipf, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*[8], Müller, Heidelberg 1992, § 21 III, 297 ss.; H. Otto, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*[7], Berlin 2004, § 7/78 ss., 95 ss.; C. Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I, *Grundlagen. Der Aufbau der*

Al contempo rappresenta terreno di applicazione parcellare dei principi: la legalità rispetto ad esso assume un significato puramente *denotativo*, dal momento che l'art. 44 Cp esige l'espressa previsione legislativa (deve essere *la legge a richiedere* il verificarsi di una condizione), ma non l'esplicita qualificazione di un elemento come condizionale anziché come elemento costitutivo del fatto tipico; quindi non opera la prima e più generale funzione della tassatività/determinatezza, ossia quella di stabilire in maniera chiara e precisa i presupposti al ricorrere dei quali derivano determinate conseguenze giuridiche, nel caso specifico quelle relative ai criteri di imputazione; e, nelle ipotesi in cui appunto sia dubbia la natura di un requisito, si pone il problema della tensione con il principio di responsabilità personale di cui all'art. 27 Cost. nella sua duplice dimensione di responsabilità per fatto proprio (non essendo necessario accertare il nesso causale) e colpevole (non essendo richiesto dolo o colpa).

La prima coordinata, quella della punibilità, concerne i presupposti fondativi ovvero ostativi del verificarsi dell'effetto che qualifica il reato sul piano sanzionatorio, questione che nel tempo ha conosciuto un dibattito sempre più espanso e ha dischiuso a sua volta due profili problematici: il primo, di tipo contenutistico, relativo a quali istituti giuridici vadano ad essa ricondotti (solo cause di punibilità, positive *ex* art. 44 Cp e negative come previste da singole disposizioni penali; o anche cause di estinzione del reato e della pena); il secondo, squisitamente classificatorio, ma gravido di conseguenze con riguardo all'estensione della categoria, circa la correttezza o meno del suo eventuale inquadramento alla stregua di livello autonomo di analisi del reato, appunto la punibilità (o, secondo alcune letture, la non

---

Verbrechenslehre[4], München 2006, § 23, 1035 ss.; G. Stratenwerth, L. Kuhlen, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat*[5], Köln-Berlin-München 2004, §7/30, 83 s., § 8/84, 115; tra i commentari v. J. Eisele, *Vorbemerkungen zu den §§ 13 ff.*, in A. Schönke, H. Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*[29], München 2014, n. 124 ss., p. 194 ss.; Fisher T., *Strafgesetzbuch mit Nebengesetze*[64], München 2017, § 16/27, 137 s.; G. Freund, *Münchener Kommentar Strafgesetzbuch*[3], I, München 2017, Vor 13/381 ss., 536 ss.; Schlehofer H., *ibidem*, Vor 32/25 ss., 1429 ss.; C. Jäger, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch* (*SK-StGB*)[9], I, Köln 2017, Vor § 1/154, 95; U. Stein, *ibidem*, § 16/10, 437 s.; K. Rogall, *ibidem*, Vor § 19/67, 619; U. Kindhäuser, *Strafgesetzbuch. Lehr- und Praxiskommentar*[7], Baden-Baden 2017, Vor 13/227 ss., 135 s.; K. Lackner, K. Kühl, *STGB Kommentar*[28], München 2014, Vor 13/30, p. 88 s.; 15/6, 112 s.; T. Walter, *Leipziger Kommentar (LK)*[12], I, Berlin 2007, Vor 13/181 ss., 801 ss.

[2] Per una esposizione della sua genesi e della discussione sviluppatasi in Germania tra il 19 e il 20 sec v. G. Hass, *Wie entstehen Rechtsbegriffe?*, cit., 11 ss.

[3] Ampio e complesso il dibattito recente sul ruolo della punibilità nella teoria del reato: limitandoci alla bibliografia degli ultimi anni v. G. Cocco, *La difesa della punibilità quale elemento autonomo del reato*, in Scritti in onore di Stile, Napoli 2013, 497 ss.; Id., *Riflessioni su punibilità, sussidiarietà e teoria del reato. Tra vecchi e nuovi istituti*, in Studi in onore di Mauro Ronco, Torino 2017, 262 ss.; Id., *Punibilità nella teoria del reato*, in *DigDPen*, Appendice IX, Torino 2016, 516 ss.; Id., *La punibilità quarto elemento del reato*, in *Trattato breve di diritto penale*, diretto da G. Cocco, E.M. Ambrosetti, Padova 2017; G.A. De Francesco, *Punibilità*, cit., *passim*; L. Perdonò, *Le vicende della punibilità*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, *Parte generale,* III, *La punibilità e le conseguenze del reato*, Torino 2014, 229 ss.; P. Veneziani, *La punibilità*, in P. Veneziani (con il contributo di A. Cristillo), *La punibilità. Le conseguenze giuridiche del reato. Trattato di diritto penale*, diretto da C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, *Parte generale*, III, tomo II, Milano 2014, 277 ss.

punibilità) come "quarto elemento", quale esito della constatazione di una possibile *scissione tra illiceità e punibilità*[4].
Il tema della soggezione ai principi fondamentali ovviamente rappresenta conseguenza della natura che si ritiene di riconoscere all'istituto delle condizioni obiettive di punibilità: solo se queste si interpretano come elementi esterni al fatto antigiuridico, tipico e colpevole – in particolare, elementi che *delimitano la punibilità* di un fatto già così strutturato – ha senso il regime di imputazione previsto dall'art. 44 Cp (e in generale trova ragion d'essere la loro previsione)[5]. In questi termini, il coefficiente di aleatorietà circa la concreta irrogazione della sanzione penale fino al verificarsi di un accadimento incerto e futuro come la condizione (che riecheggia quella del diritto privato[6]), quale esito di una ponderazione di ragioni di (in-)opportunità del punire, non inficia il modello costituzionalmente sancito di responsabilità per fatto lesivo, proprio e colpevole.
Eterogeneità tra punibilità e illecito, con conseguente possibile "interruzione della sequenza" tra accertamento del reato e concreta irrogazione della pena.
Opportunità come *ratio* del reato *sub condicione*.
Il tema, per non rimanere puramente teorico, va calato nella realtà dei singoli istituti previsti dall'ordinamento.

2. Invero la possibilità di una *disgiunzione tra reato e punibilità*[7] secondo il codice penale vigente non è mera ipotesi teorica, ma è confermata da una regola di parte generale come appunto l'art. 44 Cp: la punibilità, in certi casi, viene condizionata dalla legge al verificarsi di determinati accadimenti, oggetto di accertamento giudiziale successivo rispetto alla tipicità e alla colpevolezza.
Se è vero che il fatto antigiuridico, tipico e colpevole è *normalmente* punibile, non per questo ogni reato concretamente commesso è *necessariamente* punibile.

---

[4] G. Cocco, *Riflessioni su punibilità, sussidiarietà e teoria del reato*, 264; a sostegno della punibilità come elemento autonomo del reato v. recentemente Id., *La punibilità quarto elemento del reato*, cit., 13 ss., 59 ss., 66 ss.

[5] Appunto intendendo le condizioni obiettive di punibilità alla stregua di "*Strafeinschränkungsgründe*" la dottrina tedesca giustifica la compatibilità dell'istituto con il principio di colpevolezza, trattandosi di casi in cui lo stato, nonostante la commissione di una condotta tipica, antigiuridica e colpevole, rinuncia allo *jus puniendi* per ragioni di economia della pena: W. Stree, *Objektiven Bedingungen der Strafbarkeit*, cit., 466 s.; E. Dreher, *Das dritte Strafrechtsänderungsgesetz*, in *JZ* 1953, 426; E. Schmidhäuser, *Objektive Strafbarkeitsbedingungen*, cit., 560 s.; G. Stratenwerth, *Objektive Strafbarkeitsbedingungen im Entwurf eines Strafgesetzbuches*, cit., 565 s.; G. *Schwalm, Gibt es objektive Strafbarkeitsbedingungen?*, cit., 906. In senso critico (ogni requisito, anche tipico, può essere inteso come delimitativo, se si immagina controfattualmente cosa sarebbe avvenuto in caso di sua mancata verificazione) concepisce le condizioni obiettive di punibilità, argomentando dalla loro genesi storica nella prassi applicativa della giurisprudenza tedesca, come cause *estensive* della punibilità (*Strafausdehnungsgründe*) G. Hass, *Wie entstehen Rechtsbegriffe?*, cit., 61 s.

[6] La c.d. *condicio iuris* piuttosto che la condizione prevista dalle parti in relazione al contratto o a singolo patto, elemento accessorio del negozio giuridico, di cui all'art. 353 cc.

[7] M. Donini, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova 1996, 404.

Tale distinzione viene ricondotta di solito a quella tra la dimensione *valorativa* della *meritevolezza di pena* e la dimensione *teleologica* del *bisogno di pena*: quest'ultima, concernente le ragioni di opportunità che giustificano l'esigenza politico-criminale della sanzione penale, normalmente è indiziata dalla meritevolezza di pena, ma può eccezionalmente mancare quando la legge richiede un elemento ulteriore a tal fine[8].
Le condizioni obiettive di punibilità andrebbero pertanto intese come requisiti della necessità di pena, non della meritevolezza di pena[9].
Il fatto già meritevole di pena, integrando la condizione, si "riqualificherebbe" per un più serio disturbo dell'ordinamento giuridicamente protetto oppure per un aumento del livello di *contrarietà all'ordinamento giuridico* stesso[10], e per questi motivi verrebbe reso oggetto di una particolare "valutazione" da parte dell'ordinamento proprio attraverso la condizione di punibilità[11].

2.1. L'accettazione del modello bifasico ha rappresentato il collante più tradizionale delle tendenze dommatiche orientate a sceverare nettamente le condizioni obiettive di punibilità dalla definizione dell'illecito tipico.
In quest'ottica, il compasso per la misurazione dell'angolatura rilevante ai fini della determinazione dell'illecito sarebbe offerto, secondo accreditata impostazione teorica, dalla c.d. *Abzugsthese* – variamente formulata – della dottrina tedesca, incardinata su un'ennesima propaggine dello schema dell'eliminazione mentale: per valutare la natura condizionale ovvero essenziale di un determinato elemento, ci si dovrebbe domandare se anche in caso di mancato verificarsi dello stesso resterebbe comunque in vita un fatto illecito meritevole di pena in relazione di colpevolezza con il suo autore[12].
Ma non va trascurato che persino chi, in tempi più recenti, ha rigettato la distinzione tra meritevolezza e necessità di pena criticandone l'equivocità – anche senza il realizzarsi della condizione obiettiva di punibilità il fatto in realtà sarebbe già bisognoso di pena – non ha fatto che riproporre una – sedicente – più rigorosa variante della stessa "*Abzugsthese*", anticipando il giudizio sul bisogno di pena a livello di comportamento qualificato come penalmente illecito ('*primäres*'

[8] Cfr. K. Volk, *Entkriminalisierung durch Strafwürdigkeitskriterien jenseits des Deliktsaufbaus*, in *ZStW* 1985, 872 ss. Sul tema v. M. Romano, *"Meritevolezza di pena", "bisogno di pena" e teoria del reato*, cit., 39 ss.; G.A. De Francesco, E. Venafro, a cura di, *Meritevolezza di pena e logiche deflattive*, Torino 2002.
[9] V. già H. Kantorowicz, *Tat und Schuld*, Zürich-Leipzig 1933, 229 ss.; G. Radbruch, *Zur Systematik der Verbrechenslehre*, in *Festgabe f. R. Frank*, I, Tübingen 1930, 170 s.; G. Stratenwerth, *Objektive Strafbarkeitsbedingungen im Entwurf eines Strafgesetzbuches*, cit., 567 ss.
[10] G. Stratenwerth, *Objektive Strafbarkeitsbedingungen im Entwurf eines Strafgesetzbuches*, cit., 573 s.
[11] «*Tatbewertung*», distinta dalla «*Unrechtsbewertung*» che fonda la tipicità, secondo W. Gallas, in *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission*, Bd. 5, 1958, 104. Questa prospettiva assume peculiare rilievo rispetto al modello esplicativo *normologico*, di cui si tratterà in seguito (v., *infra*, § 4).
[12] V. già G. Bemmann, *Zur Frage der objektiven Bedingungen der Strafbarkeit*, Göttingen 1957, 52 ss. (l'Autore peraltro rifiutava la categoria dommatica delle condizioni obiettive di punibilità, ritenendo che le stesse dovessero rientrare tra gli elementi dell'illecito, ovvero tra i presupposti processuali). In senso critico C. Geisler, *Objektive Strafbarkeitsbedingungen und »Abzugsthese«*, cit., 169 ss.

Strafbedürftigkeit): si tratta allora di verificare se pur in assenza della condizione il reo dovrebbe essere comunque punito per la sua infrazione alla norma, assumendo quale indicatore fondamentale la minaccia di pena concretamente stabilita dal legislatore; la soluzione positiva a tale quesito permetterebbe di contrassegnare la condizione stessa come realmente e non solo ipoteticamente "*unrechtsneutral*"[13].
Al di là del quadro teorico in cui le soluzioni concrete vengono discusse, di fatto il fondamento della qualificazione viene fatto dipendere direttamente dal *disvalore penale della condotta di pericolo in assenza della condizione stessa*: così, nel caso previsto dal § 323 a StGB – che incrimina chi si pone colpevolmente in stato di ubriachezza e in questo stato compie un fatto antigiuridico – non si può parlare di condizione obiettiva di punibilità rispetto a quest'ultimo accadimento, ma si deve accogliere una interpretazione conforme al principio di colpevolezza, in quanto il comportamento di base non estrinseca un contenuto di pericolosità tale da richiedere necessariamente la pena, specialmente in una società non fondata sul proibizionismo e che, anzi, permette e promuove la vendita di alcolici; una soluzione opposta, sulla scorta della medesima argomentazione, viene data all'ipotesi della rissa seguita da gravi conseguenze di cui al § 231 StGB.
Insomma, ciò che va accertato è soltanto la natura illecita, pericolosa, intollerabile di un comportamento: al di là delle raffinate configurazioni teoriche della fattispecie complessiva.

2.2. Normalmente, specialmente nel contesto del dibattito italiano, la meritevolezza viene rivista soprattutto come precipitato dei principi costituzionali di personalità, offensività e proporzionalità. Mentre il bisogno di pena assume rilievo come esito di una valutazione ispirata al principio di opportunità: il che suggerisce soluzioni deflattive rispetto a fatti connotati da esiguità (scarsa lesività, oppure colpa lieve e incosciente), in linea con il venir meno di istanze teleologico-preventive (tanto generali, quanto speciali, positive e negative)[14].
L'ancoraggio di questo modello esplicativo "sostanziale-teleologico" all'idea di offensività[15] – è meritevole di pena il fatto (e l'agente) che viola interessi a loro volta meritevoli di tutela – permetterebbe di stabilire uno spartiacque chiaro e definito tra elementi tipici del fatto (implementazione di tale modello) ed elementi condizionali (che atterrebbero al tema del bisogno di pena): in breve, un fatto è illecito e

[13] C. Geisler, *Objektive Strafbarkeitsbedingungen und »Abzugsthese«*, cit., 172 ss.
[14] Si pensi all'esplicazione di Padovani della non punibilità sul piano della «caduta dell'esigenza di prevenzione generale sottesa alla tutela dei beni giuridici» e «dell'esigenza di prevenzione speciale e di prevenzione generale attribuibile all'esecuzione della condanna»: T. Padovani, *"Premio" e "corrispettivo" nella dinamica della punibilità*, in *La legislazione premiale*, Milano 1987, 50).
[15] V. già l'interpretazione "teleologica" di Hegler, secondo cui il connotato essenziale delle condizioni obiettive di punibilità starebbe nella loro non appartenenza alla *lesività sociale* del comportamento incriminato: A. Hegler, *Die Merkmale des Verbrechens*, in *ZStW* 1915, 224 s., nt. 123; cfr. F. Kadečka, *Verkappte Zufallshaftung*, in *Monatschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform* 1931, 73.

colpevole a prescindere dal verificarsi della condizione di punibilità, ma non tutto ciò che è meritevole di pena deve essere concretamente punito[16].
Prima ancora di esplorare i limiti di questa impostazione, va peraltro evidenziato un aspetto a nostro avviso importante.
Sussiste un nesso stringente tra l'affermazione secondo cui la pena è *meritata*, e il paradigma della *razionalità orientata ai valori*[17]: il debito verso il "*wertrationales Denken*" pare anzi icasticamente scolpito nel concetto di corrispondenza tra pena intesa come valore e (dis-)valore dell'illecito che sta alla base del "*Just Deserts*" (ma anche nel significato primordiale – non ancora normativizzato – di rimproverabilità).
Mentre la *Strafbedürftigkeit* emerge in maniera nitida come il frutto di una *razionalità orientata ai fini*: bisogno o esigenza collegata a uno scopo, che si serve della pena come mezzo per il suo conseguimento[18]. La punibilità è razionale fintanto che la pena costituisce strumento idoneo a raggiungere quello scopo: quando non lo è più, o sono disponibili altri mezzi meno afflittivi, viene meno il bisogno di pena[19].
Indispensabile pertanto preliminarmente fare chiarezza sugli scopi che si assegnano alla pena.
Una simile scansione viene peraltro messa in discussione per la sua postulata frattura tra colpevolezza e istanza preventiva, in quanto ipotizzerebbe un illecito che, meritevole di pena – alias, che *è giusto punire* in una prospettiva retributiva –, sul piano politico-criminale va esente da pena per mere ragioni di opportunità.
Rifletterebbe infatti la logica della teoria retributiva della pena accontentarsi, in termini di scelte di incriminazione, della sola meritevolezza di pena: prescindendo dalle valutazioni sul bisogno di pena proprie delle concezioni preventive, unica funzione della sanzione criminale rimarrebbe quella di stigmatizzare il reo e riaffermare il valore tutelato[20].

---

[16] Per la fondazione della punibilità sulla distinzione tra meritevolezza di pena e necessità politico-criminale v. J. Eisele, *Vorbemerkungen zu den §§ 13 ff.*, in A. Schönke, H. Schröder, *Strafgesetzbuch*[2], cit., n. 124, 194; H.-H. Jescheck, T. Weigend, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., 554 ss.; G. Stratenwerth, *Objektive Strafbarkeitsbedingungen im Entwurf eines Strafgesetzbuches*, 567 s.; in senso contrario, qualifica le condizioni obiettive di punibilità alla stregua di elementi della meritevolezza del fatto H. Otto, *Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit als eigenständige Deliktskategorien?*, cit., 64 s.; critico nei confronti della stessa distinzione tra meritevolezza e necessità politico-criminale G. Jakobs, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, cit., 10/5, 339, come si vedrà.
[17] Pur in vista di sviluppi non coincidenti, descrive un approccio orientato a inserire nella teoria del reato apprezzamenti di tipo "assiologico" G.A. De Francesco, *Punibilità*, cit., 2 ss.: un approccio che «testimonia… lo sforzo di 'immettere' le basi di legittimazione dell'illecito nel 'circuito' della sua stessa rilevanza».
[18] V. W. Frisch, *Strafwürdigkeit, Strafbedürftigkeit und Straftatsystem*, in *GA* 2017, 366 s.
[19] Cfr. H.-L. Günther, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß. Studien zur Rechtswidrigkeit als Straftatmerkmal und zur Funktion der Rechtsfertigungsgründe im Strafrecht*, Köln, Berlin, Bonn, München 1983, 183 ss., 192 ss.
[20] Una diversa prospettiva, nel contesto di una concezione che privilegia la prevenzione generale positiva – protezione della vigenza della norma a fronte della sua erosione operata dal reato – viene invece suggerita da Wolfgang Frisch, che ascrive questa all'ambito della *Strafbedürftigkeit* (W. Frisch, *Strafwürdigkeit, Strafbedürftigkeit und Straftatsystem*, cit., 368; Id., *Strafe, Straftat und Straftatsystem im Wandel*, in GA 2015, 284 ss.; Id., *Straftheorie, Straftat und Strafzumessung im gesamten Strafrechtssystem. Zur Revisionsbedürftigkeit des Grundverständnisses der Straftat*, in *Ein*

Sulla scorta di considerazioni di questa indole si è sottolineato invece come esista piuttosto una forte connessione tra meritevolezza di pena e sua necessità sul piano politico-criminale, che esclude la possibilità di una separazione tra *Strafwürdigkeit* e *Strafbedürftigkeit*[21].

La tradizione interpretativa italiana anzi ha fatto emergere proprio l'offesa come fondamento assiologico – e costituzionalmente orientato – della stessa punibilità (o della sua permanenza)[22]. E, dal momento che il principio di offensività opera in funzione della delimitazione (anche) della punibilità secondo il canone dell'*extrema ratio*, ma, prima ancora, della meritevolezza, legittimando l'incriminazione di fatti appunto lesivi di beni giuridici tutelati[23], il medesimo criterio, ossia la tutela del bene giuridico riguarda entrambi i momenti, perché le ragioni che possono escludere il bisogno di punire in concreto possono essere proprio legate all'esigenza di proteggere diversamente e in maniera più efficace il bene, ovvero di contemperarne la tutela con quella di altri che potrebbero essere pregiudicati, o ancora, più semplicemente, alla considerazione della non necessità della pena in vista della protezione dell'interesse stesso (così, ad esempio, l'istituto della tenuità del fatto di cui all'art. 131-*bis* Cp[24]).

In questa prospettiva, una recente ricostruzione individua la *ratio* delle condizioni di punibilità, tanto positive, quanto negative, non già in motivi di opportunità, ma nel «principio di sussidiarietà esterna», ovvero nell'idea della «salvaguardia dei beni tutelati anticipatamente dalla incriminazione o comunque restaurabili», che può essere conseguita meglio attraverso strumenti flessibili e differenziati[25].

---

menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe, Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, a cura di C. Fahl, E. Müller, H. Satzger, S. Swoboda, Heidelberg 2015, 103, 111 ss.); laddove la meritevolezza di pena riguarderebbe invece la deviazione colpevole del comportamento tenuto dall'agente rispetto a quanto prescritto dalla norma di comportamento. Coerentemente, l'Autore ritiene plausibile una dissociazione delle due prospettive, non soltanto nel senso che un comportamento meritevole di pena può essere non bisognoso di pena (quindi non punibile), ma persino che esigenze di prevenzione generale rispetto a una norma violata con frequenza potrebbero far astrattamente considerare bisognoso di pena un comportamento non meritevole (anche se non, ovviamente, nella prospettiva di una risposta penale ancorata a un giudizio sociale-etico: W. Frisch, *Strafwürdigkeit, Strafbedürftigkeit und Straftatsystem*, cit., 368). La distinzione, pur raffinata e fondata sulla teleologia della pena, non sembra peraltro introdurre elementi di novità rispetto a una lettura in chiave puramente retributiva della *Strafwürdigkeit*.

[21] C. Geisler, *Objektive Strafbarkeitsbedingungen und »Abzugsthese«*, cit., 170 s.

[22] Da ultimo v. M. Ronco, *Le condizioni oggettive di punibilità*, cit., 422.

[23] Cfr. S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone, *Manuale di diritto penale. Parte generale*[2], Bologna 2017, 236 ss. (e bibliografia ivi citata).

[24] Che in sé non appare, in via di principio, refrattario nemmeno a una lettura in chiave di (mancanza di) meritevolezza: attribuisce alla *Strafwürdigkeit* come autonoma categoria la specifica funzione di filtro rispetto a quei fatti pur tipici, ma connotati da esiguità e per questo non meritevoli di pena (con riguardo all'ordinamento giuridico-penale giapponese) K. Asada, *Strafwürdidgkeit als strafrechtliche Systemkategorie*, in *ZStW* 1985, 465 ss.

[25] Cocco, *Punibilità nella teoria del reato*, cit., 520, 523 ss.; Id., *Riflessioni su punibilità, sussidiarietà e teoria del reato*, cit., 272 ss.

Insomma, l'orientamento alla tutela di beni giuridici sembra costituire la *ratio* tanto della meritevolezza sul piano della legittimazione dell'intervento penale, quanto del bisogno di pena sul piano concretamente operativo.
Di conseguenza, ad esempio, il discrimine tra condizioni obiettive di punibilità ed elementi costitutivi del fatto tipico andrebbe individuato in elementi estranei all'offesa al bene, oppure, con maggiori difficoltà, nel tipo o la qualità o la quantità di offesa, o nell'incidenza "gregaria" o marginale delle condizioni sull'offesa stessa: il che spiega la difficile collocazione di quegli elementi che concorrono ad attualizzare o ad approfondire in qualche modo la dimensione lesiva del fatto punibile (le c.d. condizioni intrinseche) e che sembrerebbero pertanto refrattari, *ex* art. 27 Cost, a un'assimilazione all'imputazione puramente oggettiva – senza dolo/colpa e senza nesso causale – prevista dall'art. 44 Cp.
Il modello sostanziale, almeno nella sua attuale formulazione, pare allora inficiato da un equivoco difficilmente superabile se non in via puramente congetturale[26].

2.3. In senso ancora più netto, parte autorevole della dottrina denuncia l'inconsistenza della tesi basata sulla distinzione tra meritevolezza e necessità politico criminale, in quanto essa disconoscerebbe come la sanzione penale sia sempre orientata alla necessità di dirimere un conflitto, e come quindi tutti i presupposti della sua applicazione debbano rispondere a questa esigenza sempre imprescindibile. Vale a dire: ciò che non è necessario punire, non è neppure meritevole di pena[27].
Pertanto, secondo questa concezione, le condizioni obiettive di punibilità afferiscono direttamente all'illecito – elementi posticipati, che operano retroattivamente su di esso – quale concetto riassuntivo di tutti i presupposti materiali dell'incriminazione[28].
In una parola: illecito e punibilità stanno e cadono insieme.
Si può osservare come l'idea della pena quale processo comunicativo orientato alla riaffermazione dell'identità violata, ovvero produzione della vigenza della norma attraverso marginalizzazione del reato[29], palesi una vocazione naturale a deprezzare qualsiasi distinzione tra determinazione dell'illecito e opportunità politico-criminale:

[26] *Rectius*, superabile solo se si intende piuttosto la meritevolezza come problema relativo a quali comportamenti abbiano messo in discussione la vigenza dell'aspettativa normativa inglobata nel fatto tipico (così secondo l'impostazione di cui si dirà nel prossimo paragrafo 2.3.).
[27] G. Jakobs, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, cit., 10/5, 339: secondo esempio dell'Autore, se il legislatore condizionasse la punibilità del furto alla contingenza che il soggetto autorizzato abbia bisogno dell'oggetto rubato, ciò certificherebbe un evidente mutamento del significato sociale della proprietà e delle aspettative ad essa connesse; il che si riverbererebbe sulla determinazione di ciò che va considerato illecito tipico, non soltanto della sua punibilità (*ibidem*).
[28] G. Jakobs, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 10/6, 339.
[29] Cfr. ad es. G. Jakobs, *Zur gegenwärtigen Straftheorie*, in *Strafe muss sein! Muss Strafe sein? Philosophen – Juristen – Pädagogen im Gespräch. Thüringentag für Philosophie 1997, Kritisches Jahrbuch der Philosophie*, Beiheft 1/1998, a cura di K.M. Kodalle, Würzburg 1998, 39 s.

anche le prerogative di quest'ultimo tipo non sono altro che aspettative normative che la pena deve confermare controfattualmente.
Ma in questo modo immancabilmente si dissolve l'analitica in un concetto olistico di illecito come pura infrazione di un ruolo normativo che non riesce a dar conto di come non tutte le aspettative deluse dal reato originino necessariamente una reazione penale[30]. Senza contare, poi, che l'emersione in sede di punibilità di elementi attinenti all'opportunità del punire e al bilanciamento di interessi ulteriori rispetto a quelli che codificano l'illecito[31] potrebbe rispecchiare *in negativo* – secondo argomento *a contrario* – proprio quell'esigenza di "*Untermauerung*" di tipo cognitivo – a livello di effetti psico-sociali – che la stessa fondazione normativo-funzionalista della responsabilità ritiene imprescindibile[32].

2.4. In realtà, sembra difficile poter delegittimare integralmente una distinzione tra momento del giudizio di valore sull'illecito e contemperamento degli interessi collidenti con l'irrogazione automatica della pena.
La questione può peraltro essere stemperata se si concepisce la categoria della meritevolezza di pena in senso costituzionalmente orientato come espressione del principio "strutturante"[33] di responsabilità personale (art. 27, co. 1 Cost.), nel duplice significato di responsabilità individuale e colpevole: in questa prospettiva, la posposizione del giudizio sulla necessità di pena a una fase logicamente successiva a quella dell'accertamento della responsabilità stessa e indipendente da esso risponde piuttosto all'esigenza di evitare un'incriminazione che può risultare inopportuna sotto altri profili.
Il che spiega come l'esistenza nell'ordinamento giuridico-penale della fattispecie delle condizioni obiettive di punibilità non si ponga in contrasto con il principio di responsabilità personale: nella misura in cui, ovviamente, sotto l'etichetta di

[30] Una tendenza, quella dell'eccesso di "deduttivismo", in realtà tipica, a nostro avviso, delle concezioni neohegeliane: a riguardo sia consentito il rinvio a L. Cornacchia, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino 2004, 267 ss., 414 ss.
[31] Si intende, diversi da quelli contemplati dalle cause di giustificazione.
[32] Come la carenza di un consolidamento cognitivo minimale legittima una parziale sospensione di alcuni principi della risposta penale, così, di fronte a una condotta tipica ai sensi del reato di bancarotta la cui incriminazione potrebbe mettere a repentaglio l'interesse patrimoniale dei creditori in assenza di una sentenza dichiarativa di fallimento, la scelta di subordinare la punibilità al verificarsi di tale condizione, quindi di sospendere il processo comunicativo di produzione della vigenza della norma, potrebbe essere riletta come contemperamento della necessità di consolidamento cognitivo (ad es., gli effetti psico-sociali con riguardo alla posizione della massa dei creditori) che cementano le aspettative normative complessive. Considerazioni che forse consentirebbero anche ulteriori sviluppi: quella della punibilità potrebbe essere rimeditata come categoria attraverso cui filtrare esigenze di deflazione in sede di irrogazione della sanzione penale che trovano proprio nella concreta dinamica delle relazioni sociali – quindi, in una dimensione prettamente cognitiva – la loro giustificazione.
[33] Su tale concetto sia consentito il rinvio a L. Cornacchia, *op.cit.*, 89 ss.

condizioni di punibilità non vengano assunti elementi che qualificano l'illecito tipico[34].
Il dibattito sulla possibilità di sceverare il profilo della meritevolezza di pena da quello del bisogno di pena (secondo lessico tradizionale) sembra risolversi più che altro in un bisticcio terminologico: in realtà, rispetto alla "seconda fase" è preferibile parlare appunto di ragioni di *opportunità*, che segnalano la *convenienza* della sanzione solo in presenza degli accadimenti previsti per legge attraverso le condizioni stesse e dalle quali dipende *il concreto rilievo penale* del fatto.
Se tipicità e colpevolezza costituiscono la ragione dell'*astratta meritevolezza di pena* di un illecito – nel senso che un fatto è penalmente rilevante soltanto quando integri gli estremi di tipicità richiesti dalla legge (*fatto meritevole di pena*) e sia personalmente ascrivibile al suo autore (*soggetto meritevole di pena*) – la punibilità invece attiene alla *concreta opportunità o convenienza della pena*.
Indiscusso sembra il ruolo attribuito *de lege lata* alle condizioni obiettive di punibilità di subordinare la punibilità a ragioni di opportunità: come quella di non pregiudicare interessi collaterali, anche extra-penali (lo svolgimento ordinario delle prerogative dei creditori nei reati di bancarotta pre-fallimentare) o di consentire la deflazione processuale (così la condizione negativa della particolare tenuità del fatto di cui all'art. 131-*bis* Cp) o di favorire comportamenti di pentimento operoso, di presa di distanza dal reato, di dissociazione da parte del reo (ad es. gli art. 308 e 309, 376, 463 Cp, ecc.).
Inoltre, si pone giustamente l'accento sulla mancanza di interesse dello stato a punire o, di converso, sull'interesse del medesimo a punire come fondamento della punibilità *sub condicione*: profilo che spiega la natura delle condizioni obiettive di punibilità, quali elementi che lasciano impregiudicata la presenza di quelli che integrano invece il reato nella sua antigiuridicità, tipicità o colpevolezza[35]; e che autorizza a riconoscere piena autonomia al momento della punibilità.

3. L'aspirazione a fare della punibilità un elemento del reato, ma distinto dal fatto conforme alla descrizione offerta dal legislatore, ha trovato sbocco in modelli ricostruttivi di tipo fondamentalmente dommatico.
Le condizioni di punibilità sono collocate da Beling sul piano della "minaccia di pena" (*Strafdrohungsbedingungen*), riguardate come estranee e aggiuntive rispetto a un fatto tipico, antigiuridico e colpevole e poste «alla periferia della considerazione

[34] Un rischio, quest'ultimo, che peraltro prescinde dal *nomen iuris*, ma più spesso è celato da altre "etichettature": quelle della colpa e del dolo, nei numerosi casi in cui il loro accertamento rispetto a determinati eventi effettivamente costitutivi del fatto, la cui imputazione dovrebbe conformarsi al duplice principio dell'art. 27 co. 1 Cost. (responsabilità per fatto proprio e colpevole), viene surrogato da una mera presunzione, laddove insomma il mero verificarsi dell'accadimento è assunto come prova del dolo e della colpa stessi, con riguardo a fattispecie non edificate dal legislatore secondo la tecnica del pericolo astratto (v. M. Donini, *Imputazione oggettiva dell'evento. «Nesso di rischio» e responsabilità per fatto proprio*, cit., 18 s.).
[35] Cfr. A. Di Martino, *La sequenza infranta*, cit., 8 ss.

del reato»[36]; peraltro sono considerate anche requisiti essenziali del reato, la cui assenza ne fa venir meno il carattere delittuoso (a differenza delle mere cause di esclusione della pena)[37], dal momento che legittimano l'applicazione della legge penale[38]. Inoltre, il criterio discretivo tra *Strafdrohungsbedingungen* ed elementi del fatto è dato dalla connessione con la condotta tipica[39].

La lezione belinghiana permette innanzitutto di confermare la elementare constatazione ai sensi della quale dovrebbero essere considerati elementi costitutivi del fatto quantomeno tutti quei requisiti con i quali il legislatore descrive delle *modalità della condotta tipica*[40].

Inoltre, di converso, la "teoria pura" del *Tatbestand* di Beling, probabilmente è la più coerente nel marcare la distanza tra fatto tipico e condizioni relative alla minaccia della pena: un confine che viene successivamente abbandonato, ad esempio, nella concezione finalista del «*Tatbestand im weitern Sinne*»[41]; e, in maniera ancora più radicale, nella prospettiva funzionalista che assorbe ogni presupposto penale nell'esigenza di soluzione del conflitto e conferma della vigenza delle aspettative normative della società[42].

Superata l'idea di una tipicità scevra di qualsiasi dimensione valoriale, teleologica e soggettiva, rimane in più moderne teorizzazioni il concetto di alterità delle condizioni di punibilità *rispetto all'azione tipica* come modello discretivo dagli elementi costitutivi.

Anche nell'ambito della migliore dottrina italiana di recente si è proposto di ancorare la delimitazione tra illecito e punibilità alla *condotta* quale fulcro essenziale dell'opzione incriminatrice[43], colta tra l'altro nella sua fisionomia e nelle dinamiche che la caratterizzano, in particolare con riguardo alla sua tensione finalistica in funzione di un certo esito e alla sua dimensione intrinsecamente causale nei reati di evento[44]: laddove il recupero della stessa causalità ha la funzione di paradigma 'attributivo di significati' atto a «valorizzare l'idea di un 'dominio' del soggetto sulle prospettive e gli sviluppi possibili delle proprie scelte e delle proprie

---

[36] E. Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen 1906, 47 ss., 51 ss. Condizioni *post hoc*, non necessariamente *propter hoc*: la relazione causale con la condotta, anche se presente, non è essenziale ai fini della condizione (*ibidem*, 66).

[37] E. Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*, cit., 57, 64. Così pure le condizioni negative di punibilità, riviste come risvolto della stessa medaglia, da considerare pertanto unitariamente: *ibidem*, 55.

[38] E. Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*, cit., 67. Secondo l'interpretazione di Giovannangelo De Francesco, peraltro, le «condizioni della minaccia penale» di Beling denotano «piuttosto che un elemento del reato – per quanto distinto dal *Tatbestand* – il frutto e il precipitato di quella prerogativa 'sovrana' in cui si esprimeva la 'positivizzazione' dello *jus puniendi* incarnata dalla previsione della sanzione» (G.A. De Francesco, *Punibilità*, cit., 6).

[39] E. Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*, cit., 60.

[40] Cfr. E. Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*, cit., 209 ss., 234 ss.; nonché M.E. Mayer, *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*[2], Heidelberg 1923, 89 ss., 91.

[41] H. Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*[11], Berlin 1969, 58 s.; Arm.Kaufmann, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, Göttingen 1954, 212 ss.

[42] Sulla concezione di Jakobs v. *supra* § 2.3.

[43] G.A. De Francesco, *Punibilità*, cit., 12 ss.

[44] G.A. De Francesco, *Punibilità*, cit., 19.

determinazioni»[45]. Viene così corroborata su un piano rigorosamente dommatico una strutturazione assiologica dell'illecito che permette di sceverare correttamente le fattispecie relative alla punibilità pur integrate nella teoria del reato, ma comunque «elementi estranei all'azione illecita, i quali si verifichino dopo l'azione illecita stessa»[46]: le condizioni obiettive di punibilità sono fattori esterni all'illecito perché appunto non modificano in nulla la valutazione del significato e del ruolo del comportamento dell'autore[47].
Il generico riferimento – di matrice sostanzialista-assiologica – all'offesa trova così sul piano dommatico un fondamento più solido e consistente.

4. Un ultimo paradigma teorico va preso in considerazione, quantunque sostanzialmente negletto e anzi solitamente rigettato dal punto di vista teorica dalla dottrina italiana[48]: quello normologico.
Nella costruzione di Binding emerge una netta contrapposizione tra reato e punibilità in corrispondenza a quella tra *Norm* e *Strafgesetz*, in particolare, tra "*Delikt*", quale violazione colpevole della norma precetto, e "*Verbrechen*", quale reato punibile in virtù della legge penale, che rappresenta la reazione statale al "*Deliktsmoment*" e il suo riconoscimento come fonte delle conseguenze sanzionatorie[49].
Se la costruzione bindinghiana sta e cade, ovviamente, con lo schema binario fondamentale *Norm/Gesetz*, e risulta quanto mai inaccettabile concepire determinati requisiti – i c.d. «*gesetzliche Höhenmarken des Strafgehaltes*»[50] – quale espressione della prerogativa sovrana rispetto all'irrogazione della pena, quindi come elementi ai quali non si estende il dolo[51] *proprio in quanto previsti dalla legge penale*, ciò che a nostro avviso appare interessante è il tentativo di identificare sul piano normologico la categoria, che, sia pur in maniera ancora confusa, apre alla possibilità di ricondurre

[45] G.A. De Francesco, *Punibilità*, cit., 24.
[46] A. Pagliaro, *Il fatto di reato*, Palermo 1960, 389.
[47] G.A. De Francesco, *Punibilità*, cit., 43.
[48] Sul presupposto dell'indissolubilità del plesso dato da precetto e sanzione, per cui «una norma giuridica priva di sanzione, è una *contradictio in adjecto*», di solito ricondotto ad Art. Rocco, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Torino 1913, 67 ss.: in realtà, come noto, secondo l'Autore, all'imperativo deve collegarsi sempre la *possibilità giuridica* di una reazione fisica, ovvero la sua *minaccia*, non necessariamente il suo «*uso effettivo*», «l'*esecuzione della minaccia*, cioè l'*applicazione della sanzione*» (*ibidem*, 69 s.).
[49] K. Binding, *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, I, *Normen und Strafgesetze*[4], Leipzig 1922, rist. Aalen 1965, I, 172 ss.; Id., *Handbuch des Strafrechts*, I, Leipzig 1885, 499, 508.
[50] K. Binding, *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, II, *Schuld, Vorsatz, Irrtum*[2], Leipzig 1914-1916, 981 ss.; III, *Der Irrtum*, Leipzig 1918, 184 s.
[51] Argomento che, come noto faceva ritenere incoerente la teorizzazione bindinghiana della categoria a quanti pensavano che il dolo debba abbracciare l'intero fatto tipico: così Arm.Kaufmann, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, cit., 212 ss., che considerava le condizioni obiettive di punibilità un mero termine riassuntivo per concetti eterogenei dalla dubbia riconducibilità a un gruppo dommaticamente definito.

la distinzione tra condizioni di punibilità ed elementi costitutivi alle differenti funzioni esplicate dalle norme che li prevedono.
Ora, innanzitutto pare evidente che la norma che fa dipendere la punibilità in concreto dalla condizione obiettiva di punibilità non può essere violata – quindi non è presupposto di antigiuridicità[52] – ma può essere solo integrata: questa evidenza ha giustificato l'affermazione secondo cui la condizione «incorpora una porzione dell'illecito»[53]; ovvero «è legata al fatto tipico» dal momento che o «appartiene alla situazione tipica» oppure va qualificata come «conseguenza del fatto» e comunque «deve essere trattata come un requisito dell'illecito» quantunque non rientrante nello spettro della colpevolezza[54]; o comunque risulta «costitutiva per l'illiceità del fatto» (*schuldindifferente Unrechtsmerkmale*)[55].
Quest'ordine di conclusione non regge il confronto con la realtà ordinamentale e, oltretutto, non dà ragione della funzione esplicata dalla norma che contempla la condizione obiettiva di punibilità: l'integrazione di quest'ultima vale infatti soltanto a paralizzare la concreta punizione dell'autore del fatto fino al verificarsi della condizione stessa, per carenza di interesse dello Stato, o della persona offesa[56].
Un percorso alternativo, ma sempre nel solco della teoria delle norme, potrebbe essere quello di apprezzare la punibilità come *valutazione* di alcuni elementi, non come tipici, ma come necessari ai fini della concreta irrogazione della pena: una sorta di "*Bewertungsnorm*" (relativa al bisogno in concreto di punire), terziaria rispetto alla norma secondaria che descrive la fattispecie. Esiste una dimensione valutativa relativa alla meritevolezza di pena – difformità del comportamento rispetto agli standard richiesti dall'ordinamento / conformità alla fattispecie tipica[57] – e *una*

[52] Per la tesi secondo cui anche le condizioni obiettive di punibilità trarrebbero giustificazione dall'antigiuridicità materiale (e atterrebbero pertanto alla tipicità intesa come «*vertypte Rechtswidrigkeit*») v. W. Sauer, *Zur Grundlegung des Rechs und zur Umgrenzung des strafrechtlichen Tatbestands*, in *ZStW* 1915, 463, 468; Id., *Grundlagen des Strafrechts*, Berlin/Leipzig 1921, 355 s.
[53] T. Rittler, *Strafbarkeitsbedingungen*, in *Festschrift Reinhard von Frank*, II, Tübingen 1930, 17.
[54] E. Schmidhäuser, *Objektive Strafbarkeitsbedingungen*, cit., 558 s.
[55] Arth. Kaufmann, *Das Schuldprinzip*, cit., 251.
[56] M. Ronco, *Le condizioni oggettive di punibilità*, cit., 414 s.
[57] In realtà per Karl Binding è nella *Norm* (e non nello *Strafgesetz*) che si individua tanto il momento del *Werturteil* (ciò che è considerato intollerabile da un punto di vista valorativo dall'ordinamento), quanto quello del *Befehl*: K. Binding, *Die Normen und ihre Übertretung*, IV, *Die Fahrlässigkeit*, Leipzig 1919, 363. Eberhard Schmidt, in una celebre polemica con James Goldschmidt, riteneva che la norma assolva alla *Bewertungsfunktion* rispetto al comportamento "esterno" dell'agente, alla *Bestimmungsfunktion* invece nel momento in cui si rivolge al comportamento "interno": F. v. Liszt, E. Schmidt, *Lehrbuch des deutschen Strafrecht*[25], Berlin, Leipzig 1927, § 36; H.H. Jescheck, T. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*[5], Berlin 1996, 237 parlano di doppio carattere delle norme; v. anche W. Gallas, *Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs*, in *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag*, München 1979, 158 (trad. it. a cura di Angioni, *La struttura del concetto di illecito penale*, *RIDPP* 1982, 447); E.-J. Lampe, *Unrecht und Schuld, Sühne und Reue*, *Festschrift für Jürgen Baumann*, Bielefeld 1992, 24 ss. Cfr. R. Sieverts, *Beiträge zur Lehre von den subjektiven Unrechtselementen*, Hamburg 1934, 96 ss.; M. Donini, *Illecito e colpevolezza*, Milano 1991, 49 s.; Id., *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova 1996. 162, che in particolare contrassegna la dimensione valutativa come momento della 'razionalità' e della 'moralità' del diritto, quella di indirizzo come momento della sua 'forza' e della sua 'legalità' (Id., *Illecito e colpevolezza*, cit., 50 nt.

ulteriore valutazione di tipo strategico relativa alla *utilità* della punizione del reo con riguardo a determinati obiettivi perseguiti dall'ordinamento o al contemperamento di interessi anche estrinsechi rispetto alla opzione punitiva.
Va chiarito che la nozione di "utilità" di cui si parla non va intesa nel senso del pensiero utilitarista, ma piuttosto in quello di relazione con il bene comune della società, vale a dire di uno «scambio simbolico-comunicativo di utilità», di matrice assiologica, di tutti i soggetti coinvolti nella perpetrazione del reato di cui. Si fa riferimento al recente approccio al tema offerta da Mauro Ronco[58], secondo cui, dal momento che il fatto punibile è solamente quello che «realizza una frattura permanente del fascio delle relazioni interpersonali protette dal diritto», mentre la punibilità deve venir meno quando il fatto umano è inoffensivo *ab origine* oppure perde la sua dimensione offensiva originaria «in relazione a comportamenti del soggetto di segno assiologicamente positivo», occorre operare «un bilanciamento di tipo qualitativo» della relazione tra bene del reo (in termini di emenda), della persona offesa (in termini di congruo ristoro, materiale e morale) e bene comune della società (in termini di «bisogno che sia confermato pubblicamente il primato della giustizia»)[59]. In quest'ottica, «le condizioni di punibilità concorrono alla modulazione delle conseguenze del reato non soltanto e non tanto in funzione delle esigenze della prevenzione generale, bensì, soprattutto, in conformità alle esigenze del ripristino dell'idea di giustizia, del ristoro dell'offeso e dell'emenda del reo»[60].
Le condizioni di punibilità, tanto positive quanto negative, si collocano sul piano della valutazione compiuta dal legislatore circa la relazione con il concetto poliedrico di bene comune, rispetto al quale va riletto lo stesso concetto di offesa.

5. Funzioni della pena, dell'offesa, del fatto tipico, della norma: un ampio prisma di chiavi di lettura di matrice *lato sensu* teleologica ha offerto spunti di riflessione per un'interpretazione non meramente formalistica (del resto impossibile) o stereotipa del tema in oggetto. Un tema che, oltretutto, come detto, ha assunto dimensioni sempre più rilevanti a livello dottrinale e prasseologico.
Peraltro, preso atto del complesso dibattito teorico che involge la questione della definizione della punibilità, non si può trascurare che, come giustamente segnala Giovannangelo De Francesco, la moderna penalistica approccia il tema della

81: cfr. anche la bibliografia tedesca e italiana ivi citata). Pagliaro, in prospettiva critica rispetto alla distinzione, nega la possibilità di rinvenire un minimo comun denominatore, trattandosi di due funzioni affatto eterogenee: quella della valutazione degli accadimenti esprime il rapporto con la norma nei termini "emozionali" dell'approvazione o disapprovazione; quella della determinazione della volontà riguarda invece il modo (meglio ancora, la modalità tecnica) di operare della norma rispetto all'agire umano (Pagliaro, *Il fatto di reato*, cit., 124).

[58] Che l'Autore riconduce espressamente al pensiero di Giambattista Vico: M. Ronco, *Le condizioni oggettive di punibilità*, cit., 427 s.

[59] M. Ronco, *Le condizioni oggettive di punibilità*, cit., 426 ss.

[60] M. Ronco, *Le condizioni oggettive di punibilità*, cit., 428, aprendo alla riconciliazione tra reo e vittima, anche attraverso la *poena naturalis*.

punibilità non più soltanto sul piano della teoria del reato, ma piuttosto su quello della «individuazione della natura e della fisionomia delle scelte politico-criminali»[61].
Pare opportuno, a questo punto, prendere in considerazione la ragion d'essere, appunto di tipo politico-criminale, di un istituto dalla incerta fisionomia, in vista di una chiarificazione della sua funzione nel sistema della responsabilità penale.
Si è ravvisata talora una correlazione storica tra la previsione delle condizioni obiettive di punibilità e l'affermazione dei principi di legalità, uguaglianza di fronte alla legge, obbligatorietà dell'azione penale, patrimonio dell'illuminismo. L'inserimento delle esigenze di opportunità nello stesso modello legale risponderebbe, nella sua genesi, all'esigenza di arginare la discrezionalità dei preposti al meccanismo coattivo-sanzionatorio: quindi assolverebbe a funzione delimitativa della punibilità, in connessione con il superamento dell'*ancien regime*[62].
In contrario, è stato rilevato come sia rinvenibile una evidente sfasatura tra le codificazioni liberali e la scoperta della categoria, essendo quest'ultima ispirata non già da istanze garantiste, ma piuttosto general-preventive, o addirittura da una *voluntas* coercitiva: in particolare, da un lato, quella di precludere, rispetto a taluni elementi, l'indagine sull'elemento soggettivo e sull'operatività della disciplina dell'errore sul fatto; dall'altro, quella di consentire l'esercizio di un'ampia discrezionalità giudiziale ad onta del principio di obbligatorietà. L'ipotesi sarebbe confermata dal contenuto elastico, vago e manipolabile in sede di accertamento degli eventi assunti dal codice come condizioni obiettive di punibilità[63].
In sostanza, l'ordinamento, attraverso la previsione della figura di cui all'art. 44 Cp, esorterebbe i consociati ad astenersi dal commettere fatti illeciti e già lesivi del bene giuridico[64].
L'idea delle condizioni di punibilità come strumenti giuridici per "punire di più" ha conosciuto diverse coniugazioni.
Una prospettiva "integralmente" preventiva – nel senso che interpreta la pena come processo comunicativo orientato a significare e produrre l'immutata vigenza delle norme violate attraverso marginalizzazione della infrazione – è quella che assegna alle condizioni obiettive il ruolo di *indicatori della necessità di vietare determinati pericoli astratti*: il materializzarsi di questi in un accadimento dimostra che il comportamento era davvero pericoloso, quindi costituisce *giustificazione retrospettiva della necessità di incriminarlo*[65].

---

[61] G.A. De Francesco, *Punibilità*, cit. 7.
[62] G. Neppi Modona, *Concezione realistica del reato e condizioni obiettive di punibilità*, cit., 186 ss.; L. Stortoni, *Profili costituzionali della non punibilità*, cit., 668; M. Gallo, *Appunti di diritto penale*, II, *Il reato*, *Parte I, La fattispecie oggettiva*, con la collaborazione di M. Amisano, Torino 2000, 155.
[63] F. Angioni, *Condizioni di punibilità e principio di colpevolezza*, cit., 1485, 1487 s.
[64] G. De Simone, *Sentenza dichiarativa di fallimento, condizioni obiettive di punibilità e* nullum crimen sine culpa, cit., 1159.
[65] G. Jakobs, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, cit., 10/1 ss., 336 ss. L'Autore peraltro vede condizionata non già la punibilità, ma prima ancora – in una prospettiva che, come detto, disconosce alla radice la distinzione tra meritevolezza e bisogno di pena – l'illecito, ovvero la tipicità penale (10/4, 338).

Si distinguono in particolare due costellazioni di casi, emblematiche dei due esempi contenuti nel codice penale tedesco: la prima è quella in cui senza condizione il comportamento non va affatto considerato illecito, ma ubiquitario o tollerato (così l'ubriachezza di cui al § 323 StGB), fino al verificarsi dell'accadimento ulteriore; la seconda riguarda quelle ipotesi in cui la condizione rende punibile un comportamento a rischio già illecito, offrendo la prova della pericolosità di una condotta comunque intollerabile (es. rissa con gravi conseguenze di cui al § 227 StGB).

Proprio gli esempi proposti denotano come la tesi si attagli al contesto dell'ordinamento di riferimento, ma difficilmente possa essere accolta in generale.

Da un lato, la punibilità di fattispecie di pericolo astratto si giustificherebbe attraverso le condizioni in oggetto se queste effettivamente materializzassero il contenuto (potenzialmente) lesivo della condotta di base: ma ciò non accade sempre, anzi spesso il legislatore prevede *elementi condizionali intrinsecamente "neutrali"* quanto a lesività (si pensi alla sentenza dichiarativa di fallimento nei reati di bancarotta, o alla presenza del reo nel territorio); mentre i requisiti che presentano un contenuto di segno opposto vanno piuttosto esclusi dal novero delle condizioni previste dall'art. 44 del nostro codice penale.

Inoltre, una tesi come quella di cui è parola dovrebbe coerentemente richiedere che l'evento condizionale, per concretizzare realmente il significato di pericolo intrinseco al fatto di base, si trovasse *in relazione di imputazione oggettiva* – realizzazione proprio di quel rischio – con il medesimo. In questo modo – che comunque non coincide con la realtà dell'ordinamento italiano – le condizioni obiettive si identificherebbero sostanzialmente con i reati aggravati dall'evento a struttura preterintenzionale[66].

Sembra corretto invece ammettere l'esistenza di elementi condizionali che incarnano mere ragioni di opportunità, del tutto eterogenee rispetto alle prerogative preventive dell'intervento penale.

In realtà, come si è detto, il disvalore penale del fatto, su cui si radica la meritevolezza di pena, deve ritenersi già integrato dalla tipicità (e dalla colpevolezza): mentre le figure in esame *non rappresentano "una cosa da non fare"*, non sono fatti di cui l'agente deve rispondere, non fanno parte dell'illecito, ma sono meri accadimenti cui il legislatore subordina l'opportunità o convenienza della pena.

Al di là della paternità di questa figura – secondo autorevole opinione, «senza certificato genealogico, e con una carta d'identità equivoca, rivestita di vernice cangiante a seconda dei tempi e del vento della moda»[67] – resta il fatto che, almeno alla luce dei principi costituzionali che presiedono alla responsabilità penale, essa dovrebbe adempiere unicamente a *funzione politico-criminale restrittiva e delimitativa della punibilità* rispetto a un fatto *già meritevole* di pena.

---

[66] Per una ricostruzione della preterintenzione che consapevolmente fa ampio ricorso ai criteri della "*objektive Zurechnung*", sia pur limitatamente alla definizione del versante oggettivo della condotta colposa, v. S. Canestrari, *L'illecito penale preterintenzionale*, Padova 1989, 158; S. Canestrari, voce *Preterintenzione*, in *DigDPen*, IX, 1995, 694 ss., in particolare 707 ss.

[67] F. Angioni, *Condizioni di punibilità e principio di colpevolezza*, cit., 1440.

E proprio perché l'illecito è già dotato di disvalore anche in assenza dell'elemento condizionale, si ritiene che il modello di imputazione delle condizioni medesime previsto dal codice penale non sia in contrasto con il principio di colpevolezza, in quanto l'alternativa sarebbe l'incriminazione del fatto stesso privo della condizione[68]. Dunque, le condizioni obiettive di punibilità permetterebbero di operare una scrematura tra tutti i comportamenti astrattamente meritevoli di sanzione penale, restringendo la punibilità ad alcuni soltanto di essi[69].
Quanto alle ragioni di opportunità cui risponde la previsione dell'istituto, queste si possono sintetizzare nell'*esigenza di salvaguardare interessi diversi da quello offeso, che potrebbero essere pregiudicati da una tutela incondizionata del bene giuridico* oggetto della norma incriminatrice: mentre il fatto tipico determina ciò che è penalmente illecito, le condizioni obiettive di punibilità non concorrono a tale determinazione, ma assolvono all'idea di tutela di interessi ulteriori, estranei all'offesa[70].
Così, ad esempio, l'incriminazione di qualsiasi atto di dissipazione o occultamento dei beni dell'imprenditore insolvente a prescindere dal suo stato giudizialmente accertato di fallito (artt. 216 s. l. fall.) rischierebbe di ledere l'interesse degli stessi creditori, che potrebbero vedere invece nel frattempo soddisfatti i loro interessi dal buon andamento degli affari dell'imprenditore.
In questa prospettiva, il paradigma a stretta legalità – espressa previsione di legge *ex* art. 44 Cp – cui soggiacciono le condizioni obiettive di punibilità costituirebbe, in un moderno assetto costituzionalmente orientato, espressione precipua del *principio d'eguaglianza*: assicurare che la selezione "repressiva" tra autori del medesimo fatto di reato non sia operata arbitrariamente e in maniera discriminatoria dal giudice. Prerogative consolidate, ulteriormente dal vincolo dell'obbligatorietà dell'azione penale, al quale attraverso tale meccanismo verrebbe ricondotta anche buona parte delle ragioni di opportunità del punire[71].

6. In tutti i casi in cui la norma lo richiede ai fini della punibilità, il verificarsi della circostanza o dell'accadimento da cui dipende la condizione costituisce *oggetto di prova* (ossia, non può essere presunto): ciò in quanto la condizione è elemento

[68] G. Neppi Modona, *Concezione realistica del reato e condizioni obiettive di punibilità*, cit. 184 ss.; G. Neppi Modona, voce *Condizioni obiettive di punibilità*, cit., 4 ss., 11.
[69] Così anche l'orientamento della Corte Costituzionale, che con sent. 247 del 1989 definisce la condizione obiettiva di punibilità, appunto, quale «*filtro selettivo*, che non incide sulla dimensione intrinsecamente offensiva del fatto, ma ne connota solo la gravità, contrassegnando il limite a partire dal quale l'intervento punitivo è ritenuto opportuno…». Una selezione, ulteriore rispetto a quella operata in sede di tipicità, delle condotte cui applicare la sanzione penale.
[70] Cfr. C. Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I, *Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, cit., § 23 C, Rn. 21 ss., 1043 s.
[71] G. Neppi Modona, voce *Condizioni obiettive di punibilità*, 1 s.; P. Violante, *Condizioni obiettive di punibilità o condizioni di procedibilità? Aspetti vecchi e nuovi di un antico dilemma*, cit., 584. Esulerebbe invece l'idea di garanzia del *favor libertatis*: all'implementazione di questa prerogativa fondamentale, nella edificazione del rimprovero penale, risponde principalmente la previsione tassativa per legge dei requisiti essenziali del fatto tipico (*principio di determinatezza-tassatività*).

essenziale della figura criminosa, anche se esterno al (non costitutivo del) fatto tipico e alla colpevolezza.
Più difficile è offrire una definizione di tale fattispecie, data l'esiguità di elementi ricavabili dal codice penale.
L'art. 44 Cp – norma che soltanto *illustra il regime d'imputazione*[72]– offre tuttavia alcuni spunti per ricostruire la struttura del reato condizionato[73].
Innanzitutto, si tratta di *condizioni*: non di elementi costitutivi del fatto. Lo conferma il contenuto dell'art. 44, che fa espresso riferimento all'«evento, da cui dipende il verificarsi della condizione»: *ergo*, evento-*condizione*, distinto dall'evento-*risultato* da cui dipende «l'esistenza del delitto» ai sensi dell'art. 43, co. 1 Cp[74].
In secondo luogo, condizioni che la legge richiede per la *punibilità* del reato: non determinano l'illiceità, ma si limitano a condizionare per ragioni di mera opportunità la punibilità di un fatto già illecito, integrato nei suoi caratteri essenziali di disvalore, rispetto al quale rappresentano qualcosa di aggiuntivo o supplementare[75].
L'elemento semanticamente più consistente ai fini della caratterizzazione della fattispecie è dato dal termine «obiettivo».

7. Le condizioni di cui all'art. 44 Cp sono *obiettive*, nel senso che rilevano *per il solo fatto di essersi verificate*: indifferente che l'evento da cui dipende la condizione sia stato voluto dall'agente, perché la volontà non appartiene ai contrassegni richiesti dalla fattispecie legale dell'art. 44 Cp[76].
Quindi, *le condizioni obiettive di punibilità non rientrano nell'oggetto del dolo*.
Inoltre, e di converso, non integrando elementi del fatto che costituisce il reato, non opera rispetto ad esse la disciplina di cui all'art. 47 Cp
Ma non solo: dal momento che la norma afferma che «il colpevole risponde del reato», ciò significa che per la legge *l'agente è già colpevole*, logicamente prima che (e a prescindere dalla contingenza che) si verifichi la condizione. L'accertamento della condizione obiettiva di punibilità si colloca quindi logicamente in una fase probatoria in cui il complessivo giudizio di colpevolezza è già stato concluso in senso affermativo.
In effetti, non solo non è necessario che l'evento da cui dipende la condizione sia stato voluto dal reo, ma *neanche che sia stato prevedibile*.
Inoltre, *non occorre che l'accadimento condizionale sia stato causato*. Tant'è vero che, come detto, il codice penale distingue l'evento da cui dipende il verificarsi della

[72] F. Angioni, *Condizioni di punibilità e principio di colpevolezza*, cit., 1442
[73] Dal codice penale si desume chiaramente un indice identificativo, concernente la *connotazione cronologica*: condizione obiettiva di punibilità può essere solamente un evento successivo o concomitante, non antecedente, *ex* art. 158, co. 2, ai sensi del quale la prescrizione decorre «dal giorno in cui la condizione si è verificata».
[74] F. Angioni, *Condizioni di punibilità e principio di colpevolezza*, cit., 1453.
[75] F. Ramacci, *Le condizioni obiettive di punibilità*, 170 ss.; M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, I[3], Milano 2004, Art. 44/3, 476.
[76] E in caso di realizzazione plurisoggettiva di reato che per la punibilità richiede il verificarsi di una condizione, la conoscenza o conoscibilità di questa in capo ai diversi concorrenti è del tutto irrilevante.

condizione (art. 44 Cp) da quello da cui dipende l'esistenza del reato, soltanto per quest'ultimo richiedendo l'art. 40 che sia «conseguenza dell'azione od omissione»[77].
Peraltro, dato che le condizioni obiettive di punibilità rispondono al principio di stretta legalità, la tipizzazione offerta dal legislatore è vincolante: così se la norma prevede un collegamento causale o psicologico; nonché la posizione cronologica della condizione.
Per ragioni logiche, non essendo richiesto rispetto alle condizioni di punibilità nessuno dei contrassegni che caratterizzano la tipicità – cui sono del tutto estranee – devono ritenersi *irrilevanti anche tutti i criteri di imputazione oggettiva* elaborati dalla dottrina.
Vale a dire, la condizione *non costituisce necessariamente realizzazione di un rischio* originato o aumentato dall'agente[78].
Inoltre, *non rientra nella sfera di competenza* di quest'ultimo: non deve essere "opera sua".
Per tale ordine di ragioni, il terzo che contribuisca soltanto alla verificazione della condizione obiettiva di punibilità non partecipa al reato (non essendo edificabile a suo carico una competenza né rispetto all'illecito, né rispetto alla condizione): così non concorre in bancarotta il creditore che, agendo contro l'imprenditore in difficoltà economica, dia un apporto considerevole al suo fallimento, neppure qualora si accertasse che la sua richiesta di adempimento del debito era illegittima, e nemmeno se si trattasse di usuraio che avesse richiesto (magari attraverso gravi minacce o atti di violenza) la restituzione del prestito con interessi esorbitanti; né, per le medesime considerazioni, il consulente che con il suo parere errato contribuisca alla manovra economica dissennata dell'imprenditore che porta quest'ultimo al fallimento.
L'assenza di competenza esclude in maniera radicale la responsabilità, anche di fronte a un comportamento lesivo, causale e persino doloso[79].
In sostanza, le condizioni obiettive di punibilità sono estranee alla sfera di incidenza dell'art. 27 Cost., nella sua duplice dimensione di principio di responsabilità per fatto proprio e di responsabilità colpevole.

8. Il rimprovero penale si edifica su elementi non condizionali, ma costitutivi del fatto tipico, che pertanto devono essere oggetto di dolo e, in generale, sono subordinati al principio di responsabilità personale (art. 27 Cost.).

---

[77] Ad esempio, nella bancarotta prefallimentare (art. 216, 1° co., e art. 217, 1° co. l. fall.) non occorre che la dichiarazione di fallimento derivi causalmente dai fatti di bancarotta stessa; né che sussista nesso eziologico tra questi ultimi e lo stato di insolvenza, presupposto della dichiarazione di fallimento (le condotte delittuose non costituiscono necessariamente un antecedente causale del dissesto fallimentare, potendo questo essere imputabile anche a fattori accidentali, come una crisi economica, o la chiusura di un mercato estero, o un crollo della borsa, o l'inadempimento di un debitore): v. C. Pedrazzi, *Reati fallimentari*, in C. Pedrazzi, A. Alessandri, L. Foffani, S. Seminara, G. Spagnolo, *Manuale di diritto penale dell'impresa*[2], Bologna 2000, 106.
[78] M. Donini, *Teoria del reato. Una introduzione*, cit., 408.
[79] Su tali concetti sia consentito il rinvio a L. Cornacchia, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, cit., 343 ss., 384 ss., 416 ss., 485 ss.

Quello della individuazione della linea discretiva tra le due fattispecie rappresenta, notoriamente, il profilo più controverso, anche per l'assenza di indici di riconoscimento di diritto positivo.
Di per sé, il medesimo fattore può essere razionalmente concepito in entrambi i modi.
Si tratta di una pecca del sistema giuridico-penale, che avrebbe dovuto fornire all'interprete quantomeno delle linee sicure di orientamento, dato il rilievo che assume ascrivere un requisito della fattispecie all'una o all'altra categoria, sul piano funzionale (fondazione della responsabilità *versus* delimitazione della punibilità)[80] e persino a livello di principi costituzionali (afferenza *versus* estraneità rispetto all'ambito di operatività dell'art. 27 Cost.).
Piuttosto che una norma generale come l'art. 44 Cp, più utile sarebbe stato fornire in ogni singola fattispecie un'indicazione univoca circa la natura o almeno il regime di imputazione degli elementi previsti: la vigente disciplina innominata sotto questo profilo può essere tacciata di *incostituzionalità per contrasto con il principio di legalità*[81].
Del resto, il medesimo problema si pone anche in altri ordinamenti, come quello tedesco o spagnolo, che pure contemplano ipotesi condizionali[82].

8.1. La linea di demarcazione tra la figura prevista dall'art. 44 Cp e gli elementi tipici diviene labile, come noto, specialmente rispetto a quelle condizioni che concorrono a qualificare e attualizzare l'offesa; in altre parole, quelle che approfondiscono l'offensività tipica del fatto (peraltro già presente); ovvero, quei fattori portatori di un interesse solo formalmente estraneo all'offesa, ma sostanzialmente (ossia, qualitativamente) affine ad essa (c.d. *condizioni obiettive di punibilità intrinseche, o improprie, o a contenuto lesivo*)[83].
Invece le *condizioni obiettive di punibilità estrinseche* (o *proprie* o *a contenuto neutro*), consistenti in un fatto estraneo (sia formalmente che sostanzialmente) all'offesa[84], non creano particolari problemi, anche perché è di immediata evidenza la

[80] Ad esempio, nel caso dell'art. 414 Cp, se si interpreta l'avverbio «pubblicamente» come condizione obiettiva di punibilità, risponderebbe del reato chi compie atti di istigazione o apologia senza rendersi conto che, pur casualmente, altre persone lo stanno ascoltando; mentre andrebbe impune se si qualifica il medesimo elemento come costitutivo del fatto.
[81] M. Donini, *Le condizioni obiettive di punibilità*, cit., 595.
[82] In entrambi manca una norma a carattere generale sulla fattispecie.
[83] M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., Art. 44/10, 478. Ne costituiscono esempi il reato di infedeltà in affari di Stato, punibile «se dal fatto possa derivare nocumento all'interesse nazionale» (art. 264 Cp); o la non ottemperanza alla ingiunzione di eseguire la sentenza nel delitto di mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice (art. 388 Cp).
[84] Ad esempio, la presenza del reo nel territorio dello stato per la punibilità di reati commessi all'estero; o la sorpresa in flagranza nei reati di possesso ingiustificato di mezzi di spionaggio (art. 260, co. 1°, n. 2 e 3 Cp: c.d. spionaggio presunto), di possesso ingiustificato di chiavi alterate o di grimaldelli (art. 707 Cp), di partecipazione a giuochi d'azzardo (art. 720 Cp, depenalizzato). Sulla distinzione tra condizioni intrinseche ed estrinseche v. già F. Carnelutti, *Lezioni di diritto penale*, Milano 1943, 228 ss.; P. Nuvolone, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano 1955, 14 ss.

loro immanente *vocazione restrittiva della punibilità*, che dà ragione in maniera del tutto congruente anche dell'esclusione delle regole di imputazione oggettiva e soggettiva imposte dall'art. 27 Cost.[85].
Secondo taluni la funzione delle due tipologie sarebbe del tutto differente (*eterogeneità funzionale*): le condizioni estrinseche o proprie restringono la punibilità di un illecito; invece quelle intrinseche o improprie permetterebbero di punire un fatto che altrimenti non lo sarebbe, estendendo di fatto la portata di una fattispecie incriminatrice e incidendo sulla meritevolezza, rendendo perciò necessaria una loro imputazione oggettiva e soggettiva[86].
Sta di fatto che la presente, ulteriore suddivisione "interna" alla categoria delle condizioni di punibilità introdotta dalla dottrina in via interpretativa, lungi dal risultare chiarificativa dell'estensione della fattispecie stessa, non di rado è stata foriera di ulteriori sovrapposizioni concettuali, specialmente in punto di collocazione sistematica dei singoli casi concreti all'interno dell'una o dell'altra categoria.
Pare emblematica la vicenda della sentenza dichiarativa di fallimento richiesta per la punibilità dei già menzionati delitti di bancarotta prefallimentare, fraudolenta e semplice (artt. 216 s. l.fall.).

La pronuncia in questione è stato spesso qualificata alla stregua di elemento costitutivo del fatto dalla giurisprudenza (anche da un orientamento della Suprema Corte a sezioni unite[87], avallato persino dalla Corte Costituzionale[88]), ma «elemento *sui generis*», mera «condizione di esistenza del reato» estranea alla sfera della colpevolezza dell'agente e scollegata anche causalmente dalle condotte di bancarotta prefallimentare (non essendo richiesto alcun nesso eziologico nemmeno tra condotte di distrazione, dissimulazione, occultamente, distruzione e dissipazione e stato d'insolvenza) [89] : una simile lettura tuttavia renderebbe la fattispecie costituzionalmente illegittima per contrasto con l'art. 27 Cost. già sotto il profilo della *responsabilità per fatto proprio* [90] . Questione annosa che ha trovato recentemente una soluzione eterodossa in quell'orientamento particolare della

[85] Come noto, la Corte Costituzionale con sent. 1085/88 si è espressa nel senso che gli elementi estranei alla materia del divieto, come le condizioni estrinseche di punibilità, si sottraggono alla regola della rimproverabilità *ex* art. 27, co. 1, Cost. La teorizzazione della categoria risale all'inizio del secolo scorso: cfr. E. Blume, *Tatbestandskomplemente*, Breslau 1906, 13 s., 16, quali elementi che sfuggono completamente dalle mani dell'agente non essendo collegati alla sua condotta da alcun nesso causale (mentre le ben più problematiche condizioni intrinseche vengono riguardate come «elementi complementari al fatto tipico» e pur distinti da esso: *ibidem*, 40).
[86] Cfr. S. Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*[5], Barcelona 1998, § 6/63, 145.
[87] Cass. SU 25.1.1958, in *GP* 1958, II, 513, nonché in *RIDPP* 1959, 921 ss., in particolare 922 s.
[88] C. Cost. 27.7.1982, n. 146, in *CP* 1982, 1924; in dottrina cfr. G. Cocco, *Il ruolo delle procedure concorsuali e l'evento dannoso nella bancarotta*, in *RIDPP* 2014, 101 ss.
[89] Parlava di elemento estraneo al «torto in genere», quantunque non al contenuto del reato, G. Delitala, *Contributo alla determinazione della nozione giuridica del reato di bancarotta*, in G. Delitalia, *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, II, Milano 1976, 724.
[90] C. Pedrazzi, *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta?*, cit., 900 s.; C. Pedrazzi, Reati fallimentari, in C. Pedrazzi, A. Alessandri, L. Foffani, S. Seminara, G. Spagnolo, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, cit., 107.

Cassazione che ha ravvisato nella declaratoria di fallimento addirittura l'evento del reato, necessariamente collegato causalmente con la condotta e rientrante nell'oggetto del dolo: così la sentenza "Corbetta" della Cassazione, che assegna alla sentenza stessa il ruolo di requisito essenziale di tipicità e, conseguentemente, la funzione di individuazione del disvalore della fattispecie[91], nella pretesa appunto di offrire una lettura costituzionalmente orientata della fattispecie di bancarotta[92]. Tale soluzione interpretativa, se riferita correttamente alla sentenza dichiarativa di fallimento, appare impraticabile, non essendo quest'ultima in alcun modo in connessione causale e psicologica con la condotta dell'agente; e comunque di difficile configurabilità – e certamente *contra legem* – se riferita all'elemento "pluridimensionale" del dissesto, fenomeno solitamente riconducibile a molteplici fattori (non solo umani) quanto mai eterogenei, tra cui congiunture economiche anche imprevedibili; e che quindi, al di là dell'intenzione lodevole – edificare una responsabilità conforme al principio di cui all'art. 27 Cost.[93] – facilmente culmina in formule di stile (specialmente con riguardo alla rappresentazione del fallimento o del dissesto che dovrebbe sussistere al momento della condotta), in presunzioni (si pensi all'argomento della concausalità ex art. 41 Cp rispetto all'accertamento del nesso eziologico), quando non in mera "truffa delle etichette".

L'elemento normativo che sembra orientare in senso rescissorio in direzione dell'inquadramento nell'istituto di cui all'art. 44 Cp è dato dalla disposizione del'art. 238 co. 2 l.fall., che prevede, in deroga al comma 1, la possibilità sia pur eccezionale di esercizio d'urgenza dell'azione penale prima della dichiarazione di fallimento, quindi di formulazione dell'imputazione, nonché, più in generale, la possibilità di aprire le indagini preliminari per il delitto di bancarotta anche in assenza della declaratoria stessa (che quantomeno l'art. 238 l.fall. non esclude): profili processuali che

[91] Evidentemente «...un disvalore «a scoppio ritardato», a «manifestazione posticipata», che illumina retrospettivamente quei comportamenti dell'imprenditore i quali, fino al sopraggiungere dell'insolvenza, restano insindacabili, nella loro intrinseca connotazione di liceità, in quanto espressione della libertà programmatica e gestionale accordata dall'ordinamento a quanti assumano la qualifica di imprenditore commerciale» (F. D'Alessandro, *Reati di bancarotta e ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento*, 359 s., che proprio in tale presupposto ravvista il punto di maggiore debolezza della tesi).

[92] Cass. 6.12.2012, n. 47502, in www.penalecontemporaneo.it, 14.1.2013, con commento di F. Viganò, *Una sentenza controcorrente della Cassazione in materia di bancarotta fraudolenta: necessaria la prova del nesso causale e del dolo tra condotta e dichiarazione di fallimento.* L'esigenza del nesso causale medesimo è stata poi smentita da altra pronuncia di poco successiva: Cass. 8.1.2013, n. 733, in www.penalecontemporaneo.it, 28.1.2013, con commento di F. Viganò, *Bancarotta fraudolenta: confermato l'insegnamento tradizionale sull'irrilevanza del nesso causale tra condotta e fallimento*. Per una recente rilettura critica della sentenza Corbetta e della giurisprudenza successiva v. Al. Melchionda, *La labile "certezza interpretativa" della legittimità costituzionale del reato di bancarotta*, in *DPC* 4/2016, 62 ss.

[93] Anche a fronte dell'irragionevole diversità di disciplina tra le fattispecie del primo e secondo comma (come risultante dalla riforma del 2002 con l'inserimento del requisito del nesso causale tra dissesto e fallimento) dell'art. 223 l.fall.: cfr. Al. Melchionda, *La labile "certezza interpretativa" della legittimità costituzionale del reato di bancarotta*, 85 s.

presuppongono logicamente la già avvenuta integrazione di tutti gli elementi costitutivi del reato prima della sentenza[94].

La dottrina, specialmente in passato, era propensa invece spesso a una lettura in chiave di condizione intrinseca, in quanto la sentenza dichiarativa di fallimento qualificherebbe l'interesse leso rendendolo attuale, quindi inciderebbe sull'offensività dei fatti[95]: sortendo esiti di «punibilità retroattiva» ogni volta che il dissesto fosse dovuto a fattori sopravvenuti, e addirittura di responsabilità per fatto altrui laddove detti fattori fossero ascrivibili a condotte di terzi[96].

Il profilo più rilevante appare invece che «tutto cospira a far suppore, insomma, che il fallimento come tale non 'retroagisca' sulla dimensione strutturale delle condotte», di "mero pericolo"[97]: una dimensione che prescinde pertanto dalla verifica compiuta in sede fallimentare.
Pare quindi più convincente l'inquadramento della declaratoria in questione come *condizione estrinseca* (o propria), in quanto non incrementa in nulla la lesività dei fatti di bancarotta, nei quali, se intesi come condotte di pericolo concreto rispetto al bene giuridico protetto della garanzia patrimoniale creditoria[98], risiede integralmente l'offesa delle ragioni creditorie[99]: soluzione che oggi trova accoglimento finalmente anche in giurisprudenza[100]. La *ratio* di opportunità che ispira l'opzione legislativa sta nel favore accordato alla prosecuzione dell'attività economica privata fin tanto che una declaratoria di fallimento non ne certifichi il definitivo insuccesso e quindi la considerazione degli effetti deleteri che avrebbe, fino a quel punto, l'avvio di un procedimento penale[101].

---

[94] V. ad. es. F. Malagnino, *La bancarotta propria. Elementi e principi generali*, Vicalvi (FR), 2014, 26 ss.
[95] P. Nuvolone, *Il sistema del diritto penale*, cit., 182 s.; P. Nuvolone, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, cit., 18 ss.; F. Angioni, *Condizioni di punibilità e principio di colpevolezza*, cit., 1454 s.; G. Insolera, L. Stortoni, *La punibilità*, cit., 426.
[96] In questi termini la celebre critica di C. Pedrazzi, *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta?*, cit., 915.
[97] G.A. De Francesco, *Punibilità*, 14.
[98] Secondo la celebre tesi di C. Pedrazzi, *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta?*, cit. 915; lettura ripresa più recentemente da F. D'Alessandro, *Reati di bancarotta e ruolo della sentenza dichiarativa del fallimento: la Suprema Corte avvia una revisione critica delle posizioni tradizionali?*, in *DPC* 2013, 367 ss.; F. Mucciarelli, *La bancarotta distrattiva è reato d'evento?*, in *DPP* 2013, 335 ss.
[99] M. Zanotti, *Condizioni di punibilità e responsabilità oggettiva*, cit., 355 ss., G. De Simone, *Sentenza dichiarativa di fallimento, condizioni obiettive di punibilità e* nullum crimen sine culpa, cit., 1162 s.; N. Pisani, *La sentenza dichiarativa di fallimento ha natura di condizione obiettiva di punibilità estrinseca nella bancarotta fraudolenta pre-fallimentare: un apparente* revirement *della Cassazione*, in *DPP* 2017, 1166 ss.; Id., N. Pisani, *Crisi di impresa e diritto penale*, Bologna 2017, 16 ss.
[100] V. recentemente Cass. 22.3.2017, n. 13910, in *DPP* 2017, 1158 s., con commento di N. Pisani, *La sentenza dichiarativa di fallimento*, cit., 1160 ss.
[101] F. D'Alessandro, *Reati di bancarotta e ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento*, 366: «posta una situazione di difficoltà economica dell'imprenditore, che tuttavia sia ancora *in bonis* e svolga perciò normalmente la propria attività, l'intervento penale in relazione a fatti di bancarotta potrebbe

8.2. Sono le condizioni intrinseche, dunque, a creare i maggiori problemi di distinzione rispetto agli elementi tipici, cui sono limitrofe in quanto concernono, sia pure in via marginale, l'offensività del fatto.
Specialmente nei casi in cui il fatto da solo, senza l'elemento condizionale, non appaia significativamente pregno di lesività, l'imputazione puramente oggettiva delle condizioni intrinseche, dettata dall'art. 44 Cp, appare incompatibile con il principio di colpevolezza[102] (e già con quello di responsabilità per fatto proprio). Né è sufficiente il rilievo che non si tratta di fatti di cui si deve rispondere, ma di accadimenti che condizionano la punibilità della condotta[103]: di fronte a una condotta esangue sul piano del contenuto di illiceità, qualsiasi elemento che esprima la *ratio* dell'incriminazione non potrebbe esulare dall'ambito di operatività dell'art. 27 Cost.
Anche per tale ordine di ragioni, è stata suggerita una identificazione, in via interpretativa, tra condizioni obiettive di punibilità intrinseche ed eventi costitutivi del reato, ritenendo che in entrambi i casi si debbano applicare i normali criteri di imputazione oggettiva e soggettiva richiesti per gli elementi del fatto tipico; o comunque che il principio di colpevolezza debba "adottare" le condizioni intrinseche imponendo il nesso di prevedibilità tra soggetto ed evento condizionante[104].
In contrario si è correttamente osservato come desti perplessità l'idea di richiedere a chi commette fatti illeciti di usare cautela in vista di eventi condizionanti: rispetto ad ambiti dove oltretutto la colpa verrebbe necessariamente decurtata della dimensione dell'evitabilità – essendo sempre evitabile l'evento mediante astensione dall'illecito – e ridotta a mero rimprovero per non avere previsto la condizione intrinseca prevedibile[105].

---

nuocere severamente alla vita dell'impresa, aggravandone la crisi e aumentando le probabilità di un dissesto, magari altrimenti ancora evitabile».

[102] Sui rapporti tra condizioni obiettive di punibilità e principio di colpevolezza cfr. A. ALESSANDRI, *Art. 27, primo comma*, in G. Branca, fondato da, A. Pizzorusso, continuato da, *Commentario della Costituzione, Rapporti civili, Artt. 27-28*, Bologna 1991, 108 ss.; D. Pulitanò, *Responsabilità oggettiva e politica criminale*, in A. Stile, a cura di, *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, Napoli 1988, 71 ss.; G. Insolera, L. Stortoni, *La punibilità*, cit., 426 s.; P. Violante, *Condizioni obiettive di punibilità o condizioni di procedibilità? Aspetti vecchi e nuovi di un antico dilemma*, cit., 1031 ss., 1036 ss.; V. Mormando, *L'evoluzione storico-dommatica delle condizioni obiettive di punibilità*, cit., 610 s. Nel senso dell'incompatibilità – almeno rispetto ad alcune di tali figure, in particolare, quelle che emergono come elementi fondanti della tipicità penale (c.d. condizioni di punibilità "improprie") – v. già Arth. Kaufmann, *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, Heidelberg 1961, 247 ss.; in senso critico in generale sulla loro idoneità a collidere con il principio medesimo v. già E. Schmidhäuser, *Objektive Strafbarkeitsbedingungen*, cit., 545 ss.; G. Stratenwerth, *Objektive Strafbarkeitsbedingungen im Entwurf eines Strafgesetzbuches*, cit., 565 ss.

[103] P. Nuvolone, *Il sistema del diritto penale*, cit., 366 s.

[104] V. l'articolata soluzione del «legame mediante adozione» in F. Angioni, *Condizioni di punibilità e principio di colpevolezza*, 1476 ss., 1513 s.; cfr. anche V. N. D'Ascola, *Punti fermi e aspetti problematici delle condizioni obiettive di punibilità*, cit., 681.

[105] G. De Simone, *Sentenza dichiarativa di fallimento, condizioni obiettive di punibilità e* nullum crimen sine culpa, cit., 1159 s.

In dottrina la linea discretiva tra condizioni obiettive di punibilità ed elementi tipici viene ricavata non già da dati ontologici, ma solo dalla *posizione e funzione* nella dinamica della responsabilità[106].
Si registrano a riguardo orientamenti favorevoli all'accoglimento di *criteri formali*, fondati sull'analisi sintattica della fattispecie, in particolare sulla *tecnica di formulazione* delle fattispecie[107]: in tal modo però si riconducono a una inattingibile *voluntas* del legislatore soluzioni che legittimamente sulle stesse basi possono essere anche di segno opposto.
Ovvero su *indici diagnostici di tipo strutturale*, non dovendo mai essere considerati elementi condizionali, ma costitutivi del fatto tipico quelli che, nella fattispecie astratta, stanno in relazione causale o psicologica con la condotta dell'agente[108]; desumendosi così dalle conseguenze operative della distinzione le premesse fondative delle due categorie, con evidente inversione argomentativa.
Peccano invece non già nella ricostruzione teorica, ma a livello di soluzioni concrete quelle tesi che ricorrono a criteri *sostanziali* di tipo *"teleologico" o "funzionale"*, attinenti all'incidenza sugli interessi tutelati, ai sensi dei quali un elemento andrebbe qualificato alla stregua di condizione obiettiva di punibilità solo se previsto in funzione di un interesse estraneo al piano dell'offesa tipica[109], orientato a restringere la punibilità[110]; o quantomeno se non accentra su di sé l'offensività del fatto, ma comporta solamente una progressione o un aggravamento dell'offesa tipica. Pertanto i requisiti assunti dal legislatore come condizionali si caratterizzerebbero per la loro effettiva insignificanza sotto il profilo dell'illiceità, nel senso che il fatto dovrebbe già essere integrato nei suoi requisiti di tipicità e per questo già meritevole di pena, ossia tale da giustificare da solo anche la cornice edittale prevista dalla legge[111]. Mentre ogni requisito significativo rispetto all'offesa o considerato rilevante per la misura della pena andrebbe assunto come costitutivo della medesima[112].
Soluzioni in buona misura tautologiche[113], al pari di quelle che fondano la distinzione sull'estraneità o meno rispetto al piano della meritevolezza: individuano i presupposti teorici della distinzione, ma non offrono chiari indici di demarcazione.

---

[106] M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., Art. 44/5, 476.
[107] Si dovrebbe configurare la condizione obiettiva di punibilità in presenza di espressioni condizionali, del tipo "se, sempreché, qualora": v. ad es. G. Neppi Modona, *Concezione realistica del reato e condizioni obiettive di punibilità*, cit., 201 s.
[108] P. Curatola, voce *Condizioni obiettive di punibilità*, cit., 811 s.
[109] F. Bricola, voce *Punibilità (condizioni obiettive di)*, cit., 597 s.; G. Neppi Modona, voce *Condizioni obiettive di punibilità*, cit., 7.
[110] M. Donini, *Teoria del reato. Una introduzione*, cit., 417.
[111] Così J. Eisele, *Vorbemerkungen zu den §§ 13 ff.*, cit., n. 125, 194 s.; v. anche E. Schmidhäuser, *Objektive Strafbarkeitsbedingungen*, cit., 557 ss.; G. Stratenwerth, *Objektive Strafbarkeitsbedingungen im Entwurf eines Strafgesetzbuches*, cit., 569; C. Geisler, *Zur Vereinbarkeit objektiver Bedingungen der Strafbarkeit mit dem Schuldprinzip*, cit., 131, 139 ss., 211 ss.; C. Geisler, *Objektive Strafbarkeitsbedingungen und »Abzugsthese«*, cit., 139 ss., 179.
[112] D. Pulitanò, *Responsabilità oggettiva e politica criminale*, cit., 206.
[113] A. Nappi, *Guida al codice penale*, Milano 2003, 393.

In realtà, pure le condizioni intrinseche si caratterizzano, sul piano sostanziale, per una differenza *solo quantitativa* rispetto all'interesse offeso, oggetto dell'incriminazione (una differenza oltretutto di difficile apprezzamento).
Tanto che è estremamente facile assumere sotto la previsione dell'art. 44 Cp dei veri e propri «eventi mascherati»[114].
Anche per tali considerazioni non convince il criterio discretivo dell'eterogeneità dell'interesse contemplato rispetto alle condizioni obiettive di punibilità[115]: ambiguo a fronte di fattispecie plurioffensive; laddove le condizioni intrinseche possono integrarsi anche nel medesimo interesse in misura marginale.

8.3. Più soddisfacenti, a nostro modo di vedere, appaiono i criteri di tipo *normoteoretico*, ai sensi dei quali vanno ricondotti alla categoria degli elementi costitutivi quei fattori che siano strutturati dalla norma come *materia del divieto*[116].
Piuttosto, desta qualche perplessità la teoria normativa assunta aprioristicamente come valida: il sostrato imperativista sotteso all'idea che la norma giuridico-penale consista in un divieto (o un comando nel caso del reato omissivo) è un dato oggi tutt'altro che scontato[117].
Gli ordinamenti attuali, piuttosto che imporre dei comandamenti a sudditi, riconoscono sfere di diritto (in senso lato: di libertà, diritti, facoltà, etc.) in capo a cittadini e garantiscono la pacifica coesistenza delle medesime, facendo responsabili i loro titolari della corretta organizzazione delle proprie attività nei confronti delle sfere di diritto altrui. La sanzione penale dovrebbe scattare soltanto di fronte alle più gravi violazioni ai doveri giuridici di corretta gestione della propria sfera di diritto[118].
In breve, la responsabilità, anche penale, si radica su doveri giuridici a delimitazione di sfere di libertà riconosciute e garantite dall'ordinamento.
In questa prospettiva, gli elementi costitutivi del reato sono oggetto di doveri giuridici così intesi – *rectius*, contribuiscono a definire *nel fatto tipico* il livello di violazione che integra l'illecito penale –, non invece le figure di cui all'art. 44 Cp: a nessun cittadino viene chiesto di gestire in modo corretto la propria sfera di organizzazione in vista dell'impedimento di una condizione di punibilità, essendo quest'ultima prevista dalla legge unicamente in funzione di circoscrizione della punibilità.
Ad esempio, nei reati di bancarotta (artt. 216 s. l. fall.) viene fatto carico all'imprenditore di non compiere distrazione, occultamento, distruzione, sottrazione, dissipazione di beni dell'impresa, trattandosi di condotte che violano elementari doveri giuridici di correttezza nella gestione dell'impresa; non invece di evitare con il

[114] A. Pagliaro, *Principi di diritto penale. Parte Generale*[8], Milano 2003, 387.
[115] Cfr. T. Padovani, *Diritto penale. Parte Generale*[11], Milano 2017, 3406.
[116] M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., Art. 44/5, 477.
[117] Per una critica al dogma dell'imperativismo sia consentito il rinvio a L. Cornacchia, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, cit., 56 ss.
[118] Su tale concezione e sui suoi possibili sviluppi rinviamo ancora a L. Cornacchia, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, cit., 93 ss., 105 ss., 343 ss. e *passim*.

suo comportamento una sentenza dichiarativa di fallimento (né il dissesto, fattori oltretutto non controllabili dall'agente).
All'opposto, i fatti di istigazione di cui agli artt. 414 e 415 Cp, qualora si assumesse la natura condizionale dell'elemento della pubblicità, dovrebbero essere considerati incostituzionali per violazione del principio della libertà di manifestazione del pensiero (art. 21 Cost.).
Il soggetto agente non viene chiamato a rispondere del verificarsi di una condizione obiettiva di punibilità; sì invece del fatto tipico, in tutti i suoi elementi costitutivi.
Pertanto, le figure previste dall'art. 44 Cp non sono oggetto di dolo perché, previamente, non costituiscono espressione della violazione di alcun dovere giuridico di corretta gestione della propria sfera di diritto, nemmeno quando si tratti di elementi, descritti legislativamente, *di natura affine a quella dell'interesse tutelato*[119]: esulano dalla competenza dell'agente, rilevando la loro esistenza in maniera puramente oggettiva.
Su tale piedistallo interpretativo di tipo normoteoretico si possono edificare soluzioni che diano ragione anche dei paradigmi teleologico-funzionali di cui sopra.
Pur se nella condizione obiettiva di punibilità il legislatore descrive un interesse, esso *non viene tutelato attraverso la previsione della condizione obiettiva di punibilità stessa*: quest'ultima assolve alla mera funzione di delimitare per ragioni di opportunità la punibilità rispetto a fatti già illeciti penalmente. Si tratta di interesse che non è oggetto di protezione, così come *il verificarsi della condizione non è oggetto di riprovazione giuridica*.
In questa prospettiva, la classificazione di un elemento come condizione obiettiva di punibilità o rispettivamente come elemento costitutivo dell'illecito può essere una variabile dipendente dal contesto storico-sociale di riferimento.
Così il pubblico scandalo nel delitto di incesto (art. 564 Cp) va interpretato come condizione obiettiva di punibilità[120] nella prospettiva paternalistica di una tutela penale contro l'immoralità sessuale (per cui si punisce il rapporto incestuoso in quanto tale, e non quello scandaloso). In un'ottica costituzionalmente orientata peraltro una simile chiave di lettura renderebbe la fattispecie illegittima per violazione del principio della libertà e di quello dell'eguaglianza di cui all'art. 3 Cost. (divieto di discriminare – quindi *a fortiori* di incriminare – i cittadini per le loro opzioni morali) e andrebbe pertanto rigettata a favore di una lettura che quantomeno assuma il pubblico scandalo come contrassegno dell'offesa, quindi come elemento costitutivo del reato, oggetto di dolo[121]: vale a dire, le relazioni sessuali intrafamiliari vanno considerate di per sé indifferenti all'ordinamento giuridico, ma divengono socialmente dannose e assumono rilievo penale solo in quanto si riverberino in un pubblico scandalo.

---

[119] M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., Art. 44/7 s., 477.
[120] Lo intende come fattore condizionale, ulteriore delimitativo rispetto a un fatto già dotato di disvalore M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., Art. 44/6, 477.
[121] V. in questo senso già F. Bricola, voce *Punibilità (condizioni obiettive di)*, cit., 598; F. Ramacci, *Le condizioni obiettive di punibilità*, cit., 193; F. Angioni, *Condizioni di punibilità e principio di colpevolezza*, cit., 1469; M. Donini, *Le condizioni obiettive di punibilità*, cit., 596 s.

In tutti questi casi la soluzione corretta, prima ancora che dalla maggiore o minore lesività, va ricavata dalla portata dei doveri giuridici che delimitano le sfere di diritto riconosciute dall'ordinamento vigente nel contesto storico: gli elementi che sono interpretabili come materia di tali doveri vanno senz'altro qualificati come costitutivi del fatto tipico.
Il pubblico scandalo nel delitto di incesto, la dimensione pubblica nell'istigazione a commettere reato e nell'apologia di delitto (art. 414 Cp), il pericolo per l'incolumità pubblica nell'incendio di cosa propria (art. 423, co. 2 Cp) sono elementi costitutivi dei rispettivi reati perché ciò che si richiede al soggetto è proprio di evitarli, in quanto competente rispetto ad essi: invece non sono oggetto di doveri giuridici le particolari scelte sessuali, né le opinioni e i desideri espressi, né la protezione delle proprie cose.
Diversamente occorre ragionare rispetto all'abuso dei mezzi di correzione e di disciplina (art. 571 Cp), in quanto l'agente, in base alla sua sfera di libertà, non è tenuto a evitare il pericolo di una malattia nel corpo o nella mente, ma prima ancora l'abuso stesso; l'infedeltà al mandato di trattare all'estero affari di Stato rientra nella competenza dell'autore del reato di cui all'art. 264 Cp, mentre ne esula la possibilità di nocumento all'interesse nazionale; nell'insolvenza fraudolenta (art. 641 Cp) oggetto del dovere è non dissimulare il proprio stato patrimoniale, mentre non ha a che vedere con esso il profilo civilistico dell'adempimento dell'obbligazione.

9. Da quanto detto emerge in maniera sufficientemente nitida la corretta collocazione dommatica delle condizioni obiettive di punibilità.
Secondo parte della dottrina, si tratterebbe di elementi esterni al reato, necessari solo ai fini dell'applicazione della pena[122].
Lo confermerebbe il fatto che il soggetto è già "colpevole" e il reato già completo.
In contrario, si è addotto come le condizioni obiettive di punibilità debbano essere considerati elementi del reato, oltretutto per la posizione dell'art. 44, collocato tra le norme che disciplinano gli elementi del reato[123].
Sullo sfondo della dicotomia si stagliano due diversi assetti precomprensivi: da un lato, l'idea della perfetta equazione e sovrapponibilità tra reato e punibilità[124]; dal lato opposto, quella della loro distinzione.
Le considerazioni svolte inducono a una soluzione "analogica", di mediazione tra le due visioni.
Le condizioni obiettive di punibilità sono *elementi esterni al reato* – quindi *alla sua dimensione di illiceità e colpevolezza*, nonché *alla sfera di competenza* di chi lo compie – ovvero (richiamando lessico tradizionale, peraltro, come detto, di dubbia idoneità a

[122] F. Bricola, voce *Punibilità (condizioni obiettive di)*, cit., 593; L. Stortoni, *Profili costituzionali della non punibilità*, cit., 666; V. N. D'Ascola, *Punti fermi e aspetti problematici delle condizioni obiettive di punibilità*, cit., 652 s.; F. Ramacci, *Le condizioni obiettive di punibilità*, cit., 206 s.
[123] F. Angioni, *Condizioni di punibilità e principio di colpevolezza*, cit., 1443 ss.; V. già A. Pagliaro, *Il fatto di reato*, cit., 83 ss.; cfr. anche E. Antonini, *La funzione delle condizioni obiettive di punibilità*, cit.,1284.
[124] B. Petrocelli, *Reato e punibilità*, cit., 669 ss.; F. Bricola, voce *Punibilità (condizioni obiettive di)*, cit., 591.

veicolare il senso proprio dell'istituto) a quel plesso che costituisce il perimetro della meritevolezza di pena; ma sono elementi di valutazione circa l'utilità del concreto assoggettamento a pena del reo in vista di ulteriori più ampie finalità o prioritari interessi. In quanto esulano dal divieto, *rectius*, dal dovere giuridico che segna la competenza, non sono elementi del reato; ma ne impongono una ulteriore valutazione di carattere teleologico. Condizionano la concreta punibilità del reato a ragioni di opportunità, convenienza, contemperamento di ulteriori prerogative passibili di specifica salvaguardia, persino a spese di esigenze di tutela penale.
Elementi esterni al reato, ma funzionali a una valutazione teleologica dello stesso in termini di utilità.
Con questa precisazione si può parlare allora di un segmento della teoria del reato, previsto espressamente dall'art. 44 Cp, ulteriore rispetto ad antigiuridicità, tipicità e colpevolezza, anch'esse consistenti del resto in valutazioni[125].

10. Quanto osservato vale anche per le condizioni di non punibilità[126]: di solito[127] cause sopravvenute di non punibilità costituite da condotte di significato 'antagonistico', deputate a neutralizzare o ridurre *a posteriori* gli effetti lesivi della condotta tipica[128] e rilevanti sul piano della prevenzione positiva[129].
Si tratta di istituti in via di edificazione e progressiva sedimentazione, alcuni dei quali incentrati sulla valorizzazione di contegni collaborativi da parte del reo, o di dissociazione e presa di distanza dai comportamenti delittuosi[130]: situazioni che, nella

[125] Invece altre vicende, come le cause di estinzione del reato e della pena, sovente accorpate alla teoria della punibilità, risultano estranee alla qualificazione di ciò che definisce e delimita l'oggetto del rimprovero: secondo alcuni Autori, atterrebbero al momento della c.d. non punibilità, trattandosi di istituti che elidono la pena rispetto a un reato già completo di tutti gli elementi essenziali (M. Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano 2004, 262 ss.). Il paradigma "apofatico" della non punibilità non convince appieno, in quanto proclive ad accogliere al suo interno categorie eterogenee e prive di una *ratio* comune (come quelle appena menzionate) e inidoneo a contrassegnare la reale natura di un fenomeno che comunque trova all'interno del codice penale un riferimento normativo di carattere generale nell'art. 44 Cp: la non punibilità è piuttosto una dimensione della punibilità stessa, come si dirà di seguito (v. § 10).
[126] Le condizioni di non punibilità sembrano richiamate dall'art. 530, n. 1, Cpp nella formula «se il fatto è stato commesso da persona non imputabile *o non punibile per un'altra ragione*».
[127] Ma non sempre: è causa di non punibilità originaria la figura di cui all'art. 649 CP.
[128] G.A. De Francesco, *Punibilità*, cit., 25 ss.
[129] T. Padovani, *"Premio" e "corrispettivo"*, cit., 48.
[130] Così il recesso nei reati di «cospirazione» e «banda armata» (artt. 308 e 309 Cp); la «ritrattazione» nella falsa testimonianza (art. 376 Cp); la procurata cattura dell'evaso nella procurata evasione colposa (art. 387, comma 2, Cp); l'impedimento della contraffazione, dell'alterazione, della fabbricazione o della circolazione in alcuni delitti contro la fede pubblica (art. 463 Cp); il ritiro della «radunata sediziosa» prima dell'ingiunzione dell'autorità (art. 655, comma 3 Cp); la condizione di non punibilità prevista dall'art. 257 co. 4 d. lgs. 152/06 in materia ambientale con riguardo alla bonifica dei siti contaminati, la cui applicazione è stata peraltro ristretta alle sole contravvenzioni dal recente ddl in materia di delitti contro l'ambiente (c.d. ecoreati); e in generale tutte le figure di non punibilità per comportamenti di dissociazione da organizzazione criminali, e in generale per condotte sopravvenute della legislazione speciale.

misura in cui segnalano il successo dell'appello rivolto al reo ad adeguarsi spontaneamente al rispetto dei beni giuridici attivandosi in senso "riparativo" negli stessi contesti in cui le condotte illecite hanno operato, si collocano nel più ampio e diveniente scenario della c.d. *restorative justice*[131].

Altri istituti si connotano in maniera più marcata per una particolare scelta di opportunità operata dal legislatore in bilanciamento con altri interessi – ad esempio, di politica criminale – che rendono *non conveniente* l'inflizione della pena[132], o direttamente in funzione deflattiva: quest'ultimo è il caso della esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto di cui all'art. 131-*bis* Cp[133].

Al di là della pur riguardevole discussione teorica sul tema, riteniamo che la particolare tenuità del fatto rappresenti una vera e propria condizione negativa di punibilità, almeno quando applicata in fase dibattimentale[134]: lo conferma a nostro avviso la previsione in tema di efficacia della sentenza di proscioglimento per particolare tenuità del fatto nel giudizio civile o amministrativo di danno (art. 651-*bis* Cpp), che chiarisce come la pronuncia proscioglimento di non punibilità comporti l'accertamento del fatto tipico, antigiuridico e colpevole.

In contrario, si è osservato che il livello meno grave caratterizzerebbe lo stesso "reato esiguo" o "particolarmente tenue" nei suoi elementi costitutivi, pertanto la particolare tenuità o la esiguità non potrebbero essere considerati condizioni, in quanto si tratterebbe di connotazioni, per così dire, interne alla valutazione del fatto[135]. A nostro avviso, in presenza dei requisiti richiesti dall'art. 131-*bis* ciò che caratterizza il reato rimane integro e anzi pienamente oggetto di prova: e a escludere che i requisiti "quantitativi" che il legislatore ha inteso disciplinare valgano a incidere sul fatto tipico stesso ci sembra insuperabile la considerazione che in sede dibattimentale la tipicità del fatto, e quindi la responsabilità penale, debba appunto essere chiaramente accertata[136]. L'illecito esiguo o particolarmente tenue è insomma

---

[131] Cfr. G.A. De Francesco, *Punibilità*, cit., 90 ss.

[132] Così la già menzionata causa di non punibilità prevista per chi commette delitti contro il patrimonio in danno di congiunti (art. 649 Cp).

[133] Sul tema v. R. Bartoli, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *DPP* 2015, 664 ss.; R. Borsari, *Commento al Decreto Legislativo 16 marzo 2015 n. 28 recante "Disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto, a norma dell'art.1, comma 1 lettera m), della legge 28 aprile 2014, n. 67 (in G.U. 18.3.2015, n. 64)*, in *LP* 2016, 9 ss.; G.A. De Francesco, *Punibilità*, cit., 49 ss.; A. Gullo, *La particolare tenuità del fatto ex art. 131-bis Cp*, in AA.VV., *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, Torino 2015, 35 s.; G. Pavan, *Particolare tenuità del fatto (dir.pen.sostanziale)*, in *DigDPen*, Aggiornamento IX, Torino 2016, 500 ss.; C. Santoriello, *La clausola di particolare tenuità del fatto*, Roma 2015.

[134] In realtà è prevista la sua applicabilità anche in sede di conclusione delle indagini preliminari per disporre l'archiviazione del procedimento: ma allora opererà come condizione di procedibilità (quindi come istituto processuale).

[135] G.A. De Francesco, *Punibilità*, cit., 51 ss. Quantunque secondo l'Autore l'elemento più qualificante in senso proprio del fenomeno della tenuità vada colto nel «ruolo di 'contraltare' rispetto all'esigenza punitiva, in questo suo profilarsi quale negazione, già *in apicibus*, della sequenza penale...» (*ibidem*, 92).

[136] E ci pare confermarlo chiaramente anche la recente giurisprudenza di legittimità, laddove segnala che la figura prevista dall'art. 131-*bis* «riguarda per definizione fatti senza incertezze pienamente

tipico e foriero di rimprovero (così come pure offensivo, sia pure in misura ridotta), ma concretamente non punibile alle condizioni sancite dalla legge. La causa di non punibilità della particolare tenuità non ha quindi nulla a che vedere con la c.d. inoffensività del fatto (riconducibile all'art. 49 co. 2 Cp e al principio di necessaria lesività): per l'applicazione dell'art. 131-*bis* un fatto offensivo deve invece sussistere ed essere previamente accertato, per essere poi valutato – sotto il profilo dell'irrisorietà del danno o del pericolo prodotto – come particolarmente tenue[137]. Si tratta di una figura generale di condizione negativa di punibilità, valevole per l'intero sistema penale comune, quindi applicabile rispetto a tutte le fattispecie delittuose che rientrino nei parametri sanzionatori previsti dall'art. 131-*bis* Cp.
Che poi la figura della particolare tenuità possa e debba essere meglio ripensata (e riscritta), piuttosto che in un'ottica meramente deflattiva, nel contesto di una più ampia considerazione teleologica orientata anche alla riparazione e alle possibilità di risocializzazione del reo pare confermare l'inquadramento qui proposto e le potenzialità in buona parte ancora inespresse degli istituti della punibilità in una prospettiva di tipo restaurativo.

riconducibili alla fattispecie legale», e che la particolare tenuità non svolge le proprie funzioni sul piano della dimensione categoriale (come invece i valori-soglia ove necessari per la configurazione di certi reati), ma conduce piuttosto a un «vaglio tra le epifanie nella dimensione effettuale secondo il paradigma della sussidiarietà in concreto», «essendo in questione non la conformità al tipo, bensì l'entità del suo complessivo disvalore» (Cass. 2.11.2015 n. 44132; nonché Cass. S.U. 25.2.2016 n. 13681).

[137] Valutazione circoscritta dal legislatore attraverso la previsione di ipotesi in cui è preclusa: quando l'autore ha agito per motivi abietti o futili, o con crudeltà, anche in danno di animali, o ha adoperato sevizie o, ancora, ha profittato delle condizioni di minorata difesa della vittima, anche in riferimento all'età della stessa ovvero quando la condotta ha cagionato o da essa sono derivate, quali conseguenze non volute, la morte o le lesioni gravissime di una persona.