

**CENNI STORICI SULLA COLPEVOLEZZA «FONDATE» E SULLA COLPEVOLEZZA «GRADUANTE»\***

**di**

**Mauro Ronco**

Università degli Studi di Padova

**1. Generalità: facoltà sensibili e facoltà razionali alla base dell'agire umano.**

E' convinzione diffusa che la libertà dell'uomo nel mondo, come progetto e come compito, sia estranea alla determinazione della struttura del reato. La libertà, al massimo, viene concessa come presupposto negativo, nel senso che l'assenza di fattori patologici che mettono in discussione la normalità psichica della persona costituirebbe un mero presupposto della colpevolezza, ovvero, ancor più riduttivamente, un presupposto necessario per l'applicazione della pena. E' mia convinzione, invece, che la considerazione della libertà come realtà ontico/etica sia indispensabile per la comprensione corretta del reato *a parte animi*, cioè della componente personale del fatto e, dunque, per la descrizione completa del reato. Peraltro, soltanto la considerazione ontico/etica del dispiegarsi della libertà nel mondo può correttamente spiegare sia le ragioni della punibilità della colpa, sia la somiglianza e, insieme, la differenza del dolo rispetto alla colpa, spiegare, in altri termini, l'analogia che caratterizza le realtà espresse da tali concetti. L'analogia, di cui si avvale la mente come strumento di conoscenza degli enti, scopre gli elementi di somiglianza e di differenza tra essi. Sul piano delle scienze pratiche fornisce la base per decidere se nella disciplina giuridica debbano prevalere gli elementi di differenza o quelli di somiglianza e, dunque, se il trattamento normativo di situazioni insieme differenti e somiglianti debba essere identico o differenziato. Così è per il tema del dolo e della colpa. Tra le due realtà vi sono somiglianze e differenze. E' conveniente trattare la colpa in modo simile al dolo con riferimento alle situazioni in cui le somiglianze sono più significative delle differenze; occorre, invece, adottare il criterio opposto con riferimento ai rapporti e alle relazioni per le quali le differenze sono più significative.

Il nostro discorso implica che la scienza penalistica e la pratica giudiziaria tornino a considerare, ai fini dell'imputazione del reato, oltre al tema della relazione tra gli effetti e la condotta, altresì il tema dell'appartenenza dell'azione al soggetto. L'appartenenza dell'azione può predicarsi a due distinti livelli, uno più esteriore e l'altro più interno al soggetto.

---

\* Dedico questo scritto a Francesco Gentile, nel primo anniversario della sua morte, in devoto segno di affetto per Colui che ha risvegliato in me l'amore per la filosofia del diritto.

L'azione appartiene al soggetto quando essa è propria di lui, nel senso che il soggetto ne è autore in senso stretto. Il che accade quando il movimento o l'inerzia sono propri di lui, scaturiscono da un suo impulso volontario, e non sono l'espressione esteriore di una forza fisica, interna o esterna, superiore al soggetto e da lui non dominabile. Ovvero quando il movimento o l'inerzia avrebbero potuto essere impediti dal soggetto con il dispiegamento normale della sua energia volitiva, vuoi per impedire il movimento vuoi per innescare l'impulso volontario a compiere il movimento. Questa è l'autoria, cioè l'impedibilità del movimento o la superabilità dell'inerzia per l'iniziativa del soggetto.

La dottrina più moderna, riscoprendo una siffatta costellazione di situazioni, ha costruito su di essa la categoria dell'imputazione oggettiva, distinta tanto dalla causalità quanto dalla colpevolezza. L'imputazione oggettiva non deve sostituire né la categoria della causalità né quella della *culpa*, come colpevolezza; essa, ben delimitata, è una categoria intermedia che consente di riconoscere come non propria del soggetto quella condotta che, pur naturalmente e logicamente causale rispetto all'evento, si estrinseca nel mondo in forza di un potere, interno o esterno al soggetto, che quest'ultimo non è in grado di controllare. Non è un'invenzione moderna, ma la semplice riproposizione dell'idea aristotelica dell'autoria, che l'azione è propria dell'uomo soltanto quando scaturisce da un suo impulso volontario, ovvero quando, pure non scaturendo da tale impulso, essa è dominabile dalla volontà del soggetto, cui viene ugualmente imputata perché l'uomo ha posto in essere liberamente la causa immediata del suo agire volontario o perché avrebbe potuto, con uno sforzo di attenzione e di volontà, impedire il movimento o superare l'inerzia.

Nel lessico codicistico l'autoria appare all'art. 42, co. 1° del codice sotto la terminologia di coscienza e volontà dell'azione o dell'omissione. Si intende con ciò che l'imputazione postula come sua base essenziale la presenza di una condotta spontanea dell'uomo, cioè propria dell'uomo, cioè non costretta, esteriormente o interiormente, da forze che non sono da lui dominabili. La condotta di cui parla l'art. 42, 1° co. esprime il concetto di autoria: occorre, affinché vi sia punibilità, che la condotta spesa nel mondo sia una condotta tipica dell'uomo, proveniente dalla sfera lucida del cervello e sgombra da costrizione alcuna. Sono condotte coscienti e volontarie quelle inerzie e quei movimenti che trovano la loro causa in un impulso motore proveniente dal soggetto.

Questa condotta è un frammento iniziale della condotta reale; indispensabile perché quest'ultima sia sottoposta a valutazione giuridica; ma è sempre e soltanto lo spezzone iniziale di una azione più ampia, con la quale la volontà dell'uomo si apre all'orizzonte del mondo.

La condotta che si apre a questo orizzonte e che lede un bene giuridico è necessariamente dolosa o colposa, perché dolo e colpa sono le connotazioni qualitative del disvalore giuridico dell'agire. Lo sforzo analitico del legislatore, che ha attribuito uno spazio autonomo alla forza maggiore, al costringimento fisico, all'incoscienza involontaria, al fattore fortuito che provoca l'agire involontario addita all'attenzione dell'interprete un frammento del reale e non il reale tutto intero dell'azione umana. Invero, non sono proprie dell'uomo le azioni o le omissioni che non scaturiscono da un impulso volontario. Tuttavia, affinché le condotte siano apprezzabili sul piano morale e giuridico, non è sufficiente che il movimento o l'inerzia trovino la loro origine in un impulso volontario. Anche le appetizioni sensibili degli animali sono coscienti allorché sorgono da un moto della sensibilità interna. Il leone che afferra la gazzella per soddisfare l'appetizione sensibile della fame è portatore di un movimento cosciente che scaturisce da un impulso interno; pertanto, tiene un comportamento «cosciente» e «volontario», se si dà della nozione di «coscienza» una spiegazione nel senso di mera rappresentazione della realtà esterna e della nozione di «volontà» una spiegazione nel senso di impulso spontaneo al movimento non costretto da una forza cogente superiore. Nelle azioni umane v'è ben di più che l'associazione delle sensazioni e il coordinamento delle stesse verso il medesimo oggetto rappresentato, con il successivo movimento che soddisfa l'appetizione sensibile. Il mondo del volontario umano è assai più complesso e articolato e rinvia a una serie di componenti di ordine superiore alla sensazione, alla percezione, all'impulso al movimento o all'inerzia corporea. Al di sopra della sfera delle potenze psico-vitali, in qualche modo simili nell'uomo e nell'animale (ma, in ogni caso, diversamente operanti, perché sulla sfera psico-vitale dell'uomo interagiscono sempre le potenze superiori che a lui soltanto appartengono), vi è la sfera delle potenze psico-noetiche e di quelle specificamente personali, che si è soliti designare in modo sintetico con i concetti di intelletto e di volontà. Certo, v'è corrispondenza analogica tra le sensazioni e le rappresentazioni; tra gli impulsi e i motivi; tra le tendenze e gli scopi. Ma le rappresentazioni non si riducono alle sensazioni; i motivi agli impulsi; gli scopi alle tendenze, anche se tra ciascuna coppia di concetti sussiste una certa analogia. Più ancora, al di sopra del campo psico-noetico v'è la sfera, propriamente e specificamente umana, della libertà: ora, la componente soggettiva del reato, meglio, il reato *a parte animi* trova la sua radice proprio nella sfera personale, o della libertà, dell'uomo. E' evidente che, in una rappresentazione a strati, non errata, ma certamente incompleta dell'uomo, occorre ricercare, prima della libertà, le sensazioni, poi le rappresentazioni, poi gli impulsi emotivi, infine le tendenze e gli scopi. Senza passare attraverso i singoli stadi non è possibile trovare la sfera del volontario eticamente e giuridicamente significativo.

E' ovvio che non può sottoporsi a pena la condotta che sia stata frutto di un costringimento fisico o di un ottundimento interiore della coscienza; ma non basta, per la valutazione etica e giuridica, che la condotta sia cosciente e volontaria, nel senso riduttivo di condotta non contrassegnata nella sua origine dallo stigma dell'ottundimento interiore o della violenza esterna. Occorre che la condotta sia stata spesa dalla persona come espressione di un suo libero impegno nel mondo, che prende le forme, allorché l'oggetto dell'azione integra una lesione a un bene giuridico, del dolo o della colpa, cioè della *culpa* in senso ampio, come volontario allontanamento dal bene, conosciuto intrinsecamente dal soggetto e additato come obbligatorio dalla norma.

L'ordinamento giuridico penale ripudia la responsabilità oggettiva. Per evitarla in guisa veramente radicale occorre considerare non soltanto il profilo della *imputatio ad effectum*, quindi la relazione della condotta all'evento, ma altresì il profilo dell'*imputatio ad actum*, cioè il legame tra il soggetto e il proprio atto esteriore, che deve essere di tal natura da esprimere propriamente il carattere personale dell'agire.

## **2. L'abbandono del profilo razionale dell'agire e le sue conseguenze sull'universo penale: il rifiuto dell'imputazione morale a fondamento della punibilità.**

Il diritto penale dell' '800 e del '900 è debitore, più di quanto si pensi abitualmente, a Paul Johann Anselm Feuerbach, che nel 1799-1800 pubblicò un'opera, divisa in due parti, significativamente intitolata "*Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*"<sup>1</sup>. Revisione, dunque, cioè messa in discussione dei concetti tradizionali del diritto penale e sua ricostruzione su nuovi principi. Una cosa non da poco, evidentemente, se si pensa che i principi e i concetti del diritto penale non erano all'inizio del diciannovesimo secolo una cosa recente, ma affondavano le loro radici in un discorso, sull'uomo e sulla sua vita in società, svolto ininterrottamente da e per secoli. Feuerbach dimostra una intelligenza sistematica e una organizzazione logica del pensiero veramente notevoli. Per un verso, egli è sostenitore quasi ingenuo dell'immagine del mondo e dell'uomo formatasi nell'ambito della corrente illuministica francese, sensistica quanto a teoria della conoscenza, materialistica quanto a orizzonte metafisico, deterministica sul piano della ragione pratica.

---

<sup>1</sup> P.J. A. FEUERBACH, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, I. Teil, Erfurt, 1799; II. Teil Chemnitz, 1800.

Per altro verso Egli trova nella teoria dei due mondi di Immanuel Kant, quello fenomenico e quello noumenico, definiti rispettivamente come mondo della necessità e come mondo della libertà, la soluzione del problema del diritto in generale e del diritto penale in specie<sup>2</sup>. Il mondo del diritto appartiene rigorosamente e ineludibilmente alla necessità. Soltanto nell'esperienza morale v'è spazio per la libertà. Il diritto è sottoposto alla legge della necessità; il modello dell'uomo giuridico è quello dell'uomo schiavo delle sensazioni e degli impulsi che da esse scaturiscono. Modello che il naturalismo illuministico, soprattutto di scuola francese, aveva codificato. Ogni contaminazione tra il mondo giuridico e quello morale deve essere bandita.

La libertà, sotto ogni riguardo, è soltanto un concetto morale, che ha contenuto e significato per la moralità delle azioni, e non per la loro giuridicità<sup>3</sup>. L'imputazione morale rinvia al fondamento morale della pena e all'idea che essa possa valere come monito nei confronti della ragione umana. Ma questa componente appartiene al mondo soprasensibile, ove nessun occhio mortale può penetrare<sup>4</sup>. Abolito il concetto dell'imputazione morale, va pure cancellata la pena fondata sull'idea della libertà, del merito, della colpevolezza. Il fondamento della punibilità va ritrovato esclusivamente nel significato della pena comminata dallo Stato, intesa nel senso di intimidazione psicologica, che si dirige all'uomo come ente fenomenico ed empirico, completamente determinato nelle componenti fisiche e psichiche del suo esistere.

---

<sup>2</sup> I KANT, *Critica della ragion pura*, 1787, tr. it. di G. Gentile e G. Lombardo-Radice, Bari, 2007, P. II, II, L. II, Cap. II, Sez. IX, 338-365, in particolare 349, ove la questione della libertà è posta nei seguenti termini: "...se la libertà sia comunque soltanto possibile, e se, ove sia possibile, essa possa stare insieme con l'universalità della legge naturale di causalità; quindi, se sia una proposizione esattamente disgiuntiva, che ogni effetto nel mondo deve provenire o da natura o da libertà, ovvero se non possa piuttosto, in un medesimo avvenimento, aver luogo insieme l'una e l'altra cosa sotto rispetti diversi...Se, infatti, i fenomeni sono cose in sé, non c'è più scampo per la libertà. Allora la natura è la causa completa e in sé sufficientemente determinante di ogni avvenimento, e la condizione di questo è contenuta sempre solo nella serie dei fenomeni, che, al pari dei loro effetti, sono necessariamente subordinati alla legge naturale. Se, invece, i fenomeni non son presi per nulla più di quello che sono in fatto, cioè non per cose in sé, ma semplici rappresentazioni, legate fra loro secondo leggi empiriche, allora devono essi stessi avere delle cause che non siano fenomeni. Ma una tale causa intelligibile, rispetto alla sua causalità, non è determinata da fenomeni, benché i suoi effetti siano fenomeni e perciò possano essere determinati da altri fenomeni. Essa, dunque, con la sua causalità, è fuori della serie; al contrario i suoi effetti rientrano nella serie delle condizioni empiriche. L'effetto pertanto può, rispetto alla sua causa intelligibile, essere considerato come libero, e nondimeno insieme, rispetto ai fenomeni, come una conseguenza di essi secondo la necessità della natura; distinzione che, se si propone in generale e in modo del tutto astratto, deve sembrare straordinariamente sottile ed oscura, ma si chiarirà nell'applicazione".

<sup>3</sup> FEUERBACH, *Revision*, cit., *Einleitung*, XXI: "la libertà, ovvero, secondo altri, la volontarietà, deve essere condizione dell'intera punibilità esterna. Ma la libertà è invero esclusivamente un concetto morale, che soltanto in un modo e in un senso assai diverso ha contenuto e significato".

<sup>4</sup> *Ibidem*, I, 33.

Scopo della pena è contrastare le disposizioni psichiche antisociali dei cittadini, di impedire che essi rivolgano i loro desideri a ciò – per esempio la violazione della legge penale – a cui li spingerebbe la tendenza a ricercare il piacere<sup>5</sup>. Alla stregua del sensismo gnoseologico dell'Autore germanico il motivo che spinge a desiderare di compiere azioni delittuose sta nel piacere inerente all'azione o nel dis-piacere per il piacere insoddisfatto, conseguente al mancato compimento dell'azione. Per indirizzare l'uomo empirico a trattenersi da un'azione che soddisfa il suo desiderio sensibile, essendo impossibile l'appello alla libertà, occorre esercitare un effetto contrario sulla sensibilità; contrastare l'inclinazione sensibile attraverso un'altra inclinazione dello stesso genere; contrastare la molla sensibile al compimento dell'atto attraverso l'artificiale costruzione di un'altra molla sensibile<sup>6</sup>. L'intrecciarsi delle forze sensibili diventa così il criterio dell'operatività penale, sottratto al vaglio della ragione e all'esperienza della libertà. Le violazioni della legge penale possono essere impedito se il cittadino sa con certezza che alla loro violazione seguirà un male più intenso rispetto a quello che scaturisce dalla mancata soddisfazione del piacere ricavabile dal compimento dell'azione<sup>7</sup>. Strumento della coazione psicologica è la pena: male sensibile, minacciato attraverso una legge pre-sussistente; male inflitto invariabilmente dallo Stato a causa della violazione del diritto<sup>8</sup>. Pena e reato sono reciprocamente condizionati: nessuno può volere l'uno senza l'altra; nessuno si può determinare al fatto contrario alla legge senza soggiacere al male da essa minacciato<sup>9</sup>.

Dal concetto di pena deriva il concetto di imputazione con una inversione radicale rispetto a tutta la tradizione criminalistica. La prima domanda, nel concetto tradizionale di imputazione, è la seguente: quale condotta può essere imputata ad un uomo e perché; quali sono le ragioni di giustizia che consentono l'imputazione di una condotta al suo autore. Feuerbach aggredisce questa concezione stabilendo che l'imputazione giuridica nasce dalla decisione dello Stato di infliggere una pena per evitare l'azione qualificata come antigiuridica. Altra e diversa cosa è l'imputazione morale, alla cui stregua un soggetto è descritto come la causa libera di un fatto<sup>10</sup>.

---

<sup>5</sup> *Ibidem*, I, 43: "lo scopo dello Stato consiste in ciò, che colui il quale ha tendenze antisociali (antigiuridiche), sia impedito psicologicamente a determinarsi effettivamente secondo la spinta di queste tendenze".

<sup>6</sup> *Ibidem*, I, 44: "resta allo Stato nessun altro strumento che operare attraverso la sensibilità sulla sensibilità e contrastare l'impulso attraverso un altro impulso, la molla sensibile del fatto attraverso un'altra molla sensibile".

<sup>7</sup> *Ibidem*, I, 46: la convinzione che all'azione antigiuridica seguirà la pena "opera come motivo contrario a ogni desiderio antigiuridico, lo supera, lo distrugge e rende impossibile che l'impulso antigiuridico determini il soggetto ad agire realmente".

<sup>8</sup> *Ibidem*, I, 49-56.

<sup>9</sup> *Ibidem*, I, 49.

<sup>10</sup> *Ibidem*, I, 152.

### **3. Il ripudio della colpevolezza «graduante» e l'emersione della pericolosità come unico criterio della punibilità.**

Cancellata la libertà e, conseguentemente, la colpevolezza a fondamento della punibilità, deve naturalmente sparire anche la colpevolezza come criterio «graduante» la misura della pena. La critica di Feuerbach è rivolta contro l'opinione, propriamente tradizionale e ancora assolutamente dominante al suo tempo, opinione che gli appare "... non soltanto senza senso, ma anche completamente falsa e anche intrinsecamente in sé contraddittoria"<sup>11</sup>, secondo cui quanto maggiore appare la libertà di cui la persona ha abusato nella realizzazione del fatto illecito, tanto maggiore è la punibilità cui essa va sottoposta; quanto minore la libertà, tanto minore la punibilità. L'asserto sarebbe falso perché la libertà non appartiene al campo del diritto positivo ("La libertà non appartiene invero al campo del diritto positivo")<sup>12</sup>; perché la libertà è un assoluto, che ha il suo oggetto nel mondo soprasensibile ("...e come essa è in se stesso un assoluto come oggetto del mondo soprasensibile, non può essere pensata secondo un grado maggiore o minore)<sup>13</sup>; perché la libertà è soltanto una forza per il bene; e non si può parlare di un'esteriorizzazione della libertà contro il bene ("La libertà è dunque soltanto una forza per il bene e noi non possiamo assolutamente parlare di una disposizione della libertà contro il bene")<sup>14</sup>. Dunque, l'abuso maggiore o minore della libertà non può costituire criterio di misura della punibilità. Il contegno antiggiuridico ha la sua origine non nella libertà, ma nel determinismo delle cause naturali, che inducono la volontà ad agire secondo necessità: "Il desiderio antiggiuridico ha dunque nella sensibilità il suo motivo determinante; si tratta di un impulso che determina la volontà ad attivarsi"<sup>15</sup>. "L'affermazione che l'uomo si determina in forza di un piacere sensibile all'atto antiggiuridico non significa altro che dire che questo piacere è il motivo determinante e l'impulso del desiderio antiggiuridico"<sup>16</sup>.

Che prevalgano i motivi determinanti il soggetto a compiere l'azione illecita ovvero quelli inducenti all'astensione non dipende in alcun modo dalla volontà libera dell'uomo, ma dal rispettivo peso dei motivi nella rappresentazione del soggetto<sup>17</sup>. Segue da ciò che la misura della pena va esclusivamente ricavata dalla intensità dell'intimidazione necessaria per operare come contromotivo dell'azione illecita.

---

<sup>11</sup> *Ibidem*, II, 275.

<sup>12</sup> *Ibidem*, II, 284.

<sup>13</sup> *Ibidem*, II, 289.

<sup>14</sup> *Ibidem*, II, 290.

<sup>15</sup> *Ibidem*, II, 304.

<sup>16</sup> *Ibidem*, II, 306.

<sup>17</sup> *Ibidem*, II, 324.

Tanto più consistente è la forza dei motivi, *id est*, dei fattori causali che spingono all'azione, tanto più grave deve essere la forza intimidativa della pena. Il pericolo di future violazioni della legge è tanto maggiore quanto più forti sono gli impulsi sensibili che determinano al reato. Se ciò è vero, deve valere la regola seguente per graduare la punibilità: quanto più forti, duri e dominanti sono gli impulsi determinanti al reato, tanto più severa e grave deve essere la misura della pena<sup>18</sup>.

Nel sistema di Feuerbach, dunque, la negazione della libertà in foro esterno vale non soltanto per negare la cosiddetta colpevolezza «fondante», ma altresì la colpevolezza «graduante». La libertà e, dunque, la colpevolezza, non possono costituire né fondamento né misura della punibilità; essa dipende esclusivamente, sia quanto a fondamento sia quanto a misura, dall'attitudine del soggetto a percepire sensibilmente la minaccia del male sensibile della pena. Meno il soggetto percepisce questa paura, e più lo stimolo sensibile ad agire sopravanza tale paura sensibile, maggiori debbono essere la pena minacciata, la paura indotta e la punizione effettivamente praticata. Soltanto aumentando il livello di paura sensibile, è possibile vincere, con una controazione che agisce sulla sensibilità, lo stimolo sensibile al piacere dell'azione illecita.

La negazione dell'imputazione morale e, di conseguenza, della colpevolezza fondante la punibilità, porta come logica conseguenza anche al rifiuto della colpevolezza in chiave graduante della punibilità. Questo passaggio è, nella pratica giudiziaria, di portata incommensurabile, conducendo a punire il reo in modo tanto più severo quanto più egli è stato condizionato e influenzato nella sua azione da fattori esteriori o interni che hanno offuscato o reso inoperativa la sua libertà di agire.

#### **4. Colpevolezza «fondante» e «graduante» nel pensiero di Alberto De Simoni (1740-1822).**

Il principio feuerbachiano esprime un modello penale costruito sulla coercizione rivolta all'io sensibile, riguardato come ente materiale sprovvisto di ragione e di libertà. La legge penale non opera come precetto diretto alla ragione, ma come minaccia che incide sulla sensibilità. Per un diritto fondato sul riconoscimento della libertà dell'uomo come ente razionale e, dunque, sulla colpevolezza, vale il principio opposto, secondo cui il criterio della sua graduazione è il tasso maggiore o minore di libertà, esterna ed interna, di cui l'agente si avvale al momento dell'atto: se i fattori di condizionamento intervengono in misura minore, maggiore è il grado di colpevolezza;

---

<sup>18</sup> *Ibidem*, II, 334.



meno il soggetto appare libero, per i condizionamenti del suo vissuto personale e per la ristrettezza del suo orizzonte concettuale, minore è l'intensità della colpevolezza.

Mi pare conveniente rintracciare i tratti di un modello penale fondato sulla colpevolezza nell'opera di un Autore che si colloca all'origine del moderno diritto penale italiano, Alberto De Simoni, giurista lombardo, oggi quasi dimenticato, che fu tuttavia molto stimato negli ultimi decenni del '700 e nei primi due decenni dell' '800. Egli trattò la materia penalistica in un orizzonte riformatore ispirato a principi tratti dalla filosofia morale classica e cristiana<sup>19</sup>.

Trattando nel capitolo VI della prima parte dell'opera, *Dei delitti considerati nel solo affetto ed attentati* il tema relativo alla "Misura e proporzione delle pene per riguardo all'affetto ne' delitti", l'Autore inizia il suo discorso mostrando sorpresa per la gravità dell'errore di Cesare Beccaria, non espressamente nominato, ma indicato come "un moderno filosofo, degno di qualche lode, ma troppo lodato"<sup>20</sup>, il quale volle calcolare la "moralità ed imputabilità delle azioni" "dal maggiore o minor danno derivato alla società"<sup>21</sup>, come se le azioni criminose dovessero essere punite "nella loro materiale esistenza e non nel loro morale principio"<sup>22</sup>. Poiché, invece, le azioni esteriori, secondo la filosofia che vede l'essere umano composto di anima spirituale e di corpo materiale, sono frutto insieme dell'atto esteriore corporeo e dell'interiore movimento dell'animo, "il primo come materia visibile della forma del secondo per sé invisibile e che non può cadere sotto i sensi"<sup>23</sup>, consegue che non può farsi luogo a «imputabilità» e a «imputazione» di un'azione se non quando e nella misura in cui gli atti interni della volontà costituiscono causa formale e, cioè, parte primaria dell'azione umana avente significato morale<sup>24</sup>. De Simoni distingue tra «imputabilità» e «imputazione»: la prima è la "qualità intrinseca dell'azione rispetto al principio o alla causa che l'ha prodotta"<sup>25</sup>.

---

<sup>19</sup> L'Autore, nato a Bormio, prese parte al movimento illuminista per la riforma del diritto penale. Tra le sue opere principali, di tipo strettamente penalistico, cfr. *Del furto e sua pena*, 1776, nonché, di filosofia del diritto, *Saggio critico storico e filosofico sul diritto di natura e delle genti e sulle successive leggi, istituti e governi civili e politici*, in due tomi, opera postuma apparsa a Milano nel 1822. Svolgo le mie considerazioni riferendomi all'opera fondamentale di DE SIMONI, *Dei delitti considerati nel solo affetto ed attentati*, con Prelegomeni illustrativi della medesima opera di F. Turotti, Milano, quinta edizione, 1851.

<sup>20</sup> *Dei Delitti*, cit., 212.

<sup>21</sup> *Ibidem*.

<sup>22</sup> *Ibidem*, 203.

<sup>23</sup> *Ibidem*.

<sup>24</sup> *Ibidem*, 214.

<sup>25</sup> *Ibidem*.

Questa qualità intrinseca "dà norma"<sup>26</sup> alla imputazione, che è l'atto del legislatore o del giudice o di chiunque altro "che mette attualmente a conto altrui l'effetto di un'azione la quale di sua natura è tale che può essere imputata"<sup>27</sup>.

Evidente con ciò è l'affermazione del primo principio, che potremmo definire di «diritto naturale», del diritto penale, al cui rispetto non può sottrarsi il legislatore, pena lo statuire un comando ingiusto, dunque, un comando non valido come legge. Si tratta del principio della «imputazione personale», cioè fondata e calcolata nelle sue conseguenze sulla forma soggettiva dell'agire. Dunque, gli atti interni della volontà sono causa formale dei delitti. Al soggetto, considerato come ente razionale, e non, riduttivamente, come soggetto soltanto sensibile, deve rivolgersi primariamente la legge, perché in tanto la legge è obbedita abitualmente in quanto il contenuto del precetto, sottoposto all'intelletto, sia proposto alla volontà attraverso il giudizio della ragione<sup>28</sup>. In questo passo affiora una preziosa verità, obliata dall'imperativismo moderno, secondo cui la legge non esprime un comando diretto alla volontà del cittadino, bensì propone un esempio al suo intelletto, affinché, mediante il giudizio della ragione, la volontà aderisca al modello giusto e si adegui a esso.

Il comando che impone di rispettare il precetto è sempre frutto di una decisione autonoma del soggetto, mai di una imposizione eteronoma che proviene *ab externo*, dal potere dello Stato o di chicchessia altro. De Simoni appoggia l'assunto a due *auctoritates*, a Marco Tullio Cicerone e all'imperatore romano Leone. Il primo ricorda nel *De Oratore* che " ...noi impariamo... coll'autorevole cenno delle leggi, a domare le nostre passioni, a frenare i morbosi desideri, a conservare i nostri beni e a tenere lontani dai beni altrui il pensiero, gli occhi e le mani"<sup>29</sup>; il secondo, nella Novella Leonis 105 insegna che: Al corpo soltanto conviene il beneficio della medicina; le leggi invero danno vantaggi tanto all'animo quanto al corpo"<sup>30</sup>. L'insegnamento è opposto a quello coevo di Anselm Feuerbach: nell'Autore italiano la legge è un esempio per l'intelletto, che comanda autonomamente alla volontà; la colpevolezza è il rifiuto della volontà di conformarsi al giudizio della ragione; l'imputabilità è la intrinseca qualità morale del soggetto che non aderisce al bene che l'intelletto, sorretto dall'esempio della legge, ha effettivamente riconosciuto o avrebbe almeno potuto riconoscere; la pena è calcolata in funzione della capacità dell'intelletto di riconoscere il valore del bene additato dal precetto e della volontà di conformarsi al giudizio della ragione.

---

<sup>26</sup> *Ibidem*.

<sup>27</sup> *Ibidem*.

<sup>28</sup> *Ibidem*, 215.

<sup>29</sup> M.T. CICERONE, *De Oratore*, lib. 1, cap. 44, in ID., *Opere retoriche*, a cura di G. Norcio, v. I, Utet, Torino, 1976, 188-189.

<sup>30</sup> Novella Leonis 105, citata in DE SIMONI, *op. cit.*, 215.

In Feurbach la legge incute paura alla parte materiale e corporea del soggetto, dirigendosi direttamente alle sue facoltà sensibili; alla colpevolezza è sostituita la intimidabilità; la intimidabilità è l'attitudine del soggetto di avvertire la paura incussa dalla minaccia di sofferenza da parte della legge; la pena è calcolata in funzione del livello di insensibilità del soggetto alla paura.

De Simoni sviluppa poi alcune considerazioni sull'ovvia, ma spesso trascurata, verità per cui gli atti interiori dell'intenzione e della volontà costituiscono oggetto indiretto della norma giuridica. Poiché, invero, l'atto esteriore, per essere atto umano, deve ricevere la sua forma dall'interiore atto intellettuale e volitivo, l'obbedienza alla legge non è cosa che riguarda solo il guscio esterno della persona, ma anche il suo motore interno<sup>31</sup>. Conseguenza da ciò che di un'azione può predicarsi la giustizia e la bontà, ovvero l'ingiustizia e la malvagità, tenendosi conto soltanto «di tutti i suoi esterni ed interni rapporti morali»<sup>32</sup>. Se si prescindesse da essi, si trascurerebbe la causa formale dell'agire e, conseguentemente, la sua intrinseca qualità imputabile. Vero è, incalza l'Autore lombardo, che le leggi civili misurano la maggiore o minore ingiustizia delle azioni in funzione del maggiore o minor danno della società e dei suoi componenti. Vero anche, tuttavia, che questo calcolo di ingiustizia esterna postula necessariamente il calcolo previo sulla moralità interna dedotta dai rapporti morali dell'agente rispetto al suo agire. Le azioni delle persone incapaci di intendere o di volere, "di un mentecatto, di un furioso, di un fanciullo e quelle che fuori dell'intenzione e volontà dell'agente sono per un accidente e per un impensato caso avvenute"<sup>33</sup>, non sono imputate, perché in esse è assente la causa formale che costituisce la imputabilità, cioè "gli interni morali rapporti, e con essi il necessario dato della moralità dell'azione"<sup>34</sup>. Per De Simoni, anche su questo punto in contrasto diametrico con Feuerbach, il compito della legge è di "formare l'abito morale negli uomini a cospirare nella socievole unione"<sup>35</sup>. Le istituzioni, invero, servono principalmente per formare o riformare i costumi, affinché l'uomo guadagni razionalmente la consapevolezza della sua "interna economia morale"<sup>36</sup>. Dall'equilibrio interiore germina "una specie di morale necessità di operare conformemente ai principi imbevuti"<sup>37</sup> e grave errore è ritenere che la prevenzione dei delitti possa realizzarsi con la "sola esteriore forza coattiva delle leggi"<sup>38</sup>.

---

<sup>31</sup> DE SIMONI, *op. cit.*, 215.

<sup>32</sup> *Ibidem*, 216.

<sup>33</sup> *Ibidem*, 216.

<sup>34</sup> *Ibidem*.

<sup>35</sup> *Ibidem*, 219.

<sup>36</sup> *Ibidem*.

<sup>37</sup> *Ibidem*.

<sup>38</sup> *Ibidem*.

De Simoni elabora, poi, nel solco di questi principi, i criteri per la commisurazione della pena, indicando "alcune ragioni di sottrazione morale"<sup>39</sup>, che devono rettificare il calcolo morale in ordine all'intensità della volontà colpevole. L'esame verte sulla forza che le passioni esercitano sull'azione umana. Se l'uomo fosse un puro corpo materiale, le passioni farebbero di lui un automa ciecamente portato alla appetizione sensibile degli oggetti necessari per la conservazione del suo meccanismo. Se fosse, al contrario, un puro spirito, le passioni esprimerebbero un impeto verso l'appetizione volontaria degli oggetti spirituali convenienti. Poiché, invece, l'uomo è un composto di anima e di corpo, le azioni che sorgono dall'operare delle passioni perdono la "loro qualità morale"<sup>40</sup> in proporzione inversa alla forza della passione che le ha prodotte. Onde, anche se il principio dell'atto, pur quando l'impulso della passione sia forte, rimanga dentro il soggetto e sia, dunque, riferibile alla sua volontà, tuttavia, in questa situazione, il principio volontativo, in cui si radica la colpa, e la conseguente imputazione, è meno direttamente coinvolto. In questo modo "...minorandosi la forza dell'intelletto, si minora anche la ragione di colpa"<sup>41</sup>. Ciò vale quando nell'uomo agisce con preponderanza la sostanza fisica rispetto alla sostanza spirituale, accostandosi egli allora nel modo di operare al mondo degli animali, nella cui natura e indole non vi è alcun profilo di moralità, e nelle cui azioni non v'è traccia di libertà. Conseguenza che le azioni contro la legge che nascono dall'ira, dal timore, dalla paura, dalla gelosia, quasi come reazione meccanica alla percezione dell'oggetto, non mediate dal giudizio dell'intelletto, sono meno imputabili, o addirittura non imputabili, a meno che il soggetto abbia dato liberamente causa agli impulsi passionali ovvero abbia omesso liberamente di trattenerli, potendo evitarne il sorgere o lo scatenamento<sup>42</sup>.

Il tema dell'*actio libera in causa* viene trattato con grande prudenza filosofica e rigoroso rispetto del principio soggettivo. Vero che la "sottrazione morale"<sup>43</sup> in ordine al calcolo dell'imputabilità nei delitti sopporta una eccezione allorché il soggetto si sia messo volontariamente, per sua scelta, nella situazione in cui ha prevalso la parte corporea rispetto alla ragione. Vero, tuttavia, che vanno distinte le passioni che hanno avuto una causa morale indipendentemente dal fatto imputabile all'agente, come è nel caso dell'ira o della paura, dalle passioni "che sono l'effetto di un volontario stato e di una arbitraria circostanza a cui siasi ridotto l'agente, come sono tutte quelle, per cagion d'esempio, le quali derivano dallo stato e dalla circostanza di una abituale e premeditata ubriachezza"<sup>44</sup>.

---

<sup>39</sup> *Ibidem*, 220.

<sup>40</sup> *Ibidem*, 221.

<sup>41</sup> *Ibidem*.

<sup>42</sup> Così DE SIMONI, *op. cit.*, che cita una massima di Antonio Genovesi (1713-1769), dalla *Metafisica*, tom. 4, lib. 1, cap. 15, § 13.

<sup>43</sup> *Ibidem*, 222.

<sup>44</sup> *Ibidem*.

Ma anche in tal caso, l'agente risponderà soltanto e nella misura in cui si sia posto in tale situazione "colla presumibile antivedenza di ciò che ne poteva indi seguire"<sup>45</sup>.

## **5. Le ricadute sulla struttura e sull'intensità del dolo discendenti dall'integrale considerazione del principio soggettivo.**

Alberto De Simoni focalizza nel dolo il punto centrale di "moralità civile"<sup>46</sup> su cui, come forma morale del delitto, è fondata "...la ragione imputabile e imputativa"<sup>47</sup>, cioè l'appartenenza piena dell'atto alla persona («ragione imputabile»), nonché il giudizio attraverso cui il giudice, o, comunque, il terzo attribuisce l'atto al soggetto, chiamandolo a rispondere colla pena («ragione imputativa»). Accostandosi alla definizione di Tiberio Deciani, ma non sposandola completamente, l'Autore lombardo definisce il dolo come "un affetto dell'animo che porta l'uomo, o attualmente o abitualmente, ad un atto o ad un'azione opposta alle leggi e pregiudizievole alla società nel suo oggetto e nel suo affetto"<sup>48</sup>. La definizione, a mio avviso meno pregnante delle definizioni proposte da Deciani "Animus intellectu constans, certus ac sibi optime conscius et ad nocendum paratus"<sup>49</sup>, ovvero "Propositum ipsum et malus animus delinquendi"<sup>50</sup>, definizioni che portano l'accento sulla conoscenza intellettuale del fine, come conoscenza consapevole della sua contrarietà al bene protetto dal diritto, sottolinea due aspetti fondamentali, la causalità del fine, per un verso, e, per un altro verso, la consapevolezza dell'offesa al bene comune insita tanto nell'oggetto quanto nel principio del volere.

Essenziale per apprezzare la pienezza del dolo e il livello della sua riprovevolezza è la considerazione in ordine ai gradi di libertà morale del soggetto. Il dolo presenta fondamentalmente due gradi distinti di "civile moralità"<sup>51</sup>, il primo meno grave, allorché la volontà sia mossa da un impeto passionale, come è il caso dell'ira, dell'amore, del timore, della gelosia o del dolore, e, il secondo, che integra pienamente il dolo, quando l'azione è mossa da "una piena, perfetta e maturata malizia"<sup>52</sup>. Nel primo caso l'azione, pur suscettibile di una valutazione di qualità morale, per il

<sup>45</sup> *Ibidem*.

<sup>46</sup> *Ibidem*, 263.

<sup>47</sup> *Ibidem*.

<sup>48</sup> *Ibidem*, 262.

<sup>49</sup> DECIANI, *Tractatus criminalis D. Tiberii Deciani utinensis Duobusque Tomis distinctus, Venetiis, Apud Franciscum de Franciscis Senensem*, 1590, l. 6.16.

<sup>50</sup> *Ibidem*, l. 4.9.

<sup>51</sup> DE SIMONI, *op. cit.*, 263.

<sup>52</sup> *Ibidem*.

mancato impedimento da parte della ragione del passaggio all'atto, può dirsi "di misto genere"<sup>53</sup>, cioè in parte volontaria e in parte involontaria, in proporzione e nella misura in cui incide sul soggetto la violenza della passione. Spetta al discernimento del giudice distinguere, nei casi pratici, grazie alla conoscenza delle leggi relative all'incidenza dell'energia sensitiva sulla natura razionale dell'uomo, tra le situazioni in cui effettivamente è sorta nel soggetto una tempesta emotiva e le situazioni in cui tale tempesta sia stata artificiosamente affettata da parte dell'accusato, allo scopo di sminuire il livello di appartenenza dell'azione a se stesso e, conseguentemente, diminuire la gravità dell'imputazione. Nel secondo caso soltanto, quando il delitto sia stato commesso con "un animo freddo, tranquillo, né scosso dalla violenza di quegli affetti che sono un effetto delle passioni"<sup>54</sup> sussiste vero dolo, definibile come "piena, perfetta e compiuta malizia"<sup>55</sup>. Invero, la prima forma di dolo non si radica pienamente nella decisione della ragione. Poiché, tuttavia, in tale forma sussiste, a differenza che nei casi di azione commessa per ignoranza, un principio morale nella volontà e nell'animo dell'agente, tali atti, in quanto *liberi in causa*, derivano dalla volontà e sono appartenenti alla persona. Il vero dolo, invece, è malizia piena, definita da S. Tommaso d'Aquino come quello stato in cui il soggetto prepone il male al bene, si costruisce, cioè, una massima per sé in contrasto con la massima dettata dalla norma<sup>56</sup>. Dunque, per De Simoni, si commettono con vero dolo i delitti quando essi sono stati realizzati con la consapevole capacità di riflettere sui mezzi congruenti al fine e con proposito deliberato<sup>57</sup>.

Le considerazioni svolte sulla distinzione in ordine ai due tipi di dolo inducono De Simoni a una illazione acutissima circa la sufficienza del dolo "in vizioso eccesso" a sostenere l'imputazione per il delitto consumato, ma non per il delitto meramente tentato. Laddove, invero, manca l'effetto reale conseguente alla condotta, la punibilità si giustifica soltanto allorché il delitto abbia per principio morale soltanto il dolo della seconda specie, cioè quello "di piena malizia"<sup>58</sup>.

---

<sup>53</sup> *Ibidem*, 264.

<sup>54</sup> *Ibidem*, 265.

<sup>55</sup> *Ibidem*.

<sup>56</sup> S. TOMMASO L. 2, quaest. 78, a. 1: la malizia piena è una "*pravitas quaedam mentis studiosae et de industria, praeponens malum bono*".

<sup>57</sup> DE SIMONI, *op. cit.*, 268.

<sup>58</sup> *Ibidem*, 269.

## 6. Una conferma in Francesco Carrara.

Ben nota è la posizione del Maestro toscano in ordine alla struttura del dolo, che egli fonda sulla volontà criminosa. Ovvio che a formare il dolo debba concorrere la coscienza, perché la volontà senza la coscienza non può dirsi dolosa. La parte "sostantiva"<sup>59</sup> del dolo sta però nella "parte dalla quale ebbe impulso l'azione... e siccome cotale impulso muove dalla *volontà*, mentre la coscienza...non potrà in eterno mai essere causa di movimenti; così la parte *sostantiva* della definizione del *dolo* deve fornirsi dall'elemento della volontà e non da quello dell'*intelletto*"<sup>60</sup>. Da qui la definizione di dolo come "l'intenzione più o meno perfetta di fare un atto che si conosce contrario alla legge"<sup>61</sup>.

Ora, partendo dall'accento posto sulla volontà come parte «sostantiva» del dolo, Carrara distingue quattro gradazioni di tale elemento soggettivo, in funzione delle "cause che spinsero l'uomo all'azione malvagia"<sup>62</sup>. I criteri adottati per la quadripartizione sono due: il primo è da rintracciarsi nelle condizioni anteriori al suo sorgere, cioè alla sua genesi, con relazione al fatto che ha influito intrinsecamente sulla determinazione dolosa; il secondo nella situazione che si determina nell'animo del soggetto successivamente al sorgere della determinazione dolosa, sostanzialmente nella perseveranza e durata *in interiore animi* del malvagio proposito. Da qui la focalizzazione dei quattro gradi del dolo:

"Primo grado – *Spontaneità e perseveranza in stato positivo* – "Perseveranza del malvagio proposito, e *assenza di violenta passione*. Ecco il delitto *freddamente premeditato*.

"Secondo grado – *Spontaneità minorata: perseveranza in stato positivo* – Si ha la continuazione del malvagio proposito per "non breve intervallo; ma sotto il predominio di *veemente passione*. Ecco quella che la pratica denominò *semplice deliberazione*.

"Terzo grado – *Spontaneità in stato positivo: Perseveranza in stato negativo* – Animo *scevro* dall'ebbrezza di cieca *passione*; ma deficienza di *intervallo* fra la terminazione e "l'azione. Ecco, il delitto che dicesi *volontario semplice*; o "d'improvvisa risoluzione. Un affetto bisogna bene sopporlo "sempre anche in questo grado di dolo, ma non un affetto che "tolga la riflessione ed il calcolo.

---

<sup>59</sup> Uso come testo di riferimento, tra i tanti possibili, CARRARA, *Dolo (Sunto di una lezione)*, in *Opuscoli di Diritto Criminale*, v. I, Sesta edizione, Firenze, 1909, 309-334. La parola citata è a p. 312.

<sup>60</sup> *Ibidem*, 312-313. Mi permetto di esprimere il mio parziale dissenso con il pensiero del grande Maestro, che non distingue adeguatamente tra *coscienza* e *intelletto* e che sottovaluta il ruolo dell'*intelletto* nella struttura del dolo.

<sup>61</sup> *Ibidem*.

<sup>62</sup> *Ibidem*.

"Quarto grado – *Spontaneità minorata: Perseveranza in stato "negativo* – Non fu tra la determinazione e l'azione intervallo "di tempo: e fuvvi impulso di cieca passione. Ecco il delitto "che dicesi commesso sotto l'impeto degli affetti. Potrà spesso "questo quarto grado di dolo equipararsi al terzo nel suo "rapporto con la politica imputabilità, per l'evidente *ingiustizia* "della causa che concitò la passione, ma nelle sue condizioni "psicologiche ne sarà sempre distinto: perché o giustamente, o "ingiustamente eccitata, la passione precipitò sempre la "violazione"<sup>63</sup>.

Interessa in questa sede verificare il substrato ontologico, secondo Carrara, delle condizioni di questi quattro gradi di dolo, che portano a un diverso livello di imputazione morale. Il dolo è più grave, in funzione del profilo tanto della spontaneità quanto della perseveranza, perché "una volontà è tanto maggiormente malvagia e corrotta, quanto più a lungo e tenacemente si pasce di rei disegni: un animo si mostra tanto più depravato e perverso, quanto meno fu trascinato al reo proponimento da moti passionali, che agitato lo spingessero fuori dal retto sentiero. Per colui che delinque nell'accesso di cieca passione, il delitto è l'eccezione: per l'altro è l'abito"<sup>64</sup>. Dunque, le circostanze che eccitano "il delirio di un affetto veementissimo" sono ragione ontologica di una minorata imputabilità e, dunque, di una minore "imputazione politica del dolo"<sup>65</sup>.

Questo l'insegnamento della classica dottrina italiana, che mai ha abbandonato il principio della colpevolezza, vuoi in chiave «fondante», vuoi anche in chiave «graduante» la imputazione giuridica, in funzione dell'ontologica diversa appartenenza dell'azione al soggetto.

<sup>63</sup> *Ibidem*, 318-319.

<sup>64</sup> *Ibidem*, 320.

<sup>65</sup> *Ibidem*.