

GIANLUCA RUGGIERO

# Capacità penale

Estratto da:

## DIGESTO

*delle Discipline Penalistiche*

*Aggiornamento*

\*\*\*\*

a cura di

Alfredo Gaito

con la collaborazione di

Filippo Giunchedi, Mauro Ronco e Ciro Santoriello

**UTET**  
GIURIDICA

## INDICE

### *Tomo I*

Abnormità (dir. proc. pen.) di A. BELLOCCHI . . . . .	<i>p.</i>	1
Capacità penale di G. RUGGIERO . . . . .	»	31
Capitale sociale (tutela penale) di C. SANTORIELLO . . . . .	»	43
Causalità (rapporto di) di U. PIOLETTI . . . . .	»	77
Chiamata in correità di A. CISTERNA . . . . .	»	91
Circolazione stradale (profili processuali) di B. BOCCHINI . . . . .	»	130
Conciliazione di I. ALESSANDRUCCI . . . . .	»	142
Concorso esterno nel reato associativo di A. D'ALESSIO . . . . .	»	155
Confisca per equivalente di M. AMISANO TESI . . . . .	»	191
Contestazioni a catena di S. MORISCO . . . . .	»	216
Dati personali (tutela penale dei) di V. DESTITO . . . . .	»	232
Errore e rimedi di C. CARINI . . . . .	»	258
Falso (delitti di) di F. CRIMI . . . . .	»	293
Fatto (dir. proc. pen.) di F. GIUNCHEDI . . . . .	»	321
Frodi comunitarie di G. M. SOLDI . . . . .	»	354
Giudicato di G. DELLA MONICA . . . . .	»	383
Giudizio di fatto e di diritto di C. SANTORIELLO . . . . .	»	418
Impugnazioni (in generale) di G. RANALDI . . . . .	»	444
Impugnazioni (nei procedimenti cautelari) di P. DELL'ANNO . . . . .	»	465
Incompatibilità (profili generali) di A. DIDDI . . . . .	»	497
Incompatibilità (profili ordinamentali) di F. MOLLACE . . . . .	»	535
Indagini collegate di G. CECANESE . . . . .	»	552
Infibulazione di M. LOMBARDO . . . . .	»	564

Insider trading di V. NAPOLEONI . . . . .	»	571
Inutilizzabilità di E. N. LA ROCCA . . . . .	»	613

*Tomo II*

Latitanza di M. BINETTI . . . . .	p.	633
Legittima difesa di M. RONCO . . . . .	»	640
Magistrati (illecito disciplinare dei) di L. CIAMPOLI . . . . .	»	653
Malversazione a danno dello Stato di M. GIANNONE . . . . .	»	660
Mercati finanziari (tutela penale) di C. SANTORIELLO . . . . .	»	671
Motivazione (controlli sulla) di C. SANTORIELLO . . . . .	»	695
Ne bis in idem di S. ASTARITA . . . . .	»	733
Onere della prova di E. ESPOSITO . . . . .	»	744
Prescrizione del reato e della pena di G. CARUSO . . . . .	»	767
Prova (canoni di valutazione della) di E. M. CATALANO . . . . .	»	787
Prova (prospettive europee) di E. N. LA ROCCA . . . . .	»	834
Razzismo di C. D. LEOTTA . . . . .	»	850
Reati di aggioaggio di L. D. CERQUA . . . . .	»	884
Reati tributari di A. PERINI . . . . .	»	911
Reato doloso di G. CERQUETTI . . . . .	»	962
Recidiva di G. CARUSO . . . . .	»	1037
Riservatezza di S. FURFARO . . . . .	»	1062
Tempo (successione di leggi nel) (dir. proc. pen.) di M. MONTAGNA . . . . .	»	1082
Urbanistica (reati in materia di) di G. REYNAUD . . . . .	»	1103



## Capacità penale

**Bibliografia:** Oltre alle opere citate nel testo v.: AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Torino, 2003; ID., *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, 1995 (rist. 2005); AIMONETTO, *L'incapacità dell'imputato per infermità di mente*, Milano, 1992; ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*<sup>4</sup>, Torino, 1953; AMBROSETTI, *Efficacia della legge penale nei confronti delle persone*, in RONCO (a cura di), *Commentario sistematico al Codice penale. La legge penale*, Bologna, 2006, 161 ss.; AMISANO, *Incapacità per vizio totale di mente ed elemento psicologico del fatto*, Torino, 2005; BACIGALUPO, *La función del concepto de norma en la dogmática penal*, in *Estudios de Derecho Penal en homenaje al Professor Luis Jiménez de Asúa*, Madrid, 1986, 61 ss.; BAGOLINI, *Note intorno al rapporto giuridico*, AFS, 1944, 195 ss.; BERLIN, *La libertà e i suoi traditori*, trad. it. Milano, 2005; BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Torino, 1958; S. BUCKEL, *Subjektivierung und Kohäsion. Zur Rekonstruktion einer materialistischen Theorie des Rechts*, Göttingen, 2007; CAMPANALE, *Soggettività senza soggetto*, Bari, 1990; CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza*, Milano, 1970; ID., *Diritto penale e coscienza cristiana: compatibilità e conflitti*, in *Studi in memoria di R. Dell'Andro*, Bari, 1994, 46; ID., *Osservazioni sulla responsabilità penale «propria» delle persone giuridiche*, in *Studi in onore di M. Gallo*, Torino, 2004, 81 ss.; CARNELUTTI, *Teoria generale del reato*, Padova, 1933; CORSO, «Capacità politica», in *NN.D.I.*, II, Torino, 1958, 890; COTTA, *Perché la violenza? Una interpretazione filosofica*, L'Aquila, 1978; ID., *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, Milano, 1981; ID., «Persona (filosofia)», in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, 159 ss.; ID., «Soggetto giuridico», in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, 1213 ss.; ID., «Soggetto umano. Soggetto giuridico», Milano, 1997; DE FELICE, *Riflessioni in tema di capacità giuridica penale*, Napoli, 1976; DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato*, RIDPP, 2001, 1156 ss.; DELL'ANDRO, «Capacità penale», in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 104 ss.; DI ROBILANT, *Osservazioni sulla concezione della norma come giudizio di valore*, RTPC, 1957, 1377; DONINI, *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova, 2003; H. EICHLER, *System des Personenrechts*, Berlin, 1989; ERCOLANI, *Il Novecento negato. Hayek filosofo politico*, Perugia, 2006; EUSEBI, *Riparazione e riconciliazione nel diritto penale*, AFS, 2007, 269 ss.; F. FABRICIUS, *Relativität der Rechtsfähigkeit*, München-Berlin, 1963; FALZEA, «Capacità giuridica», in *Enc. dir.*, II, Milano, 1960, ora in ID., *Voci di teoria generale*, Milano, 1970, 85; M. GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, Milano, 1951; ID., «Capacità penale», in *NN.D.I.*, II, Torino, 1958, 881; GAVAZZI, *Elementi di teoria del diritto*, Torino, 1970; W. GOLDSCHMIDT, *Introducción al derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*<sup>3</sup>, Buenos Aires, 1967; K. H. GÖSSEL, *Probleme einer normativen Begriffs- und Systembildung, insbesondere in ihrem Verhältnis zum Naturalismus in der Handlungslehre*, in *Festschrift für Küper*, Heidelberg, 2007, 83 ss.; ID., *Wiederrede zum Feindstrafrecht - Über Menschen, Individuen und Rechtspersonen*, in *Festschrift für Schroede*, Heidelberg, 2007, 33 ss.; J. HABERMAS, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie? Eine Auseinandersetzung mit Niklas Luhmann*, in *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie*, Frankfurt

a.M., 1971, 142 ss.; ID., *Theorie des kommunikativen Handelns. Bd. I. Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung*, Frankfurt a.M., 1995; ID., *Theorie des kommunikativen Handelns. Bd. II. Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft*, Frankfurt a.M., 1995; W. HANKE, *Rechtsfähigkeit, Persönlichkeit, Handlungsfähigkeit*, Berlin, 1928; G. HEINE, *Kollektive Verantwortlichkeit als neue Aufgabe im Spiegel der aktuellen europäischen Entwicklung*, in *Festschrift für Lampe*, Berlin, 2003, 593 ss.; T. HUBER, *Systemtheorie des Rechts. Die Rechtslehre Niklas Luhmanns*, Baden-Baden, 2007; G. JAKOBS, *Strafbarkeit juristischer Personen*, in *Festschrift für Lüderssen*, Baden-Baden, 2002, 551 ss.; ID., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*<sup>2</sup>, Berlin-New York, 1991; H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*<sup>2</sup>, Wien, 1960; LONGHI, *La persona giuridica come soggetto di responsabilità penale*, RP, 1906, 401 ss.; MORO, *La capacità giuridica penale*, Padova, 1939; ID., *La subiettivazione della norma penale*, Bari-Città di Castello, 1942; PATRONO, *Verso la soggettività penale di società ed enti*, RTDPE, 2002, 183 ss.; PISAPIA, *Contributo alla determinazione del concetto di capacità nel diritto penale*, in *Studi di diritto penale*, Milano, 1956, 3 ss.; RADBRUCH, *Der Mensch im Recht. Heidelberger Antrittsvorlesung*, Tübingen, 1927; K. RÖHL, *Allgemeine Rechtslehre. Ein Lehrbuch*<sup>2</sup>, Köln-Berlin-Bonn-München, 2001; BR. ROMANO, *Relazione e diritto nel postmoderno*, RIF, 1988, 735 ss.; C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*<sup>4</sup>, Bd. I, München, 2006; B. RÜTHERS, *Rechtstheorie*<sup>3</sup>, München, 2007; RUGGIERO, *Soggetto, persona, cittadino e diritto penale*, RTDPE, 2006, 151 ss.; ID., *Contributo allo studio della capacità penale. Lo statuto della persona fisica e degli enti*, Torino, 2007; K. SEELMANN, *Anerkennung, Person, Norm*, in *Festschrift für Jakobs*, Köln, 2007, 635 ss.; SEVERINO, «Capacità penale», in *Enc. dir.*, V, Milano, 1988, 1 ss.; STANZIONE, «Capacità, I) Diritto privato», in *Enc. dir.*, V, Milano, 1988, 1; ID., «Capacità, V) Diritto comparato e straniero», in *Enc. giur.*, V, Roma, 1988, 1 ss.; E. VON HIPPEL, *Einführung in die Rechtslehre*, Berlin, 1932; F. VON LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*<sup>25</sup> (a cura di Eb. Schmidt), Berlin-Leipzig, 1927; B. ZABEL, *Schuldtypisierung als Begriffsanalyse. Tiefenstrukturen moderner Praxisformen und deren strafrechtliche Transformation*, Berlin, 2007.

**Legislazione:** art. 27, 1° co., Cost.; artt. 3, 85 ss., 117, 196, 197 c.p.; d.lg. 8-6-2001, n. 231.

**Sommario:** 1. Posizione del problema. Incertezze terminologiche e sovrapposizioni concettuali. – 2. La capacità giuridica penale nei confronti della norma penale. A) Dei tentativi di ridurre la capacità penale e categoria astratta. In nota: cenni sulle immunità e cause di non punibilità. B) Capacità penale e imputabilità. C) Brevi riferimenti alla colpevolezza. – 3. Capacità penale e sanzioni. – 4. Capacità giuridica, soggettività, personalità. – 5. Della responsabilità degli enti morali. – 6. Della capacità processuale penale. – 7. La soggettività della persona fisica.

**1. Posizione del problema. Incertezze terminologiche e sovrapposizioni concettuali.**

Il termine «Capacità» sta a significare, generalmente, «idoneità», «attitudine», «competenza», termini

indifferentemente e/o scambievolmente in uso in dottrina, fatti propri dal Legislatore, dal foro e dalla curia, per indicare, nell'accezione che qui interessa, la titolarità (e conseguente destinatarietà) di conseguenze giuridiche. Significativa in proposito è la dizione fatta propria dal legislatore del 1930 nella *Relazione al Progetto definitivo* (n. 160), il quale, per spiegare cosa fosse la «capacità a delinquere», impiegò la seguente espressione: «*L'attitudine dell'individuo alla violazione delle norme penali*» (1).

Oggetto di trattazione tratatizia e sbrigrativa nella manualistica contemporanea, il concetto di «capacità penale» ha sofferto e soffre di una marcata tendenza all'emarginazione, frutto di una malintesa sovrapposizione con altri istituti penalistici: in primis con l'«imputabilità», descritta dal Legislatore del 1930, all'art. 85 c.p., come «*capacità di intendere e di volere*». Non solo. Le conclusioni cui sono giunti gli Autori, tese a sancirne l'inutilità per il diritto penale che tale categoria esplicitamente non contempla, oltre a fondarsi su di una nozione prevalentemente naturalistica, al pari, come detto, della capacità di intendere e di volere, muovono dal preconetto che la «capacità penale» sia una teorica di derivazione prettamente civilistica non interessante per il diritto penale che, imperniato sul «dovere», conosce soggetti capaci solo negli imputabili.

Senza prendere immediatamente posizione sui singoli argomenti che dovranno essere approfonditi, nonostante lo scarso favore riscosso in seno alla dottrina italiana (2), non sono mancate (e non mancano) valide ragioni per assegnare alla «capacità penale» un significato e un ruolo, non foss'altro per delimitare la sfera dei «soggetti» rilevanti per il diritto penale, premessa per la sistemazione delle categorie penalistiche e presupposto per l'individuazione del complesso delle condizioni per riferire una serie di effetti giuridici ad un soggetto.

Gli è che discutere in tempi moderni di «capacità penale» significa compiere un lungo viaggio nella teoria generale del reato e della pena, coinvolgendo questioni di politica criminale e filosofiche. Eppure il concetto di capacità penale s'insinua come un fiume carsico nel pensiero della dottrina, con spinte e contropunte, fino ad emergere in tutta la sua attualità discutendo a proposito della soggettività (id est: «responsabilità») delle persone giuridiche a seguito di recenti provvedimenti normativi (3).

Riflettere attorno al concetto di «capacità penale» porta necessariamente ad interrogarsi sulla struttura e sulla funzione della norma penale che, per subiettivarsi e divenire concreta, deve essere posta in relazione ad un soggetto.

La «veste giuridica» tuttavia non è la stessa per le persone fisiche e per gli enti. Per questi ultimi la

«giuridicità» è totalizzante in quanto essi si giustificano e si esauriscono in essa, mentre riguardo alle persone fisiche la «veste giuridica» si affianca al substrato naturalistico, per gli uomini *limite invalicabile dal normativismo* (4).

È stato infatti chiarito che l'opposizione tra «persona» ed «individuo» è puramente assiologica, possedendo la persona una struttura ontologica che ne fa il vero fulcro di tutta l'esperienza giuridica: persona, nel diritto, è da intendersi solo l'uomo-individuo (5).

Sono noti gli attacchi rivolti alle teorie tradizionali che identificavano il soggetto di diritto con la persona: l'uomo soggetto di diritti e doveri, con la semplice constatazione — per la verità difficilmente contestabile — che anche altre realtà, come le associazioni, società per azioni etc. sono da considerarsi persone, definite cioè portatori (Trägers) di diritti e doveri (6). Sono anche sufficientemente conosciuti gli effetti devastanti cui ha condotto il normativismo, consentendo di collocare una persona, a seconda delle esigenze, dentro o fuori da un ordinamento giuridico, in quest'ultimo caso determinandone la perdita dei più elementari diritti della personalità (7).

Così posto il piano della ricerca, dobbiamo chiarire i rapporti fra le categorie della «capacità giuridica» e della «capacità di agire» con la «capacità penale». Non essendo questa la sede per discutere di «capacità» in generale, ma solo di «capacità penale», non possiamo esimerci tuttavia dal tornare su alcuni argomenti cari alla teoria generale del diritto. In ossequio ad un insegnamento che oggi non viene più ricordato, solo lo studio del reato nel quadro più ampio della teoria generale del diritto (8) può condurre a risultati attendibili, in ispecial modo se la ricerca è condotta con riguardo al diritto positivo stricto sensu, senza timore di incontrare differenze fra le varie branche dell'ordinamento. Differenze che ancora una volta testimoniano che il concetto di «capacità» non è allo stesso modo valido per ogni ramo del diritto (9) e, soprattutto, che la maggiore fonte di equivoco si annida nell'opzione metodologica di parcellizzare lo studio della «capacità» giuridica distinta dalla «soggettività», con inevitabili difficoltà nell'operare le necessarie chiarificazioni fra «capacità giuridica», «soggettività» e «personalità», caratteristica, quest'ultima, propria della persona fisica.

(1) Chiaro è che «idoneità» sta anche ad indicare, nella legislazione penale, elementi strutturali del reato come quando si parla di «idoneità» degli atti per aversi tentativo (art. 56 c.p.) e di «idoneità» dell'azione in riferimento alla nota tipica che caratterizza il reato: l'offensività (art. 49 cpv. c.p.). Indizio prezioso perché induce a studiare la «capacità penale» nella cornice

della «responsabilità» e, come tale, ad attribuirle piena dignità di categoria penalistica.

(2) Sul punto è da registrarsi la totale assenza di dibattito nella letteratura straniera, la quale ha, di contro, molto discusso sulla «capacità di condotta». Specialmente la dottrina tedesca, nel solco della distinzione fra *Rechtsfähigkeit* e *Handlungsfähigkeit*, ha cercato in un primo momento di superare le nozioni di «capacità giuridica» e di «capacità di agire», per giungere, nel massimo stadio del suo sviluppo, a collegare la capacità con la dignità umana e il pieno sviluppo della persona nella più ampia tematica del diritto generale della personalità; senza trarne però conclusioni precise e tralasciando del tutto di sviluppare un parallelo, proficuo dibattito, nel settore penalistico. Sullo sviluppo del concetto nei vari ordinamenti, si veda: STANZIONE, «Capacità, V) Diritto comparato e straniero», in *Enc. dir.*, V, Milano, 1988, 1 ss.

(3) V., PATRONO, *Verso la soggettività penale di società ed enti*, RTDPE, 2002, 183 ss.; AMBROSETTI, *Efficacia della legge penale nei confronti delle persone*, in RONCO (a cura di), *Commentario sistematico al Codice Penale, La legge penale*, Bologna, 2006, 161.

(4) Più calzante ci sembra il lessico tedesco, dove si contrappone la *juristische Person* alla *natürliche Person*, con ciò facendo riferimento ad una naturalezza che la prima non possiede. Giuridicamente parlando, non esistono invece differenze apprezzabili.

(5) COTTA, «Persona (filosofia)», in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, 159 ss. *Contra*, FROSINI, «Soggetto del diritto», in *NN.D.I.*, XVII, Torino, 1970, 813 ss.

(6) KELSEN, *Reine Rechtslehre*<sup>2</sup>, Wien, 1960, 176, il quale prosegue sostenendo che: «Die physische oder juristische Person die Rechtspflichten und subjektive Rechte hat, ist diese Rechtspflichten und subjektiven Rechte. Die Person ist nur die Personifikation dieser Einheit». Nella dottrina contemporanea di lingua tedesca, per tutti, JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*<sup>2</sup>, Berlin-New York, 1991, 149; *Id.*, *Strafbarkeit juristischer Personen*, in *Festschrift für Lüderssen*, Baden-Baden, 2002, 551 ss. Di contro, era già stato osservato che questo tentativo di superare le evidenti eterogeneità fra il soggetto concreto e la norma astratta, concependo il rapporto giuridico come relazione del soggetto con la norma, ha l'effetto di «pubblicizzare» tutto il diritto impedendo infine di operare una distinzione fra diritto pubblico e diritto privato. Cfr. BAGOLINI, *Note intorno al rapporto giuridico*, ALS, 1944, 195 ss.

(7) Cfr. AGAMBEN, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, 1995, (rist. 2005), *passim*; RODOŤÀ, *La vita e le regole*, Milano, 2006, *passim*.

L'esempio moderno più evidente di rapporto fra natura biologica e giuridica dell'uomo, che affonda le proprie radici nello «stato di necessità» della dottrina di Hegel, è stato il diritto tedesco della prima metà del '900. L'affermazione secondo cui solo un membro della nazione potesse essere un membro del diritto, e cittadino fossero solo uomini con «sangue tedesco», portò a configurare, per motivi razziali, lo status personale di molte persone. Sul punto: K. LARENZ, *Rechtsperson und subjektives Recht*, in *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft* (a cura di Dahm), Berlin, 1935, 225 ss.

Sul c.d. «diritto penale del nemico»: RUGGIERO, *Soggetto, persona, cittadino e diritto penale*, RTDPE, 2006, 159 ss.; VIGANÒ, *Terrorismo, guerra e sistema penale*, RIDPP, 2006, 648 ss.; RESTA, *Nemici e criminali. Le logiche del controllo*, IP, 2006, 181 ss.; K.H. GÖSSEL, *Wiederrede zum Feindstrafrecht - Über Menschen, Individuen und Rechtspersonen*, in *Festschrift für Schroede*, Heidelberg, 2007, 33 ss.; U. KINDHÄUSER, *Schuld und Strafe. Zur Diskussion um ein «Feindstrafrecht»*, *ivi*, 81 ss.

(8) CARNELUTTI, *Teoria generale del reato*, Padova, 1933, V.

(9) Cfr., con molta efficacia, STANZIONE, «Capacità, I) Diritto privato», in *Enc. giur.*, V, Roma, 1988, 4.

**2. La capacità giuridica penale nei confronti della norma penale.** A) *Dei tentativi di ridurre la capacità penale a categoria astratta. In nota: cenni sulle immunità e cause di non punibilità.* B) *Capacità penale e imputabilità.* C) *Brevi riferimenti alla colpevolezza.* Prima di passare a dare una definizione compiuta di «Capacità penale» è opportuno anche chiarire gli strumenti dei quali ci serviremo per giungere ad una formulazione in termini precisi. Preliminarmente appare d'uopo precisare che quando parliamo di «capacità» facciamo riferimento all'idoneità ad essere titolari di situazioni favorevoli o sfavorevoli, situazioni soggettive definibili come le figure di qualificazione che attengono alla posizione del soggetto nei confronti di un comportamento ipotetico (suo o di altri) indicato dalla norma (10). Prescindendo per il momento dall'affrontare il diverso atteggiarsi della «capacità giuridica» in ordine alle situazioni attive e passive, rimandando ai paragrafi seguenti, preme in questa sede rilevare che non è corretto distinguere fra situazioni giuridiche favorevoli e situazioni giuridiche sfavorevoli sul rilievo che il diritto penale provvede alla tutela di uno o più interessi basandosi sulla situazione giuridica del dovere (11).

Pur mitigando l'affermazione con la constatazione della veste meramente stilistica della normazione, è possibile obiettare a tale autorevole dottrina, che, così ragionando, si dà per accertato ciò che invece deve appurarsi: e cioè l'avvenuta concretizzazione della norma penale, la quale può definirsi tale solo considerando elemento di fattispecie il soggetto cui vogliono riferirsi delle conseguenze giuridiche (12). Concepire la fattispecie penale distinta fra effetti primari ed effetti secondari, precetti primari e precetti secondari, considerare lo stesso rapporto penale primario un autonomo effetto giuridico significa perdere di vista l'unitarietà del reato, giungendo a negare la nozione stessa di capacità penale, con conseguenze esegetiche sicuramente non accettabili.

A) *Dei tentativi di ridurre la capacità penale a categoria astratta. In nota: cenni sulle immunità e cause di non punibilità.*

Taluno ha sostenuto che, per alcune norme penali, una delle condizioni per il sorgere effettivo del dovere penale primario è costituito da una particolare posizione dell'agente nei confronti del bene tutelato. In sostanza, secondo quest'opinione, è sempre la natura del bene tutelato che induce l'ordinamento giuridico a determinare quali siano i soggetti che, secondo discrezionale apprezzamento dell'ordinamento stesso, sono in grado d'attaccarlo o d'esserne titolari (13).

Il ragionamento qui riportato offre però una visione solo parziale dell'istituto che si studia. Innanzitutto la soggettività penale che in tal modo si presenta riguarderebbe una cerchia ristretta di reati propri, i

c.d. «reati propri esclusivi» o «di mano propria», nei quali l'interesse protetto può essere leso solo da soggetti determinati. In molti altri casi, invece, lo stesso interesse può essere offeso anche da soggetti diversi da quelli qualificati; senza contare che la maggior parte dei reati cagionano offesa ad una moltitudine di beni giuridici, i quali ricevono tutela penale diversificata nei vari titoli del codice penale a cagione della preponderanza riservata ad uno piuttosto che all'altro interesse. Può ben darsi che uno stesso bene giuridico riceva tutela in diversi titoli del codice penale: basti pensare al mendacio, contemplato ora fra i delitti contro la fede pubblica ora fra i delitti contro il patrimonio.

Questa osservazione ci consente di replicare ad altra importante obiezione che viene mossa alla configurabilità della categoria della «capacità penale». Si giunge a negare utilità al concetto, muovendo dalla constatazione che questo consiste nella titolarità potenziale di situazioni giuridiche subietive penali primarie, nel senso che è dato pensare ai titolari delle situazioni giuridiche soggettive prima che gli elementi condizionanti si verifichino. Può infatti una categoria astratta essere di qualche utilità? Una volta realizzati gli elementi condizionanti il sorgere dell'effetto-dovere primario, non è più necessario discutere di capacità, bensì di titolarità effettiva delle situazioni in questione (14).

Si danno tuttavia innumerevoli casi in cui, ad una non titolarità in astratto di una situazione di dovere penale, può seguire, in concreto, la formulazione nei confronti dell'agente di un giudizio di responsabilità. È il caso offerto dal nostro codice penale qualora, per le condizioni o le qualità personali dell'offeso, muti il titolo del reato per taluno di coloro che vi sono concorsi. A parte adesso le polemiche sulla deroga che l'art. 117 c.p. rappresenterebbe per i criteri generali di imputazione soggettiva e che qui non interessano, ci preme sottolineare che la relazione fra il soggetto e il bene giuridico offeso non può essere aprioristicamente determinata in astratto, ma solo in concreto, perché il diritto positivo offre esempi di titolarità di situazioni giuridiche soggettive non predeterminabili in maniera assoluta, dovendo sempre farsi riferimento ai rapporti giuridici che scaturiscono dalla norma reale.

A mo' di conseguenza di quanto adesso osservato, riteniamo opportuno precisare che non è metodologicamente corretto porre un limite invalicabile fra nozioni astratte e nozioni concrete, essendo evidente che le prime non hanno praticamente rilevanza se non entrano in contatto con un soggetto «capace»; mentre le seconde non hanno giuridica rilevanza se non realizzano l'astratta ipotesi.

Seguendo infatti il ragionamento criticato, teso a negare utilità alla categoria che si studia, risulterebbe

impossibile distinguere le situazioni di «immunità» da quelle di «non punibilità», le quali ultime presentano ipotesi sanzionatorie escluse per le prime; e questo sia che si faccia questione di immunità assolute che relative, totali o parziali (15).

Ne deriva ulteriormente, e lo approfondiremo dappresso, che la condizione umana è una costante presente in tutte le fattispecie, e che le situazioni di immunità (art. 3 c.p.) o di incapacità penale, distinte, come visto dalle situazioni di non punibilità, attengono al diverso fenomeno della soggettività, riguardano cioè il precetto primario che non può realizzarsi per difetto di un elemento tipico cui riferire la conseguenza sanzionatoria del precetto primario. Le situazioni di non punibilità, invece, non attengono alla destinatarietà dei precetti, ma alle sole conseguenze sanzionatorie, che, a seconda dei casi, possono specializzarsi in misure di sicurezza (16).

È possibile in questo modo fornire una prima configurazione dell'idea di soggetto che andremo a sviluppare nei paragrafi seguenti, e che testimonia il profondo limite che ha condizionato le teorie «organiche» e «atomistiche». Non è questa la sede per esaminarle partitamente (17); interessa rilevare che entrambe non riescono a svincolarsi da una concezione del soggetto giuridicamente rilevante, trascurando di considerare il sostrato naturalistico di questi, irriducibile ad un concetto prettamente normativo.

Continuando a ragionare in termini di «riconoscimento» si corre il rischio di accumulare la persona fisica e la persona giuridica solo al fine di consentire alla prima di entrare nel «traffico» giuridico. Dogmaticamente, poi, è necessario costruire la figura del soggetto come fattispecie distinta dalle altre con le quali entra in contatto (18), senza contare però che, oltre a creare un'inutile sovrastruttura che impedisce di giungere a risultati attendibili nella ricostruzione del meccanismo d'imputazione penale, dimentica che il soggetto è portatore di un valore *in sé* che prescinde dal riconoscimento.

Le notazioni ora fatte hanno un riflesso importante a livello di teoria generale e a livello esegetico, e rinviano al più ampio discorso sulla «responsabilità penale». Anche se non muoviamo da premesse imposte nel senso di ritenere idoneo a interessare rapporti giuridici in materia penale chi è in grado di essere titolare di situazioni soggettive di dovere perché, fra l'altro, rievoca una concezione sanzionatoria del diritto penale (19), inserire all'interno della fattispecie i soggetti consente di rendere pregnante il divieto di responsabilità per fatto altrui, altrimenti relegato al rango di mera declamazione accanto al non meno aforistico principio di personalità della responsabilità penale.

L'effetto della *coercizione* legato alla pena, può, al contrario, portare a ritenere responsabili soggetti di-

versi dalle persone fisiche (20). Diversamente, sempre sul piano delle figure di qualificazione, è possibile argomentare che a caratterizzare l'ordinamento penale sul piano delle conseguenze giuridiche concorrono sia la «punibilità» che la «non punibilità» allo stesso modo che l'«estinzione della punibilità» (21). Detto in altri termini, la definizione in parola, non riesce a spiegare come possano distinguersi situazioni di illiceità da situazioni di liceità, a meno di voler sostenere che solo per le prime valga la pena di disquisire di «capacità penale».

A tal proposito è necessario superare la tradizionale contrapposizione tra *descrittività* e *prescrittività* della proposizione normativa avendo riguardo quindi non alla correlazione precetto-sanzione o fattispecie-conseguenza, bensì alla preliminare connessione tra descrizione del fatto e qualificazione di esso. È, cioè, tra la fattispecie e la sua qualificazione tipica che intercorre il nesso inseparabile del quale si discute, mentre la successione — ritenuta insopprimibile — tra precetto e sanzione, fattispecie e conseguenza non è affatto inderogabile; o non lo è nel senso affermato dalle concezioni non valutative, dipendendo essa dal tipo di qualificazione: se questo è di segno positivo — «è punibile» — al fatto vietato dovrà seguire la sanzione, se è, invece, di segno negativo — «non è punibile» — la norma esaurirà la sua funzione con la sola enunciazione della qualifica favorevole al destinatario.

A livello di teoria generale ha influito la non perfetta saldatura della dottrina penalistica con i progrediti svolgimenti filosofici intorno alla norma giuridica, prevalentemente orientati in senso strettamente valutativo, contro le teorie tradizionali che, nell'indirizzo imperativistico o del giudizio ipotetico o, ancor di più, nel nesso funzionale, finiscono col risolvere l'elemento valutativo della proposizione normativa nel momento effettuale della causalità giuridica, ossia in un fatto piuttosto che in una valutazione.

Ma è significativo osservare che, anche senza rifarsi, com'è tuttavia d'obbligo in questi casi, agli sviluppi filosofici sulla norma, allo stesso risultato si possa pervenire muovendo dal diritto positivo, in particolare dalla possibilità che si abbiano fattispecie improduttive di effetti, come i reati sottoposti a condizione obiettiva di punibilità, per la cui comprensione è fonte di equivoci ragionare a livello di causalità giuridica, intesa come relazione fra concetti. Più opportuno e corretto è concepire il rapporto fra reato e condizione obiettiva di punibilità come rapporto tra due piani di interessi, l'uno interno e l'altro esterno, concernenti rispettivamente il sorgere della caratteristica situazione che l'ordinamento giuridico penale prende in considerazione e valutazioni di mera opportunità che riguardano unicamente la validità concreta della tutela.

Il carattere «qualificativo» dell'espressione «è punibile» può benissimo essere inteso in senso valutativo e, come tale perfettamente conciliabile con una concezione imperativista o del giudizio ipotetico o del nesso funzionale; è la norma stessa che, facendosi portatrice di contenuti etico-politici imprime tutto il significato (comprensivo del disvalore) ad una determinata situazione di vita (22).

B) *Capacità penale e imputabilità.*

La mancata comprensione dell'utilità categoriale della «capacità penale» ha condotto a — sistematicamente devastanti — sovrapposizioni concettuali, che ne hanno fatto perdere di vista i precisi connotati ricostruttivi.

Una prima sovrapposizione, all'origine di gravi equivoci, è tra «capacità penale» e «imputabilità». Fra i primi autori italiani (come detto in altri Paesi la questione non si è mai posta in termini netti) a distinguere fra le due categorie, si era già ben delineata — almeno a livello terminologico — una differenza sostanziale, riconoscendo la prima come insieme delle «condizioni per cui un uomo può dirsi soggetto di diritto penale in genere». L'interpolazione con la più volte citata categoria del «dovere» penale, ha poi portato a confondere i due concetti, perché l'«incapacità di diritti e di doveri», derivante da alterazioni dei processi intellettivi e volitivi, avrebbe l'effetto di sopprimere la capacità giuridica penale: la «capacità» sta all'«imputabilità» come la «potenza» sta all'«atto» (23).

Un altro tentativo di razionalizzazione fu compiuto da coloro che distinsero la «qualificazione giuridica formale» dall'«agente di fatto», comprendendo per la prima volta il fenomeno nella sua dimensione normativa (24). Intuizione che, posta alla base nuovamente l'imputabilità, non fu compiutamente sviluppata e costituisce ancor oggi una sorta di Leitmotiv riproposto dalla dottrina contemporanea.

Si sostiene che la mancata collocazione sistematica dell'imputabilità all'interno della «colpevolezza» sarebbe un omaggio alle tesi formalistiche di marca civilistica dalle quali la categoria della capacità penale sarebbe stata mutuata (25).

Al riguardo va innanzitutto ribadito che, per quanto s'è detto innanzi, fondare la «capacità penale» sulla capacità di «doveri penali», cioè sull'imputabilità, importa l'accettazione della teoria imperativista della norma penale. Come s'è già osservato, vi sono numerosi casi di fattispecie improduttive d'effetti e numerosi casi in cui la norma si rivolge a soggetti incapaci di «doveri penali», da rendere inconciliabile la teoria imperativista col dato positivo (26).

In secondo luogo, non è affatto corretto, esegeticamente parlando, affiancare una categoria prettamente normativa (27), quale la «capacità penale», alla «capacità di intendere e di volere» costituente il so-

strato naturalistico della categoria giuridica dell'imputabilità. A tacer d'altro, l'accertamento dell'«incapacità penale» di un soggetto comporta l'impossibilità di imputargli qualsiasi fattispecie od effetto giuridico; l'esistenza, di contro, di cause dirimenti l'imputabilità comporterà la specializzazione della pena in una misura di sicurezza (28).

C) *Brevi riferimenti alla colpevolezza.*

Un ragionamento diverso porterebbe, poi, riguardo alla «colpevolezza», alle seguenti conclusioni. Si dovrebbe ritenere che: a) il soggetto incapace di intendere e di volere, non essendo rimproverabile, non può essere considerato soggetto di diritto penale, sia dal lato di imputazione di conseguenze giuridiche che dal lato delle garanzie; b) la sanzione cui il non imputabile dovrebbe soggiacere — la misura di sicurezza — sarebbe una conseguenza «neutra» (29).

Senza voler insistere ulteriormente sul punto, è però d'obbligo richiamare il dibattito che sin dall'entrata in vigore del Codice Rocco ha impegnato la dottrina sulla natura criminale o amministrativa delle misure di sicurezza e conclusosi nel primo senso (30), i cui risultati si sono riverberati sulle relazioni di queste con la pena e sulla natura di quest'ultima. L'analisi della disciplina di legge ordinaria e costituzionale ha consentito di individuare il contenuto tipico delle due sanzioni. Mentre la pena possiede un carattere essenzialmente retributivo, la misura di sicurezza è caratterizzata da un contenuto più ampio e ricco, consistente nella rieducazione cui la pena mira solo in via tendenziale (31).

Lo stato attuale del dibattito sulla colpevolezza, concetto ancora molto controverso (32), è giunto alla considerazione di questa come contenuto onnicomprensivo di tutte le esigenze di un «moderno» diritto penale: responsabilità penale per fatto proprio, commisurazione e scopi della pena, motivabilità attraverso norme (33). La normativizzazione del concetto di colpevolezza, nel solco delle correnti che «plasmavano» le categorie del reato in funzione delle esigenze di politica criminale, ha finito per oscurare le componenti soggettive dell'illecito penale, imponendo di affiancare a quel concetto delle sovra-strutture [fra tutte, quella della «responsabilità» (34)]; oppure rielaborandolo in funzione del riconoscimento universale della norma (35). La pena, a sua volta, è tesa a confermare «controfattualmente» la vigenza della norma violata, rafforzando la fiducia che i cittadini nutrono nei confronti del diritto, con la conseguenza che il «soggetto» rappresenta solo «base cognitiva della validità della norma». L'aggressione alla pace giuridica si può arrestare solo se si trascura il «diritto penale del fatto» e si punisce il trasgressore per comportamenti futuri.

Le tendenze più recenti, in linea di sviluppo con le teorie funzionaliste precedentemente accennate, sul-

la scorta delle recenti acquisizioni da parte della cibernetica della quasi totale incoscienza delle azioni poste in essere, ritengono che la colpevolezza umana debba essere depurata dalla libertà del volere o, più decisamente, dal punto di vista delle scienze empiriche, il diritto si fonderebbe su di una illusione, così come lo è la possibilità di agire diversamente (36). Senza che soffermarsi brevemente sul punto possa sembrare un fuor d'opera, la necessità di riflettere se per affermare la responsabilità di un soggetto debba farsi questione della possibilità di questi di agire diversamente, cioè della sua libertà di autodeterminazione, mette in risalto, per evitare eccessi del genere, la necessità di attribuire un ruolo ben definito alla categoria della «capacità penale». La responsabilità giuridica si produce in tutti gli ambiti dell'agire giuridico del soggetto e si configura in stretta relazione con la sua capacità giuridica, sino al punto che la capacità penale dell'agente si identifica con la stessa responsabilità del soggetto, non essendo necessario formulare una teoria dualista che esamini i due diversi aspetti della realtà biopsichica e quella dell'agire causale del soggetto; aspetti questi che rilevano solo ai fini del diverso trattamento sanzionatorio apprestato dall'ordinamento per far fronte ad uno status personale diverso come quello del non imputabile. Chi, al giudizio penale, dovesse risultare privo di quella libertà, non per questo fuoriesce dal sistema, ben potendo essere formulabile nei suoi confronti un giudizio di responsabilità a tutti gli effetti, con la conseguenza di dover assicurargli tutti i diritti e tutte le garanzie, sostanziali e processuali, di cui fruisce il soggetto libero (imputabile).

(10) Così M. GALLO, «Capacità penale», in *NN.D.I.*, II, Torino, 1958, 881, partizione che, per l'A., si rivela la più idonea a cogliere nella maniera più esatta possibile i due momenti del subiettivarsi della norma: il *diritto soggettivo* e la *necessarietà*.

(11) M. GALLO, «Capacità penale», cit., 889, 882 nt. 1; SEVERINO, «Capacità penale», in *Enc. giur.*, V, Roma, 1988, 3.

(12) Per un approccio problematico in questi termini, RUGGIERO, *Contributo allo studio della capacità penale. Lo statuto della persona fisica e degli enti*, Torino, 2007, 61 e *passim*. I concetti di «norma» e «fattispecie», a ben vedere, nella loro dimensione concreta, coincidono perché entrambe sono il risultato di un processo di astrazione. Cfr. E. VON HIPPEL, *Einführung in die Rechtslehre*, Berlin, 1932, 9 ss.; altresì, MORO, *La subiettivazione della norma penale*, Bari-Città di Castello, 1942, 42 s.

(13) DELL'ANDRO, «Capacità penale», in *Enc. dir.*, VI, Torino, 1960, 109.

(14) DELL'ANDRO, «Capacità penale», cit., 111 s., 113; DE FELICE, *Riflessioni in tema di capacità giuridica penale*, Napoli, 1976, 64 ss.

(15) Cfr., M. GALLO, «Capacità penale», cit., 883.

(16) Non si può tuttavia non rilevare in proposito che la demarcazione fra i casi di «incapacità» e i casi di «non punibilità» (categoria — quest'ultima — che racchiude situazioni fra loro eterogenee: mancanza di imputabilità, presenza di cause di giustificazione, di esclusione dell'elemento soggettivo ovvero cause personali di esenzione dalla (o di esclusione della) pena: es., secondo alcuni, le c.d. «cause scusanti») rivesta un'importanza

notevole. Basti pensare che qualora si concorra con un immune a questi non potrà essere mosso nessun addebito di responsabilità e, qualora i concorrenti siano solo due, dovrà venir meno la disciplina del concorso stesso, non essendo uno dei concorrenti destinatario di alcun precetto penale. Diverso è il caso di concorso con una persona assistita da una «causa di non punibilità», la quale, sussistendone i requisiti, potrà essere assoggettata a misura di sicurezza. L'essere, in concreto, destinatario di precetto, lo rende «soggetto di diritto penale», con applicabilità, in ogni caso, dell'istituto del concorso di persone nel reato, anche se, per ventura, solo uno dei concorrenti sarà assoggettabile a sanzione penale non potendo gli altri fruire di quelle che l'art. 119 c.p. chiama «circostanze soggettive di esclusione della pena» e che si applicano solo al soggetto cui si riferiscono.

(17) In tema, per tutti, STANZIONE, «Capacità I», cit., 5.

(18) FALZA, «Capacità giuridica», in *Enc. dir.*, II, Milano, 1960, ora in *Id.*, *Voci di teoria generale*, Milano, 1970, 85. Equivoco nel quale è incorso — se bene abbiamo inteso — anche il DELL'ANDRO, «Capacità penale», cit., 107 ss.

(19) Cfr., CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino, 1956, 98 ss. Situazione di dovere che ricorda, inoltre, una concezione imperativista della norma penale, la quale non riesce a spiegare situazioni nelle quali il rapporto giuridico si costruisce fra soggetti che non sono in grado di recepire il messaggio normativo. Sul punto, per tutti, E. BACIGALUPO, *La función del concepto de norma en la dogmática penal*, in *Estudios de Derecho Penal en homenaje al Professor Luis Jiménez de Asúa*, Madrid, 1986, 61 ss.

(20) In un sistema autopoietico qual è lo Stato, il sistema giuridico regola il «monopolio della violenza» e deve in ogni caso riaffermare la propria validità contro qualunque offesa recata all'ordine giuridico. Sul punto e, in generale, sulle teorie sistemiche: HUBER, *Systemtheorie des Rechts. Die Rechtslehre Niklas Luhmanns*, Baden-Baden, 2007, 139 ss. e *passim*.

Cfr., altresì, HABERMAS, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie? Eine Auseinandersetzung mit Niklas Luhmann*, in *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie*, Frankfurt a.M., 1971, 142 ss.; *Id.*, *Theorie des kommunikativen Handelns. Bd. I. Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung*, Frankfurt a.M., 1995; *Id.*, *Theorie des kommunikativen Handelns. Bd. II. Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft*, Frankfurt a.M., 1995. In quest'ultima opera (503 ss.) Habermas trasferisce tutte le sue speranze democratiche e diritti di solidarietà nel diritto: il diritto deve produrre la auto-organizzazione della società, stabilizzare le aspettative, rendere possibile la legittimazione dell'ordine del potere, combinare fra un sistema di vita e un sistema sociale, così come portare il fardello dell'integrazione sociale. La ragione comunicativa (*die kommunikative Vernunft*) si incarna precisamente, in primo luogo, nella lingua in generale, successivamente però assume una forma particolare soprattutto nel linguaggio giuridico. E perciò il diritto stesso non può essere un sistema, non può cioè rendersi un meccanismo autonomo dell'integrazione sociale, che si svolge alieno dalla comunicazione: il diritto è un momento della vita. Questa tesi è stata criticata da S. BUCKEL, *Subjektivierung und Kohäsion. Zur Rekonstruktion einer materialistischen Theorie des Rechts*, Göttingen, 2007, 61 ss.

(21) Gius. RUGGIERO, «Punibilità», in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 1118 ss.

(22) Nella letteratura italiana v., principalmente, con notevoli differenziazioni, M. GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, Milano, 1951, 2 ss.; *Id.*, «Capacità penale», cit., 882; SCARPELLI, *Il problema della definizione e il concetto di diritto*, Milano, 1955, 15 ss.; DI ROBILANT, *Osservazioni sulla concezione della norma come giudizio di valore*, RTPC, 1957, 1377; BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Torino, 1958, 75 ss.; PERASSI, *Introduzione alle scienze giuridiche*, in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1958, 43 ss., 47 ss.; PETROCELLI, *Reato e punibilità*, RIDPP, 1960, 698; GANAZZI, *Elementi di teoria del diritto*, Torino, 1970, 29 ss.; CRI-

SAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*<sup>2</sup>, I, Padova, 1970, 11 ss.; MODUGNO, «Norma (teoria generale)», in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 328 ss.; RUGGIERO, *Contributo allo studio della capacità penale*, cit., 22 ss. con ulteriori citazioni. Nella letteratura straniera: F. VON LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*<sup>25</sup> (a cura di Eb. Schmidt), Berlin-Leipzig, 1927, 209; W. GOLDSCHMIDT, *Introducción al derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*<sup>3</sup>, Buenos Aires, 1967, 182 ss.; B. RÜTHERS, *Rechtstheorie*<sup>3</sup>, München, 2007, 92 ss. Sulla presenza nel diritto penale di norme di comportamento e norme sanzionatorie, per tutti, K. RÖHL, *Allgemeine Rechtslehre. Ein Lehrbuch*<sup>2</sup>, Köln-Berlin-Bonn-München, 2001, 193 ss.

(23) MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*<sup>5</sup>, I (a cura di Pisapia-Nuvolone), Torino, 1981, 561, 563; *Id.*, *Trattato di diritto penale italiano*, I, Torino, 1926, 384 ss., 400 ss.

(24) MORO, *La capacità giuridica penale*, Padova, 1939, 62 ss., 139 ss.

(25) DONINI, *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova, 2003, 294 e nota.

(26) RUGGIERO, *Contributo allo studio della capacità penale*, cit., 22 ss.

(27) Beninteso che «normativo» non va inteso come pura astrazione dal referente umano cui la «capacità penale» si riferisce. Ad una concezione in termini squisitamente normativi, infatti, è stata mossa, a ragione, l'accusa di formalismo, la quale non avrebbe avuto ragion d'essere se fossero stati chiariti i rapporti fra *ontologismo* e *normativismo*. Per tutti, ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*<sup>13</sup>, Milano, 2003, 150.

(28) In termini analoghi, di recente, AMISANO, *Incapacità per vizio totale di mente ed elemento psicologico del fatto*, Torino, 2005, 13 ss. È sufficiente poi porre mente alla simmetria esistente fra gli artt. 85 ss. e l'art. 3 c.p. per scorgere un fondamento normativo a tutte le categorie richiamate. Chi è naturalisticamente incapace (vizio totale di mente e situazioni a questa affiancate) o normativamente incapace (minore degli anni quattordici) è «soggetto» di diritto penale, destinatario di precetti giuridici e di conseguenze sanzionatorie. Colui che, per espressa disposizione del diritto pubblico interno o del diritto internazionale, non è «obbligato» dalla legge penale italiana, è indifferente se sia imputabile o non imputabile. In entrambi i casi non sarà centro di imputazione di situazioni giuridiche penali, se non in negativo, nel senso che qualora abbia posto in essere un illecito questo non gli sarà in nessun caso riferibile.

(29) Ritiene la misura di sicurezza una conseguenza neutra del reato commesso dal non imputabile, monco dell'elemento della colpevolezza, M. ROMANO, in *Commentario sistematico del codice penale*<sup>3</sup> (a cura di Romano-Grasso), II, Milano, 2005, 3.

(30) Per tutti, CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza*, Milano, 1970, 66 ss. e *passim*.

(31) Sul punto, con estrema lucidità, CARACCIOLI, *Diritto penale e coscienza cristiana: compatibilità e conflitti*, in *Studi in memoria di R. Dell'Andro*, Bari, 1994, 46. Cfr., per le diverse posizioni, RONCO, *Il significato retributivo-rieducativo della pena*, DPP, 2005, 137 ss.; EUSEBI, *Riparazione e riconciliazione nel diritto penale*, AFS, 2007, 269 ss.

(32) PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*<sup>2</sup>, Torino, 2006, 430; ZABEL, *Schuldtypisierung als Begriffsanalyse. Tiefenstrukturen moderner Praxisformen und deren strafrechtliche Transformation*, Berlin, 2007, 194 ss.

(33) Cfr., GÜNTHER, *Schuld und kommunikative Freiheit. Studien zur personalen Zurechnung strafbaren Unrechts im demokratischen Rechtsstaat*, Frankfurt a.M., 2005.

(34) ROXIN, *Strafrecht, allgemeiner Teil*, cit., 851 ss. *Contra*, MEZZETTI, «*Necessitas non habet legem*», Torino, 2000, 245, nt. 31.

(35) JAKOBS, *Strafrecht, allgemeiner Teil*, cit., 483 ss.; *Id.*, *Was schützt das Strafrecht: Rechtsgüter oder Normgeltung?*, in *Festschrift für Seiji Saito*, Tokyo, 2003, 32. Per ulteriori citazioni e per i rilievi critici: RUGGIERO, *Contributo allo studio della capacità penale*, cit., 79 ss.

(36) In proposito non ci è possibile procedere che per brevisimi cenni. V., per tutti, JAKOBS, *Individuum und Person. Strafrechtliche Zurechnung und die Ergebnisse der moderneren Hirnforschung*, in *ZStW*, 2005, 247 ss., 265, nt. 56; ROTH, «Wir sind determiniert», in *Hirnforschung und Willensfreiheit*, Suhrkamp-Frankfurt a.M., 2004, 5 ss., con la conseguenza di sminuire totalmente la figura della persona, ridotta, assieme al diritto, ad un coacervo di impulsi psichici. Un orientamento critico che tiene in ogni caso conto che il senso proprio di un'alternativa di scelta prima del compimento del fatto o la potenzialità di tale sentire è una condizione necessaria, se si considera che un fatto può essere attribuito ad un uomo e posto così a base della sua responsabilità, emerge nei lavori di MERKEL, *Handlungsfreiheit, Willensfreiheit und strafrechtliche Schuld. Versuch eines Beitrags zur Ordnung der verworrenen Debatte*, in *Gerechtigkeitswissenschaft - Kolloquium aus Anlass des 70. Geburtstag von Lothar Philipps*, Berlin, 2005, 411 ss., 462 ss.; BURKHARDT, *Bemerkungen zu den revisionistischen Übergriffen der Hirnforschung auf das Strafrecht*, in *Dokumentation. Neuro 2004: Hirnforschung für die Zukunft*, Düsseldorf, 2004, 47; SEELMANN, *Anerkennung, Person, Norm*, in *Festschrift für Jakobs*, Köln, 2007, 638 s. Per ulteriori citazioni: WALTER, *Hirnforschung und Schuldbegriff*, in *Festschrift für Schroede*, Heidelberg, 2007, 131 ss.

### 3. Capacità penale e sanzioni.

Dalle teorie e dagli scopi della pena la dottrina ha recentemente preso a marcare il terreno di confine fra l'illecito amministrativo di diritto pubblico e l'illecito penale muovendo non più dalla presa di posizione del Legislatore, bensì dalle finalità affittive che le sanzioni punitive in genere possiedono. Breve. La qualifica data ad una determinata sanzione non è ritenuta sufficientemente probante del tipo di disciplina del tipo di illecito.

Il tentativo fatto di accomunare sanzione amministrativa e sanzione penale, per estendere le garanzie a questa accordata a livello di legge ordinaria e costituzionale (principio di legalità, irretroattività, colpevolezza ecc.), nonostante muova da seri intendimenti garantistici, sino a giungere a proclamare la illegittimità costituzionale degli artt. da 1 a 9 legge 24-11-1981, n. 689 (37), non può essere accolto.

È, infatti, di palmare evidenza che il principio di legalità (inteso come riserva assoluta di legge) è rispettato anche quando la fonte è di provenienza regionale, essendo monopolio statale solo la legislazione in materia penale. I corollari del principio di legalità: irretroattività, tipicità, spazialità e coesistenza, sono infatti garantiti dalla legge quadro di depenalizzazione del 1981, ma trovano fonte in altri settori dell'osatura costituzionale, come il buon andamento della pubblica Amministrazione e il divieto di imposizione patrimoniale fuori dai casi previsti dalla legge. Il divieto di retroattività può, inoltre, trovare giustificazione nel rispetto del principio di uguaglianza.

Lungo questa via si può meglio comprendere perché il Legislatore non abbia voluto creare un doppiante del sistema sanzionatorio penale; scelta che è pienamente visibile nelle discussioni emerse nei recenti progetti di riforma del codice penale: l'abbandono

della pena pecuniaria in favore della sola pena detentiva. Dilemma che aveva già occupato la dottrina all'alba della sentenza 21-11-1979, n. 131 della Corte costituzionale che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 136 c.p. nella parte in cui prevedeva la conversione della pena della multa o dell'ammenda, rispettivamente nella reclusione per non oltre tre anni o nell'arresto per non oltre due anni, qualora fossero rimaste ineseguite per insolvibilità del condannato (38). Come si sarebbe, infatti, potuto, a questo punto, distinguere fra la sanzione pecuniaria penale e quella amministrativa?

Il successivo intervento del Legislatore ha grandemente scemato il dibattito, illuminando altresì fra la diversa finalità cui mira, in generale, la sanzione penale (qualunque essa sia) rispetto alla sanzione amministrativa. Proprio il d.lg. n. 231/2001 più volte citato, che ha introdotto una forma di responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e delle associazioni, rafforza il convincimento che la sanzione amministrativa sia la più adatta a penetrare a fondo nella realtà sociale, nella struttura di una persona giuridica, guidandone il ravvedimento; a differenza della sanzione penale che ha una finalità non satisfattoria, non omogenea, ma essenzialmente retributiva (39). Il carattere affittivo, poi, non può ritenersi di esclusivo appannaggio della sanzione penale, essendo connotato tipico di ogni misura che in qualche modo frusti la sfera privata della persona; ma certamente non consente di estendere tutte le garanzie apprestate dal sistema penale anche al sistema amministrativo, volutamente reso più snello ed efficace nei confronti degli enti che pur dotati di personalità (giuridica), persone, nel senso proprio del termine, non sono.

Senza contare, da ultimo, che la sanzione amministrativa perderebbe gran parte della sua utilità se non fosse applicabile a soggetti diversi dagli autori materiali dell'illecito, a questi legati da vincoli di carattere economico ed operativo. La distinzione-opposizione fra illecito penale e illecito amministrativo e, di conseguenza, fra sanzione penale e sanzione amministrativa, trova quindi un'ulteriore giustificazione nella possibilità, per quest'ultima, di non rispettare il divieto di responsabilità per fatto altrui. Una sommaria riflessione sulle scelte del Legislatore del 1930 relativa agli artt. 196 e 197 c.p., che ha qualificato «civile» l'obbligazione nascente dall'insolvibilità del condannato nei confronti dell'ente da cui questi dipendono, induce a ritenere tale sanzione non dotata delle stesse caratteristiche della sanzione penale (40).

(37) Per questo orientamento, LICCI, *Modelli del diritto penale. Filogenesi del linguaggio penalistico*, Torino, 2006, 65 ss.

(38) C. Cost., 21-11-1979, n. 131, *GC*, I, 1979, 1046 ss., con nota di CARACCIOLI, *Conversione della pena pecuniaria e principio di*

eguaglianza, fra i primi in dottrina ad aver evidenziato il problema.

(39) *Contra*, AMARELLI, *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, RIDPP, 2006, 151 ss.

(40) Cfr., LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1999, 3 ss.; PEDRAZZI, *L'evoluzione del diritto penale economico*, in *Studi in onore di G. Vassalli*, Milano, 1991, 627; PALIERO, *La sanzione amministrativa come moderno strumento di lotta alla criminalità economica*, RTDPE, 1993, 1023 ss.; DOLCINI, *Sanzione penale e sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, in *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, 394 ss.

#### 4. Capacità giuridica, soggettività, personalità.

«Soggetto giuridico», «oggetto giuridico» e «negozio giuridico» sono considerati strutture fondamentali che non appartengono a questo o a quell'ordinamento giuridico, ma, scavalcando tutte le barriere nazionali, possiedono sempre lo stesso significato [RADBRUCH nella sua *Rechtsphilosophie* parlava di «concetti giuridici a priori» (41)]. Nella letteratura contemporanea la definizione di capacità giuridica così come formulata dal KELSEN è riproposta interamente come capacità di assunzione di diritti e di doveri: giuridicamente capaci sono tutti gli uomini dal perfezionamento della nascita fino alla morte. Queste affermazioni sono valide per tutti gli ambienti giuridici, anche per il diritto penale. A tal proposito la dottrina curiosamente sostiene che certamente la tutela penale della vita è collocata già al momento dell'inizio della nascita; ma a tal riguardo l'uomo non è soggetto giuridico, bensì protetto dalle norme penali (42).

Anche così concepito l'ordinamento penale, ne risulta difficilmente accoglibile una concezione basata sul dovere, perché se spostiamo l'angolo di visuale dall'autore del reato alla vittima, non per questo fuorusciamo dal sistema, il quale prevede tutta una serie di disposizioni che riguardano il cosiddetto «soggetto passivo» del reato [sinanco indizi per la elaborazione di una nuova «via punitiva» consistente nella riparazione del danno (43)], senza che sia necessario ricorrere alla categoria del dovere.

Ciò chiarito, è necessario a questo punto gettare luce sui rapporti fra «capacità giuridica», «soggettività» e «personalità», spesso contrapposti e sovrapposti a cagione della mancata comprensione del ruolo del soggetto nella dinamica giuridica. Significativa, nel primo senso, è l'affermazione secondo cui la «capacità giuridica» rappresenta il momento statico del diritto, mentre la «capacità di agire», come nozione riassuntiva di tutti i requisiti personali richiesti perché un comportamento umano sia produttivo di certe conseguenze giuridiche, riguarda la dinamica del diritto (44).

È il senso di questa contrapposizione, che doveva avere una così tenace discendenza nella cultura giu-

ridica successiva (45), che va qui considerato in modo nuovo. È sufficiente, infatti, constatare che ci sono tanti concetti di capacità quanti sono i rami dell'ordinamento che si studiano, per indurci a dissolvere il concetto di «capacità giuridica» nella «soggettività» e che può assumere varie vesti: statica (valori di cui è espressione) e dinamica (manifestazione di questi valori).

Un soggetto può essere «capace» per alcuni settori dell'ordinamento giuridico e, all'interno di questi, titolare di alcune situazioni giuridiche e di altre no. Si ammette comunemente che le capacità sono creazioni del legislatore e che anche le persone fisiche, in tanto hanno personalità, in quanto l'ordinamento giuridico gliela attribuisce (46).

Sul soggetto persona fisica torneremo più avanti, segnatamente al contenuto di valori di cui egli è portatore. Mettiamo però subito in evidenza che la previsione legislativa di situazioni di «immunità» se dirime la c.d. «capacità» penale del soggetto persona fisica, certamente non lo priva della possibilità di essere «soggetto» in rapporti giuridici diversi (ad es. di diritto pubblico internazionale); mentre le c.d. «cause speciali (personali) di esenzione dalla pena» non eliminano affatto la capacità penale dell'agente, nei confronti del quale il codice consente di applicare una misura di sicurezza (particolarmente asseverativo, sul punto, l'art. 203 c.p.).

(41) Concetti che, così posti, deriverebbero, secondo alcuni, dallo scetticismo filosofico di Radbruch. V., in argomento, U. NEUMANN, *Gustav Radbruch - Rechtsphilosoph und Politiker*, in *Festschrift für Küper*, Heidelberg, 2007, 381 ss.

(42) RÖHL, *Allgemeine Rechtslehre*, cit., 441. Il dibattito scientifico sul passaggio dallo stato embrionale alla condizione umana è precisamente riassunto in BONCINELLI, *L'etica della vita*, Milano, 2008.

(43) Il termine «riparazione» del danno (fondamentalmente attraverso il suo risarcimento) compare in alcune disposizioni del codice penale (artt. 62, n. 6, c.p.; 163, 4° co., 185, 186 e 187 c.p.) e del codice di procedura penale (artt. 74 ss., 444 c.p.p.), e in alcuni casi costituisce una causa speciale di estinzione del reato (art. 35 d.lg. 28-8-2000, n. 274). L'importanza di prevedere misure punitive alternative alla sanzione penale per fatti di reato è oramai dato pacifico in dottrina. Per tutti, FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, Milano, 1999; QUATTROCOLO, *Esiguità del fatto e regole per l'esercizio dell'azione penale*, Napoli, 2004; EUSEBI, *Riparazione e riconciliazione*, cit., 279 ss.

(44) ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*<sup>4</sup>, Torino, 1953, 186.

(45) M. GALLO, «Capacità penale», cit., 888.

(46) CORSO, «Capacità politica», in *NN.D.I.*, II, Torino, 1958, 890.

#### 5. Della responsabilità degli enti morali.

Stesso discorso va fatto per quelle disposizioni che prevedono forme di responsabilità penale delle persone giuridiche. Il fatto che la legge denomini tale il regime sanzionatorio, ciò non significa che a questo

corrisponda esattamente lo stesso tipo di responsabilità. In altre parole, la qualifica della sanzione applicabile non può prescindere affatto dal meccanismo di imputazione dell'illecito e della corrispettiva idoneità dell'ente a porre in essere una condotta penalmente rilevante.

Si insiste particolarmente sulla nota dell'azione penalmente rilevante che deve costituire una «manifestazione della personalità» (*Persönlichkeitsäußerung*) (47) che evoca, per lo più, una concezione moralista del diritto penale tralasciando di individuare un preciso sistema di attribuzione di un illecito penale che si concili con il divieto di responsabilità per fatto altrui di cui all'art. 27, 1° co., Cost.

Le teorie storicamente avvicinate a sostegno della «corporeità» della persona giuridica — teoria della *irrealità* e teoria della *realtà* — non sono state affatto in grado di superare l'ostacolo della rappresentanza che, insostituibile tratto d'unione con l'ente per l'imputazione degli effetti giuridici di un negozio concluso da terzi, non possiede eguale capacità ascrivibile per l'illecito penale (48). Riproposte in varia guisa dalla dottrina contemporanea, le teorie della rappresentanza, muovendo da presupposti di carattere funzionale attraverso la «flessibilizzazione» della «colpevolezza», mescolate con palesi tendenze antropomorfe, non riescono a sottrarsi dall'accusa di fare affidamento su meccanismi di imputazione finti e, come tali, incompatibili con il sistema penale (49).

La possibilità di sanzionare penalmente le persone giuridiche è poi revocata in dubbio, sia da un punto di vista tecnico-giuridico che di politica criminale, da numerose voci provenienti da quei Paesi che da tempo si avvalgono della pena criminale contro le organizzazioni (50). Obiezioni che impongono di riflettere attentamente sull'utilizzo non meditato dello strumento penale nella lotta alla criminalità d'impresa (51).

Da un punto di vista di teoria generale e concludendo sul punto, gli enti collettivi non sono penalmente capaci, perché la condizione sancita all'art. 27, 1° co., Cost., che delinea il contenuto strutturale minimo della personalità della responsabilità penale, impedisce lo sfasamento fra colui che realizza la situazione giuridica attiva e colui il quale ne sopporta gli effetti giuridici, e cioè fra parte condizionante e parte condizionata della norma penale (52).

(47) ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*<sup>4</sup>, Bd. I, München, 2006, 262. Per l'analisi delle componenti costruttiviste normative di Claus Roxin e di Günter Jakobs, v. K. H. GÖSSEL, *Probleme einer normativen Begriffs- und Systembildung, insbesondere in ihrem Verhältnis zum Naturalismus in der Handlungslehre*, in *Festschrift für Küper*, cit., 83 ss.

(48) La concezione della «*realtà giuridica*» fu quella che maggiormente attirò su di sé i consensi della dottrina, consentendo

di ritenere soggetto di diritto il portatore di qualunque scopo umano, e anche la persona giuridica dove lo scopo (che non coincide con la volontà come avviene per le persone fisiche) trascende il soggetto individuale della volontà ed è perseguito da organismi diretti a conseguire i singoli scopi umani. V., per tutti, ancora attualissimo, LONGHI, *La persona giuridica come soggetto di responsabilità penale*, RP, 1906, 401 ss.

(49) Cfr., con varietà di impostazioni, CARACCIOLI, *Osservazioni sulla responsabilità penale «propria» delle persone giuridiche*, in *Studi in onore di Marcello Gallo*, Torino, 2004, 81 ss.; DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato*, RIDPP, 2001, 1156 ss.; PALIERO, *La responsabilità penale della persona giuridica nell'ordinamento italiano: profili sistematici*, in PALAZZO (a cura di), *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Padova, 2003, 25 ss.; ID., *La responsabilità delle persone giuridiche: profili generali e criteri di imputazione*, in ALESSANDRI (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, 2002, 47 ss.; G. HEINE, *Kollektive Verantwortlichkeit als neue Aufgabe im Spiegel der aktuellen europäischen Entwicklung*, in *Festschrift für Lampe*, Berlin, 2003, 593 ss.; E. J. LAMPE, *Systemunrecht und Unrechtssysteme*, in *ZStW*, 1994, 683 ss.; GARGANI, *Individuale e collettivo nella responsabilità delle società*, in *Studi Senesi*, 2006, 239 ss. Per ulteriori citazioni sia consentito il rinvio a RUGGIERO, *Contributo allo studio della capacità penale*, cit., 89 ss.

(50) SOUVILLE, *La responsabilité pénale des personnes morales, un retour à l'ancien droit?*, in AA.VV., *Le nouveau code pénal dix ans après* (a cura di Thomas), Paris, 2005, 29 s.; MANSDÖRFER, *Stellvertretende Verantwortlichkeit und die Verantwortlichkeit juristischer Personen*, in *Die allgemeine Straftatlehre des common law* (a cura di Mansdörfer), Heidelberg, 2005, 211 ss.

(51) Chiaro appare che il discorso sovente fatto relativo all'art. 197 c.p. il quale prevede, a carico degli enti forniti di personalità giuridica, eccettuati lo Stato, le regioni, le provincie ed i comuni, l'obbligazione al pagamento di una somma pari all'ammontare della multa o dell'ammenda inflitta al condannato insolvente in rapporto di dipendenza con l'ente o che ne abbia la rappresentanza o l'amministrazione, ha perso in gran parte di attualità. Il sistema delineato dal d.lg. 8-6-2001, n. 231 deve ritenersi «speciale» rispetto agli artt. 196 e 197 c.p., i quali troveranno applicazione solo in via residuale. Altresì indiscutibile è che il riferimento a detti articoli ed alla conseguente natura civile dell'obbligazione sancita a carico di soggetti preposti alla vigilanza o nell'interesse dei quali il reato è stato commesso vale in ogni caso ad escludere che di responsabilità penale possa realmente parlarsi.

(52) *Contra*, CARACCIOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*<sup>2</sup>, Padova, 2005, 125.

## 6. Della capacità processuale penale.

Della «capacità penale» la «capacità processuale penale» rappresenta un aspetto, essendo la prima condizione per poter sottoporre qualcuno a sanzione criminale attraverso il processo penale, e questa situazione comune ai soggetti capaci e incapaci di intendere e di volere (53).

Si parla di «capacità dell'imputato» di partecipare coscientemente al processo (art. 70 c.p.p.: «Accertamenti sulla capacità dell'imputato»), per infermità mentale sopravvenuta al fatto. Ciò significa che il soggetto non imputabile dovrà lo stesso essere sottoposto a procedimento penale, salvo che ricorra una delle circostanze previste dall'art. 129 c.p.p. per il quale il Giudice deve dichiarare determinate cause di non punibilità. Durante il tempo occorrente per

l'espletamento delle perizia, infatti, il Giudice assume, a richiesta del difensore, le prove che possono condurre al proscioglimento dell'imputato. Ciò significa che il procedimento penale segue il suo corso. Dispone poi l'art. 71 c.p.p. che se lo stato mentale dell'imputato è tale da impedirne la cosciente partecipazione al procedimento, il giudice ne dispone la sospensione, sempre che non debba essere pronunciata sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere. Inoltre, un'interpretazione sistematica del 1° e 4° co. dell'art. 425 c.p.p., porta a ritenere che se il giudice (dell'udienza preliminare) pronuncia sentenza di non luogo a procedere quando risulta che si tratti di persona non punibile per qualsiasi causa, allo stesso modo non potrà agire in presenza di quelle situazioni di non punibilità che portano l'applicazione di misure di sicurezza diverse dalla confisca (54).

Ne deriva — seppur la normativa processuale, anche a seguito di riforme poco coordinate, non è particolarmente chiara sul punto —, che il soggetto incapace di intendere e di volere al momento del fatto, è «capace» di stare in giudizio, a meno che il giudice non ritenga il contrario e disponga quindi perizia sospendendo il procedimento, che, a parte casi limite, dovrà comunque sfociare in una sentenza dibattimentale di proscioglimento e di applicazione al soggetto (se socialmente pericoloso) di una misura di sicurezza.

La sospensione del procedimento o addirittura l'impossibilità di sottoporre a processo i cosiddetti «eterni giudicabili» (55) non fa venir meno la «capacità penale» dell'imputato, trattandosi di una semplice eventualità; conclusione ulteriormente rafforzata dal fatto che il giudice può in ogni caso proseguire nell'attività istruttoria, indipendentemente che dalla sospensiva o prima di questa sia possibile pronunciare sentenza di proscioglimento (56).

Diverso è il caso dell'infermità psichica sopravvenuta al condannato. L'art. 148 c.p. contempla le situazioni in cui l'infermità sopravvenga prima o durante l'esecuzione della pena il cui accertamento implica che il giudice ordini la sospensione o il differimento della pena e che il condannato sia ricoverato in un ospedale psichiatrico giudiziario o in una casa di cura e di custodia o in un ospedale comune. Qui il rapporto processuale è già instaurato e il problema riguarda solo il momento esecutivo della pena che non può essere «sentita» nel suo momento retributivo dal condannato, per cui si rende necessario sostituirla con una misura di tipo curativo-riabilitativa, nonché di computare il periodo trascorso in detti istituti alla durata complessiva della pena da scontare (57).

In nessuna delle ipotesi richiamate, come ognuno vede, può porsi un problema di accertare la soggettività del soggetto agente, essendo il presupposto della capacità processuale, sia che l'iter conduca al proscioglimento o all'assoluzione, sia che si concluda con una sentenza di condanna.

vità del soggetto agente, essendo il presupposto della capacità processuale, sia che l'iter conduca al proscioglimento o all'assoluzione, sia che si concluda con una sentenza di condanna.

(53) CONSO, «Capacità processuale penale», in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 140 s.

(54) Si è però sostenuto in giurisprudenza che il G.u.p. potesse applicare una misura di sicurezza personale nel caso di non luogo a procedere per le ipotesi c.d. di «quasi reato» contemplate dagli artt. 49 e 115 c.p. V., i riferimenti in SCALFATI, *Sub art. 425*, in *Codice di procedura penale ipertestuale*<sup>2</sup>, a cura di Gaito, Torino, 2006, 1956.

(55) UBERTIS, *Gli «eterni giudicabili»*, in *Verso un «giusto processo» penale*, Torino, 1997, 73 ss.

(56) Sull'art. 70, 1° co., c.p.p. è intervenuta la Corte costituzionale con la sent. 7/20-7-1992, n. 340, la quale ne ha dichiarato l'illegittimità costituzionale «limitatamente alle parole "sopravvenuta al fatto"», con il risultato di ampliare le ipotesi in cui il procedimento è destinato a sfociare subito in una sospensiva. Cfr., a proposito, la monografia della AIMONETTO, *L'incapacità dell'imputato per infermità mentale*, Milano, 1992, 98 ss.

(57) Sul punto, CARACCIOLI, *Manuale, Parte generale*, cit., 711.

### 7. La soggettività della persona fisica.

Una volta ritenuta la «capacità penale» uno degli aspetti della soggettività giuridica, potremmo parlare di «soggettività penale» ed introdurre con ciò il discorso sul «requisito minimo della personalità». La tesi, enunciata sul piano logico-formale all'inizio del testo, secondo cui la «capacità penale» serve a determinare il soggetto attivo del reato, inteso come centro di imputazione di fattispecie giuridiche, deve essere considerata, secondo la nostra prospettiva, in una dimensione sostanziale, perché essa tiene insieme sia la veste giuridica sia l'in se della persona fisica. Il centro di imputazione di fattispecie giuridiche che, come emerge dal dato positivo, può anche essere un soggetto non capace di intendere e di volere, deve essere considerato non più (o non soltanto) nella sua veste formale, bensì come insieme di contenuti di valore che non possono essere oltrepassati neanche negli «stati d'eccezione» che hanno purtroppo sovrappreso la persona nei più eclatanti processi di violenza che il diritto ha consentito.

I germi del profondo legame che legherà violenza e diritto nei tempi della modernità e della post-modernità, si celano in quel processo di normativizzazione del soggetto che ha origine nelle speculazioni che hanno rilevato il carattere prettamente formale e contraddittorio delle categorie del «costruttivismo» e del «de-costruttivismo». Personaggi che sino a non molto tempo fa erano considerati esaltatori romantici della libertà e del liberismo hanno finito per giustificare la totale strumentalizzazione del soggetto-persona alla conservazione dello status quo ideologico-politico (58).

Da qui si prosegue fino alle più recenti elaborazioni che considerano le relazioni fra soggetti luoghi del-

l'«accadere», dove è chiaro che la negazione del fenomeno morale coincide con la negazione del soggetto (59), negazione che ha una forte matrice nelle impostazioni giuspositiviste di inizio '900 che hanno in definitiva condotto ad una «de-soggettivazione» del soggetto, inglobato in un processo comunicativo (60).

La segreta solidarietà fra la «libertà» del soggetto, la sua «dignità» (61) e la «soggettività» di cui è portatore, evidenzia una sua struttura essenziale, lo «zoccolo duro» che si sottrae alla possibilità di una regolamentazione giuridica, nel senso che il diritto non può comprimerne oltre questo limite la capacità. E di capacità in questo modo parliamo sia sotto il profilo dell'«idoneità» del soggetto ad integrare il precetto penale, considerato come una «massa critica» che si oppone, sotto un profilo di politica giudiziaria e criminale, ad una eventuale strumentalizzazione. In una prospettiva culturale allargata si è assistito all'emergere di correnti giusnaturaliste che hanno viepiù esaltato la natura oggettiva dell'uomo, scevro da sovrastrutture giuridiche e dotato di una intrinseca relazionalità. Questa *ontofenomenologia* (62) deve ritenersi l'unica barriera in grado di opporre una resistenza forte al dilagare degli stati d'eccezione, dove non si fa questione di appartenenza o non appartenenza all'ordinamento giuridico, bensì di indeterminazione, di anomia: una situazione non regolata dal diritto (63). Un approccio ontologico allo studio del diritto penale, dove maggiormente avvertita è l'esigenza di giustizia, consente di instaurare un rapporto di mezzo a fine, il quale ultimo è un valore e non potrebbe essere diversamente: la tutela dell'uomo che il diritto penale assume a compito fondamentale, come emerge dalle disposizioni poste a presidio dell'integrità fisica e della sua libertà di autodeterminazione.

Ne deriva che il naturalismo che caratterizza la nostra concezione dell'uomo e, in ultimo, della sua «soggettività», legittima l'esistenza del diritto e l'applicabilità della norma, dei quali costituisce presupposto e, in quanto tale, esaurisce il significato stesso del fenomeno giuridico (64).

A conclusioni identiche è dato giungere analizzando il dato costituzionale. L'art. 2 della Costituzione italiana riguarda, per espressa ammissione dei compilatori, la sola persona fisica nella varie forme di manifestazione della sua libertà, sia come singolo sia come membro di collettività, entro le quali si svolge la sua personalità. La tutela accordata alle formazioni collettive è solo un'ulteriore esplicitazione, uno svolgimento dei diritti di autonomia, di dignità e di libertà che sono stati riconosciuti e garantiti all'uomo come tale (65).

L'importanza dell'art. 2 Cost. consiste nell'aver collocato la persona umana al centro dell'ordinamento

repubblicano, in una posizione di anteriorità rispetto a quello, costituendo in capo al «soggetto» veri e propri diritti soggettivi (pubblici), ove soggetto passivo del rapporto così instaurato è lo Stato.

Nello sviluppare le «libertà negative», il Legislatore Costituente ha seguito un metodo di specificazione del contenuto degli artt. 2 ss., particolarmente, per ciò che attiene alla norma penale, agli artt. 13 ss., ove sono previste particolari cautele accompagnate da fermi divieti per quanto riguarda la libertà personale, la libertà di domicilio, la libertà e la segretezza della corrispondenza, la libertà di circolazione e soggiorno, la libertà di riunione, la libertà di associazione, la libertà di religione, la libertà di manifestazione del pensiero, la libertà dell'arte e della scienza e la libertà di insegnamento.

Il ragionamento sistematico formulato consente di individuare un rapporto di progressione nell'intensificare le tutele apprestate dall'ordinamento all'uomo sino agli artt. 25 e 27 Cost., per cui è giocoforza giungere a negare che la «personalità», cui fa riferimento l'art. 27, 1° co., Cost., sia estensibile alla «personalità (giuridica) generale».

È vero che l'intenzione del Costituente non offre spunti decisivi per confermare quanto sin ora sostenuto (66); è altrettanto vero, però, che l'interpretazione delle norme costituzionali non può prescindere dalla conoscenza dei lavori preparatori, che indicano la traduzione in norme di diritto dei postulati ideologici accolti dalle forze politiche.

Orbene, mentre, ad esempio, per i «rapporti economici» la tecnica seguita dal legislatore costituente ha indicato positivamente quello che lo Stato può (o deve) fare, contemporaneamente individuando, attraverso formule più o meno precise, il fine di tale intervento, per le libertà tradizionali la Costituzione si è soprattutto preoccupata di segnare dall'esterno i limiti di carattere negativo che il legislatore ordinario non può superare.

Una disciplina, quella riguardante la «materia penale», decisamente analitica, ove l'art. 27 Cost. (assieme agli artt. 24 e 25) rappresenta una specificazione dell'art. 13 cpv., il quale, a sua volta, è una esplicitazione dettagliata dell'art. 2 Cost., segnatamente ai diritti inviolabili del cittadino, riferibili, per motivi storici ed interpretativi, esclusivamente alla persona fisica.

GIANLUCA RUGGIERO

(58) Riguardo agli autori che hanno posto la «libertà umana» al centro delle loro speculazioni: ROUSSEAU, FICHTE, HEGEL, STUART MILL, SAINT-SIMON, DE MAISTRE, e che invece hanno sempre cercato una sintesi perfetta fra libertà e autorità, v., per gli effetti devastanti che hanno avuto sulla politica del '900, la raccolta dei saggi di I. BERLIN, *La libertà e i suoi traditori*, trad. it., Milano, 2005. Sul pensiero di F. A. VON HEYK e sul suo paradosso dell'individualismo v., ERCOLANI, *Il Novecento nega-*

to. Hayek filosofo politico, Perugia, 2006; LOSURDO, *Controstoria del liberalismo*, Roma-Bari, 2005. Desta stupore, infatti, che proprio alcuni teorici generalmente ritenuti sostenitori della necessità di un condottiero super-uomo, abbiano poi posto in alternativa il rogo purificatore della rivoluzione, espressione in definitiva della capacità attiva dell'uomo: il valore dell'uomo è la sua potenza. Il riferimento è a NIETZSCHE nell'analisi di COTTA, *Perché la violenza? Una interpretazione filosofica*, L'Aquila, 1978, 124 ss. e *passim*.

(59) Cfr. Br. ROMANO, *Relazione e diritto nel postmoderno*, RIF, 1988, 735 ss.

(60) RUGGIERO, *Soggetto, persona, cittadino e diritto penale*, cit., 105 ss.; CAMPANALE, *Soggettività senza soggetto*, Bari, 1990, 22 ss.

(61) Dignità qui intesa nel senso di differenziare ontologicamente l'uomo dalle cose. Più ampiamente di «dignità» si parla nel senso di «contenuto minimo della persona», oggetto di numerosi riconoscimenti a livello costituzionale e di trattati internazionali, fondati sul concetto di uguaglianza e sul completo riconoscimento dell'individualismo contro le possibili strumentalizzazioni politiche in funzione di interessi collettivi o di comunità. Per un'efficace panoramica: SEELMANN, *Filosofia del diritto*, trad. it., Napoli, 2006, 256 ss. I c.d. «diritti degli animali» oggetto, tra l'altro, di tutela penale, sono, in realtà, doveri unilaterali dell'individuo umano verso se stesso e/o verso il genere umano per venire incontro ad esigenze di sensibilità pubblica o

a carattere generalmente sociale. In questo senso: COTTA, *Soggetto umano. Soggetto giuridico*, Milano, 1997, 111.

(62) Facciamo riferimento al pensiero di COTTA, nei suoi vari scritti dai quali emerge il filone culturale citato che ne innerva tutta la produzione scientifica. Fra molti, COTTA, *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, Milano, 1981, 131 ss.; ID., «Soggetto giuridico», in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, 1213 ss.; ID., *Soggetto umano*, cit., 46 ss. Cfr., altresì, VIOLA, *Diritto dell'uomo, diritto naturale, etica contemporanea*, Torino, 1989, 88 ss.

(63) Sul punto, con speciale chiarezza, AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Torino, 2003, 33 s.

(64) Per lo sviluppo del discorso, RUGGIERO, *Soggetto, persona, cittadino e diritto penale*, cit., 151 ss.

(65) Si v. l'intervento di Aldo Moro nella seduta pomeridiana del 24-3-1947 durante i lavori dell'Assemblea costituente, riportato in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, Roma, 1970 (rist. 1976), I, 593 s. Sul pensiero di Aldo Moro, con ampi riferimenti, GARGANI, *Diritto penale e verità morale. Una teleologia della «verità sociale» (A proposito delle lezioni delle istituzioni di diritto e procedura penale di Aldo Moro)*, in *Quaderni fiorentini*, 2006, 997 ss.

(66) Sul punto, ampiamente, OCCHIOCUPO, *Liberazione e promozione umana nella Costituzione. Unità di valori nella pluralità di posizioni*, Milano, rist. 1995, 33 s.