ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 29/03/2017

All'indirizzo http://www.diritto.it/docs/39229-sul-concetto-di-reato

Autore: Stefano Galeano

Sul concetto di reato

SUL CONCETTO DI REATO

Saggio breve di Stefano Galeano ([1])

Sommario: 1. Il reato: definizioni. - 2. La distinzione codicistica dei reati. - 3. Gli elementi essenziale del reato. - 4. Altri tipi di illeciti.

1. Il reato: definizioni

In dottrina esistono, principalmente, tre diversi tipi di definizioni del c.d. *reato*: *formale*, *sostanziale* e *formale-sostanziale*. Secondo la prima definizione c.d. *formale del reato*, il reato viene visto come quell'insieme di elementi al cui verificarsi il legislatore fa conseguire quella particolare sanzione che è la pena criminale. Secondo tale approccio, dunque, il reato è quel fatto giuridico volontario illecito al quale l'ordinamento ricollega come conseguenza una sanzione penale. Non sono, al contrario, reati tutti quegli atti giuridici che seppur illeciti l'ordinamento a questi ricollega pene diverse, quali sanzioni civili o amministrative (consistenti, solitamente, nel pagamento di una determinata somma di danaro).

A questo punto, qualcuno potrebbe chiedermi: le ipotesi di reato da quale leggi sono previste? Rispondo sostenendo che, al contrario di come si potrebbe intuire, essi sono previsti non solo da leggi dichiaratamente penali come il c.d. *codice penale ([2])* ma anche da leggi che concernono la materia amministrativa o civile. Esempi di questi sono: i reati previsti dal codice della strada ([3]) (artt. 9-*bis*, 9-*ter*, 189, ecc.); i reati in materia edilizia contemplati dal D.P.R. 380/2001, ecc.

Secondo un diverso approccio (sostanziale), il reato è quel fatto che pone in pericolo l'esistenza e la conservazione della società ([4]). Per Antolisei, reato è quel comportamento umano che, a giudizio del

---

[1] *Giurista.*

[2] *Il codice penale vigente è un prodotto legislativo del regime fascista, molto spesso denominato codice Rocco, dal nome del ministro guardasigilli Alfredo Rocco. Esso è entrato in vigore il 1° gennaio 1931 e sostituì il codice Zanardelli del 1889.*

[3] *D.Lgs. n. 285/1992 modificato recentemente dal D.L. 30 dicembre 2015, n. 210, convertito, con modificazioni, dalla L. 25 febbraio 2016, n. 21, dal D.Lgs. 15 gennaio 2016, n. 8 e dalla L. 23 marzo 2016, n. 41.*

[4] *Grispigni.*

legislatore, contrasta con i fini dello Stato ed esige come sanzione una pena criminale. Secondo Maggiore, anch'egli esponente della concezione sostanziale, il reato consiste in una grave offesa dell'ordine etico.
Tutte le concezioni sostanziali del reato risultano, tuttavia, soggetti a critica, perché o fanno riferimento a valori morali che risultano privi di rilievo nel diritto penale ([5]) oppure riconoscono l'impossibilità di prescindere dal giudizio del legislatore (vedasi, soprattutto, Antolisei).
La tesi quest'oggi prevalente in dottrina stabilisce che se si vuole dare una definizione non solo formale del reato bisogna far riferimento a quei caratteri che, nel nostro ordinamento, permettono di qualificare un determinato fatto come reato. Secondo il giurista Mantovani tali caratteri debbano essere desunti dai principi dettati dalla Costituzione in materia penale, i quali fungono contemporaneamente da guida e da limite al legislatore ordinario nella individuazione dei fatti da assoggettare alla sanzione penale. I giuristi Fiandaca e Musco concordano con Mantovani in quanto definiscono il reato come un fatto umano che aggredisce un bene c.d. *giuridico* ritenuto meritevole di protezione da un legislatore che si muove nel quadro dei valori costituzionali, a patto che la misura dell'aggressione sia tale da fare apparire inevitabile il ricorso alla pena e le sanzioni di tipo non penale non siano sufficienti a garantire una efficace tutela. La dottrina dominante specifica, tuttavia, che nessun tentativo di definizione sostanziale può avere l'efficacia di una formula magica che esima il legislatore dalla responsabilità delle scelte di criminalizzazione.
A parere dello scrivente, è vero come sostiene Mantovani che la Costituzione debba fungere da mentore per il legislatore per la produzione di norme penali, però è altrettanto vero che il legislatore debba

---

[5] *A differenza di altre branche del diritto, per il diritto penale dal punto di vista formale le sue norme non si individuano in base alla materia regolata dal comando o dal divieto, bensì in base al tipo di sanzione comminata per la sua inosservanza. Affinché una norma sia penale risulta sufficiente che alla sua violazione consegua una delle pene principali ai sensi dell'art. 17 c.p. Da ciò discende che la riconoscibilità di una norma come penale prescinde dal peculiare atteggiarsi della materia oggetto del comando o del divieto, che può, quindi, riferirsi ai settori più variegati: al diritto civile come al diritto del lavoro, al diritto commerciale come al diritto amministrativo. Effettivamente, le norme penali si trovano un po' ovunque nell'ordinamento, in numero superiore a quelle contenute nel testo specifico ossia codice penale: in questo sono contemplate esclusivamente le incriminazioni di maggiore rilievo sociale, ossia quelle in cui si identifica l'area "tradizionale" del diritto penale: ci si riferisce ad esempio: alla rapina, al furto, ecc.*

godere di ampia autonomia nelle scelte di politica criminale bilanciando quelle che sono le aspettative della cittadinanza con l'esigenze di contrasto ai vecchi e *new crimes* ([6]) (reati odiosi e la cui diffusione risulta concentrata, soprattutto, tra le nuove generazioni).
Ergo, le peculiarità del reato secondo una nozione formale, sono le seguenti: esso è un fatto umano; contemplato dalla legge in modo preciso (tassativo) ed irretroattivamente; attribuibile al soggetto sia psicologicamente che causalmente; idoneo ad offendere un bene giuridico costituzionalmente significativo; punito con una sanzione proporzionata alla rilevanza del valore tutelato e alla personalità dell'agente tesa alla rieducazione del condannato.

2. La distinzione codicistica dei reati

Secondo l'art. 39 del vigente codice penale, i reati si distinguono in delitti e contravvenzioni secondo la diversa specie delle pene per essi rispettivamente stabilite ai sensi dell'art. 17. Il criterio distintivo delle due fattispecie è rinvenibile nella sanzione prevista. Per cui nel caso in cui il fatto presenti caratteri simili al reato contravvenzionale, ma è sanzionato con la pena della multa, si tratta di delitto e non di contravvenzione. La disciplina generale viene, dunque, ad applicarsi con qualche differenza. Le distinzioni concernono: 1) l'elemento psicologico in quanto le contravvenzioni sono punite sia a titolo di colpa che di dolo, mentre i delitti sono puniti solo a titolo di dolo, mentre la punibilità per colpa deve essere espressamente prevista dal codice (ad es. nel nostro codice esiste il delitto di omicidio colposo, non esiste il danneggiamento colposo); 2) il tentativo è previsto solo per i delitti; 3) alcune circostanze del reato, le quali risultano applicabili solo ai delitti; 4) i reati posti in essere all'estero e punibili nel territorio dello Stato (art. 7 c.p.) ([7]) sono per loro stessa natura delitti e giammai contravvenzioni.

---

[6] *La coniazione di tale termine è dovuta dal fatto che, oggi come oggi, l'avvento delle nuove tecnologie (soprattutto quelle informatiche) non può esimerci dal confrontarci con nuove tipologie di atti delittuosi compiuti da chicchessia attraverso in primis la rete informatica. Penso al ciberbullismo messo in atto dai ciberbulli con l'utilizzo delle nuove tecnologie al fine di intimorire, molestare, mettere in imbarazzo, far sentire a disagio o escludere altre persone. Ciò può avvenire, per esempio, con: siti di giochi online, forum, chat e messaggi.*

[7] *È punito secondo la legge italiana il cittadino o lo straniero che commette in territorio estero taluno dei seguenti reati: 1) delitti contro la personalità dello Stato italiano;*

Si ha, dunque, un delitto ogniqualvolta la legge commini l'ergastolo, la reclusione o la multa, una contravvenzione nel caso in cui la legge commini l'arresto o l'ammenda.
Per completezza di trattazione occorre sottolineare che sono, inoltre, delitti i reati militari puniti con la reclusione militare.

3. Gli elementi essenziale del reato

Gli elementi essenziali del reato sono il *fatto*, la *colpevolezza* e l'*antigiuridicità*. Per *fatto* si intende l'insieme degli elementi oggettivi che individuano e caratterizzano ogni singolo reato come specifica forma di offesa a uno o più beni giuridici. A sua volta, il fatto consta della *condotta*, dell'*evento* e del *nesso di causalità* (tra condotta ed evento). Per condotta si intende il comportamento umano che costituisce reato. Essa può consistere sia in un'azione sia in un'omissione ([8]), ossia nel mancato compimento di un'azione dovuta da parte del soggetto attivo del reato, sia infine in una condotta mista, comprendente un'azione ed un'omissione. Perché possa sussistere una condotta penalmente rilevante occorre che essa venga sempre compiuta con coscienza e volontà ovvero sia attribuibile al soggetto attivo; sono, quindi esclusi dalla condotta penale gli atti istintivi e quelli riflessivi (per es. i movimenti di una persona affetta da epilessia, un colpo di tosse, ecc.), la c.d. *forza maggiore* ([9]) ed il c.d. *costringimento fisico* (art. 46 c.p.) ([10]), in presenza dei quali elementi l'autore dell'atto non potrà essere chiamato a risponderne penalmente. L'evento, invece,

---

2) delitti di contraffazione del sigillo dello Stato e di uso di tale sigillo contraffatto;
3) delitti di falsità in monete aventi corso legale nel territorio dello Stato, o in valori di bollo o in carte di pubblico credito italiano;
4) delitti commessi da pubblici ufficiali a servizio dello Stato, abusando dei poteri o violando i doveri inerenti alle loro funzioni;
5) ogni altro reato per il quale speciali disposizioni di legge o convenzioni internazionali stabiliscono l'applicabilità della legge penale italiana.

[8] *La dottrina moderna, quasi in modo unanime, concepisce l'omissione come un giudizio normativo, che consiste nel contrasto tra ciò che il soggetto ha fatto e ciò che avrebbe dovuto fare. In altre parole, l'omissione è un elemento normativo di carattere giuridico, il cui parametro è dato dalla norma che sancisce a carico del soggetto l'obbligo di attivarsi.*

[9] *In mancanza di una definizione normativa, per forza maggiore si intende quella forza assoluta ed invincibile della natura che fa venir meno nel soggetto la coscienza e la volontarietà della condotta. Si pensi all'operaio che cadendo, per effetto di una precipitazione atmosferica improvvisa, dall'impalcatura su cui stava lavorando ferisce un passante.*

[10] *Non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato da altri costretto, mediante violenza fisica alla quale non poteva resistere o comunque sottrarsi. In tal caso, del fatto commesso dalla persona costretta risponde l'autore della violenza.*

consiste nella lesione oppure messa in pericolo dell'oggetto giuridico del reato. Data l'importanza dell'argomento trattato, soffermiamoci ora su tale elemento costituente la condotta ossia l'evento: possiamo affermare che spesso la norma incriminatrice richiede il verificarsi di un evento ovvero quella o quelle conseguenze dell'azione che sono espressamente o tacitamente previste dalla norma incriminatrice, e non anche alle eventuali ulteriori conseguenze. Per fare qualche esempio, nei reati di omicidio, viene attribuito il nome di evento alla morte che deve essere prodotta dall'agente, mentre ulteriori conseguenze dell'azione come il danno patrimoniale non sono eventi in senso penalistico proprio perché non risultano presenti nella descrizione dei fatti di reato. Con l'espressione nesso di causalità, invece, ci riferiamo al collegamento necessario tra condotta ed evento, ossia per aversi reato l'evento punito dalla norma penale deve essere causato dalla condotta del soggetto attivo ([11]).

La *colpevolezza* consiste nell'insieme dei requisiti dai quali dipende la possibilità di comminare all'agente un rimprovero per aver commesso il fatto antigiuridico. Usando altri termini, l'accertamento della colpevolezza serve per attribuire il reato alla volontà dell'agente, che sarà chiamato a risponderne quando ha voluto l'evento (c.d. *dolo*) ([12]) ovvero quando, pur non avendolo voluto, avrebbe potuto evitarlo utilizzando la normale diligenza (c.d. *colpa*) ([13]).

La c.d. *antigiuridicità* esprime il rapporto di contraddizione intercorrente tra il fatto e l'intero ordinamento giuridico. Appare scontato pensare che qualsiasi fatto considerato dalla legge come reato è di per sé antigiuridico, perché entra in contrasto per definizione con i principi dell'ordinamento giuridico. A ben vedere, bisogna ricordare che la nostra legislazione contempla le c.d. *cause di giustificazione* cioè quell'insieme di facoltà e di doveri derivanti da norme

---

[11] *Con tale termine ci si riferisce a chi pone in essere il comportamento previsto dalla legge come reato. Possiamo, dunque, definire autore chi realizza il fatto tipico, chi cioè pone in essere il comportamento costituente reato. Tutte le persone fisiche possono essere soggetti attivi del reato: ogni persona ha cioè capacità penale, ossia l'attitudine a porre in essere comportamenti penalmente rilevanti, senza distinzione di età, sesso o di altre condizioni soggettive.*

[12] *Inteso quale rappresentazione e volizione di tutti gli estremi del fatto antigiuridico.*

[13] *Essa deriva dalla violazione dei doveri di diligenza, perizia o prudenza ovvero dall'inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline nell'esercizio di un'attività.*

che autorizzano o impongono la realizzazione di un fatto penalmente rilevante. Tra le cause di giustificazione, secondo lo schema codicistico, ricordiamo: il consenso dell'avente diritto (art. 50); l'esercizio di un diritto (art. 51); l'adempimento di un dovere (art. 51); la legittima difesa (art. 52); l'uso legittimo delle armi (art. 53); lo stato di necessità (art. 54). Senza indugiare in ulteriori approfondimenti - visto che ciò non rientra nell'aspirazione del presente saggio - ma tenuto conto dell'importanza e dell'attualità che riveste il tema della c.d. *legittima difesa,* si ritiene opportuno dedicare le righe che seguono ad un approfondimento di tale istituto. Inizio col dire che tale scriminante è prevista dall'art. 52 c.p. secondo il quale: "*Non è punibile chi ha commesso il fatto, per esservi stato costretto dalla necessità di difendere un diritto proprio o altrui dal pericolo attuale di una offesa ingiusta, sempre che la difesa sia proporzionata all'offesa*". Il fondamento di tale istituto va ricercato nell'esigenza di conferire importanza all'interesse di chi sia stato ingiustamente aggredito rispetto all'interesse di chi ha assunto una posizione contro la legge. I presupposti della condotta c.d. *aggressiva* sono i seguenti: una condotta umana: solitamente si reagisce ad una condotta umana oppure ad una minaccia che proviene da cose o da animali (in questo caso solo se è individuabile un soggetto tenuto ad esercitare su di essi una vigilanza); l'aggressione deve svolgersi contro un diritto altrui; è richiesta, inoltre, una condotta commissiva o anche omissiva; l'attualità del pericolo dove per pericolo si intende la probabilità che venga arrecato un danno, per attualità del pericolo ([14]), invece, ci si riferisce alla sua imminenza, cioè all'alta probabilità che il danno sia sul punto di essere arrecato; l'ingiustizia dell'offesa che concerne il fatto che l'offesa è *contra jus*, ossia arrecata in contrasto con le norme che tutelano l'interesse minacciato.

Per quanto attiene ai caratteri della reazione che va giustificata alla stregua dell'art. 52 c.p., la legittima difesa deve essere: a) *necessaria*, cioè la condotta difensiva, per essere per l'appunto legittima, deve essere

[14] *Tale formula comprende sicuramente due classi di ipotesi, in primis, quelle in cui la verificazione dell'offesa sia temporalmente imminente e, in secundis, è attuale il pericolo perdurante, ciò si verifica quando l'offesa è già in atto, ma ancora non si è esaurita.*

necessaria cioè l'agente deve essere stato costretto dalla necessità di difendersi; proporzionata all'offesa, dove la proporzione riguarda i mezzi difensivi che può utilizzare il soggetto agente e quelli effettivamente utilizzati. In poche parole, se chi reagisce provoca un'offesa superiore a quella ricevuta, se il mezzo usato era l'unico di cui poteva disporre l'aggredito, si ritiene lo stesso operante la causa di giustificazione. In materia, vi è da dire che in data 18 febbraio 2015 è stata presentata in Parlamento (Camera dei Deputati) una proposta di legge con la quale si intende modificare l'art. 52 c.p. La proposta mira ad apportare la modifica della c.d. *proporzionalità* tra difesa e offesa che, a detta dei relatori,"*tale norma si è nei fatti tradotta in una sostanziale inapplicabilità dell'esimente in esame*". I proponenti della riforma in questione, dunque, ritengono opportuno "*una modifica all'articolo 52 del codice penale prevedendo, sulla falsariga di un'analoga previsione del codice penale francese, una presunzione di difesa legittima per gli atti diretti a respingere l'ingresso, mediante effrazione, di sconosciuti in un'abitazione privata o presso un luogo dove si svolge un'attività commerciale professionale o imprenditoriale con violenza o minaccia di uso di armi o da parte di persona travisata o di più persone*". Attualmente la proposta di legge summenzionata è in esame nella II Commissione (Giustizia) della Camera dei Deputati. Chiaramente la prevenzione e la repressione dei reati sono, principalmente, di competenza dello Stato, tuttavia risulta indispensabile predisporre quei mezzi idonei di tutela in tutti quei casi in cui ci sia un pericolo imminente e sia impossibile evitarlo con il tempestivo intervento delle Forze dell'ordine. Ragion per cui, a parere di chi scrive, la riforma in argomento potrebbe dare una svolta ai casi di malagiustizia in cui la vittima di un reato diventa il carnefice e viceversa.

4. Altri tipi di illeciti

Naturalmente l'attuale ordinamento giuridico italiano contempla altri tipi di illeciti che, a ben vedere, si differenziano dall'illecito penale: stiamo parlando degli illeciti civile e amministrativo. A primo acchito il reato risulta cosa ben diversa dall'illecito civile. Tuttavia, per

cogliere appieno le differenze tra questi due illeciti occorre un lavoro non per nulla agevole in quanto tali differenze non possono basarsi né sulla minore o maggiore gravità dell'uno rispetto all'altro (perché, da un verso, esistono i c.d. *reati bagatellari* ossia di scarso allarme sociale e, in ogni caso, di minima gravità e, dall'altro, esistono illeciti civili non costituenti reati ma di grave portata, come per esempio alcuni gravi inadempimenti contrattuali che possono deturpare l'economia di una molteplicità di Paesi) né sulla natura degli interessi tutelati in ballo perché l'uno e l'altro finiscono col garantire tutela agli stessi interessi. A questo punto non possiamo non concludere nel senso che la distinzione tra le due categorie di illeciti è squisitamente formale e si basa sulla diversa natura della sanzione adottata in concreto dal legislatore per l'uno e per l'altro: sanzione civile per il relativo illecito, che può consistere, in base ai casi, in un risarcimento del danno, nella risoluzione contrattuale, ecc.; sanzione penale per il reato. Bisogna aggiungere, per completezza di trattazione, che un fatto può, contemporaneamente, costituire sia un reato sia un illecito civile: in tal caso l'ordinamento reagisce in una forma particolare, ossia estende l'area del danno risarcibile al danno non patrimoniale, apprestando a tale scopo due tipi di sanzioni civili ovvero il risarcimento e la pubblicazione della sentenza che dispone la condanna.

Possiamo sostenere, altresì, che anche tra illecito amministrativo ([15]) e reato la differenza è puramente formale: basti ricordare che la Corte costituzionale (sent. n. 68/1963) ha affermato che il criterio distintivo tra norma penale e norma che prevede un fatto come illecito amministrativo non è da ricercare nella materia cui la norma si riferisce, ma nella sola qualificazione giuridica data dal legislatore all'illecito. Sarà quindi penale la legge che punisce un determinato fatto con una sanzione penale ([16]), mentre avrà natura squisitamente

---

[15] *Tale tipo di illecito si pone di fianco, nell'ordinamento giuridico, all'illecito penale, reprimendo offese a beni giuridici selezionate in base ai principi di proporzione e di sussidiarietà: il ricorso alla sanzione amministrativa al posto di quella penale costituisce un importante strumento di deflazione del sistema penale a disposizione del legislatore. La previsione di illeciti amministrativi è l'unica strada percorribile dal legislatore regionale per la tutela sanzionatoria di beni giuridici.*

[16] *Essa può consistere in una multa (pena pecuniaria per i delitti: art. 18 c.p.) o in un'ammenda (pena pecuniaria per le contravvenzioni).*

amministrativa qualora preveda come conseguenza del medesimo una sanzione amministrativa ([17]).
Da ciò discende che una differenza sostanziale tra i due tipi di illeciti non esiste: sarà chiamato quindi il legislatore, di volta in volta, sulla base di considerazioni di natura sociale-politica, a stabilire se per un particolare fatto definibile quale illecito, risulti sufficiente comminare una sanzione amministrativa o sia opportuno, al contrario, ricorrere a quella più grave penale.
Una volta riconosciuta la natura penale o amministrativa dell'illecito, ha luogo l'applicazione delle relative discipline e principi: - all'illecito amministrativo consegue esclusivamente una sanzione amministrativa; tale sanzione non comporta le conseguenze tipiche della sanzione penale e, ragion per cui, non potrà essere convertita in una forma qualunque di privazione della libertà personale in caso di insolvibilità del trasgressore; gli organi amministrativi deputati non potranno in nessun caso comminare una sanzione di carattere penale.

[17] *Sono tutte quelle sanzioni non designate come multe o come ammende e, quindi, hanno natura amministrativa.*