

# La “modernità” della scuola classica nella codificazione penale dell’America latina: il codice dell’Uruguay

MARIA CRISTINA BARBIERI

Ricamatore di Diritto Penale nell’Università di Trieste

SOMMARIO: 1. Linee di indagine – 2. Linee generali della codificazione penale in America Latina. Codici antichi e codici moderni – 3. I codici “antichi” – 4. I codici “moderni” – 5. I criteri di imputazione soggettiva come linee di ricerca – 6. Uruguay: dal codice «neoclásico» del 1889 al codice «político-criminal» del 1933 – 6.1. La disciplina dei criteri di imputazione soggettiva – 6.2. Le specie dell’intenzione nel pensiero di Carmignani e Carrara – 7. I criteri di imputazione soggettiva nel codice dell’Uruguay in rapporto al pensiero dei classici – 7.1. La preterintenzione ed il suo rapporto con la colpa – 7.2. Dolo eventuale e colpa cosciente? – 8. Dolo e colpa nei reati di pericolo – 9. Il temperamento della responsabilità oggettiva attraverso la disciplina del nesso causale – 10. La rilevanza dell’errore di diritto – 11. Scuola Classica e conoscenza della legge penale – 12. Cause di giustificazione, cause di non punibilità, scusanti: una embrionale distinzione – 13. La disciplina del codice dell’Uruguay sulle circostanze che esimono da pena – 14. La “scusa” nel pensiero di Francesco Carrara – 15. Le cause di impunità “obbligatorie” nel codice dell’Uruguay – 16. Le cause di impunità “discrezionali” nel codice dell’Uruguay – 17. Considerazioni conclusive.

## 1. LINEE DI INDAGINE

Le dimensioni limitate di questo lavoro richiedono di dare un taglio particolare all'indagine e scontano probabilmente qualche limite nel metodo.

La valutazione della reale influenza che la Scuola Classica ha avuto sulla codificazione latino-americana dovrebbe infatti, seguendo un metodo storico rigoroso, utilizzare quegli strumenti conoscitivi che soli possono dirci quanto possa avere pesato il pensiero classico sulla formazione di questo o quel codice: *in primis* i lavori preparatori e la serie di progetti che hanno preceduto la versione definitiva.

Il mancato accesso a questi strumenti fa necessariamente deviare il corso dell'indagine dalla prospettiva dello storico alla prospettiva del penalista "positivo" che guarda al testo di questi codici con un occhio agli esempi attuali a lui meglio conosciuti e con i quali risulta quasi inevitabile il confronto.

Confronto tanto più spontaneo se si pensa che alcuni dei codici latino-americani sono stati emanati negli anni successivi al 1930<sup>1</sup>, anno di promulgazione del codice Rocco.

Tra i due termini, il pensiero dei Classici da un lato e la codificazione latino-americana dall'altro, sarà dunque possibile stabilire una relazione senza poter però veramente "spiegare" il nesso che li lega.

## 2. LINEE GENERALI DELLA CODIFICAZIONE PENALE IN AMERICA LATINA. CODICI ANTICHI E CODICI MODERNI

Il processo di codificazione penale in America Latina si attua in un arco di tempo molto lungo che può considerarsi iniziato già nella prima metà dell'Ottocento per arrivare alla prima metà del secolo scorso e si caratterizza soprattutto per l'inquietudine riformatrice da cui sembrano affetti quasi tutti i Paesi.

I codici presentano varietà di struttura e di scelte culturali di fondo anche molto differenti, soprattutto quelli emanati a una certa distanza temporale dal momento della raggiunta indipendenza, segno della interazione tra esponenti di una nascente cultura giuridica locale se pur fortemente influenzata dalle dottrine penalistiche europee.

In un arco di tempo così vasto uno tra i principali esponenti della dottrina penalistica spagnola ritiene di poter individuare la linea di distinzione tra *codici antichi* e *codici moderni*<sup>2</sup> nella penetrazione delle nuove scuole di pensiero europee all'interno della cultura giuridica dell'America Latina.

---

<sup>1</sup> La nostra indagine, pur essendo incentrata sul codice dell'Uruguay del 1933, farà riferimento, ove implicato dagli argomenti presi in esame, anche al codice del Venezuela e al codice del Brasile.

<sup>2</sup> L. J. De Asúa, *Códigos penales iberoamericanos según los textos oficiales. Estudio de legislación com-*

I codici “antichi” vengono così individuati in quelli che, emanati ai primi del secolo XIX, risentono dell’influenza delle dottrine illuministiche e, per contro, quelli che invece, anche emanati verso la fine del secolo XIX, rimangono legati all’impianto dei codici dei paesi di cui avevano subito la dominazione, in particolare la Spagna.

Non è dunque, nella visione dell’Autore, un criterio cronologico a distinguere le due tipologie di codici, ma un criterio di “indipendenza culturale” che caratterizza i codici “nuovi” di pari passo con l’evoluzione sociale e culturale del Paese.

Il fenomeno codificatorio dell’America Latina indipendente presenta, a nostro avviso, delle caratteristiche del tutto particolari.

Infatti la prima codificazione all’indomani della raggiunta indipendenza può iscriversi in una delle manifestazioni dei *legal transplants*<sup>3</sup>: in particolare possiamo definire il sistema legale che si instaura nei vari paesi come quella tipologia di trapianto legale per cui un popolo accetta *volontariamente* larga parte di un sistema giuridico di un altro popolo.

La fase successiva alla prima codificazione presenta solo parzialmente fenomeni di ‘puro’ trapianto legale: è il caso, ad esempio, del Venezuela, che adotta da subito un codice, poi solo in minima parte ritoccato, pressoché riproduttivo per *struttura, contenuto e linguaggio*, del codice Zanardelli<sup>4</sup>.

La maggior parte dei paesi latino-americani invece redige i propri codici subendo influenze culturali composite spesso rielaborando, almeno nella formulazione, norme che disciplinano istituti similari per struttura ai modelli cui si riferiscono.

Se si dovesse utilizzare come criterio di valutazione la presenza delle misure di sicurezza, dovremmo concludere che la Scuola Positiva ha esercitato un’influenza diffusa su tutto quasi il continente latino-americano, poiché sono rari i codici in cui queste misure non vengono introdotte.

La particolare attenzione che i legislatori hanno dedicato alla elaborazione di queste “parasanzioni” ha ricevuto le critiche di chi ritiene che una simile “importazione” di sistemi sanzionatori sia andata incontro a una sostanziale inef-

---

*parada*, Editorial “Andrés Bello”, Caracas, 1946, pp. 8 ss. L’Autore adotta invece come criterio per la classificazione dei codici *europèi* in relazione alla loro modernità l’approccio criminologico, vale a dire l’attenzione particolare assegnata alla figura del reo, elemento che caratterizza i codici del secolo XX.

<sup>3</sup> Il fenomeno dei ‘trapianti legali’ è stato studiato e teorizzato da A. Watson, *Legal Transplants. An Approach to comparative Law*, Atene-Londra, II ed., 1993. L’Autore individua il fenomeno nella situazione in cui un intero sistema legale o una larga parte di esso viene spostato in un nuovo ambito territoriale e ne individua tre modelli principali (p. 29).

<sup>4</sup> In Venezuela si succedono in pochi decenni quattro codici: il primo nel 1897 segna la rottura con la tradizione spagnola e, dopo un tentativo di restaurazione nel 1904, si ritorna nuovamente al modello italiano nel 1915 al quale segue il codice del 1926 sostanzialmente corrispondente: cfr. L. J. De Asúa, *Códigos penales iberomaericanos*, cit., p. 191.

fettività dovuta alle scarse risorse economiche impiegate per potenziare le strutture che esse richiedevano<sup>5</sup>.

### 3. I CODICI “ANTICHI”

Tra i codici “antichi” vengono inseriti sia codici come il codice di Haiti del 1835, che riproduce il contenuto del Code Napoleon, sia il codice della Bolivia che, emanato nel 1834, risente ancora moltissimo dell’influenza illuminista e si caratterizza per una generale attenzione per la mitigazione delle pene e in particolare per l’inserimento di istanze di prevenzione generale e speciale<sup>6</sup>.

Gli altri codici “antichi” vengono individuati nel codice del Cile del 1874, della Repubblica Dominicana del 1884, del Nicaragua del 1891, di Porto Rico del 1902, di El Salvador del 1904, dell’Honduras del 1906 e del Paraguay del 1910<sup>7</sup>.

Se si eccettua il codice della Repubblica Dominicana che riproduce il contenuto del Code Napoleon e il codice di Porto Rico che risente l’influenza della legislazione californiana, tutti gli altri codici adottano come modello il codice spagnolo.

Una intensa opera di riforma si avvia però quasi subito in Cile, dove si susseguono numerosi progetti a pochi decenni dall’entrata in vigore del codice nei quali si affacciano le nuove istanze preventive.

Merita segnalare che, nel succedersi dei *progetti cileni*, nel Progetto *Erazo-Fontecilla* si notano ben presto comunque gli influssi della Scuola Positiva ravvisabili nel tentativo di introduzione dell’istituto delle *misure di sicurezza*; si propone inoltre l’abolizione della *pena di morte*, nonché la proposta di inserire la *responsabilità delle persone giuridiche*, proposte poi non tradottesi nella redazione definitiva del codice successivo.

---

5 L. J. De Asúa, *Códigos penales iberomaericanos*, cit., p. 199. G. A. Belloni, *Riforme penali dell’America Latina*, in *Quaderni di Criminalia*, Roma, 1938, p. 28, sottolinea come alla moderna Scuola di diritto penale si chiedesse «la formazione, non improvvisabile, di una classe tecnica di amministratori della giustizia dalla cultura appropriata, e una radicale riforma penitenziaria».

6 Riferimenti in: L. J. De Asúa, *Códigos penales iberomaericanos*, cit., pp. 9 ss. Sulla penetrazione delle idee illuministiche, in particolare delle idee di prevenzione generale e speciale enunciate da Beccaria si veda M. Da Passano, *Emendare o intimidire? La codificazione del diritto penale in Francia e in Italia durante la Rivoluzione e l’Impero*, Torino, 2000.

7 Sulla storia della codificazione si può confrontare anche E. R. Zaffaroni-A. Alagia-A. Slokar, *Derecho penal, Parte General*, Buenos Aires, 2000 pp. 228 ss.

#### 4. I CODICI “MODERNI”

Come codici “moderni” vengono considerati: il codice dell’Argentina del 1922, di Panama dello stesso anno, del Perù del 1924, del Venezuela del 1926 (sostanzialmente simile al codice del 1896), del Messico del 1931, dell’Uruguay del 1933, di Cuba del 1936, della Colombia del 1933, dell’Ecuador, del Brasile del 1940 e del Costa Rica del 1941. Questa area di codici risente massicciamente della cultura giuridica europea, con una prevalenza della Scuola Positiva<sup>8</sup>.

L’influenza della Scuola Classica tuttavia non può certo nascondersi, soprattutto in quei codici, come il codice del Brasile o il codice dell’Uruguay, che risentono anche delle influenze della c.d. “Terza Scuola”.

La schematica divisione riportata non deve però nascondere che, sull’influsso che le varie scuole giuridiche europee esercitarono sulla struttura e sul sistema sanzionatorio dei nuovi codici dell’America Latina, non esiste una unanime visione negli studiosi.

Si registra infatti una divergenza di vedute quanto all’impronta definitiva che la Scuola Positiva avrebbe impresso alla struttura e al contenuto dei codici latino-americani<sup>9</sup>, come ad es. il codice argentino, del quale DE ASÚA tende invece a evidenziare l’eclettismo.

Nella prospettiva di indagine che adottiamo, non sembra dunque opportuno entrare nel merito della discussione, ma piuttosto limitarci a verificare struttura e contenuto dei codici, prendendo come criterio sensibile, per individuarne l’impronta, determinati istituti.

Anche in relazione all’influenza che la Scuola Classica come tale avrebbe esercitato sulla codificazione latino-americana, occorre fare alcune precisazioni.

Se il codice Zanardelli si considera come espressione della sola Scuola Classica, e se non può non affermarsi che il codice del Venezuela del 1926 lo riproduca pressoché testualmente e nell’impianto strutturale, se ne deduce che la Scuola Classica ha esercitato un’influenza su questo codice: si tratta di un sillogismo ineludibile.

È tuttavia discusso che si possa considerare il codice Zanardelli compiuta espressione della sola Scuola Classica. È noto che lo stesso Enrico Ferri partecipò attivamente ai lavori e soprattutto è la presenza di *misure amministrative* – misure di sicurezza *ante litteram* – nonché la presenza di istituti quali la *liberazione condizionale* e la *riprensione giudiziale* a denotare la commistione di istanze di

---

8 Cfr. F. Grispigni, *Diritto penale italiano*, Milano, 1950, pp. 93 ss.; G. A. Belloni, *Riforme penali dell’America Latina*, p. 28 ss.; La Plaza, *Gli studi penali in Argentina*, estr. da “Scuola Positiva”, I, 1938, fasc. II, *passim*, e P. Ramos, *Die Entwicklung der Strafrechtsreform in Argentinien*, in “Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft”, 1939, pp. 59 ss.; R. A. Frosali, *Il nuovo codice penale del Messico*, in “Scuola Positiva”, 1931, I, p. 152.

9 F. Grispigni, *Diritto penale italiano*, cit., p. 98, tende ad accentuare gli influssi della Scuola Positiva nei codici argentino, colombiano e cubano.

prevenzione speciale nel rigoroso impianto retribuzionista che doveva caratterizzare l'impianto sanzionatorio del codice Zanardelli<sup>10</sup>.

Se pure la traduzione del *Programma del Corso di diritto criminale* di Francesco Carrara portò nuova linfa culturale al dibattito riformatore dell'America Latina, non è certo sufficiente questo per dedurre una influenza immediata sul diritto positivo di quella terra.

Non va inoltre trascurato un dato, che in una prospettiva storico-geografica ha un suo peso: nella complessità e varietà dei paesi latino-americani il Venezuela, l'unico Paese che ha scelto una codificazione ad immagine e somiglianza del codice Zanardelli, presenta una stabilità "giuridico-positiva" correlata alla sua relativa stabilità politica e alla, ancor oggi, esigua popolazione.

Ben diversa appare la situazione opposta del Brasile, ad esempio.

Il primo codice brasiliano del 1890, che presenta, secondo un'opinione non pienamente condivisa<sup>11</sup>, un'impronta positivista si caratterizza anche per una visione nettamente contrastante con lo spirito liberale del codice Zanardelli testimoniato da alcune scelte incriminatrici in materia di stampa e di delitti di "stato pericoloso".

La sua promulgazione fu seguita però quasi subito da un'intensa opera riformatrice che portò alla confezione di un codice che, come molti altri, presenta una natura ibrida e nella quale l'influsso della Scuola Classica si compenetra con quello della Scuola Positiva<sup>12</sup>.

In definitiva, ci sembra che il criterio più usato per individuare gli influssi delle Scuole, il sistema sanzionatorio, la figura del reo e la rilevanza della pericolosità, porti a risultati più significativi qualora si tratti di indagare i massicci influssi della Scuola Positiva.

---

10 F. Grispigni, *Diritto penale italiano*, cit., p. 80 ss.; S. MOCCIA, *Ideologia e diritto nelle sanzioni del codice Zanardelli*, in *I codici preunitari e il codice Zanardelli. Studi coordinati da Sergio Vinciguerra*, Padova, 1993, p. 565 ss.; cfr. invece con riferimento all'imputabilità E. Dolcini, *Codice penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. II, Torino, 1989, p. 276.

11 E. R. Zaffaroni-A. Alagia-A. Slokar, *Derecho penal*, cit., p. 230. individua l'influenza del codice Zanardelli nel codice del Brasile del 1890; per contro I. S. Ferreira, *L'actualité de la pensée de Francesco Carrara dans le droit pénal brésilien*, in *Francesco Carrara nel 1° centenario della morte. Atti del convegno internazionale Lucca-Pisa 2-5 giugno 1991*, Milano, 1988, p. 946, ne individua una netta impronta positivista.

12 I. S. Ferreira, *L'actualité de la pensée de Francesco Carrara*, cit., pp. 945 ss., sottolinea come la struttura del codice del 1940 che più avrebbe subito l'influenza del pensiero di Francesco Carrara, non è stata di molto alterata nel codice adottato nel 1984, che pure ha sostituito la Parte Generale nella parte relativa alle specie di pene, all'applicazione delle stesse e ad altri aspetti su cui risulta oggi più incisiva l'influenza del pensiero della dottrina tedesca moderna. Nei lavori preparatori del codice del 1940 è espressamente evocata la finalità di una conciliazione tra orientamenti diversi: «I postulati classici fanno causa comune con i principi della Scuola Positivista», I. S. Ferreira, cit., p. 947.

Posto che invece molti dei codici latino-americani presentano una natura ibrida, come si è già avuto modo di sottolineare, ci sembra allora preferibile orientarci, nello scegliere l'oggetto per la nostra ricerca, su quegli aspetti del pensiero 'classico' che attengono alla *dogmatica del reato* piuttosto che alla sua *teoria*.

Si tratterà, dunque, di individuare le "tracce" lasciate dalla Scuola Classica in un impianto codicistico che le ha rifiute, senza nasconderle, nella ricerca dell'affinamento di una 'tecnica' redazionale delle norme che disciplinano la parte generale.

I criteri di imputazione soggettiva costituiranno dunque uno degli oggetti dell'indagine<sup>13</sup> insieme alle cause di esclusione della pena, la cui dogmatica costituisce il *verso* della dogmatica del reato.

## 5. I CRITERI DI IMPUTAZIONE SOGGETTIVA COME LINEE DI RICERCA

La scelta di questi criteri di indagine si giustifica per la semplice ragione che i principali esponenti della Scuola Classica dedicarono particolare attenzione alla discussione dei criteri di imputazione soggettiva della responsabilità penale. Carmignani prima e Carrara successivamente concentrano la propria attenzione sulla volontarietà del fatto come presupposto fondamentale della «politica imputabilità» cui consegue la «civile imputazione»<sup>14</sup>.

«Quindi niuna azione può essere *civilmente* imputata, la quale non sia *moralmente imputabile*...Il primo e principale elemento della moralità è la *volontà*»<sup>15</sup>.

«Il delitto come *fatto politico* subisce subalterne variazioni secondo la gravità del dolo; perché la sua condizione di *fatto politico* desume appunto dal dolo, che è il fondamento della sua politica imputabilità»<sup>16</sup>.

Le precisazioni che entrambi gli illustri Autori dedicano alle *sottodistinzioni* del *dolo*, e alle sue connessioni con la *colpa* e con la *preterintenzione* hanno suggerito di indagare proprio questi istituti in alcuni dei testi legislativi dell'America Latina, quelli in cui l'attenzione definitoria sembra proprio derivare dall'influsso della sistematica descritta nelle principali opere di Carmignani e di Carrara.

---

13 Dedicando particolare attenzione a questo aspetto il lavoro di P. Comanducci, *La scuola criminalistica pisana tra sette e ottocento*, in L. Berlinguer-F. Colao (a cura di), *Illuminismo e dottrine penali*, Milano, 1990, pp. 261 ss.

14 L'attenzione ai profili soggettivi del reato è considerata un riconoscimento *ante litteram* del principio *nulla poena sine culpa*: cfr. A. Manna, *La giustizia penale fra otto e novecento: la disputa tra soggettivismo e oggettivismo*, in "Indice penale", 2007, p. 531.

15 G. Carmignani, *Elementi del diritto criminale*, Libro I, *Dei delitti e delle pene in generale*, Macerata, 1853, p. 53.

16 F. Carrara, *Opuscoli di Diritto criminale*, vol. I, III ed., Prato, 1878, p. 302

In stretta connessione con la dogmatica del dolo è poi la disciplina dell'*errore*, alla quale converrà dedicare una particolare attenzione soprattutto per quanto riguarda la disciplina dell'*errore di diritto*, che a tratti emerge nei codici di alcuni paesi.

Da ultimo, uno sguardo alle cause di esclusione della pena, spia per individuare una sottesa consapevole 'divisione' nella struttura del reato che guardasse già oltre la semplice distinzione tra elemento oggettivo e soggettivo.

Scegliamo dunque, sulla base di questi criteri, per la nostra indagine un Paese, l'Uruguay<sup>17</sup>, il cui codice penale promulgato nel 1933 può rappresentare una sorta di 'codice laboratorio', sperimentale in un certo senso, per la ricettività verso elementi strutturali provenienti da culture penalistiche diverse che ne influenzano gli aspetti sia teorici sia dogmatici. Se qualcuno lo ha definito un codice eclettico, e se il codice Rocco è un codice eclettico, pure i due codici sembrano, nel loro comune eclettismo, molto diversi e non è dubbio, come vedremo, che sul codice latinoamericano l'impronta della Scuola Classica sia sicuramente maggiore.

#### 6. URUGUAY: DAL CODICE "NEOCLÁSICO" DEL 1889 AL CODICE "POLÍTICO-CRIMINAL" DEL 1933

Nello stesso anno di promulgazione del codice Zanardelli vede la luce il codice uruguayano che, secondo i suoi commentatori, è ispirato in parte a questo codice e in parte al codice spagnolo del 1870. Il codice uruguayano è però ben presto bersaglio delle critiche dei sostenitori delle dottrine positiviste e l'intensa opera riformatrice che lo segue porta a un nuovo codice nel 1933, che viene definito «uno de los Códigos más perfectos de Iberoamérica»<sup>18</sup>.

Se la presenza delle misure di sicurezza accanto alle pene tradisce a un tempo l'influenza positivista e l'adesione di fondo al sistema del "doppio binario", questo codice, distaccandosi anche dal rigorismo che caratterizza il codice Rocco cui pure viene apparentato, si caratterizza per originalità di struttura e per i segni di un'influenza di una cultura liberale e democratica specchio della formazione del principale estensore: José Irureta Goyena<sup>19</sup>.

---

17 La penetrazione della cultura giuridica italiana sembra tanto più plausibile in questo Paese in quanto l'Uruguay presenta, in rapporto alla popolazione, forse il più alto tasso di immigrazione italiana nell'America Latina. Sulla presenza italiana in Uruguay si veda in particolare F. J. Devoto, *Un caso di migrazione precoce. Gli italiani in Uruguay nel secolo XIX*, in F. J. Devoto e al. (a cura di), *L'emigrazione italiana e la formazione dell'Uruguay moderno*, Torino, 1993, pp.1 ss.

18 L. J. De Asúa, *Estudio de legislación comparada*, cit., p. 112.; F. Grispigni, *Diritto penale*, cit., p. 93, lo considera un codice 'post-moderno'.

19 Irureta Goyena (1872- 1947), titolare della cattedra di Diritto penale all'università di Montevideo fu uno degli intellettuali più attivi in Uruguay, di cui si ricordano, tra le altre opere, i Di-



Ne è un esempio significativo il fatto che non viene contemplata la pena di morte.

#### 6.1. LA DISCIPLINA DEI CRITERI DI IMPUTAZIONE SOGGETTIVA

Il Titolo I intitolato *De los delitos* si articola in tre capitoli, intitolati i primi due rispettivamente a *Principios generales* e a *De la aplicación de las leyes penales* mentre il terzo, che qui interessa, intitolato *De la culpabilidad* contiene una manciata di articoli dedicati alla disciplina dei criteri di imputazione soggettiva e dell'errore.

Il testo:

art. 18. – *Disciplina della colpevolezza* – Nessuno può essere punito per un fatto che la legge prevede come delitto, se questo non è intenzionale, preterintenzionale o colposo, commesso in ogni caso con coscienza e volontà.

Il fatto si considera intenzionale, quando il risultato è conforme all'intenzione; – preterintenzionale quando il risultato eccede l'intenzione, sempre che tale risultato potesse essere previsto; – colposo, quando per realizzare un fatto in sé giuridicamente indifferente, si produce un risultato che, essendo prevedibile, non lo fu, a causa di imprudenza, imperizia, negligenza o violazione di leggi o regolamenti.

Il risultato che non si è perseguito, ma preveduto, si considera intenzionale; il danno che si prevede come impossibile, si considera colposo.

L'articolo riportato induce ad alcune osservazioni. Contiene innanzitutto la disciplina nella parte generale dei tre criteri di imputazione soggettiva: dolo, colpa e preterintenzione. Tale scelta che è tipica di codici post-moderni come il codice Rocco e non invece di un codice 'classico' come il codice Zanardelli<sup>20</sup>, affonda le sue radici nell'articolata disamina che i principali esponenti della Scuola Classica fecero del dolo e delle sue specie.

In questo stesso articolo si trova inoltre la espressa enunciazione di quella specie di dolo, che oggi si identifica nel *dolo eventuale*, dove al terzo comma, prima parte, si riconduce all'intenzione il risultato che *non* si è perseguito ma *previsto*.

La confinante figura, che oggi si chiamerebbe *colpa cosciente*, trova forse la sua definizione nella seconda parte dello stesso comma, quando si dice che se il *danno* (espressione che possiamo considerare corrispondente al termine *risulta-*

---

*scursos* pubblicati in sua memoria nel 1948. E. R. Zaffaroni–A. Alagia–A. Slokar, *Derecho penal*, cit., p. 232, sottolinea l'influenza sul codice dell'Uruguay del codice Zanardelli.

<sup>20</sup> Il codice Zanardelli – art. 44 – infatti si limita, nel disciplinare le condizioni di "imputabilità", a indicare il dolo come criterio di imputazione soggettiva del delitto, con le eccezioni previste quando la legge pone a carico "altrimenti" il fatto, riservando alla parte speciale l'individuazione della punibilità della preterintenzione – art. 368 omicidio preterintenzionale e art. 374 lesione preterintenzionale – o della colpa – art. 371 omicidio colposo.

to utilizzato nella definizione di colpa) si è previsto come impossibile nella sua realizzazione, si considera colposo.

## 6. 2. LE SPECIE DELL'INTENZIONE NEL PENSIERO DI CARMIGNANI E CARRARA

Il riferimento al dolo eventuale, o dolo indiretto, sembra emergere in Carmignani, dove sottolinea che

«la intenzione si *diretta* che *indiretta* è politicamente imputabile»<sup>21</sup>

e considera l'intenzione

«*diretta* quando la volontà tende a un fine necessario; *indiretta* quando a un fine meramente possibile»<sup>22</sup>.

La stessa intenzione indiretta

«si distingue in *positiva* e in *negativa*»: la prima è tale quando l'intelletto prevede la possibilità dell'effetto; l'altra quando, potendosi calcolare la possibilità degli effetti, per negligenza non si prevede»<sup>23</sup>.

Se dunque la intenzione indiretta positiva corrisponde a quello che chiamiamo dolo eventuale o indiretto, la *intenzione indiretta negativa* corrisponde alla nozione di colpa<sup>24</sup>.

Carrara, invece, incentra la sua disamina del dolo muovendo dalla distinzione tra *dolo determinato* e *dolo indeterminato*. La distinzione, essendo il dolo

«uno degli elementi indispensabili a costituire il delitto e precisamente quello che gli dà la forza morale, è logica necessità concordare che le variazioni e modificazioni del dolo devono nelle particolari specie variare, e modificare la importanza politica del delitto»,

il primo, dolo determinato, è

«quello che si è diretto a un *preciso* fine criminoso».

---

21 G. Carmignani, *Elementi del diritto criminale*, cit., p. 55.

22 G. Carmignani, *Elementi del diritto criminale*, cit., p. 59.

23 G. Carmignani, *Elementi del diritto criminale*, cit., p. 59.

24 G. Carmignani, *Elementi del diritto criminale*, cit., p. 60.

Il secondo, *dolo indeterminato*, è quello dal quale

«è informato l'uomo che si è diretto a un fine pravo, prevedendo che dai suoi atti possa derivarne un evento più grave, ma *senza desiderare* e volere cotesto effetto: anzi *sperando che non accada*».

Carrara considera questa «fase speciale dell'animo malvagio» uno

«stato intermedio tra il pieno dolo e la colpa»,

dalla quale ultima esula qualsiasi elemento di previsione, che nel dolo determinato invece sussiste.

Il dolo indeterminato, inoltre, viene tenuto ben distinto, nonostante l'equivoco in cui possono indurre alcune espressioni dall'Autore usate, dalla *preterintenzionalità*, perchè anche da questa esula qualunque *effettiva* previsione e le si addice la sola

«previsione *presunta* della possibilità di prevedere».

Carrara è ben consapevole che la distinzione da lui proposta non è coincidente con la distinzione proposta da Carmignani e che nella nozione di intenzione indiretta positiva, così come da Carmignani enunciata, rientra tanto il dolo determinato quanto il dolo indeterminato.

Il criterio distintivo che Carmignani pone riguarda, secondo Carrara, infatti il rapporto tra i mezzi e l'effetto, mentre per Carrara il criterio distintivo dell'intenzione deve riguardarsi solo in dipendenza dello «stato interno dell'animo». Così quell'effetto che per Carmignani poteva considerarsi solo possibile e che denotava l'intenzione indiretta positiva, per Carrara integra il dolo determinato, in quanto anche la semplice possibilità del verificarsi di un evento, se questo è dunque non solo previsto ma anche voluto, rappresenta, per usare le parole dell'Autore, un «dolo pieno». Costituisce, secondo l'Autore, in altre parole, una specie di dolo da ascrivere nel gradino più alto della scala di gravità.

La visione di Carrara pone infatti maggiormente l'accento sull'elemento volitivo, erigendo su questo la caratteristica fondamentale del dolo.

Il dolo indeterminato appare meno grave perché, pur essendo presente l'elemento rappresentativo rispetto a un effetto più grave di quello realizzato, manca la volizione di quest'ultimo<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> Va precisato che la distinzione di Carrara non vuole essere meramente formalistica, in quanto l'Autore ritiene che *dolo indeterminato* e *preterintenzione* abbiano ragione di differenziarsi in quanto «servono» nell'accertamento giudiziale di diversi contesti criminosi. La prima categoria concettuale risulterebbe molto utile in un'ottica di accertamento giudiziale nei casi di tentativo, dove per dimostrare il tentativo occorre dimostrare che esisteva un dolo (determinato) per un e-

In definitiva, volendo sintetizzare la posizione di Carrara e Carmignani sugli elementi che compongono la *forza morale* del delitto, sembra di poter dire che, scontato che l'elemento volitivo per entrambi segna indubbiamente l'essenza del dolo (anche Carmignani si riferisce all'intenzione e al fine), si delinea nel loro pensiero l'idea che sia l'elemento cognitivo-intellettivo, nel manifestarsi in una forma più o meno pregnante, a spostare progressivamente dall'area del dolo figure di imputazione che si collocano in un punto intermedio tra dolo e colpa.

## 7. I CRITERI DI IMPUTAZIONE SOGGETTIVA NEL CODICE DELL'URUGUAY IN RAPPORTO AL PENSIERO DEI CLASSICI

La breve digressione condotta alla ricerca delle possibili fonti che hanno ispirato la disciplina positiva dei criteri di imputazione soggettiva nell'art. 18 del codice penale dell'Uruguay si rivela indispensabile per comprendere appieno la complessa costruzione che il legislatore uruguayano ha offerto, in quanto ci sembra che in questa norma si sia tentato di combinare le visioni di entrambi i maestri.

Non solo, ma le peculiarità che, lo anticipiamo, ci sembra di riscontrare nell'art. 18 c.p.U. ci sembrano tanto più "moderne" in quanto evocano le attuali posizioni di quella parte della dottrina che si sforza di estromettere la responsabilità oggettiva dal diritto positivo in base a un'interpretazione "costituzionalmente orientata".

La originalità del codice dell'Uruguay si coglie viepiù se si considera che è un codice quasi contemporaneo al codice Rocco e, nel suo rifiutare la generalizzazione della responsabilità oggettiva, fa apparire il recupero delle posizioni dei "classici" ancora di più indice di "modernità liberale".

### 7.1. LA PRETERINTENZIONE ED IL SUO RAPPORTO CON LA COLPA

Occorre premettere che la preterintenzione come criterio di imputazione soggettiva, limitata nel codice Rocco all'omicidio e all'aborto, è oggi accompagnata da fondati dubbi di costituzionalità.

Mascherata per molto tempo da quelle interpretazioni che in essa volevano individuare ora un *dolus generalis* ora un *dolo misto a colpa*, individuabile quest'ultima in una colpa per inosservanza di leggi, la sua vera natura di *respon-*

---

vento (che Carrara chiama "effetto") più grave di quello che si è realizzato. La nozione di preterintenzionalità al contrario risulta utile dove si è prodotto un evento più grave: *Opuscoli*, vol. I, p. 306. Cfr. per una attenta considerazione del pensiero di Carrara sul dolo G. A. De Francesco, *La concezione del dolo in Francesco Carrara*, in *Francesco Carrara nel 1° centenario della morte*, cit., pp. 495 ss.

sabilità oggettiva, cioè di responsabilità basata sul solo nesso causale è stata da alcuni decenni denunciata con forza dalla dottrina<sup>26</sup>.

Dobbiamo porre a confronto la disciplina del codice Uruguayano da un lato con l'orientamento rigoristico del codice Rocco e con il codice Zanardelli dall'altro, tenendo sullo sfondo quanto abbiamo precedentemente estrapolato dal pensiero di Carrara e Carmignani.

Il codice uruguayano inserisce nella preterintenzione l'elemento cognitivo (potenziale) della prevedibilità (*haya podido ser previsto*) elemento che si ritrova nell'impostazione di Francesco Carrara secondo cui alla preterintenzione si addece la «previsione presunta della possibilità di prevedere».

E tuttavia questa presunzione, che Carrara inserisce nella struttura della preterintenzione, non sembra potersi dedurre dalla lettera dell'art. 18 c.p.U., in cui la prevedibilità deve invece essere accertata *effettivamente* – «*siempre que tal resultado haya podido ser previsto*» dice il testo della norma – e non deriva presuntivamente dalla oggettiva pericolosità degli atti di lesione che possono trascorrere in una lesione più grave di quella voluta o nella morte – art. 319 *Lesión o muerte ultraintencional, traumatismo*. In altri termini quell'elemento della prevedibilità che costituisce uno degli *elementi strutturali* della colpa e che oggi viene da una parte della dottrina e in passato anche dalla giurisprudenza costituzionale, invocato come correttivo dei casi di responsabilità oggettiva – e quindi anche nel delitto preterintenzionale – nella previsione del codice uruguayano, portandosi oltre la stessa impostazione carrariana, diventa elemento strutturale *effettivo* del fatto preterintenzionale.

Se dunque la prevedibilità è *elemento comune* a imputazione colposa e a imputazione preterintenzionale, è già dalla *struttura oggettiva* del fatto che si devono distinguere i due tipi di reato.

E appunto proprio già dalla definizione di fatto colposo ricavabile dall'art. 18 si deduce la diversa struttura oggettiva dei due fatti.

Dove il fatto preterintenzionale accede a un fatto che costituisce di per sé un reato, il fatto colposo consiste «nel realizzare un fatto in sé giuridicamente indifferente» dal quale deriva un evento che, essendo prevedibile, *non fu previsto* per imprudenza, imperizia, negligenza o violazione di leggi o regolamenti».

---

26 Il "disvelamento" della preterintenzione, al pari di tante altre situazioni ancora oggi contenute nel codice Rocco (es. *aberratio ictus*) come responsabilità oggettiva è stato effettuato, se ci atteniamo a una considerazione dello strumento didattico, dal manuale di G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 1985. Ci sembra giusto sottolinearlo in quanto proprio gli scritti di Carrara sono scritti che sempre si rivolgono alla formazione degli studenti, spesso esplicitamente evocati. La soluzione 'nomofilattica' è oggi propugnata soprattutto in G. Marinucci-E. Dolcini, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2004. Si veda inoltre l'importante contributo di S. Canestrari, *L'illecito penale preterintenzionale*, Milano, 1989.

Anche in questo enunciato si vede l'impronta di Carrara e di Carmignani, proprio nel volere sottolineare l'estraneità alla colpa di qualunque tipo di 'previsione' perché, per usare le parole di Carmignani, «potendosi calcolare la possibilità degli effetti, per negligenza non si prevede»<sup>27</sup>.

Chiaro che una definizione di delitto colposo così come la si dava nel secolo XIX e come si traduceva in un codice pure più tardivo come il codice uruguayano risultava perfetta per un delitto colposo in cui il disvalore "di evento" era preponderante.

Solo così si può accettare come coerente la costruzione di un'imputazione soggettiva che accede a un fatto ritenuto di per sé indifferente.

Il reato colposo di mera condotta, che descrive un comportamento contrario a una regola cautelare di fonte sociale o normativa, è tipico infatti di una società più evoluta sul piano tecnologico e sociale, che impone di prevenire i rischi di evento con l'imporre l'astensione da comportamenti di cui si valuta la pericolosità intrinseca indipendentemente dalla causazione di un evento<sup>28</sup>.

## 7.2. DOLO EVENTUALE E COLPA COSCIENTE?

Nella prima parte dell'ultimo comma si fa riferimento a un criterio di *previsione dell'evento* non voluto che lo fa comunque imputare a titolo di dolo (*se considera intencional*). Questa prima parte della norma non suscita particolari dubbi interpretativi, in quanto possiamo identificarvi quello che Carrara chiama *dolo indeterminato*, in cui si prevede un evento che non si vuole che si verifichi (v. *supra*) e che Carmignani farebbe rientrare nell'*intenzione indiretta positiva*, una delle specie di dolo dallo stesso Autore individuate.

Con l'ottica del penalista moderno potremmo vedere in questa figura il *dolo eventuale*.

Di meno facile interpretazione invece è la parte finale della norma,

«... il danno che si prevede come impossibile, si considera colposo»

in quanto descrive un criterio di imputazione colposa riferito al "danno" previsto come impossibile invece che all' "evento". Tuttavia i due termini possono considerarsi intercambiabili.

Per come è formulata la norma sembra che si possa riferire allo schema di imputazione tipico della colpa cosciente. La *colpa cosciente*, nella sua moderna accezione, comporta infatti la *previsione dell'evento/danno*.

---

<sup>27</sup> G. Carmignani, *Elementi*, cit., p. 59.

<sup>28</sup> D'obbligo citare G. Marinucci, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965.

Se così fosse, la disciplina contenuta in questa norma rappresenterebbe, però, una deviazione rispetto all'opinione di Carrara. Infatti Carrara afferma incompatibile la *previsione* con la colpa, e ritiene contraddittorio dire che la formula «prevedo che non» possa considerarsi espressiva di uno stato cognitivo di previsione.

Tuttavia occorre notare che la norma, nell'usare sempre l'espressione «si considera», anziché l'espressione «è», potrebbe indurre a pensare che il legislatore volesse distinguere tra un'*ontologia* della colpa e la *necessità politica* di considerare colposo anche uno stato psicologico che tale non sarebbe secondo i canoni ontologici della colpa.

Ad ogni modo, la norma che consideriamo pur adottando una formulazione che Carrara avrebbe criticato, nella sostanza si allinea con l'impostazione carrarina, perchè in fatto non attribuisce nessuna differenza "di specie" o "di grado" tra i due tipi di colpa individuati nei due commi dell'art. 18 che abbiamo esaminato.

Allo stesso tempo tenta di dare risalto alla figura della "colpa con previsione" sul presupposto che tale situazione psicologica non possa essere equiparata alla previsione che rappresenta uno degli elementi del dolo.

## 8. DOLO E COLPA NEI REATI DI PERICOLO

La considerazione dei criteri di imputazione soggettiva in questa particolare categoria di delitti si rende opportuna in quanto ad essi è dedicata una norma *ad hoc*.

L'art. 20 recita così:

«Quando la legge impone o proibisce certi atti in difesa di un determinato bene giuridico, il dolo e la colpa si apprezzano in relazione agli atti imposti o proibiti e non in relazione al bene giuridico che si pretende di salvaguardare».

La norma, di oscuro significato, risulta meglio comprensibile se considerata in relazione a quei delitti, come quelli contenuti nel Titolo VI – Delitti contro la sicurezza pubblica<sup>29</sup> – che sono appunto delitti di pericolo e sembra voler sottolineare che dolosa o colposa deve considerarsi l'azione o l'omissione che costituisce il fatto e, se si tratta di pericolo concreto, non (anche) il pericolo cagionato al bene; mentre, se si tratta di pericolo astratto, il dolo e la colpa *non* vanno riferiti all'*offesa* del bene.

Per questi reati, nei quali si prevede una anticipazione della tutela allo stadio del pericolo, anche l'accertamento del dolo e della colpa si fa più rigido tanto da

---

<sup>29</sup> I delitti contro la sicurezza pubblica nel c. p. U. presentano ampia similitudine con quelli contro l'incolumità pubblica del codice Zanardelli così come del codice Rocco. La struttura è normalmente scalare da un reato di condotta, spesso definito come attentato, a un reato di pericolo concreto fino alla figura di reato di danno.

poter affermare che il pericolo concreto come evento, viene ascritto a titolo di responsabilità oggettiva.

Ipotesi tanto più plausibile se si guarda il testo dell'articolo successivo che rende ancor più rigido l'accertamento dell'elemento soggettivo.

Art. 21. «Se per rispondere degli atti imposti o vietati nei delitti a cui si riferisce l'articolo precedente basta la colpa, si punisce allo stesso modo il dolo; però se è richiesto il dolo, non si imputa la colpa.

Il dolo e la colpa si presumono in questa classe di delitti, senza pregiudizio della prova contraria».

Esigenze di prevenzione generale in un settore di tutela dove si sente l'esigenza di far fronte al pericolo di offesa di beni fondamentali come l'incolumità pubblica sottendono evidentemente una scelta tanto deviante dalla regola generale, deviazione che non trova alcuna rispondenza nel codice Zanardelli.

Anche a proposito di siffatta previsione in ordine ai delitti di pericolo può formularsi dunque una mera ipotesi. Il legislatore, nel prevedere questa norma, probabilmente pensava a uno schema di tipizzazione ricorrente nei delitti di comune pericolo: l'evento aggravante<sup>30</sup>, notoriamente posto a carico dell'agente sulla base del solo nesso causale.

Per quanto riguarda invece i delitti di pericolo "astratto" realizzati con una mera condotta, dove minore è l'evidenza dell'offesa al bene, il legislatore pensava evidentemente di escludere qualunque rilevanza della "coscienza dell'offesa".

Se così fosse, la possibilità di dare la prova contraria renderebbe il tutto meno stridente con la regola generale prevista all'art. 18 senza incrinare l'ispirazione liberale che informa il sistema di imputazione soggettiva.

#### 9. IL TEMPERAMENTO DELLA RESPONSABILITÀ OGGETTIVA ATTRAVERSO LA DISCIPLINA DEL NESSO CAUSALE

Per trarre qualche provvisoria conclusione sul sistema di imputazione del fatto nel codice uruguayano occorre riferirsi anche al nesso causale.

Va premesso che la disciplina del nesso causale, assente nel codice Zanardelli<sup>31</sup>, viene inserita agli artt. 3 e 4 del codice uruguayano e figura tra i "principi generali".

---

<sup>30</sup> Su tale categoria si veda, da ultimo, A. Bondi, *I reati aggravati dall'evento tra ieri e domani*, Napoli, 1999.

<sup>31</sup> La disciplina del nesso causale come istituto autonomo è infatti propria della legislazione del secolo XX, essendo stata limitata la discussione sull'imputazione causale per molto tempo all'accertamento delle cause, e in particolare delle concause, nel delitto di omicidio nelle sue varie specie, al fine di distinguere, e diversamente punire, l'omicidio preterintenzionale. Cfr. F. Carrara, *Programma, Parte speciale*, cit., I, § 1090 ss., pp. 64 ss.



Riproducendo il testo dell'art. 40 del codice Rocco, accoglie in definitiva la teoria della *conditio sine qua non*<sup>32</sup>.

Tuttavia, è l'art. 4 che disciplina le concause a interessare maggiormente il nostro ragionamento. Riportiamo il testo:

Art. 4 – «Non si risponde della concausa preesistente, sopravvenuta o simultanea, indipendente dal fatto, che non si è potuta prevedere. Quella che si sarebbe potuta prevedere e che non si è prevista, sarà tenuta in conto dal giudice per abbassare la pena, a sua discrezione, secondo le circostanze del caso e quanto disposto nell'art. 18».

La prima parte della disposizione esige, perché si possa rispondere in caso di concorso di cause, la *prevedibilità* delle altre cause intervenute: in assenza di ciò, il soggetto risponde per la sola causa che ha posto in essere.

La seconda parte della norma prevede invece una diminuzione di pena nel caso in cui il soggetto non abbia previsto una concausa prevedibile.

Il rinvio che la norma fa a «quanto disposto nell'art. 18» per lo schema di accertamento che il giudice deve utilizzare, deve essere, a rigor di logica, allo schema di accertamento della colpa in quella norma previsto.

La conferma viene dalla *Exposición de motivos* redatta da Irureta Goyena in cui si afferma che «Deve esistere materialmente tra il delitto e l'azione una relazione di causa-effetto accertata attraverso l'esperienza; psicologicamente è certo che il fatto si è effettuato con coscienza e volontà. Stabilito il principio era necessario determinare il regime della concausa. A questa finalità risponde l'art. 4° del Progetto. Il concetto (...) obbedisce, nelle sue linee fondamentali, alla nozione di base della colpa»<sup>33</sup>.

Il giudice, in altri termini, può addebitare la concausa solo dopo aver effettuato un accertamento di “colpa” in relazione alla mancata previsione della stessa. E, anche in questo caso, può comunque diminuire la pena.

La “contaminazione” dell'elemento oggettivo con elementi psicologici, tipico della struttura della c.d. causalità adeguata<sup>34</sup>, trovava un corrispondente proprio nel codice Zanardelli.

---

32 Il codice brasiliano invece contiene proprio la formula intera: art. 11 «Si considera causa l'azione o l'omissione senza la quale l'evento non sarebbe esistito».

33 Il passo, tratto dalla *Edición oficial del Código penal* (p. 11), è riportato da L. J. De Asúa, *Códigos penales iberoamericanos*, cit., pp. 235-236.

34 Nell'impostazione di A. von Kries, *Über den Begriff der objektiven Möglichkeit und einige Anwendung derselben*, in *Vierteljahresschrift*, XII, 1888, p. 225 per decidere se un'azione fosse o meno adeguata all'evento occorreva effettuare un giudizio di probabilità sulle circostanze conosciute o conoscibili dall'agente nel momento in cui l'azione si svolgeva. Successivamente A. Thon, *Über den Begriff der Verursachung*, 1894, p. 10 adottò il criterio delle condizioni conoscibili dall'uomo normale. L. J. De Asúa, *Códigos penales iberoamericanos*, cit., p. 236, si riferisce però

Infatti nella disciplina dell'omicidio volontario e dell'omicidio preterintenzionale si prevedeva, rispettivamente all'art. 367 e all'art. 368 c. 2, una diminuzione di pena per il caso in cui «la morte non sarebbe avvenuta senza il concorso di condizioni preesistenti ignote al colpevole»<sup>35</sup>.

La selezione che viene effettuata nel codice uruguayano già sul piano oggettivo attraverso il criterio psicologico della non prevedibilità e della mancata previsione delle concause offre una disciplina sensibilmente più benevola rispetto a quella del codice Zanardelli, non solo perché si tratta di una disciplina generale e non limitata ai soli casi di omicidio, ma anche perché arriva ad *escludere* la responsabilità, dove il codice Zanardelli invece si limita a una diminuzione di pena, e si estende a tutte le concause.

Questa 'anticipazione' di valutazioni di tipo psicologico nell'accertamento di un elemento oggettivo come la causalità, sorto, come è noto, in area tedesca per temperare le conseguenze sanzionatorie nel campo dei delitti aggravati dall'evento, sembra, nel codice uruguayano, funzionale proprio allo stesso obiettivo.

Infatti proprio nell'ambito di quei reati di pericolo in cui il rigoroso accertamento del criterio di imputazione soggettiva si attenua a vantaggio della responsabilità oggettiva – art. 21 – la selezione sul piano delle concause sembra funzionale a controbilanciare questa mancanza.

#### 10. LA RILEVANZA DELL'ERRORE DI DIRITTO

La *inescusabilità dell'errore di diritto* è un principio che può dirsi assodato nella legislazione sia del XIX così come del XX secolo.

Lo stesso codice Zanardelli lo enuncia in apertura del Titolo IV – Della imputabilità e delle cause che la escludono – all'art. 44: «Nessuno può invocare a propria scusa l'ignoranza della legge penale», con una formula che verrà ripresa nel codice Rocco all'art. 5.

Anche il codice del Venezuela è tassativo nell'enunciare all'art. 60 che: «L'ignoranza della legge non scusa nessun delitto né contravvenzione».

---

all'impostazione di R. von Hippel, *Deutsches Strafrecht*, vol. II, Berlin, 1930, pp. 147-148: «Si tratta qui di un *giudizio di possibilità* nel quale deve confrontarsi il decorso causale *realmente* svolto, con quello che *doveva attendersi* secondo un *giudizio ragionevole*».

<sup>35</sup> Il codice Zanardelli dunque vorrebbe ricondurre, almeno a livello formale, l'accertamento della imputazione delle concause, a una effettiva *conoscenza* delle stesse, allineandosi con l'importanza del dolo quale criterio di imputazione. È tuttavia ipotizzabile che, al di fuori dei casi di piena e sicura prova di una conoscenza effettiva, il giudice si appoggiasse a criteri oggettivi che facessero apparire probabile la conoscenza. Anche il codice del Venezuela dedica un'attenzione al criterio di imputazione soggettiva della preterintenzione, in quanto stabilisce all'art. 74 n. 2 una attenuante per il caso in cui l'agente «non avesse avuto l'intenzione di causare un male di tanta gravità quale quello che si è prodotto».

Ancor più preciso il codice brasiliano che all'art. 16 recita: «L'ignoranza o l'erronea comprensione della legge non esimono da pena»<sup>36</sup>. In questa panoramica uniforme, il codice dell'Uruguay rappresenta dunque un *unicum*.

Il testo:

art. 24: «L'errore di diritto si presume volontario senza ammettersi prova in contrario, salvo che si tratti di contravvenzioni, nelle quali, a seconda della loro natura, detta prova può essere accolta».

Pur attenendosi al rigido principio generale, il codice apre dunque una breccia per quanto riguarda le contravvenzioni.

È noto che l'irrelevanza dell'ignoranza della legge penale costituisce uno dei punti di tenuta del sistema giuridico-penale ispirato a una idea rigorosa di obbligatorietà della legge penale che ne rafforza l'aspetto general-preventivo.

È altrettanto noto che da quando si è affermata la concezione normativa della colpevolezza la rigidità di siffatto principio è apparsa in tutto il suo limite ostacolando l'accertamento della rimproverabilità per il fatto.

L'affermarsi nella giurisprudenza italiana del principio, in funzione scusante, di buona fede nelle contravvenzioni ha trovato il successivo passaggio verso un progressivo consolidarsi della concezione normativa della colpevolezza nella fondamentale sentenza della Corte costituzionale n. 364/1988 che ha dichiarato parzialmente illegittimo l'art. 5 del codice Rocco, in quanto non consente di dare rilevanza all'«ignoranza inevitabile».

Le attuali aperture fanno apparire in tutta la sua modernità la previsione del codice uruguayano, in aperta eccezione con il clima giuridico del tempo.

## 1.1. SCUOLA CLASSICA E CONOSCENZA DELLA LEGGE PENALE

Nella prospettiva della ricerca che stiamo conducendo, viene dunque da domandarsi se gli esponenti della Scuola Classica nella costruzione dei criteri di imputazione del fatto avessero ritagliato un ruolo alla conoscenza della legge e una possibile rilevanza dell'errore di diritto.

La *conoscibilità* della norma penale è entrata da qualche tempo a far parte degli elementi costitutivi della colpevolezza con l'affermarsi della *concezione normativa* della stessa. Sarebbe, crediamo, arbitrario, perché frutto di una distorsione valutativa *a posteriori*, attribuire già alla teorica della Scuola Classica la concezione normativa della colpevolezza<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> Il codice brasiliano, tuttavia, prevede una circostanza attenuante obbligatoria («*siempre*» recita il codice) all'art. 48 n. III per il caso di *ignoranza* o di *erronea comprensione scusabile*.

<sup>37</sup> Sulle tracce rinvenibili nel pensiero di Francesco Carrara si veda F. Palazzo, *Considerazioni*

E, tuttavia, almeno con riferimento all'errore di diritto si ritrova, come avremo modo di dimostrare, negli scritti di Carmignani un'attenzione particolare al problema e altrettanto negli scritti di Carrara.

Perché sussista la *forza morale* del delitto Carrara indica quattro requisiti: «1) *cognizione della legge*; 2) *previsione degli effetti*; 3) *libertà di eleggere*; 4) *volontà di agire*»<sup>38</sup>.

Sulla *cognizione della legge* l'Autore si affretta a precisare in nota che si tratta della «legge in genere che vieta l'atto» e non «delle speciali determinazioni repressive».

Il passo, non chiarissimo, vuole probabilmente alludere che è necessaria una generale conoscenza della *dannosità sociale* del proprio atto e non invece della *conoscenza specifica* della singola disposizione.

In un altro passo Carrara definisce il dolo come «*la intenzione più o meno perfetta di fare un atto che si conosce contrario alla legge*» e tuttavia non ritiene che l'*animus nocendi* sia sempre necessario perché sussista il dolo<sup>39</sup>.

Dove Carrara si riferisce agli elementi del dolo e si interroga sulla necessità dell'*animus nocendi* – «ossia di ledere il diritto» - come elemento essenziale del dolo, distingue i casi di «delitti diretti contro l'individuo» dove l'*animus nocendi* «potrà essere una necessità per ritenere il dolo»<sup>40</sup>.

L'*animus nocendi* si identifica dunque con la *coscienza dell'offesa*.

Nei casi, invece, di «delitti che direttamente offendono la società» l'animo di nuocere può essere indifferente perché «la determinazione di violare la legge compenetra in se stessa l'idea del nocimento sociale».

L'interpretazione più plausibile da attribuire a questo passo sembra quella secondo cui l'Autore si riferisca all'*accertamento* della coscienza dell'offesa nei delitti che prescindono da un conflitto interindividuale, dove l'atteggiamento dell'agente determinato a violare la legge ingloba la coscienza di un danno alla società.

In questi delitti, dunque, coscienza di offesa e intenzione di violare la legge si sovrappongono e la seconda, sembra potersi dedurre dalle parole di Carrara, non può non considerarsi esistente.

La conclusione di Carrara è che la mancanza dell'*animus nocendi* può escludere il dolo solo dove si converta nella ragionata opinione di *non violare la legge*.

La coerenza di questi passaggi e la loro inerenza alla dogmatica dell'errore di diritto sembrano trasparire dove Carrara spiega la rilevanza dell'*errore di diritto*

---

brevi su colpevolezza e ignorantia legis, in Francesco Carrara nel 1°centenario della morte, cit., p. 934; A. Manna, *La giustizia penale fra otto e novecento*, cit., p. 533, ritiene che la concezione "forte" della colpevolezza in Carrara abbia anticipato il paradigma della concezione normativa.

38 F. Carrara, *Programma, Parte generale*, cit., § 59, p. 91.

39 F. Carrara, *Programma, parte generale*, cit., § 69, p. 94.

40 F. Carrara, *Programma, parte generale*, cit., § 69, p. 94.

che ricade sul fatto, dove si effettivamente l'assenza dell'*animus nocendi* esclude il dolo perché, usando le parole dell'Autore, si converte in una ragionata opinione di non violare la legge<sup>41</sup>.

Quanto all'errore di diritto, sono certamente più netti i contorni della opinione sia di Carrara sia di Carmignani proprio per la consapevole enunciazione della necessità *politica* dell'irrilevanza scusante dell'errore di diritto:

«...l'errore e l'ignoranza di *diritto* si reputano quasi sempre vincibili. Ma essendo basata questa regola sopra il principio politico, che le leggi sociali<sup>42</sup> pubblicate si presumano da tutti conosciute...»<sup>43</sup>

«L'errore di diritto non scusa mai. Esige politica che si presuma nel cittadino la cognizione della legge penale, che d'altronde è debito di ciascuno di conoscere»<sup>44</sup>.

E tuttavia, di seguito a queste enunciazioni lapidarie e proprio nella consapevolezza della indole politica di questa presunzione, entrambi gli autori ne temperano il rigore ritenendola una presunzione vincibile. Così in Carmignani il seguito della citazione sopra riportata:

«...ne segue doversi dalla medesima recedere ogni volta che una giusta e sufficientemente probabile causa convincesse che l'animo dell'agente fosse realmente da errore od ignoranza della legge preoccupato, come nel caso che una legge sociale dal diritto naturale non dedotta, o non universalmente conosciuta, venisse violata da rozze persone, da donne, da minori, da uno straniero o passeggero da poco tempo presso di noi commorante»<sup>45</sup>.

Uguualmente il Carrara:

«A cotesta regola può farsi moderata limitazione nel caso di *forestiero*, giunto *di recente* nel territorio dominato dalla legge che egli violò; purché per altro nell'atto da lui commesso ricorrano queste due condizioni, 1) che non sia riprovato dalla *morale*, 2) che non sia proibito *nella patria* del forestiero medesimo. Cosicché questa eccezione è tutta propria delle *trasgressioni*; difficilmente applicabile ai *veri delitti*»<sup>46</sup>.

---

41 F. Palazzo, *Colpevolezza e ignoranza legis*, cit., p. 938, formula chiaramente l'ipotesi che Carrara volesse inserire quale contenuto del dolo, in caso di delitti naturali, la coscienza dell'offesa e, nel caso di «delitti sociali», la determinazione di violare la legge.

42 G. Carmignani, *Elementi*, cit., p. 58, precisa leggi *sociali* per differenziare rispetto alle leggi *morali* dal momento che, nell'individuare le quattro condizioni per l'imputazione di queste ultime inserisce la *conoscenza della legge*.

43 G. Carmignani, *Elementi*, cit., p. 80.

44 F. Carrara, *Programma, Parte generale*, cit., § 258, p. 186.

45 G. Carmignani, *Elementi*, cit., p. 80.

46 F. Carrara, *Programma, Parte generale*, cit., § 259, p. 186.

L'attenzione alle situazioni soggettive dei singoli agenti non sfugge dunque ai due Autori, alle quali attribuiscono rilevanza in un'ottica di *individualizzazione* della responsabilità penale che non si discosti troppo in contenuto e coerenza da quel sostrato di *imputabilità morale* che comunque presuppone e giustifica la responsabilità delle azioni umane.

Tali indicazioni lasciano dunque la loro traccia nel diritto positivo dei decenni successivi, il che rappresenta un elemento di importanza notevole in una prospettiva storica, dal momento che, ad esempio, nel nostro paese, la delimitazione della rilevanza dell'errore di diritto è avvenuta in via giurisprudenziale, con progressivo passaggio dalla giurisprudenza di merito al riconoscimento in giurisprudenza di legittimità, e successivamente con la declaratoria di parziale illegittimità costituzionale dell'art. 5. Il diritto positivo rimane dunque, in materia, ancora non toccato dal legislatore.

E che, d'altra parte, il ruolo del giudice nell'accertare le condizioni di 'scusabilità' dell'errore di diritto sia decisivo sembra proprio alla radice della titubanza del legislatore ad innovare alcunché nel testo dell'art. 5 dopo l'intervento della Corte costituzionale.

Anche la normativa dell'Uruguay infatti contiene una formula elastica («a seconda della loro natura» recita l'art. 24) che lascia spazio all'interpretazione giudiziale.

## 12. CAUSE DI GIUSTIFICAZIONE, CAUSE DI NON PUNIBILITÀ, SCUSANTI: UNA EMBRIONALE DISTINZIONE

Si ritiene di dedicare un paragrafo del lavoro a questo argomento perché, anche sotto questo aspetto, il codice uruguayano presenta alcune particolarità degne di nota, che lo differenziano dagli altri.

Occorre premettere che l'uso di questa terminologia invalsa nella dottrina attuale, allo scopo di differenziare la *funzione* dei singoli istituti che incidono sulla "punibilità" *lato sensu* considerata, è estranea al linguaggio codicistico: il codice Rocco usa l'espressione «non è punibile» sia nei casi in cui manchi il dolo per l'intervento dell'errore (art. 47), sia quando intervengano cause di giustificazione (artt. 50 ss.), sia infine quando intervengano cause di non punibilità o di esclusione dell'imputabilità.

La precisione terminologica che, come vedremo, è invece propria del codice uruguayano, merita dunque una valutazione decisamente positiva e testimonia la consapevolezza della distinzione dogmatica sottostante e una volta di più la sua natura di codice "laboratorio".

Dopo aver evidenziato gli aspetti di diritto positivo, passeremo successivamente a ricercare negli scritti di Francesco Carrara i sintomi di questa distinzione.

Il Titolo II del codice uruguayano intitolato *Delle circostanze che esimono dalla pena* si articola in tre capitoli:

- Capitolo I: *Delle cause di giustificazione*;
- Capitolo II: *Delle cause di inimputabilità*;
- Capitolo III: *Delle cause di impunità*.

Il legislatore uruguayano sembra dunque essere ben consapevole della diversa incidenza delle varie cause di esclusione della pena sui diversi elementi del reato.

Soprattutto la netta distinzione tra cause di giustificazione e cause che escludono l'imputabilità appare significativa se si pensa che in pressoché tutti i codici le diverse situazioni sono previste sotto un unico capitolo o titolo e non appare mai l'uso del termine "cause di giustificazione"<sup>47</sup>.

Per quanto riguarda il capitolo I dedicato alle cause di giustificazione troviamo all'art. 26 la *legittima difesa*, all'art. 27 lo *stato di necessità*, all'art. 28 l'*adempimento di legge* e all'art. 29 l'*obbedienza all'ordine gerarchico*<sup>48</sup>.

Il capitolo II dedicato alle cause di inimputabilità non presenta particolarità di sorta. È invece il capitolo III dedicato alle *cause di impunità* che risulta più interessante. In questo Capitolo sono descritte diverse situazioni di esenzione da pena: in alcuni articoli è lasciato alla discrezionalità del giudice di mandare o meno il reo esente da pena, e in un caso il minore esente da misure di sicurezza, in altri invece l'esclusione dalla pena è tassativamente imposta dalla legge<sup>49</sup>.

---

47 Il codice brasiliano descrive sotto lo stesso Titolo II l'*errore di fatto* (art. 17), la *coazione irresistibile* (costringimento fisico) nello stesso articolo in cui descrive l'*obbedienza a un ordine gerarchico* (art. 18), e di seguito le scriminanti dello *stato di necessità* (art. 20) e della *legittima difesa* (art. 21). Segue nel titolo III *Della responsabilità* la disciplina delle cause che escludono l'imputabilità, riferite però direttamente ai soggetti, definiti *non responsabili*.

48 Tra queste merita di essere segnalata la *legittima difesa*, che si articola in tre condizioni – aggressione illegittima, necessità razionale del mezzo impiegato per respingerla o per impedire il danno, mancanza di sufficiente provocazione da parte di chi si difende – perchè contiene una *presunzione di esistenza* di queste tre condizioni nel caso di "aggressione notturna" nel domicilio analogamente a quanto prevedeva il codice Zanardelli e segno della tradizione di quella difesa contro il "*fur nocturnus*" che ha visto storicamente nascere questa scriminante. Cfr. sul punto, tra gli altri la ricostruzione in A. Szego, *La legittima difesa. Un'analisi comparata*, Padova, 2003

49 L'inserimento di queste cause di impunità, che vengono definite dall'Autore "scuse assolutorie", nella parte generale del codice è stata criticata da L. J. De Asúa, *Codigo penales iberoamericanos*, cit., p. 112, il quale ritiene che, escludendo quella riguardante il minore che non si riferisce a nessun reato in particolare, le altre dovrebbero essere inserite nella parte speciale. Tuttavia, proprio per le considerazioni che svolgeremo più avanti, non sembra del tutto fuori luogo

Riportiamo dunque prima il testo degli articoli in cui vi è *discrezionalità* nell'esenzione da pena:

Art. 36 – *La passione provocata da adulterio* – La passione provocata dall'adulterio permette al giudice di esonerare da pena per i delitti di omicidio e di lesioni, sempre che concorrano i requisiti seguenti:

1° Che il delitto si commetta da parte del coniuge che sorprenda in flagranza di reato l'altro coniuge e il delitto si perpetri contro questo o contro l'amante.

2° Che l'autore abbia buoni precedenti e che la opportunità di commettere il fatto non sia stata determinata o semplicemente facilitata dalla conoscenza precedente della infedeltà coniugale.

Art. 37 – *Dell'omicidio pietoso* - I giudici hanno la facoltà di esonerare dal castigo il soggetto di onorabili precedenti, autore di un omicidio, effettuato per motivi di pietà, a seguito delle suppliche reiterate della vittima.

Art. 39 – *La pietà, l'onore o l'affetto, in certi delitti contro lo stato civile* – Il giudice può esonerare dal castigo colui che per motivi di pietà, di onore o di affetto riconosce come figlio legittimo o naturale una persona che sia priva di stato civile.

Art. 40 – *La ritorsione e la provocazione nei delitti contro l'onore* – Il giudice può esonerare da pena gli autori, o uno di essi, dei delitti di ingiuria o diffamazione, nel caso di offese reciproche.

Della stessa facoltà il giudice può avvalersi nel caso di offese arrecate nelle circostanze previste nel numero 11 dell'art. 46<sup>50</sup>.

Art. 45 – *La minore età accompagnata dalla buona condotta precedente e dalla assistenza morale adeguata da parte dei tutori* – I giudici possono prescindere dalla applicazione delle misure di sicurezza quando si tratta di minori di diciotto anni, di buona condotta precedente, che abbiano commesso delitti puniti con la prigione o la multa, quando i loro padri o i loro tutori offrano, per i propri precedenti onorabili, sufficiente garanzia di assistenza morale adeguata.

Riportiamo ora il testo delle norme che contengono cause di impunità che devono essere applicate obbligatoriamente dal giudice.

Art. 38 – *Il Tribunale d'onore nel delitto di duello* - Andrà esente da pena il duello che si effettua secondo i requisiti stabiliti nella legge del 6 agosto 1920<sup>51</sup>.

---

che il legislatore le abbia inserite nella sistematica generale delle cause che escludono la pena. Esse presentano infatti l'elemento comune di avere come effetto la mancata applicazione della pena, obbligatoria o discrezionale, a un reato già perfetto e proprio in quanto esprimono, pur nella loro eccezionalità, una 'regola' sono state poste accanto agli altri gruppi di norme che esprimono le condizioni dell'impunità.

<sup>50</sup> Il rinvio è alla circostanza attenuante della *provocazione*: la situazione descritta in questo articolo, dunque può, nei delitti contro l'onore e a discrezione del giudice, dare luogo ora a una circostanza attenuante ora a una causa di impunità.

<sup>51</sup> Il codice all'art. 200 puniva il mero uso delle armi in duello con la pena della prigione da tre



Art. 41 – *Il rapporto di parentela, nei delitti contro la proprietà* – Saranno esenti da pena gli autori dei delitti contro la proprietà, eccezion fatta per la rapina, estorsione, sequestro, turbativa del possesso e tutti gli altri commessi con violenza, quando intervengono le seguenti circostanze:

1° Quando i fatti furono commessi da parte del coniuge in danno dell'altro, sempre che non siano separati legalmente, né in via definitiva né in via provvisoria.

2° Dai discendenti legittimi in pregiudizio dell'ascendente, o da parte del figlio naturale riconosciuto o dichiarato tale, in danno del padre e viceversa, o da parte degli affini in linea retta, da parte del padre, o del figlio adottivo.

3° Da parte dei fratelli se vivono in famiglia.

Art. 42 – *La difesa di sé e dei congiunti nel delitto di falsa testimonianza* – Andranno esenti da pena i testimoni, quando per dire la verità esporrebbero sé stessi o il coniuge o qualcuno dei congiunti indicati nel n. 2° dell'art. 26 a un procedimento penale, sempre che con tale deposizione non provochino un procedimento penale o una sentenza di condanna contro un'altra persona.

Art. 44 – *Lesione consensuale* – Non è punibile la lesione causata con il consenso del paziente, salvo che essa avesse per obiettivo di sottrarlo a un obbligo di legge, o di causare un danno ad altri.

Alcune delle situazioni sopra descritte – es: la non punibilità in caso di falsa testimonianza e in caso di delitti non violenti contro il patrimonio a danno dei congiunti, la ritorsione e la provocazione nei delitti contro l'onore – sono rinvenibili anche nel nostro attuale ordinamento.

Una comparazione non è però l'obiettivo delle considerazioni che svolgeremo più avanti. Nel nostro ordinamento rispondono a *rationes* differenti e per questo prenderemo a prestito solo la terminologia che la dottrina attuale ha messo a punto<sup>52</sup>, che ci porta a parlare di cause di *non punibilità* in senso stretto e cause di *esclusione della colpevolezza per inesigibilità di un comportamento conforme al diritto*.

Il criterio con cui le abbiamo distinte nel codice uruguayano – discrezionalità/obbligatorietà – non può essere applicato che nel contesto specifico e solo al fine di inquadrare a quali tra queste situazioni possiamo ricollegare l'impronta del pensiero di Carrara.

Una ulteriore premessa è doverosa. Siamo ben consapevoli ancora una volta che non possiamo attribuire allo scritto di Francesco Carrara – *Scuse legali* dal vol. VI degli *Opuscoli* – posizioni sulla dogmatica del reato che assumeranno una

---

a dodici mesi, la causazione di una lesione grave o gravissima con la pena della prigione da tre a ventiquattro mesi, la causazione della morte in caso di duello con una pena da sei mesi a quattro anni di penitenziaria. Queste pene potevano non essere applicate secondo il disposto dell'art. 38 nel caso in cui i padrini, avendo fallito il tentativo di comporre amichevolmente la questione al fine di evitare il duello, deferissero a un Tribunale d'Onore di decidere sull'esistenza dell'offesa che lo giustificasse.

<sup>52</sup> Ancora oggi fondamentale G. Vassalli, *Cause di non punibilità*, in "Enciclopedia del diritto", vol. VI, Milano, 1960, pp. 609 ss.

fisionomia netta molto più avanti. E tuttavia proprio il tempo intercorso tra la data di questi scritti e l'emanazione del codice dell'Uruguay consente di dedurre una più consapevole traduzione in diritto positivo dei germi di distinzione dogmatica che Carrara andava intuendo<sup>53</sup>. E proprio la precisione definatoria del codice uruguayano sembra sottendere una corrispondenza sul piano dogmatico che lo avvicina di più al pensiero dei classici oltre che per la teoria del reato anche per la dogmatica dello stesso.

#### 14. LA "SCUSA" NEL PENSIERO DI FRANCESCO CARRARA

Ma veniamo dunque al lavoro di Carrara cui si ispirano le nostre riflessioni. Lo scritto muove da una serrata critica alla dottrina francese che utilizza la nozione di *scusa* per tutte le situazioni in cui non interviene la pena senza distinguere tra casi in cui manchino elementi del reato e casi in cui il reato sussista in tutti gli elementi ma non venga punito.

«Se potrò accettare l'uso della parola "scusa", dove la minor pena è tutta psicologica; non posso però accettarlo dove è interdetta ogni pena né dove si minora la pena per una causa strettamente ontologica, o giuridica, o politica»<sup>54</sup>.

In primo luogo dunque Carrara inquadra, modernamente, la *ratio* della "scusa" dove vi sia una ragione psicologica e comunque, sempre stando al passo citato, solo come "attenuante".

È evidenziato da un passo successivo che, se vi è esercizio del diritto, non può aversi reato e quindi non è da usarsi il termine "scusa" così, sempre secondo l'Autore, se per errore di fatto manca il dolo oppure quando manca il fatto.

Nel passo che facciamo seguire la nozione di scusa sembra però potersi applicare anche in funzione di escludere, e non solo di diminuire, la pena:

«Scusa vuol dire usare benignità, commiserazione, onde stornare dal capo di un malvagio la pena che egli avrebbe meritato per avere dolosamente violato il diritto altrui»<sup>55</sup>.

Certo è che se Carrara tiene ben distinte le situazioni in cui un elemento del reato viene meno da quelle in cui viene meno la sola pena, tra queste ultime di-

---

53 Quanto detto si giustifica perché se si parla di cause che escludono la punibilità e si distingue all'interno di esse a seconda dell'elemento del reato su cui incidono questo presuppone una determinata struttura del reato. Attribuire a Carrara la tripartizione sarebbe comunque arbitrario: si vedano le considerazioni di T. Padovani, *Francesco Carrara e la teoria del reato*, in *Francesco Carrara nel 1° centenario*, cit., pp. 253 ss.

54 F. Carrara, *Scuse legali*, in *Opuscoli*, cit., vol. VI, p. 276.

55 F. Carrara, *Scuse legali*, cit., p. 274.

stingue nettamente quelle che obbediscono a una *ratio psicologica* da quelle che sottendono invece una *ratio politica*.

Se alle prime si addice l'idea del "perdono" sembra poterne dedurre che i criteri per escludere in questo caso la pena siano da ricercare nella situazione concreta e, di conseguenza, che la decisione spetti al potere discrezionale del giudice.

Se alle seconde si addice invece l'idea dell'opportunità politica di non punire, alla scelta dei presupposti presa dal legislatore non può che seguire un vincolo per il giudice nel non applicare la pena, in quanto non può sostituirsi alle valutazioni del legislatore.

#### 15. LE CAUSE DI IMPUNITÀ "OBBLIGATORIE" NEL CODICE DELL'URUGUAY

Nel codice uruguayano possiamo rinvenire una linea distintiva piuttosto coerente con le premesse carrariane.

Infatti due dei casi in cui non sussiste spazio per una valutazione discrezionale del giudice – il *duello*, i *reati non violenti contro il patrimonio* commessi nei confronti dei congiunti – rappresentano situazioni in cui la "risoluzione del conflitto" sottostante al reato trova luogo in un "teatro" diverso dal processo penale: la "conciliazione" lasciata alle dinamiche dei rapporti familiari e il Tribunale d'onore. Di qui l'inopportunità di un intervento del sistema penale, nel primo caso non essendo in gioco beni fondamentali come l'incolumità fisica, e nel secondo caso essendo istituito per legge un organo con la funzione di accertare l'offesa subita e la natura della stessa, tale da giustificare il duello.

Il terzo caso – la *falsa testimonianza* resa per salvare dal processo i congiunti – che presuppone un conflitto tra dovere di dire la verità e esigenza di proteggere i propri cari, presupponendo l'*inesigibilità* di un comportamento diverso, risponde invece a una logica diversa.

E tuttavia l'importanza del legame parentale a favore del quale si orienta la soluzione del conflitto di doveri, in cui l'ordinamento mette in secondo piano le esigenze dell'amministrazione della giustizia, è destinato a soccombere in un rigoroso bilanciamento in cui oltre alle esigenze di corretta amministrazione della giustizia pesano la libertà personale e l'onore di una terza persona.

All'*inesigibilità* di un comportamento diverso quale *ratio* di questa causa di impunità di carattere soggettivo, dunque, il legislatore uruguayano lascia uno spazio di operatività molto limitato, mettendo in primo piano l'esigenza obiettiva e primaria della tutela dei beni giuridici<sup>56</sup>.

---

<sup>56</sup> È da notare che le stesse circostanze che danno luogo all'esclusione della pena sono contemplate sia nel codice Zanardelli all'art. 215 sia nel codice Rocco all'art. 384, tuttavia in entrambi senza riguardo a questo bilanciamento di beni.

La non punibilità della *lesione consensuale* – art. 40 – quando non sia effettuata in frode alla legge o per recare danno a terzi, non è di immediata interpretazione quanto a *ratio ispiratrice*.

Come forse si sarà notato, il legislatore uruguayano non inserisce tra le cause di giustificazione il “consenso dell’avente diritto”. Questo induce a pensare che sussistesse una convinzione sulla disponibilità/indisponibilità dei diritti lasciata a una dinamica regolata da principi generali tale da non ritenere necessaria una norma *ad hoc*.

Se, a una prima interpretazione, la previsione espressa della non punibilità della lesione consensuale parrebbe fondarsi sull’idea di una piena disponibilità dell’integrità personale, tuttavia, una interpretazione sistematica della norma in questione porta a conclusioni differenti. La chiave per comprendere questa norma può trovarsi proprio nella diversa scelta del legislatore di assegnare una scelta discrezionale o vincolante al giudice, criterio da noi individuato per dividere tra loro le cause di impunità.

Se disponibilità o indisponibilità di un bene/diritto si devono trarre da valutazioni sistematiche oggettive legate all’intero sistema giuridico, da cui si traggono eventualmente anche le *condizioni* cui si lega tale disponibilità, tale caratteristica deve trovare una coerente conferma nella *obbligatorietà* della *non punibilità* del fatto che comprometta un diritto in presenza del consenso del titolare.

Carrara è chiarissimo – riferendosi all’esercizio del diritto – quando dice che se un fatto costituisce l’esercizio di un diritto non può essere un reato, anche se l’illustre Autore non esplicita *perché*<sup>57</sup>.

Dal fatto che, come vedremo più oltre, è a *discrezione* del giudice non punire l’autore dell’omicidio consensuale per pietà, non può trarsi il corollario circa la *disponibilità* della vita. E, infatti, il legislatore uruguayano non lo considera un omicidio giustificato<sup>58</sup>.

Da queste premesse deriva che *non può* usarsi l’argomento *a fortiori* per sostenere la *disponibilità* della *integrità personale*.

Tuttavia, il minor interesse che il titolare dimostra verso questo bene può essere a fondamento della *inopportunità* di applicare la pena. E, siccome la valutazione di *opportunità/inopportunità* è una valutazione prettamente politica ad esclusivo appannaggio del legislatore, come Carrara ci insegna, il giudice è *vincolato* a non punire.

---

57 F. Carrara, *Scuse legali*, cit., p. 276.

58 L’inserimento della non punibilità dell’omicidio pietoso consensuale fu accompagnata dalle critiche dei giuristi di area cattolica che sostennero tentativi di riforma volti ad abolire questa norma insieme a quella che non puniva l’aborto consentito dalla donna. Mentre questa seconda norma fu in seguito abrogata, la prima rimase. Su entrambi i problemi scrisse L. J. De Asúa, *Libertad de amar y derecho a morir*, Buenos Aires, 1942.

Considerazioni del tutto diverse vanno fatte per quelle situazioni in cui invece il legislatore uruguayano lascia al giudice la scelta sul *se* punire.

Lasciamo da parte il caso della sostituzione della misura di sicurezza con la cura dei familiari, applicabile al minore.

Le altre cause di “impunità”, tra le quali troviamo alcune situazioni “classiche”, come la ritorsione e la provocazione, possono ben ricondursi alla *ratio* indicata da Carrara in cui la “scusa” non toglie nulla alla gravità anche morale del comportamento, ma implica piuttosto una “comprensione” della situazione del soggetto agente il cui comportamento trova un “riconoscimento” in codici sociali di comportamento di cui si permeava la società del tempo.

Questa prima considerazione sintetica non deve però escludere delle precisazioni sulla *ratio* composita di siffatti casi di “scusa”.

Se un elemento comune vi è, questo è costituito indubbiamente dall’attenzione per gli *stati emotivi e passionali*.

La *passione* come motivo scatenante dell’uccisione o lesione del/degli adultero/i è esplicitamente evocata all’art. 36 come fondamento dell’eventuale esclusione di pena, altrettanto per la *pietà* nell’art. 37 così come per la *pietà, l’onore, l’affetto* nell’art. 39.

L’apertura verso gli *stati emotivi e passionali* non basta, tuttavia, da sola a sorreggere la *ratio* della “scusa” (De Asúa parla a questo proposito di *perdonar*)<sup>59</sup> se non vi facciamo rientrare anche l’idea di una *condivisione* a livello sociale del comportamento tenuto. E questo vale tanto di più nei confronti delle “scuse” per situazioni di omicidio che, rappresentando la soppressione del bene più importante, necessitano di un maggiore “supporto” che orienti la decisione del giudice.

E non può pensarsi che si volesse aggirare in questo modo le disposizioni sull’imputabilità, che si riferiscono a precisi stati mentali o all’età disciplinati in modo tassativo, proprio perché in entrambi i casi di omicidio “scusato” è richiesto che l’agente avesse “buoni” o “onorabili” precedenti. In altre parole si vuole escludere qualunque sintomo di pericolosità per motivare l’assenza del “bisogno di pena”, in ragione della tendenziale “irripetibilità” del fatto.

Carrara, nell’unico esempio concreto che presenta nei passi degli *Opuscoli* che abbiamo più sopra esaminato, sembra confermare questa interpretazione della scusa. Infatti si riferisce all’uccisione da parte della madre del neonato anticipando quindi quella particolare situazione che costituisce nel nostro codice

---

59 L. J. De Asúa, *Códigos penales iberoamericanos*, cit., p. 114.

il presupposto del delitto di cui all'art. 578 – Infanticidio in condizioni di abbandono materiale e morale<sup>60</sup>.

## 17. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

La scelta della parte generale come oggetto principale di indagine, soprattutto per quegli aspetti del pensiero di Carrara che si sono privilegiati come criterio per testare l'influenza della Scuola, si è presentata *a posteriori* una scelta opportuna.

Sono soprattutto gli sforzi definitivi del legislatore uruguayano con riferimento alle figure del dolo e della colpa, nonché la netta divisione tra le diverse cause di esclusione della pena a testimoniare la volontà di raccogliere l'eredità di una scuola che, proveniente da un Paese più spesso "dominato" che "dominatore", risultava tanto più affidabile per emanciparsi dal Paese colonizzatore.

Quegli aspetti di originalità che hanno lo scopo di delineare contorni il più possibile netti ai limiti di intervento statale sulla libertà dei singoli rappresentano come sia sempre sulla Parte Generale che il legislatore "punti" per dare una fisionomia al codice, perchè è in questa parte del codice che si legge l'impronta del pensiero filosofico che lo ispira.

In questa prospettiva i codici latino-americani sembrano essere *iperdescrittivi* proprio per testimoniare la propria "formazione".

Il linguaggio dei codici latino-americani infatti, in particolare quello di cui ci siamo occupati, sembra proprio voler rendere esplicita la sua "fonte" ispiratrice quando, ad esempio, inserisce il termine "bene giuridico" nell'articolo che riguarda l'imputazione nei delitti di pericolo, quasi a voler sottolineare che non si vuole dimenticare che la funzione del diritto penale è proprio quella di tutelare i beni giuridici.

Questo riferimento al "linguaggio" dei codici ci porta a ulteriori brevi riflessioni sul rapporto tra codice e società.

De Asúa deprecava l'inquietudine riformatrice del legislatore penale dei paesi latino-americani, a fronte della stabilità della codificazione civile.

Egli riteneva che il codice penale, essendo «*eminentemente moderno, filosófico, independiente del pasado*»<sup>61</sup> avesse bisogno di tempo per penetrare nel tessuto sociale e non potesse inserirsi "per tradizione"<sup>62</sup>.

I 'tempi' del codice dell'Uruguay, come di altri codici latino-americani, così lontani da quelli in cui la Scuola Classica illuminava la scena culturale penalisti-

---

60 F. Carrara, *Scuse legali*, cit., p. 275.

61 L. J. De Asúa, *Códigos penales iberoamericanos*, cit., p. 182.

62 Sulla necessità dell'aderenza del codice civile alla cultura sociale si vedano le considerazioni di P. Caroni, *Il codice rinviato*, pp. 306 ss. e J. L. Halférin, *Codes et traditions culturelles*, pp. 223, entrambi in *Codici: una riflessione di fine millennio. Atti del convegno di Firenze 26-28 ottobre 2000*, Milano, 2002.

ca, costituiscono una conferma ancora maggiore della “stabilità” e della “stabilizzazione” di certi principi e della loro validità nel tempo, nonostante la diversa conformazione della società in cui vennero “trapiantati”. E, del resto, sono anche le testimonianze degli studiosi latino-americani contemporanei a confermare che nei codici vigenti l’influenza della Scuola Classica non è venuta meno.

Tutto questo non può tuttavia non portare a qualche amara riflessione sul fatto che da qualche tempo ormai la cultura giuridico-penale italiana ha perduto il ruolo dominante che nei paesi latino-americani aveva avuto, mentre ha acquistato un peso sempre maggiore la cultura giuridica tedesca.

L’incapacità, tutta italiana, di “ripensare” e “riscrivere” un codice, in un contesto europeo in cui negli ultimi vent’anni molti paesi hanno completamente rinnovato il proprio sistema penale e, in alcuni casi, anche costituzionale, non può che dare un segnale negativo di immobilismo.

E non può costituire una scusante il fatto che sia in atto da tempo ormai, e non solo nel diritto penale, una “decodificazione” che affida la gestione e la tutela di nuovi interessi alla legislazione speciale piuttosto che alle strutture del codice.

Se il diritto privato, per la sua natura, è in grado di tener dietro alla velocità con cui la realtà dei rapporti sociali muta, dando forma a “nuovi tipi” che si impongono sulle forme codificate<sup>63</sup>, il diritto penale, non potendo permettersi questa “duttilità”, vede, nell’applicazione giudiziale, piegare i “tipi”, della parte generale così come della parte speciale, in una deformazione ai limiti del rispetto del principio di legalità<sup>64</sup>.

E se il diritto penale, inoltre, risente, nel modificare le proprie fattispecie, in maniera determinante del *consenso sociale*, lo fa spesso con esiti disorganici rispetto a quei principi e a quegli obiettivi, che si vorrebbero oggi immutati, che il diritto penale del XIX secolo assumeva<sup>65</sup>.

Se storicamente sono due le situazioni in cui avvengono le opere di codificazione: «o in una fase di completo consolidamento dei valori dell’assetto socio-politico del sistema; ovvero in occasione di radicali rotture, ideologicamente sostenute e motivate, con valori ed assetti istituzionali preesistenti»<sup>66</sup>, avendo il nostro Paese già saltato la seconda situazione, non possiamo che dedurre che la prima ancora non si dia.

---

63 Per tutti G. De Nova, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974.

64 Basti pensare come la responsabilità del produttore è stata affrontata a suo tempo in ambito civilistico e più di recente dalla giurisprudenza penalistica: G. Alpa, *La responsabilità del produttore*, Milano, 1976 e C. Piergallini, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, Milano, 2003.

65 C. E. Paliero, *Consenso sociale e diritto penale*, in “Rivista italiana di diritto e procedura penale”, 1992, pp. 301 ss.

66 C. E. Paliero, *L’autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, pp. 1220 ss. Per la sequenza «*revolución-declaración-constitución-códigos*» v. B. Clavero, in *Quaderni Fiorentini*, n. 18, 1989, p. 79 ss.

Una previsione, forse troppo ottimistica, sulla riscrittura delle strutture penalistiche vigenti nella prospettiva di una “modernizzazione” del diritto penale sembra dunque affidata all’andamento di un flusso che, superando i confini, ci porti verso un diritto (penale) «senza codice»<sup>67</sup>.

---

<sup>67</sup> Il riferimento è al lavoro di C. Sotis, *Il diritto senza codice*, Milano, 2007.