

**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO**

Facoltà di Giurisprudenza

Dipartimento di Scienze Giuridiche Cesare Beccaria

Dottorato di Ricerca in

Diritto Penale Italiano, Comparato e Internazionale

XXIII Ciclo

***IGNORANTIA LEGIS***  
**ED IL DIFFICILE APPRODO**  
**AL PRINCIPIO DI COLPEVOLEZZA.**  
**UN'INDAGINE COMPARATISTICA**  
**SULLA PRASSI APPLICATIVA**

Coordinatore:

Chiar.mo Prof. Francesco VIGANO'

Tutor:

Chiar.mo Prof. Fabio BASILE

Tesi di dottorato di

Verena PUSATERI

Matr. n. R07771

Anno Accademico 2009-2010

*Meiner Omi, mit Liebe*

# INDICE

<i>Introduzione</i>	VII
---------------------	-----

## PARTE I

### L'ORDINAMENTO ITALIANO:

### L'ART. 5 COD. PEN. ED IL PRINCIPIO DI COLPEVOLEZZA

#### CAPITOLO I

#### GENESI STORICA DELL'ART. 5 COD. PEN. E DIBATTITO

#### FINO ALLA SENTENZA N. 364 DEL 1988

1. Cenni storici: dalle origini romanistiche al codice Zanardelli.	2
2. Il fondamento sistematico dell'originario art. 5 cod. pen. Il dibattito in sede di Lavoratori Preparatori.	10
3. Giustificazione e <i>ratio</i> incriminatrice dell'art. 5 cod. pen. Il principio di assoluta inescusabilità dell'ignoranza della legge penale attraverso la lente delle principali interpretazioni dogmatiche.	12
3.1. La teoria politica ed autoritaria.	14
3.2. L'art. 5 ed il principio dell'obbligatorietà della legge penale.	16
3.3. La teoria della presunzione assoluta di conoscenza della legge penale.	19
3.4. Il dovere autonomo di conoscenza della legge penale.	22
3.5. Le norme penali come regole di civiltà.	25
4. L'applicazione rigorosa dell'originario art. 5 cod. pen. nella giurisprudenza maggioritaria e lo stato di <i>buona fede</i> come primo temperamento all'assoluta inescusabilità.	27

5.	Le ragioni storiche, culturali e giuridiche della lenta erosione del principio di inescusabilità.	32
5.1.	L'art. 27 della Carta costituzionale.	33
5.1.1.	La giurisprudenza costituzionale sull'art. 27 Cost.	37
5.2.	L'influenza del diritto penale tedesco. Cenni e rinvio.	38
5.3.	Amministrativizzazione del diritto penale.	40
5.4.	Concrete proposte dottrinali per il superamento del principio di assoluta inescusabilità.	41
5.4.1.	( <i>segue</i> ) Abrogazione parziale.	41
5.4.2.	( <i>segue</i> ) Dichiarazione di parziale illegittimità costituzionale.	42
5.4.3.	( <i>segue</i> ) Abrogazione totale.	43
5.4.4.	( <i>segue</i> ) Interpretazione conforme a Costituzione.	44
6.	La sentenza C. cost. n. 74 del 1975: il rigetto della prima questione di illegittimità costituzionale	47

## CAPITOLO II

### LA SENTENZA N. 364 DEL 1988 DELLA CORTE COSTITUZIONALE TRA TRADIZIONE ED INNOVAZIONE. LA RISCOPERTA DEL "VOLTO COSTITUZIONALE" DELL'ART. 5 COD. PEN.

1.	Le due ordinanze di remissione alla Corte costituzionale.	50
1.2.	La riunione delle due questioni di legittimità costituzionale. La posizione di chiusura dell'Avvocatura dello Stato.	57
2.	La pronuncia di parziale illegittimità costituzionale. Linee generali.	60
3.	Fondamento della sentenza: confronto tra l'art. 5 cod. pen. e la Costituzione.	63

3.1. I doveri reciproci: l'onere di riconoscibilità dei contenuti delle norme penali a carico dello Stato.	63
3.2. ( <i>segue</i> ) I doveri strumentali di conoscenza delle leggi a carico dei cittadini.	66
4. Esegesi dell'art. 27 Cost.: l'affermazione del principio di colpevolezza.	68
4.1 La matrice teorica della sentenza: l'adesione alla <i>Schuldtheorie</i> .	71
5. I parametri di valutazione dell'inevitabilità.	74

### CAPITOLO III

#### AMBITO DI OPERATIVITÀ DEL "NUOVO" ART. 5 COD.

##### PEN.

##### LE TIMIDE APPLICAZIONI GIURISPRUDENZIALI.

1. Premessa. Diretrici dell'indagine giurisprudenziale.	81
1.1. Il naturale terreno di applicazione dell'art. 5 cod. pen.: i reati artificiali ed i reati omissivi propri. Rilievi critici.	83
2. Il giudizio di inevitabilità. La <i>concretizzazione</i> del dovere strumentale di informazione e di conoscenza.	86
2.1. Il giudizio di inevitabilità: <i>culpa iuris</i> o <i>culpa facti</i> ?	99
3. I parametri indicati dalla Corte costituzionale tra teoria e prassi.	102
3.1. Profili generali.	102
3.1.1. I criteri cd. soggettivi puri. La <i>non colpevole</i> carenza di socializzazione.	104
3.1.2. I criteri oggettivi puri. Quando la norma penale <i>oggettivamente</i> non è conoscibile.	112
3.1.3. I criteri oggettivi "misti". Buona fede e "rassicurazioni" della P.A.	116
4. Prime riflessioni in prospettiva critica e <i>de iure condendo</i> .	120

**PARTE II**  
**PROFILI COMPARATI. L'ERRORE SUL PRECETTO**  
**DELL'ORDINAMENTO PENALE TEDESCO**

**CAPITOLO I**  
**VERBOTSIRRTUM:**  
**L'ELABORAZIONE DOTTRINALE ED IL**  
**DEFINITIVO CONSACRAMENTO DELLA**  
**SCHULDTHEORIE**

- |  |     |
|--|-----|
| 1. Uno sguardo oltralpe. Premesse dell'indagine.   | 123 |
| 2. L'antecedente storico e dogmatico: il § 59 del Codice penale del 1871. Le origini del dibattito.  | 125 |
| 3. L'errore sul divieto ( <i>Verbotsirrtum</i> ) tra teoria del dolo ( <i>Vorsatztheorie</i> ) e teoria della colpevolezza ( <i>Schuldtheorie</i> ). | 129 |
| 3.1. La teoria del dolo ( <i>Vorsatztheorie</i> ): non c'è dolo senza coscienza dell'illiceità.  | 130 |
| 3.2. La teoria della colpevolezza: la coscienza dell'antigiuridicità come elemento autonomo della colpevolezza.                                      | 133 |
| 4. La sentenza del <i>Bundesgerichtshof</i> del 18 marzo 1952: il definitivo consacramento della <i>Schuldtheorie</i> .                              | 136 |

**CAPITOLO II**  
**IL § 17 STGB TRA TRADIZIONE ED INNOVAZIONE.**  
**L'APPLICAZIONE GIURISPRUDENZIALE**

1.	Il § 17 StGB e la consacrazione 'positiva' della <i>Schuldtheorie</i> .	146
2.	Le varie forme di errore sul divieto: le <i>ragioni</i> della mancata coscienza della anti giuridicità.	148
2.1.	L'errore sul precetto <i>diretto</i> o <i>astratto</i> ( <i>direkter oder abstrakter Verbotsirrtum</i> ).	149
2.2.	L'errore sul precetto <i>indiretto</i> o <i>concreto</i> ( <i>indirekter oder konkreter Verbotsirrtum</i> ).	157
3.	Il giudizio di (in)evitabilità. Le conseguenze applicative.	159

### PARTE III

#### CONSIDERAZIONI FINALI

#### RIFLESSIONI CONCLUSIVE.

#### L'ART. 5 COD. PEN.: UN CROCEVIA DI TRADIZIONE E

#### MODERNITÀ

1.	Spunti di riflessione.	168
2.	Art. 5 cod. pen. e § 17 StGB: due norme e due applicazioni giurisprudenziali a confronto. Prospettive <i>de iure condendo</i> .	169
3.	Il giudizio di (in)evitabilità. La Corte costituzionale torna sullo spinoso problema.	177
4.	Art. 5 cod. pen.: il portavoce del principio di colpevolezza in ambito europeo.	182
	<i>Bibliografia</i>	188

## INTRODUZIONE

Con il presente lavoro si intende dare un contributo, in chiave comparatistica e in prospettiva *de iure condendo*, al dibattito dottrinale e giurisprudenziale sorto in relazione ad una delle norme più problematiche e più discusse del nostro ordinamento penale: l'art. 5 cod. pen.

Il nostro interesse alla materia deriva da una curiosità intellettuale, confortata da un illustre Maestro, il prof. Marinucci, nel voler capire i reali confini applicativi del principio '*ignorantia legis non excusat*', da sempre contrassegnato da "luci ed ombre" interpretative.

Nelle pagine che seguono cercheremo, dunque, di dimostrare che l'errore sul precetto rappresenta un crocevia di punti chiave del diritto penale, in quanto costituisce un delicato terreno di tensione fra le "pretese della ragione preventiva" e l'affermazione del principio di colpevolezza.

La *prima parte* del presente lavoro sarà dedicata all'evoluzione del principio dell'*ignorantia legis* nell'*ordinamento italiano*.

Inizieremo la nostra trattazione, nel *primo capitolo*, con un breve viaggio nelle origini storiche di tale principio, a partire dal diritto romano, ove esso affonda le proprie origini, fino ad arrivare alla formulazione contenuta nel codice Rocco del 1930, soffermandoci in particolare sull'antecedente storico immediato dell'art. 5 cod. pen., l'art. 44 del codice Zanardelli del 1889, il quale collocava la tematica dell'errore sul precetto nell'alveo della valutazione dell'imputabilità.

Cercheremo, durante tale percorso, di delineare le ragioni storiche, giuridiche e culturali del forte radicamento che il principio di inescusabilità dell'ignoranza della legge penale ha dimostrato da

sempre nell'ordinamento italiano, a differenza di quanto è invece accaduto in altri ordinamenti europei.

Noteremo che la *ratio* giustificatrice dell'art. 5 cod. pen., nella sua formulazione originaria – in cui si sanciva la totale equiparazione tra ignoranza della disposizione violata e l'esatta e puntuale conoscenza della stessa – è stata riconosciuta dalla dottrina dell'epoca in ragioni squisitamente politiche, attesi i suoi profondi legami con il principio di obbligatorietà della legge penale, nonché in una sorta di presunzione assoluta di conoscenza della legge penale.

Saranno proprio tali elaborazioni dottrinali a far emergere la fragilità logico-dogmatica dell'art. 5 cod. pen., che sembrava peccare per eccesso repressivo e che necessitava di una dimensione 'sostanzialmente personale'.

Accanto alle spiegazioni dottrinali, cercheremo di ripercorrere anche l'applicazione giurisprudenziale che veniva fatta dell'art. 5 cod. pen. prima dello storico intervento della Corte costituzionale nel 1988, che si dimostrerà piuttosto rigorosa in tema di errore sul precetto.

Tale atteggiamento era proprio non solo della giurisprudenza ordinaria, sia di merito che di legittimità, ma anche dei giudici costituzionali, che in una sentenza del 1975 hanno escluso qualsiasi efficacia scusante all'*error iuris* sulla base della considerazione che il principio di irretroattività e la subordinazione dell'entrata in vigore delle leggi alla loro pubblicazione avrebbero consentito a tutti i cittadini di conoscere la legge.

L'unica eccezione a tale rigore applicativo era rappresentata da quell'orientamento giurisprudenziale che, nell'ambito delle contravvenzioni, riconosceva efficacia scusante alla 'buona fede' dell'agente, quando l'errore sulla legge penale era riconducibile ad una circostanza di fatto che avesse causato la ragionevole convinzione sulla liceità del proprio operato.

Tracciata l'evoluzione del principio di inescusabilità dell'ignoranza della legge penale, valorizzeremo anche le cause che hanno portato alla lenta erosione di tale inescusabilità, avvenuta non per opera del legislatore, ma per effetto di una pronuncia della Corte costituzionale, che ha cristallizzato uno stato d'animo diffuso tra le fila della dottrina e ha mostrato la debolezza di un principio, che sembrava intrappolato in una gabbia dogmatica.

Ricondurremo, per comodità espositiva, le ragioni di detta erosione a tre diverse direttrici d'indagine: l'avvento della Costituzione ed in particolare dell'art. 27; l'influenza del diritto penale tedesco ed, infine, il progressivo processo di amministrativizzazione del diritto penale.

Per completare il quadro antecedente al 1988, prenderemo in considerazione anche quelle proposte dottrinali, volte a suggerire soluzioni adeguatrici che potessero rendere il disposto dell'art. 5 cod. pen. conforme al dettato costituzionale.

Il *secondo capitolo* sarà interamente dedicato alla sentenza n. 364 del 1988 della Corte costituzionale, che ha rappresentato uno storico *revirement* rispetto al passato.

Cercheremo, a tal proposito, di ripercorrere le linee essenziali del percorso logico ed argomentativo, che ha spinto la Corte a conferire all'art. 5 cod. pen. una lettura improntata al 'volto costituzionale' del diritto penale, ridisegnandone in parte la portata.

La Corte costituzionale giunge, infatti, a dichiarare l'illegittima parziale di detta norma, nella parte in cui non esclude dall'inescusabilità dell'ignoranza della legge penale l'ignoranza inevitabile.

Passeremo in rassegna i passaggi più salienti della pronuncia, dando voce alle contrapposte spinte che ne hanno determinato il fondamento: la necessità politico-criminale di un'effettiva risposta punitiva dell'ordinamento, da un canto, e le esigenze di garanzia delle libertà del singolo individuo, dall'altro.

Ci occuperemo, a tal proposito, dei doveri di riconoscibilità dei contenuti delle norme penali a carico dello Stato e dei reciproci doveri strumentali di conoscenza delle leggi a carico dei cittadini.

Il tutto ci consentirà di gettare le basi per una lettura sinergica dell'art. 27 Cost. e per la conseguente affermazione del principio di colpevolezza, che, secondo le parole degli stessi giudici costituzionali, "potrebbe ritenersi rispettato solo quando il precetto sia stato formulato in termini tali da garantire il collegamento psichico tra l'agente e il nucleo significativo e fondante della fattispecie, nel quale si risolve il disvalore del fatto incriminato".

La colpevolezza non può, infatti, prescindere dalla possibilità di acquisire la consapevolezza circa l'illiceità penale del fatto.

Non mancheranno delle riflessioni anche sulla matrice teorica della pronuncia, ossia la teoria della colpevolezza (la cd. *Schuldtheorie*), elaborata dalla dottrina penalistica tedesca, che contempla la coscienza dell'illiceità come un elemento autonomo della colpevolezza e "si accontenta", ai fini del rimprovero, della possibilità di conoscenza della illiceità.

Da ultimo analizzeremo i parametri (soggettivo, oggettivo puro ed oggettivo misto) che la Corte costituzionale ha stabilito con l'intento di arricchire di contenuti il nuovo principio della scusabilità relativa e, quindi, di guidare l'interprete nel giudizio di evitabilità/inevitabilità dell'ignoranza della legge penale.

Tali linee guida ci consentiranno di distinguere tra *ignoranza evitabile*, inidonea a scalfire il giudizio di rimproverabilità personale per il fatto commesso ed *ignoranza inevitabile*, che invece esclude la colpevolezza, ogni volta che l'agente dimostri di aver fatto tutto il possibile per conoscere la legge.

Il *terzo capitolo* della prima parte sarà, invece, dedicato all'analisi della giurisprudenza di merito e di legittimità che si è pronunciata sull'art. 5

cod. pen., a partire dalla storica sentenza della Corte costituzionale del 1988 fino ai giorni nostri.

Cercheremo, utilizzando gli stessi schemi interpretativi e sistematici forniti dalla Corte, di verificare *se ed in che termini* i giudici abbiano applicato i parametri per la valutazione ed il riconoscimento dell'inevitabilità/evitabilità dell'errore, ed altresì di capire se tali esiti interpretativi siano stati realizzati nel rispetto del principio di colpevolezza.

Possiamo anticipare fin d'ora che il risultato sarà alquanto deludente, visto che la giurisprudenza italiana ha mostrato un atteggiamento di 'ritrosia' nei confronti dell'art. 5 cod. pen., come riletto dalla Corte costituzionale, esitando a riconoscere valenza scusante all'ignoranza della legge penale.

La *seconda parte* del presente lavoro sarà invece dedicata all'analisi dell'ordinamento tedesco, che è stato il primo in assoluto - attraverso la formulazione del § 17 nel codice riformato del 1975 - a riconoscere in Europa la necessità di un'indagine sulla causa dell'errore sull'illiceità penale, diventando un modello per tutti gli altri ordinamenti europei ed extraeuropei.

Tale percorso d'indagine comparata trae spunto direttamente dalle parole dei giudizi costituzionali italiani, che, infatti, avevano utilizzato - nella pronuncia del 1988 - la prospettiva comparata non solo come termine di riferimento per argomentare e demolire il principio arcaico e superato dell'inescusabilità (attraverso il richiamo alla *Schuldtheorie*), ma anche in una prospettiva *de iure condendo*, come possibile esempio da seguire per un eventuale intervento legislativo che andasse a disciplinare *ex novo* la tematica dell'ignoranza della legge penale.

Inizieremo la trattazione, nel *primo capitolo*, con una breve ricostruzione storica della disciplina in tema di errore sul precetto (*Verbotsirrtum*), che ci consentirà, da un canto, di verificare la portata

del § 59 del codice penale del *Reich* del 1871 e, dall'altro, di valorizzare il dibattito sorto tra le fila della dottrina, che ha caratterizzato per lungo tempo la storia dogmatica tedesca e che ha visto la netta contrapposizione tra teoria del dolo (*Vorsatztheorie*), che considerava la coscienza dell'illiceità un elemento indefettibile del dolo, e teoria della colpevolezza (*Schuldtheorie*), che invece qualificava la coscienza dell'illiceità come un autonomo e distinto momento della colpevolezza.

Passeremo in rassegna i due orientamenti, cercando di metterne in evidenza "luci ed ombre" e verificheremo le ragioni che hanno spinto, nel 1952, la Suprema Corte Federale (*Bundesgerichtshof*), a sezioni unite, ad accogliere, da un lato, la teoria della colpevolezza e gettare, dall'altro, le basi per importanti affermazioni di diritto in tema di errore sul precetto.

In esito a tali ricostruzioni dogmatiche, nel *secondo capitolo*, ci soffermeremo sul § 17 StGB (*Strafgesetzbuch*), per analizzarne la struttura, le varie forme di manifestazione individuate dalla dottrina e le conseguenze giuridiche connesse al giudizio di evitabilità/inevitabilità.

Seguendo lo stesso *iter* logico utilizzato per l'ordinamento penale italiano, passeremo in rassegna le più rilevanti applicazioni giurisprudenziali, per verificare l'effettività della disciplina dell'errore sul precetto e per offrire qualche spunto di riflessione in chiave comparatistica.

La *terza parte*, invece, sarà dedicata alle riflessioni conclusive, in cui cercheremo di tirare le somme del nostro percorso d'indagine.

Metteremo, a tal proposito, a confronto l'art. 5 cod. pen. ed il § 17 StGB e le rispettive applicazioni giurisprudenziali, con l'intento di verificare se la disciplina, e soprattutto la prassi italiana siano davvero rispettose

del principio di colpevolezza, o se debba recepire qualche “suggerimento” dal vicino ordinamento tedesco.

Tale comparazione ci offrirà lo spunto per fare delle importanti considerazioni in chiave *de iure condendo* e per evidenziare le prospettive del ‘nostro’ art. 5 cod. pen. non solamente in ambito italiano, ma anche in ambito europeo.

**PARTE I**

**L'ORDINAMENTO ITALIANO:**

**L'ART. 5 ED IL PRINCIPIO DI COLPEVOLEZZA**

**CAPITOLO I**  
**GENESI STORICA DELL'ART. 5 COD. PEN. E**  
**DIBATTITO FINO ALLA SENTENZA N. 364 DEL 1988**

**SOMMARIO:** 1. Cenni storici: dalle origini romanistiche al codice Zanardelli. - 2. Il fondamento sistematico dell'originario art. 5 cod. pen. Il dibattito in sede di Lavoratori Preparatori. - 3. Giustificazione e *ratio* incriminatrice dell'art. 5 cod. pen. Il principio di assoluta inescusabilità dell'ignoranza della legge penale attraverso la lente delle principali interpretazioni dogmatiche. - 3.1. La teoria politica ed autoritaria. - 3.2. L'art. 5 ed il principio dell'obbligatorietà della legge penale. - 3.3. La teoria della presunzione assoluta di conoscenza della legge penale. - 3.4. Il dovere autonomo di conoscenza della legge penale. - 3.5. Le norme penali come regole di civiltà. - 4. L'applicazione rigorosa dell'originario art. 5 cod. pen. nella giurisprudenza maggioritaria e lo stato di *buona fede* come primo temperamento all'assoluta inescusabilità. - 5. Le ragioni storiche, culturali e giuridiche della lenta erosione del principio di inescusabilità. - 5.1. L'art. 27 della Carta costituzionale - 5.1.1. La giurisprudenza costituzionale sull'art. 27 Cost. - 5.2. L'influenza del diritto penale tedesco. Cenni e rinvio. - 5.3. Amministrativizzazione del diritto penale. - 5.4. Concrete proposte dottrinali per il superamento del principio di assoluta inescusabilità. - 5.4.1. (*segue*) Abrogazione parziale. - 5.4.2. (*segue*) Dichiarazione di parziale illegittimità costituzionale. - 5.4.3. (*segue*) Abrogazione totale. - 5.4.4. (*segue*) Interpretazione conforme a Costituzione. - 6. La sentenza C. cost. n. 74 del 1975: il rigetto della prima questione di illegittimità costituzionale.

**1. Cenni storici: dalle origini romanistiche al codice Zanardelli.**

Al fine di comprendere la portata ed il significato dell'art. 5 cod. pen., così come novellato dalla sentenza della Corte costituzionale nel 1988, si rende necessario iniziare la nostra trattazione da un *excursus* storico, ossia da un viaggio nelle origini di quella che è stata una delle norme più problematiche e più discusse del nostro ordinamento penale <sup>(1)</sup> e che ancora oggi dà notevole filo da torcere agli interpreti.

---

<sup>1</sup> Vedi, ad esempio, LEONE, in *Punti fermi e punti di discussione della prossima riforma del codice penale italiano (conferenza tenuta all'Università di Alessandria d'Egitto il 26 marzo 1964)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1966, pag. 7, che segnalava che al primo posto tra i punti di discussione della riforma penale, che sarebbero dovuti essere l'oggetto di "meditata riflessione" ed altresì la "vera sostanza" della riforma, vi fosse l'angoscioso problema della conoscenza della legge penale.

L'odierna disciplina, costituzionalmente orientata, dell'ignoranza della legge penale, secondo cui *"nessuno può invocare a propria scusa l'ignoranza della legge penale, salvo che si tratti di ignoranza inevitabile"* è, infatti, il risultato di una tortuosa e lenta evoluzione, il cui esito è stato quello di mettere in discussione, prima, e scardinare, poi, l'assolutezza del principio contenuto nell'originario art. 5 cod. pen., che - come vedremo ampiamente nel prosieguo - si fonda sull'ovvia esigenza dell'immanenza della legge di fronte a tutti i destinatari, esigenza che, diversamente operando, potrebbe condurre all'annullamento della forza obbligatoria della norma penale nel singolo caso individuale.

Tale viaggio nel passato, che ci siamo ripromessi di effettuare, si rende pertanto necessario, da un canto, per "colorare" di contenuti storici le parole di Carrara che metteva in risalto luci ed ombre del principio dell'inescusabilità, sostenendo che *"benché comunemente si annunzi come regola trita, è più veramente a mio credere ad insegnarsi come regola broccardica, perché [...] quantunque vera nel suo fonte andava però soggetta a distinzioni e limitazioni nel variare delle sue applicazioni, e così rendevasi in certe condizioni meno esatta, e meno accettabile; e poteva ancora in certe sue sinuosità divenire assolutamente falsa"* (2).

Dall'altro, si rende indispensabile anche per analizzare in maniera critica le ragioni storiche, culturali e giuridiche del forte radicamento che il principio dell'assoluta inescusabilità dell'ignoranza della legge penale ha manifestato all'interno dell'ordinamento penale italiano fino alla fine degli anni Ottanta del secolo scorso, a differenza di quanto avvenuto in molti altri paesi europei, ove, invece, già da tempo si era affermata la rilevanza scusabile dell'errore inevitabile (3) (4).

---

<sup>2</sup> CARRARA, *Della ignoranza come scusa*, in *Opuscoli di diritto criminale*, VII, V ed., Firenze, 1911, pagg. 385 ss.

<sup>3</sup> Vedi ad esempio il codice penale svizzero del 1937-40, jugoslavo del 1951, polacco del 1969, austriaco del 1974, tedesco del 1975, ungherese del 1978, portoghese del 1982, nonché la legge spagnola di riforma del codice penale del 1983.

Ma facciamo un passo indietro verso quelle che vengono unanimemente riconosciute come le radici storiche del principio dell'inescusabilità dell'ignoranza delle legge penale <sup>(5)</sup>, letto da sempre come l'unico strumento idoneo a garantire la stabilità delle relazioni giuridiche e la certezza del diritto penale.

Il principio dell'*ignorantia legis non excusat* affonda le sue origini nel diritto romano classico, che era solito distinguere due forme di manifestazione dell'errore giuridicamente rilevante: l'errore di fatto (*ignorantia facti*) e l'errore di diritto (*ignorantia iuris*) <sup>(6)</sup>.

Riconosceva, però, solamente al secondo la caratteristica dell'assoluta inescusabilità e, pertanto, non prevedeva la conoscenza della norma incriminatrice come un requisito necessario per l'applicazione della stessa.

Tradizionalmente, il principio di cui ci stiamo occupando si fa risalire ad un frammento del Digesto, attribuito a Paolo, ove si legge, infatti, che "*regula est iuris quidam ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere*" <sup>(7)</sup> <sup>(8)</sup>.

Il carattere assoluto ed indiscusso di tale principio, considerato fin dalle origini come un pilastro portante del diritto penale, era conseguenza naturale del regime politico imperiale, in cui il precetto penale veniva considerato il comando di chi deteneva il potere e mirava ad assicurare

---

<sup>4</sup> La seconda parte del presente lavoro sarà dedicata nello specifico all'ordinamento penale tedesco ed alla evoluzione del principio dell'*ignorantia legis* in detto sistema.

<sup>5</sup> Per una rapida ricostruzione storica, vedi PALAZZO, *Ignoranza della legge penale*, in *Digesto delle Discipline Penalistiche*, vol. VI, IV ed., Torino, 1992, pag. 124.

<sup>6</sup> Per tale distinzione, vedi ZILLETTI, *La dottrina dell'errore nella storia del diritto romano*, Milano, 1961, pag. 193; FERRINI, *Diritto penale romano. Teorie generali*, Milano, 1899, pagg. 140 e 144; dello stesso Autore, vedi anche *Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano* (diretta da PESSINA), Milano, 1902, pagg. 68 ss.

Vedremo che tale dicotomia verrà fatta propria dalla giurisprudenza del *Reichsgericht* durante la vigenza del codice penale tedesco del 1871.

<sup>7</sup> Dig. 22, 6, 9, pr.

<sup>8</sup> Vedi, tuttavia, MALINVERNI, *Reati valutari: problemi attuali*, Milano, 1978, pag. 41, ad avviso del quale "il principio secondo cui l'ignoranza della legge penale non scusa è

la conservazione dello stesso, anche attraverso lo strumento indispensabile delle sanzioni penali.

Queste ultime trovavano, infatti, applicazione di fronte ad una mera violazione della legge, senza dare spazio alcuno alle giustificazioni o alle circostanze soggettive del reo. Questo, perchè la conoscenza delle leggi, secondo i commentatori dell'epoca, non presentava alcuna difficoltà.

Vi era, infatti, la piena convinzione che il diritto fosse un sistema razionalmente definito, le cui applicazioni ed i cui sviluppi, dipendenti essenzialmente dalla logica, fossero conoscibili da chiunque, o per scienza propria o per scienza altrui<sup>(9)</sup>.

Ne derivava, pertanto, che l'ignoranza o l'errore sulla legge penale non assumevano alcuna valenza ai fini della concreta punibilità del soggetto<sup>(10)</sup>.

Come ogni regola che si rispetti, tuttavia non tardarono ad arrivare le eccezioni alla stessa.

Nelle fonti post-classiche e giustinianee<sup>(11)</sup> si riconoscono, infatti, numerose deroghe al principio, essenzialmente in considerazione della limitata "capacità di comprensione" attribuita a determinati soggetti: i minori di venticinque anni (*minores*), le donne (*mulieres propter sexus infirmitatem*), i militari (*milites*) ed i villici (*rustici*).

In questi casi si ammettevano, dunque, dei temperamenti al principio assoluto, in ragione della "debolezza" dei destinatari dei precetti, dai quali non si poteva pretendere la conoscenza delle leggi penali, ritenuta improbabile o addirittura impossibile.

Queste eccezioni diventarono sempre più frequenti nel diritto canonico del X-XII sec., che riconosceva come regola l'irrilevanza dell'errore sul

---

di origine giustiniana ed è il risultato di una generalizzazione di un testo di Nerazio. La forzatura è palese conseguenza del regime politico imperiale, quindi assoluto".

<sup>9</sup> Vedi ZILLETTI, *La dottrina dell'errore*, cit., pag. 213.

<sup>10</sup> MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899, pagg. 92 ss.

<sup>11</sup> VOLTERRA, *Osservazioni sull'ignorantia iuris nel diritto penale romano*, in *BIDR* 1930, 38, pagg. 75 ss.

precetto, ma, di fatto, prevedeva numerose ipotesi in cui all'errore veniva riconosciuta efficacia scusante.

Dal regime di inescusabilità assoluta erano, in particolare, escluse le norme locali vescovili, eccezion fatta per i casi di ignoranza *crassa e supina* <sup>(12)</sup>, ossia quei casi in cui l'ignoranza fosse riconducibile ad una condotta colposa dell'agente, che per mera pigrizia o disinteresse non si fosse attivato – pur avendone la concreta possibilità – per conoscere la norma incriminatrice.

Il diritto canonico attribuiva rilievo anche alla cd. ignoranza *affectata* <sup>(13)</sup>, ossia a quei casi in cui l'agente intenzionalmente e preordinatamente si era messo nella condizione di non conoscere la norma incriminatrice, al fine ovvio di sottrarsi ad essa.

I post-glossatori partivano dall'idea del "*quaelibet ignorantia etiam iuris excusat a dolo*" <sup>(14)</sup> ed individuavano un'eccezione nell'ipotesi in cui venisse violato lo *ius naturale* <sup>(15)</sup>, ossia "*quod est publice notum*".

In tale caso l'errore doveva sempre essere punibile, perché non si poteva in alcun modo scusare chi non conoscesse le disposizioni fondamentali che regolavano la vita e le relazioni degli uomini <sup>(16)</sup>.

Da qui derivava, tra le altre cose, l'esigenza di inserire per tale materia delle presunzioni di colpevolezza (il cd. *dolus praesumptus*), che – come vedremo – rappresenteranno anche il fondamento di alcuni orientamenti dottrinali successivi all'entrata in vigore del codice Rocco del 1930.

---

<sup>12</sup> JASONNI, *Contributo allo studio della "ignorantia juris" nel diritto penale canonico*, Milano, 1983, pag. 148.

<sup>13</sup> JASONNI, *Contributo allo studio*, cit., pag. 148.

<sup>14</sup> Per una ricostruzione della posizione dei post-glossatori, vedi PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976, pagg. 25 ss.

<sup>15</sup> Con tale espressione si intende far riferimento a quel complesso di regole autoevidenti di giustizia e di valori etico-sociali universali che hanno il loro costante fondamento nella natura razionale dell'uomo. Vedi in proposito, CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa, Le fonti e il pensiero giuridico*, I, Milano, 2000, pag. 320.

<sup>16</sup> A tal proposito, vedi JESCHECK, *L'errore di diritto nel diritto penale tedesco e italiano*, in *Indice penale* 1988, pag. 187.

Per tutto il periodo del diritto comune <sup>(17)</sup>, il principio della inescusabilità assoluta dell'ignoranza della legge penale veniva riaffermato in maniera costante e rigorosa, ma continuavano a persistere anche numerosi temperamenti, questa volta diretti agli stranieri ed ai militari che non erano nella condizione materiale di conoscere le norme locali.

I codici europei (pre-unitari per i due Stati, oggetto di indagine nel presente lavoro) non contenevano alcuna menzione espressa del principio dell'*ignorantia legis non excusat* <sup>(18)</sup>, perché si riteneva, tra i giuristi dell'epoca, che fosse del tutto superfluo inserire una norma di tale portata nel dettato legislativo, in quanto già pacificamente ammessa ed in vigore tra i consociati <sup>(19)</sup>.

Quanto allo specifico caso italiano, per trovare un'espressa enunciazione del principio dell'inexcusabilità dell'ignoranza della legge penale bisognerà, pertanto, arrivare al primo codice penale italiano post-unitario, ossia il codice Zanardelli del 1889.

L'influenza della dottrina illuminista, che, da un lato, invocava la supremazia e la maestà della legge contro i soprusi del sovrano e che, dall'altro, riteneva che l'efficacia obbligatoria della legge non potesse dipendere dalla conoscenza del singolo individuo, manifestava così i propri influssi nel codice penale del 1889.

---

<sup>17</sup> Con l'espressione *diritto comune* si intende "quel tipico modo di organizzare in 'sistema' il diritto romano-canonico e le fonti normative con esso concorrenti il quale, sia pur con varietà di aspetti, ha costituito il fatto centrale (e appunto 'comune') nella esperienza giuridica dei paesi del continente europeo dagli inizi del secolo XII alla fine del XVIII. E infatti, in tutti gli ordinamenti politici già rientranti in età carolingia nell'orbita dell'impero romano-cristiano o soggiacenti alla sua influenza e a quella della tradizione latina, dal pieno Medioevo all'età moderna si pose (in diversa misura e con vario esito da paese a paese) il problema di disciplinare sistematicamente il rapporto tra il diritto romano-canonico (inteso come *ius comune*) e i diritti locali scritti o consuetudinari". Per tale definizione, vedi CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, cit., pag. 95.

<sup>18</sup> PULITANÒ, *L'errore di diritto*, cit., pag. 21.

<sup>19</sup> Per quanto concerne in particolare il codice napoleonico, vedi ORTOLAN, *Éléments de Droit Pénal*, Paris, 1859, pagg. 152 ss. e 163; in relazione al codice toscano, vedi PUCCIONI, *Codice Penale Toscano illustrato sulla scorta delle fonti del diritto e della giurisprudenza*, vol. I, Pistoia, 1855, pagg. 31 ss.

Nell'art. 44 - norma collocata nel titolo IV "Dell'imputabilità, e delle cause che la escludono o la diminuiscono", subito prima della disposizione dedicata al dolo (art. 45) - veniva espressamente sancito che "nessuno [può] invocare a propria scusa l'ignoranza della legge penale" (20).

Tale collocazione sistematica trovava la propria *ratio* giustificativa nel fatto che i redattori del codice Zanardelli, sulla scia della dottrina dominante dell'epoca, ancorassero l'ignoranza della legge penale al tema dell'imputabilità, ossia all'indagine sulla sussistenza dei requisiti di intelligenza e volontà, che l'agente deve possedere, affinché egli possa essere chiamato a rispondere del reato da lui commesso (21).

L'errore di diritto non veniva, pertanto, considerato in senso politico (come avverrà per il codice Rocco del 1930), bensì in senso morale, poiché si sosteneva pacificamente che la legge penale mirasse a colpire la sola violazione di norme provviste di un contenuto morale, che ciascun consociato era tenuto a conoscere (22).

Si riteneva addirittura che non fosse il caso di inserire una simile norma - peraltro, neppure contemplata dai codici previgenti (23) - per lasciare al giudice l'arduo compito di assolvere l'imputato nei casi in cui quest'ultimo avesse ignorato o si fosse trovato in errore su una disposizione dello *ius mere prohibitum* o si trattasse di uno straniero o di una persona che non fosse in grado di conoscere la disposizione penale violata (24).

Si noti fin d'ora che la collocazione sistematica prescelta dal codice Zanardelli non verrà accolta dai compilatori del codice Rocco del 1930,

---

<sup>20</sup> Giova segnalare il fallito tentativo, in sede di Lavori Preparatori, del ministro Mancini di inserire una formulazione diversa della norma, dal seguente tenore: "Non è imputabile colui che [...] per una qualunque causa non aveva la coscienza di delinquere [...]".

<sup>21</sup> In tal senso vedi SALTELLI-ROMANO DI FALCO, *Commento teorico-pratico del codice penale*, vol. I, Artt. 1-84, III ed. riveduta ed ampliata, Roma, 1930, pag. 86.

<sup>22</sup> JESCHECK, *L'errore di diritto*, cit., pagg. 186 e 187.

<sup>23</sup> LUCCHINI, *Reato e delinquente in generale nel progetto del codice penale italiano*, in *Riv. pen.* 1885, pag. 287, espressamente riteneva che "inutile è il dichiarare che l'ignoranza della legge non influisce sull'imputabilità: ognuno se'l sa; niun Codice straniero ne parla; i Tribunali non l'hanno mai posto in dubbio".

che invece inseriranno il principio dell'inescusabilità dell'ignoranza della legge penale all'art. 5, nel titolo I dedicato alla "Legge penale".

Sia la dottrina che la giurisprudenza dell'epoca ancoravano il precetto assoluto dell'inescusabilità dell'ignoranza della legge penale alla considerazione che la pubblicazione della legge producesse il naturale effetto di far sorgere una presunzione *iuris et de iure* della sua legale conoscenza <sup>(25)</sup>.

Manzini, in particolare, attraverso un'esegesi dell'art. 44, giungeva ad affermare che tale disposizione contenesse *in re ipsa* il dovere di conoscenza della legge penale e che in caso di violazione di tale dovere, il reo avrebbe meritato il rimprovero penale per il fatto commesso.

Questo dovere, sempre secondo tale illustre Autore, vigeva soltanto in quanto fosse previamente possibile eseguirlo <sup>(26)</sup>. *Ex adverso*, in caso di impossibilità, la responsabilità penale sarebbe dovuta essere esclusa.

La dottrina dell'epoca parlava non solo di presunzione assoluta, ma addirittura di finzione giuridica.

Tra presunzione assoluta e finzione giuridica non sussistevano differenze formali e le norme che le contenevano ponevano l'equivalenza, a certi effetti giuridici, tra una situazione A, che si riteneva positivamente verificata, e una situazione B, la cui esistenza si diceva presunta.

Si aveva *presunzione* quando, al verificarsi di A, fosse probabile che si verificasse anche B; si parlava invece di *finzione*, quando, tra la realizzazione di A e il verificarsi di B, non esisteva alcuna relazione.

Il fondamento della presunzione era rappresentato dalla commissione di un reato; la situazione presunta era la conoscenza della legge violata nel caso di specie.

---

<sup>24</sup> JESCHECK, *L'errore di diritto*, cit., pag. 187.

<sup>25</sup> Critici verso tale impostazione, SALTELLI-ROMANO DI FALCO, *Commento teorico-pratico* cit., pag. 87.

<sup>26</sup> MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. II, ristampa II ed. accresciuta e perfezionata, Torino, 1926, pagg. 17 ss.

In concreto questo stava ad indicare che chi avesse realizzato un fatto di reato, sarebbe dovuto essere punito a prescindere dalla conoscenza dell'illiceità, legalmente presunta, ma non necessariamente sussistente nel caso concreto <sup>(27)</sup>.

Iniziava dunque a diffondersi l'idea di un vero e proprio dovere di conoscenza della legge penale, ossia un "dovere civico imposto a tutti coloro che si trovano nel territorio dello Stato" che rappresentava "un corrispettivo della tutela giuridica che lo Stato stesso concede ai cittadini e alle altre persone viventi nel suo territorio" <sup>(28)</sup>.

Tale impostazione veniva fortemente criticata da un illustre esponente della dottrina tedesca, Binding, il quale metteva in luce il fatto che non fosse mai esistito un "reato generico di ignoranza del diritto" <sup>(29)</sup>.

## **2. Il fondamento sistematico dell'originario art. 5 cod. pen. Il dibattito in sede di Lavori Preparatori.**

Come già anticipato nel precedente paragrafo, i compilatori del codice Rocco negavano qualsiasi correlazione tra la regola dell'inescusabilità dell'ignoranza della legge penale e la nozione di imputabilità.

Si trattava, infatti, a loro detta, di due piani differenti, che dovevano essere tenuti ben distinti, perché l'indagine sull'art. 5 cod. pen. prescindeva dai requisiti di intelligenza e volontà che l'agente deve possedere affinché possa essere considerato imputabile <sup>(30)</sup>.

Nella Relazione ministeriale sul progetto definitivo del codice penale si legge, infatti, che l'inserimento di tale norma nella parte relativa all'imputabilità, come invece prevedeva il codice Zanardelli, "non parve scientificamente esatta. Nell'affermare che nessuno può invocare

---

<sup>27</sup> COVIELLO, Ignoranza o errore di diritto, in Riv. Crit. Dir. Giur., 1904, pag. 721.

<sup>28</sup> MANZINI, Trattato di diritto penale italiano, cit., 1926, pagg. 17 ss.

<sup>29</sup> BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, vol. III, Leipzig, 1918, pag. 162.

<sup>30</sup> SALTELLI-ROMANO DI FALCO, *Commento teorico-pratico*, cit., pag. 86.

a propria scusa l'ignoranza della legge penale, la legge non detta una norma in tema di imputabilità; infatti, la capacità di intendere o di volere da parte dell'agente, rispetto ad un fatto che la legge considera come reato, non è in questione. L'inammissibilità dell'ignoranza della legge penale, quale causa d'esclusione della responsabilità, costituisce un precetto d'ordine generale, che, per la sua efficienza, prescinde in modo assoluto dalla persona del singolo, mentre l'accertamento dell'imputabilità è essenzialmente studio, indagine, verifica dei requisiti dell'intelligenza e della volontà, che l'agente deve possedere, affinché egli possa essere chiamato a rispondere del reato da lui commesso. Ricollegare il fondamento della regola in esame alla volontà dell'agente di commettere il fatto vietato dalla legge penale, con la consapevolezza, presunta iuris et de iure, di tale divieto, sarebbe dunque troppo lontano dalla realtà delle cose.

La regola è al di fuori e al di sopra dell'imputabilità; la sua giustificazione è esclusivamente politica, in quanto promana dalla necessità che essa sia affermata per la difesa delle condizioni essenziali di esistenza della società e dello Stato" <sup>(31)</sup>.

Il problema della coscienza dell'illiceità iniziava proprio in questa sede a mettere in risalto il necessario rapporto soggettivo tra il soggetto agente ed il fatto commesso, rapporto che doveva essere considerato un requisito distinto, che andava ad aggiungersi all'imputabilità, al dolo o alla colpa ed all'assenza di scusanti <sup>(32)</sup>.

Solamente in un secondo tempo, ossia con l'avvento della Costituzione repubblicana, si arriverà ad agganciare tale rapporto anche ai parametri di colpevolezza, che ne determineranno la rilettura in chiave personalistica.

---

<sup>31</sup> *Lavori Preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. V, *Progetto definitivo di un nuovo codice penale con la relazione del Guardasigilli on. Alfredo Rocco*, Parte I, Relazione sul Libro I del Progetto, Roma, 1929, pag. 30.

<sup>32</sup> Per una ricostruzione degli elementi che fondano la colpevolezza, vedasi per tutti MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, III ed., Milano, 2009, pagg. 163 ss.

### **3. Giustificazione e *ratio* incriminatrice dell'art. 5 cod. pen. Il principio di assoluta inescusabilità dell'ignoranza della legge penale attraverso la lente delle principali interpretazioni dogmatiche.**

L'art. 5 del codice Rocco prevedeva, dunque, che nessuno potesse invocare a propria scusa l'ignoranza della legge penale.

La dottrina italiana, prima che venisse dichiarata la parziale incostituzionalità dell'art. 5 cod. pen., si è interrogata, per molti decenni, su quale fosse la *ratio* giustificatrice di questa norma, che nel corso degli anni aveva conservato una straordinaria resistenza a qualsiasi cambiamento o anche solo temperamento <sup>(33)</sup>.

Non è stato di certo un caso che la sua erosione, negli anni Ottanta, non sia avvenuta per opera del legislatore, ma attraverso una storica pronuncia della Corte Costituzionale, cui dedicheremo un'autonoma trattazione <sup>(34)</sup>.

La dottrina italiana ha cercato, pertanto, di comprendere quale fosse il vero fondamento giuridico, storico e culturale della regola dell'inescusabilità dell'ignoranza della legge penale, che non ammetteva distinzioni fra cittadini e stranieri, fra delitti e contravvenzioni, fra ignoranza del precetto penale ed ignoranza della pena.

Gli studiosi del diritto penale si domandavano, cioè, quale fosse la *ratio* di una norma che sanciva la totale equiparazione tra l'ignoranza della disposizione violata e la esatta e puntuale conoscenza della stessa, che vedeva il diritto come legge, come regola dell'operare, che imponeva a ciascuno di sopportare le conseguenze della propria azione od

---

<sup>33</sup> Per una panoramica sulle diverse teorie vedi, BINDA, *Commento all'art. 5 cod. pen.*, in *Codice penale commentato*, a cura di DOLCINI-MARINUCCI, vol. I, II ed., Milano, 2006, pag. 122; ROMANO, *Commento all'art. 5 cod. pen.*, in *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Art. 1-84, III ed. rinnovata ed ampliata, Milano, 2004, pag. 101; RONCO, voce *Ignoranza della legge (dir. pen.)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XV, Roma, 1989, pagg. 2 e 3; PULITANÒ, *Ignoranza (dir. pen.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XX, Milano, 1970, pag. 23.

<sup>34</sup> Vedi Parte I, Cap. II.

omissione, a lui materialmente o moralmente imputabile, a nulla rilevando che l'agente non avesse voluto o considerato tali conseguenze, perché non conosceva le disposizioni di legge <sup>(35)</sup>.

Insomma, si cercava su più fronti di dare un "senso giuridico" a quella regola assoluta che era diventata un pilastro portante dell'intero "edificio del giure punitivo" <sup>(36)</sup>.

Il fondamento dogmatico di tale principio andava ricercato in ragioni squisitamente politiche, perché considerato uno strumento sanzionatorio dello Stato autoritario? Oppure il suo fondamento doveva essere rintracciato nel principio della obbligatorietà della legge penale? Oppure ancora, esso presupponeva una sorta di presunzione assoluta di conoscenza della legge penale che rendeva inescusabile qualsiasi forma di ignoranza?

Nel presente paragrafo cercheremo proprio di dare delle risposte a tali quesiti, passando in rassegna le più rilevanti elaborazioni dottrinali che hanno cercato, a volte anche in maniera anacronistica e forzata, di rintracciare un fondamento dogmatico dell'art. 5 cod. pen., nella sua originaria ed alquanto discussa formulazione.

Tale ricerca dottrinale non tarderà a mostrarci come fossero gli stessi sostenitori dell'assolutezza del principio dell'inescusabilità della legge penale a far emergere, nei loro approfondimenti e ragionamenti, la fragilità logico-dogmatica di tale norma e, altresì, ad evidenziare la necessità di attribuire alla stessa, che sembrava peccare per "eccesso repressivo" <sup>(37)</sup>, una dimensione sostanzialmente personale, ossia "una relazione con i problemi e gli interessi legati all'elemento soggettivo del reato" <sup>(38)</sup>.

Noteremo, pertanto, che tra le stesse fila della dottrina italiana veniva realizzata quell'opera di "relativizzazione" del principio di

---

<sup>35</sup> SALTELLI-ROMANO DI FALCO, *Commento teorico-pratico*, cit., pag. 87. Vedi, altresì, PENSO, *Ignoranza ed errore nel diritto penale*, Messina, 1936, pagg. 65 ss.

<sup>36</sup> CARRARA, *Della ignoranza come scusa*, cit., pag. 387.

<sup>37</sup> Usa tale espressione MANTOVANI, *Diritto penale*, VI ed., Padova, 2009, pag. 292.

inescusabilità, che poi getterà le basi per la sua progressiva erosione e che consentirà di individuare quella che è la naturale *sedes materiae* dell'errore sul precetto, ossia la colpevolezza.

### 3.1. La teoria politica ed autoritaria.

La dottrina maggioritaria <sup>(39)</sup> riconosceva *una matrice politica ed autoritaria* al principio dell'inescusabilità dell'ignoranza della legge penale, che diventava, pertanto, una risposta alla necessità di difesa dell'ordinamento giuridico dello Stato.

Era un principio che atteneva, dunque, direttamente al valore assoluto ed inderogabile della legge <sup>(40)</sup> e degli interessi pubblici, preminenti rispetto alle condizioni personali del singolo individuo.

Esso affondava chiaramente le proprie origini nella dottrina illuministica, secondo cui la legge doveva essere generale ed astratta, razionale, certa e neutrale e non poteva in alcun modo tollerare deroghe o temperamenti alla sua applicabilità.

A conferma di ciò, si leggeva nella Relazione del Guardasigilli che "la sua giustificazione è esclusivamente politica, in quanto promana dalla necessità che essa sia affermata, per la difesa delle condizioni essenziali di esistenza della società e dello Stato" <sup>(41)</sup>.

Il principio sancito nell'art. 5 cod. pen. era, quindi, funzionale all'affermazione dell'"incondizionata prevalenza della legge penale e

---

<sup>38</sup> PULITANÒ, *L'errore di diritto*, cit., pag. 22.

<sup>39</sup> ROMANO, *Commentario sistematico* cit., pagg. 101 e 102; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, V ed., Bologna, 2007, pag. 392; MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale, 1, Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica*, III ed., Milano, 2001, pag. 466; PULITANÒ, *Diritto penale*, III ed., Torino, 2009, pag. 400, nota 3, sostiene che "la connessione fra obbligatorietà della legge e inescusabilità dell'ignorantia legis non è una connessione logica o 'dogmatica', ma è una precisa scelta ideologica-politica, della quale il legislatore fascista era ben consapevole"; dello stesso Autore, *Ignoranza*, cit., pag. 29.

<sup>40</sup> SALTELLI-ROMANO DI FALCO, *Commento*, cit., pag. 88.

<sup>41</sup> RELAZIONE DEL GUARDASIGILLI, cit., pag. 31.

degli interessi pubblici da essa rappresentati, rispetto ad una più puntuale valutazione delle condizioni personali che ne abbiano accompagnato la violazione” e ad una più puntuale amministrazione della giustizia, poiché consentiva di evitare gli intralci ed i ritardi che si sarebbero verificati nel caso in cui si fosse ammessa la prova dell’ignoranza sul divieto.

Tale impostazione si trovava perfettamente in linea sia con la logica fascista di imporre la legge in modo assoluto, che con gli insegnamenti liberali di Carrara che negava a gran voce la possibilità di introdurre la scusabilità dell’ignoranza della legge penale *“senza esporre a ruina tutto lo edificio del giure punitivo”*.

Secondo l’illustre giurista, infatti, *“se si ammettesse simile discolpa, la legge penale diverrebbe condizionale, diverrebbe subordinata alla volontà di ogni privato che se ne tenesse per trascuranza o malizia all’oscuro. E ciò sarebbe intollerabile”* <sup>(42)</sup>.

Una simile impostazione, che concepiva la figura del reo non come lo scopo, il fine della pena e del diritto penale, bensì come lo strumento attraverso cui l’ordinamento realizza se stesso <sup>(43)</sup>, andava ovviamente a sacrificare le garanzie del singolo individuo e mirava esclusivamente ad affermare la supremazia dello Stato e dei suoi principi che nell’interesse sociale vigono sovrani, *“piegando la condotta esteriore dei singoli a una disciplina ispirata da una inflessibile e precisa direttiva”* <sup>(44)</sup>.

Tale ordine di valori verrà capovolto dall’avvento della Costituzione repubblicana nel 1948, che, invece, collocherà in cima alla scala dei valori l’individuo, e la responsabilità penale inizierà ad assumere la tanto auspicata dimensione *“sostanzialmente personale”*, che condurrà alla definitiva messa in discussione dell’art. 5 cod. pen. <sup>(45)</sup>.

---

<sup>42</sup> CARRARA, *Dell’ignoranza come scusa*, cit., pagg. 388 ss.

<sup>43</sup> In tal senso, PALAZZO, *Il problema dell’ignoranza della legge penale nelle prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1975, pag. 780.

<sup>44</sup> JANNITTI PIROMALLO, *Corso di diritto criminale, Esposizione sistematica delle norme del nuovo codice penale*, Roma, 1930, pag. 53.

<sup>45</sup> Vedi, a tal proposito, *infra* 5.1.

### 3.2. L'art. 5 ed il principio dell'obbligatorietà della legge penale.

Accanto all'elaborazione dogmatica che riconosce al principio sancito dall'art. 5 cod. pen. una valenza essenzialmente e squisitamente politica - che rappresenta la giustificazione giuridica oggi più accreditata in dottrina - non erano mancate altre interpretazioni dottrinali, che, non soddisfatte di tale giustificazione, cercavano un diverso fondamento teorico al rigore e all'assolutezza del principio dell'*ignorantia legis non excusat*, che si mostrava immanente e ben consolidato nel nostro sistema penale.

Alcuni Autori <sup>(46)</sup> hanno, infatti, ricondotto, sul piano logico-formale, l'art. 5 cod. pen. al *principio dell'obbligatorietà della legge penale*, previsto dall'art. 3 cod. pen., asserendo che tra quest'ultimo e l'irrilevanza dell'errore sul divieto vi fosse un "legame ineluttabile" <sup>(47)</sup>. Essi ritenevano, sulla scorta di quanto si leggeva nella stessa Relazione del Guardasigilli che "dal principio che la legge penale obbliga tutti coloro, cittadini o stranieri, che si trovano nel territorio dello Stato [...] discende l'altro principio, di portata non meno generale, che l'ignoranza della legge non scusa" <sup>(48)</sup>.

A sostegno della loro posizione militavano anche altre considerazioni, di natura prettamente sistematica.

---

<sup>46</sup> MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, V ed. aggiornata dai proff. NUVOLONE E PISAPIA, vol. II (a cura del prof. PISAPIA), Torino, 1981, pag. 30 e 31; BATTAGLINI, *Errore su legge diversa dalla legge penale*, in *GP* 1933, II, pag. 1188; MAGGIORE, *voce Ignoranza (dir. pen.)*, in *Novissimo Digesto*, vol. VI, 1938, pag. 656; CRISTIANI, *Profilo dogmatico dell'errore sulla legge extrapenale*, 1955, Pisa, pagg. 58 e 59; DE MARSICO, *Coscienza e volontà nella nozione del dolo*, Napoli, 1930, pag. 110, afferma che "noi aderiamo alla opinione secondo la quale la inescusabilità dell'ignoranza della legge penale non integra né una presunzione, né, tanto meno, una finzione, ma è un aspetto, ed il più saliente, della obbligatorietà ed irrefragabilità della legge penale con la conseguente imposizione della relativa responsabilità individuale. [...] Quando non si abbia conoscenza del conflitto tra l'atto e la legge, è la legge che dall'obbligo di conoscerla fa scaturire l'equivalenza fra il non conoscere ed il conoscere, ed ugualmente tiene responsabili chi sa e chi ignora".

<sup>47</sup> Per questa definizione, vedi in particolare BATTAGLINI, *Errore su legge diversa dalla legge penale*, cit., pag. 1195.

<sup>48</sup> *Relazione del Guardasigilli al progetto definitivo del codice penale*, in *Law. Prep.*, vol. I, parte I, *Relazione sul Libro I*, Roma, 1929, pag. 30.

La “nuova” collocazione dell’art. 5 rispetto al previgente codice Zanardelli, lasciava innanzitutto intendere che tale disposizione rappresentasse chiaramente un corollario del principio di obbligatorietà della legge penale sancito dall’art. 3 cod. pen.

Per di più, lo stesso Progetto preliminare del codice penale del 1927 inseriva la regola sull’inescusabilità dell’ignoranza direttamente all’ultimo capoverso dell’art. 3 cod. pen.

Ma i sostenitori di tale impostazione non si sono fermati al terreno del diritto penale.

Un ulteriore appiglio di natura sistematica veniva rinvenuto anche negli articoli 10 e 28 delle Disposizioni preliminari al codice civile del 1942 (che ricalcavano i corrispondenti artt. 1 e 11 delle Disposizioni preliminari al codice del 1865) che invocavano espressamente la nozione di *obbligatorietà della legge* <sup>(49)</sup>.

L’art. 5 cod. pen., che sarebbe in sostanza un’applicazione dell’art. 28 delle Disposizioni preliminari, non presumerebbe la conoscenza della legge da parte di tutti, ma si fonderebbe proprio sul presupposto contrario: “esso non dice: l’ignoranza non scusa perché si presume che ognuno conosca la legge; bensì: nell’ipotesi che taluno ignori la legge, questa ignoranza non gli giova perché mancò al proprio dovere di conoscerla” <sup>(50)</sup>.

Tale orientamento fondava, quindi, il principio di inescusabilità su un *dovere civico* di conoscenza della legge penale per chi si trovava sul territorio dello Stato, principio che, pertanto, assumeva le vesti di un vero e proprio imperativo giuridico per tutti i soggetti <sup>(51)</sup>.

---

<sup>49</sup> MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., 1981, pag. 30.

<sup>50</sup> MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., 1981, pagg. 30 e 31.

<sup>51</sup> CONTI, in *Codice penale illustrato articolo per articolo*, vol. I, Milano, 1934, pag. 117, mette bene in luce questo aspetto sottolineando che la disposizione in esame “consacra il principio che non si subordina l’obbligatorietà della legge penale all’accertamento che il suddito l’abbia conosciuta”.

Chi avesse trasgredito tale dovere, avrebbe assunto su se stesso il rischio della propria ignoranza, che pertanto non poteva essere invocata quale scusa.

Solo laddove vi fosse stata un'assoluta impossibilità nel prendere conoscenza della legge penale e si fosse trattato di fatti non connotati da immoralità, l'ignoranza poteva scusare <sup>(52)</sup> <sup>(53)</sup>.

La stessa giurisprudenza degli anni Quaranta e Cinquanta accoglieva tali assunti ed individuava nell'art. 5 cod. pen. un vero e proprio dovere.

In alcune pronunce si leggeva, infatti, che "il principio è fondato non sulla presunzione di conoscenza della legge, spesso contraria alla realtà, ma sulla necessità sociale che la legge imperi ugualmente su tutti i cittadini" <sup>(54)</sup>, oppure che "la ratio della norma dell'art. 5 cod. pen. risiede nella politica esigenza dell'immanenza della legge di fronte a tutti i destinatari senza discriminazione di sorta" <sup>(55)</sup>.

Tale orientamento è stato fortemente criticato dai sostenitori della giustificazione politica per un triplice ordine di motivi.

Innanzitutto, il riferimento alla nozione di obbligatorietà rappresenterebbe solo un mascheramento dogmatico di una preoccupazione più sostanziale <sup>(56)</sup>. Nel nostro ordinamento non sussiste, infatti, alcun obbligo di conoscere la legge penale, perché non

---

<sup>52</sup> MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., 1981, pag. 32.

<sup>53</sup> MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., 1981, pagg. 32 e 33 precisa che "poiché ogni dovere vale in quanto ne sia possibile l'adempimento, è manifesto che, come si è accennato, l'ignoranza della legge scusa quando era assolutamente impossibile prendere conoscenza di essa e si tratti di fatti che non abbiano insito il carattere dell'immoralità. Tale sarebbe il caso, ad esempio, dell'invasione nemica di una parte del territorio, per la durata dell'invasione stessa; della pubblicazione della legge avvenuta posteriormente al giorno in essa fissato per la sua entrata in vigore. Non così nell'ipotesi in cui l'interessato sia analfabeta, o si trovasse in servizio militare nel momento della pubblicazione della legge, perché questi stati non tolgono in modo assoluto la possibilità di apprendere il testo della legge e non escludono quindi il correlativo dovere".

<sup>54</sup> Cass. pen., 18 maggio 1945, in *Riv. pen.* 1945, pag. 300.

<sup>55</sup> Cass. pen., 26 novembre 1951, in *Giur. Compl. Cass. Pen.* 1951, III, pag. 699.

<sup>56</sup> PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., pag. 400.

vi è traccia alcuna di sanzioni in caso di inosservanza o di inadempimento di tale “dovere civico” di conoscenza.

L’art. 5 cod. pen. punisce, inoltre, allo stesso modo chi abbia violato la legge, conoscendola, e chi l’abbia invece violata inconsapevolmente, anche se minore appare l’intensità del rimprovero elevabile nei confronti di chi abbia violato la legge non conoscendola affatto <sup>(57)</sup>.

Da ultimo, tale costruzione teorica non reggeva, a detta dei sostenitori della *ratio* politica, di fronte all’inconfutabile assunto che, se “l’ignoranza fosse logica conseguenza dell’obbligatorietà della legge, non sarebbe stata necessaria l’apposita codificazione dell’art. 5” <sup>(58)</sup> ed altresì di fronte alla considerazione che “nei sistemi penali in cui l’ignoranza o l’errore di diritto in qualche misura rilevano, non per questo la legge diviene meno obbligatoria” <sup>(59)</sup>.

### **3.3. La teoria della presunzione assoluta di conoscenza della legge penale.**

Secondo un ulteriore orientamento dottrinale, assai diffuso tra le fila della dottrina italiana e che ebbe il suo massimo esponente in Petrocelli <sup>(60)</sup>, il principio dell’inescusabilità affonderebbe le proprie radici in una *presunzione assoluta di conoscenza della legge penale* in ossequio ad una concezione prettamente imperativista del diritto penale <sup>(61)</sup>.

Attribuire al diritto penale il carattere dell’imperatività, significava punire soltanto chi fosse realmente a conoscenza della norma violata.

---

<sup>57</sup> RONCO, *Ignoranza della legge*, cit., pag. 2.

<sup>58</sup> RONCO, *op. loc. cit.*

<sup>59</sup> ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., pag. 101.

<sup>60</sup> PETROCELLI, *La colpevolezza*, III ed. riveduta, Padova, 1955, pag. 120.

<sup>61</sup> Lo stesso CARRARA sostiene che l’errore di diritto non debba possedere valore di scusa, occorrendo presumere nel cittadino, per ragioni di politica criminale, la conoscenza della legge, che è suo dovere conoscere.

La conoscenza riguardava indistintamente sia i *cd. reati naturali* (reati lesivi di valori etico-sociali tutelati in quasi tutte le legislazioni storiche), sia i *cd. reati artificiali* (frutto di pura creazione legislativa, cioè tipi di illeciti penali che sono tali per volontà del legislatore, senza che ad essi preesista una corrispondente e diffusa disapprovazione sociale) <sup>(62)</sup>.

Per il primo gruppo, la conoscenza sarebbe immediata e semplice, in quanto i precetti penali coincidono con le comuni regole di civile convivenza, mentre per il secondo gruppo essa verrebbe determinata dallo specifico settore di attività cui si riferiscono le norme incriminatrici e a cui il soggetto agente si deve conformare al momento in cui intraprende una determinata attività.

Accanto alla necessità logica e morale della conoscenza della norma penale si poneva poi un altro problema che andava a intaccare il terreno probatorio di detta conoscenza.

Il principio contenuto nell'art. 5 cod. pen. si giustificerebbe, secondo Petrocelli, su un piano meramente processuale, in funzione della difficoltà che venga data, ad opera del giudice, la prova positiva della conoscenza della legge violata.

La coscienza dell'illiceità non era irrilevante; semplicemente, non andava provata <sup>(63)</sup>.

Tale elaborazione veniva sottoposta a insuperabili critiche <sup>(64)</sup>, che mettevano in luce innanzitutto il fatto che la spiegazione probatoria del

---

<sup>62</sup> Sulla controversa distinzione tra reati naturali e reati artificiali, vedi, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, cit., pag. 392; CALABRIA, *Delitti naturali, delitti artificiali e ignoranza della legge penale*, in *Indice Penale 1991*, pag. 35; PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., pag. 403. Tale distinzione affonda le proprie radici nel diritto penale romano. All'interno della categoria dell'*ignorantia iuris*, infatti, gli studiosi riconoscevano ipotesi relative a reati di pura creazione legislativa e ipotesi concernenti reati di fondamento naturale. Nei confronti di tale ultima categoria, l'*ignorantia* non poteva in alcun modo operare come scusante, perché la norma statutale che li puniva rappresentava lo strumento con cui si codificava la sanzione di un comportamento che era già rimproverato dalla morale comune. Vedi, in tal senso, FERRINI, *Diritto penale romano. Teorie generali*, cit., pag. 151.

<sup>63</sup> PULITANÒ, *L'errore di diritto*, cit., pagg. 47, 48.

<sup>64</sup> RONCO, *Ignoranza della legge*, cit., pag. 3.

principio di inescusabilità dell'ignoranza della legge penale non fosse da sola sufficiente a costituire il fondamento di tale principio, che non poteva in alcun modo essere espunto dal diritto penale sostanziale <sup>(65)</sup>. Inoltre, affermare una presunzione assoluta di conoscenza della legge penale, senza possibilità di prova contraria, equivaleva in sostanza a ribadire l'identica irrilevanza giuridica degli stati di conoscenza o di ignoranza del divieto.

Difficilmente conciliabili risultavano, poi, il principio di irrilevanza dell'errore sulla legge penale e la concezione imperativistica del diritto, visto che "a dispetto di ogni manipolazione dogmatica", la realtà dell'ordinamento impone sempre di mettere sullo stesso piano chi conosce la legge e chi invece la ignora, benché sussista una proclamata illogicità di tale equiparazione <sup>(66)</sup>.

L'assoluta presunzione di conoscenza risultava, altresì, anacronistica, perché resa illusoria da quello che viene definito il cd. "ordinamento occulto", caratterizzato da un canto da fenomeni degenerativi, quali l'inflazione e la variabilità legislativa, la decodificazione, l'amministrativizzazione del diritto penale <sup>(67)</sup>, la sciatteria della tecnica legislativa, l'ambiguità del contenuto dei precetti e le difformità giurisprudenziali, e dall'altro dalla diffusione dei delitti artificiali e delle fattispecie omissive <sup>(68)</sup>.

I commentatori moderni <sup>(69)</sup> in realtà riconoscono anche dei meriti a tale teoria, che è riuscita ad evidenziare la necessità della conoscenza dell'illiceità penale del fatto, ai fini di un'affermazione di responsabilità. Inoltre, essa è riuscita a richiamare l'attenzione su quelle che vengono qualificate come le "zone d'ombra" di un dogma che iniziava a mostrare la sua fragilità giuridica.

---

<sup>65</sup> PULITANÒ, *L'errore di diritto*, cit., pag. 47.

<sup>66</sup> PULITANÒ, *Ignoranza*, cit., pag. 27.

<sup>67</sup> Vedi Cap. I, 5.3.

<sup>68</sup> MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., pag. 293.

<sup>69</sup> RONCO, *Ignoranza della legge*, cit., pag. 3.

### 3.4. Il dovere autonomo di conoscenza della legge penale.

Un importante contributo all'indagine dogmatica sulla *ratio* dell'art. 5 cod. pen. veniva data anche da Frosali <sup>(70)</sup>, che individuava il fondamento dell'inescusabilità assoluta dell'ignoranza della norma penale nel *dovere autonomo di conoscenza della legge penale*.

Tale orientamento muoveva dall'assunto che si dovesse necessariamente trovare un compromesso tra l'interesse dello Stato all'osservanza dei precetti e quello dei singoli a che l'intervento penale scattasse solamente nei casi di acclarata colpevolezza.

Il dovere di conoscenza normativa si riteneva contenuto *in re ipsa* nell'art. 5 cod. pen., perché finalizzato al soddisfacimento di un interesse basilare dello Stato, ossia l'interesse all'esatta osservanza dei precetti tramite la persuasione dei singoli a fare quanto occorresse per conoscere le leggi penali <sup>(71)</sup>.

Come favorire la conoscenza delle leggi da parte del singolo cittadino? Frosali, nella sua monografia, auspicava che fosse direttamente il legislatore ad aiutare il singolo a conoscere le leggi, attraverso degli strumenti ben definiti, quali l'istruzione pubblica, le garanzie formali di conoscenza (pubblicazioni e pubblicità delle leggi) e specialmente predisponendo delle norme che imponessero la conoscenza delle leggi penali <sup>(72)</sup>.

E proprio in tale prospettiva doveva collocarsi l'art. 5 cod. pen., che, pertanto, doveva essere considerata non come una norma autonoma, ma come una sorta di "clausola di equivalenza", che doveva essere integrata con le singole fattispecie incriminatrici.

Da tale combinazione, secondo l'illustre Autore, doveva sorgere un imperativo categorico: "fai quanto occorre per conoscere questa norma penale".

---

<sup>70</sup> FROSALI, *Sistema penale italiano*, I, Torino, 1958, pagg. 137 ss.

<sup>71</sup> FROSALI, *Sistema*, cit., pag. 137.

Anche questa interpretazione dogmatica non era rimasta indenne da accese critiche.

Certamente era troppo ambizioso pretendere che il singolo consociato potesse adempiere ad un simile dovere di conoscenza, perché, usando le parole di un illustre Autore “molto spesso, l’ultimo a rendersi ben conto dell’importanza e dei precisi caratteri giuridici del fatto è proprio l’agente punibile. Può, in casi frequentissimi, e non soltanto di fatti contravvenzionali, essere perfino assente il sospetto o un dubbio che l’azione corrisponda a un illecito penale; il che è più evidente ancora in ordine ai reati di pura omissione. Informi, da ultimo, quella non trascurabile attività legislativa, caratterizzata da necessità di celere e urgente disciplina di peculiari attinenze sociali, che si esplica mediante decreti-legge, fissando un termine molto breve dalla pubblicazione perché le relative norme abbiano vigore.

Questi casi rendono più che manifesta la problematicità della conoscenza, che normalmente o spessissimo, è, in tutto o in parte, non seriamente discutibile, quantunque non sorprendente, né atta a destare fondate apprensioni. Se non di rado una sovrana incertezza domina il giudice, l’organo requirente, il difensore, e se perfino la diretta cognizione tecnica della legge o il monito di pronuncianti giudiziali o la sagace consulenza del giurisperito non sufficientemente premuniscono contro il pericolo che l’azione divisata si converta in fonte di responsabilità penale, ciò prova doversi escludere, la possibilità di subordinare l’affermazione del reato alla conoscenza, nell’agente, della norma che lo incrimina e punisce.

Niuno vorrà pensare che un umile e non mistico operaio della vigna possa e debba tenersi al corrente del movimento legislativo, seguendo i bollettini e le gazzette, né che lo straniero in amena peregrinazione per le ridenti plaghe e le monumentali città italiche possa e debba in precedenza erudirsi nella prodigiosa congerie di sapienti distillazioni

---

<sup>72</sup> FROSALI, *Sistema*, cit., pag. 137.

giuridiche accolte nei Codici e nelle leggi speciali, e nemmeno infine che un qualsiasi mortale, permanentissimo suddito, possa e debba instaurare i propri rapporti nella vita sociale dopo ampia preparazione tecnico-giuridica, che, eccederebbe, fra l'altro, anche i limiti delle umane forze mnemoniche" (73).

Inoltre, un simile obbligo di conoscenza normativa avrebbe avuto un senso compiuto e giuridicamente sostenibile solamente in un ordinamento in cui vigeva l'opposto principio della scusabilità dell'ignoranza della legge: solamente in quel caso sarebbe, infatti, stato corretto colpire con la sanzione l'agente che, commettendo il reato, fosse incorso in errore od ignoranza vincibili sul piano del relativo precetto.

Vedremo nelle pagine a seguire (74) che tale elaborazione dogmatica verrà criticata anche dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 364 del 1988, che rappresenterà – come abbiamo già sottolineato più volte – la svolta storica in tema di inescusabilità dell'ignoranza della legge penale.

Tale pronuncia riconoscerà l'esistenza di un dovere di conoscenza, ma riterrà che lo stesso dovrà essere dotato di natura strumentale e non autonoma, come invece riteneva Frosali nella sua ricostruzione giuridica dell'art. 5 cod. pen.

All'ordinamento giuridico - stabilisce la Corte - non interessa la conoscenza astratta delle leggi da parte dei cittadini, ma interessa solamente che i loro comportamenti non siano contrari alle leggi (75).

---

<sup>73</sup> Qualche decennio prima JANNITTI PIROMALLO, *Corso di diritto criminale*, cit., pagg. 51, 52.

<sup>74</sup> Vedi Parte I, Cap. II.

<sup>75</sup> Vedi, Corte Cost., 24 marzo 1988, n. 364, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1988, pagg. 695 ss.

### 3.5. Le norme penali come regole di civiltà.

Per completare la panoramica sui vari orientamenti dogmatici, ci occuperemo ora del filone dottrinale, decisamente minoritario, che sosteneva *un'assoluta coincidenza delle norme penali con le regole di civiltà* o con le direttive politiche conosciute come vincolanti dai consociati.

Il presupposto di base era ben diverso rispetto alle altre teorie che abbiamo esaminato fino ad ora nella nostra trattazione.

Tutte le elaborazioni che abbiamo passato in rassegna muovevano dall'assunto che potesse verificarsi una discordanza tra le regole giuridiche codificate dal legislatore e le regole sociali vigenti in una determinata società, in un preciso momento storico.

Esse si preoccupavano, pertanto, di rintracciare un fondamento culturale e giuridico alle conseguenze che potessero derivare dall'inosservanza/ignoranza di tali norme.

La dottrina di cui ci occuperemo ora riteneva, invece, la sussistenza di una piena coincidenza tra i due gruppi di regole, il cui dettato doveva essere conosciuto da chiunque.

Non era pertanto concettualmente possibile – a detta di tali Autori – versare in uno stato di ignoranza o errore volontari, colposi o inevitabili.

E' di immediata evidenza l'influenza esercitata dagli insegnamenti giusnaturalisti prima ed illuministi poi, che dominarono la cultura europea nei secoli XVII e XVIII (<sup>76</sup>). Simili dottrine ritenevano, infatti, che esistesse un diritto naturale universale e sovraordinato a qualsiasi legislazione storica che fosse espressione della ragione umana e che dovesse essere codificato in pochi testi legislativi, chiari e semplici.

---

<sup>76</sup> Per una ricostruzione storica delle dottrine citate, vedi CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, cit., pagg. 319 ss.

Il maggior esponente di tale indirizzo dottrinale nella cultura giuridica tedesca, ove essa trovò notevole diffusione, era Mayer, che nella sua opera *Rechtsnormen und Kulturnormen*, sosteneva l'identità tra norme giuridiche e norme di civiltà.

Sulla base di tale equiparazione, egli riteneva, sul piano pratico, che nessuno avrebbe potuto lamentarsi di essere giudicato sulla base di norme che non gli fossero state comunicate, perché necessariamente ogni singolo individuo avrebbe conosciuto, attraverso i più svariati canali (tradizione, educazione scolastica, partecipazione alla vita sociale e religiosa), la cultura, e di conseguenza il diritto <sup>(77)</sup>.

Quanto allo specifico problema dell'inescusabilità dell'ignoranza della legge penale, Mayer distingueva tra ignoranza della legge ed ignoranza dei propri doveri.

La prima concerneva la valutazione della violazione dello specifico dovere, *rectius*, la conseguenza sanzionatoria derivante dalla violazione, ed era del tutto irrilevante, mentre la seconda consisteva nella non consapevolezza dell'obbligo.

Vista la equiparazione tra precetti giuridici e regole sociali, versare nella "non consapevolezza dell'obbligo" sarebbe stato del tutto impossibile.

Anche questa elaborazione veniva sottoposta a critiche, perché ritenuta del tutto anacronistica ed arbitraria e priva di legami con la realtà.

I detrattori innanzitutto contestavano l'infondatezza del postulato relativo alla coincidenza tra norme giuridiche codificate (nel nostro caso, penali) e le norme culturali.

E' del resto facile riconoscere che non sempre i due sistemi normativi possano sovrapporsi. Basti pensare al diritto penale di polizia o a tutto

---

<sup>77</sup> MAYER, *Rechtsnormen und Kulturnormen*, Breslau, 1903 (ristampa Francoforte-Tokyo) pagg. 16 ss. L'Autore tedesco viene ampiamente richiamato da PULITANÒ, *L'errore di diritto*, cit., pagg. 131 ss. e ID., *Ignoranza*, cit. pagg. 30 ss.; BASILE, *Localismo e non neutralità culturale del diritto penale 'sotto tensione' per effetto dell'immigrazione*, in Stato, Chiese e pluralismo confessionale ([www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), settembre 2008, pagg. 23 ss.;

il sistema contravvenzionale, ove vengono sanzionate condotte non diffusamente approvate dalla società <sup>(78)</sup>.

E viceversa, è possibile affermare che l'immoralità e l'antisocialità, conosciute o riconosciute da tutti, non è detto che siano caratteristiche presenti in tutti i reati <sup>(79)</sup> e poi l'equiparazione tra norme giuridiche e norme di civiltà è resa altresì illusoria dal dilatarsi – accanto ai delitti cd. naturali – dei delitti cd. artificiali e dei reati omissivi, in relazione ai quali l'obbligo di agire non si percepisce con la stessa immediatezza del divieto di agire e che spesso esulano da quella che viene sentita come la “coscienza morale media” <sup>(80)</sup>.

#### **4. L'applicazione rigorosa dell'originario art. 5 cod. pen. nella giurisprudenza maggioritaria e lo stato di *buona fede* come primo temperamento all'assoluta inescusabilità.**

Una volta analizzata la genesi dell'art. 5 cod. pen., così come emersa in sede di Lavori Preparatori e tra le fila della dottrina italiana, è importante, ai fini della nostra indagine, volta a dare un taglio estremamente pratico e applicativo ad una norma che per troppo tempo è rimasta chiusa in una torre eburnea, verificare quale sia stata l'applicazione giurisprudenziale dell'art. 5 cod. pen. prima dell'intervento della Corte costituzionale nel 1988, al fine di comprendere la successiva evoluzione e misurarne gli effetti concreti.

La giurisprudenza maggioritaria, definita da un illustre Autore come “oltranzista in tema di errore” <sup>(81)</sup> applicava severamente l'art. 5 cod.

---

ID., *Immigrazione e reati 'culturalmente motivati'. Il diritto penale nelle società multiculturali europee*, Milano, 2008, pagg. 84 ss.

<sup>78</sup> PULITANÒ, *L'errore di diritto*, cit., pag. 136.

<sup>79</sup> PULITANÒ, *L'errore di diritto*, cit., pag. 137.

<sup>80</sup> MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., pag. 293.

<sup>81</sup> PULITANÒ, *L'errore di diritto*, cit., pag. 430.

pen., assicurando, in tal modo, l'assolutezza del principio in esso contenuto<sup>(82)</sup>.

Si riteneva, in tal senso, che "l'erronea opinione di aver diritto a compiere quella data azione costitutiva di un reato non può scusare, posto che incide sull'oggetto del divieto penale, e la pretesa buona fede si risolve, pertanto, in un errore irrilevante ai fini della legge penale: i motivi di tale comportamento non incidono sul dolo, possono al più essere valutati soltanto ai fini della concessione di eventuali attenuanti... Assoluta ed inderogabile, la norma di cui all'art. 5 cod. pen. rende frustranea ed irrilevante l'indagine relativa al motivo che può avere indotto il colpevole ad ignorare la legge penale, ed irrilevante è la circostanza che tale comportamento, obiettivamente illecito, sia stato adottato sulla base di errate informazioni. L'errore, infatti, in tal caso si risolverebbe in una inescusabile ignoranza della legge penale, mentre il principio stabilito dall'art. 5 si estende tanto all'esistenza della legge penale quanto alla sua interpretazione"<sup>(83)</sup>.

Anche i giudici costituzionali seguivano tale impostazione ed escludevano qualsiasi efficacia scusante all'errore sul precetto, legittimando il dogma dell'inescusabilità sulla base di un asserito fondamento costituzionale.

Esemplificativa in tal senso, la sentenza n. 74 del 1975, cui dedicheremo un'autonoma trattazione<sup>(84)</sup>, con cui la Corte costituzionale ha riconosciuto che il principio di inescusabilità dell'ignoranza della legge penale si fondasse sugli articoli 73, comma secondo e 25, comma

---

<sup>82</sup> Vi è anche chi parla di "indirizzo drastico", in cui alla ignoranza in senso proprio (la sconoscenza) della legge penale era equiparata l'erronea interpretazione della stessa, sulla base della considerazione che il principio di inescusabilità si riferisce tanto al caso di mancata conoscenza quanto a quello di erronea conoscenza della stessa; e questo anche nel caso in cui l'errore sia stato il risultato di una condotta incolpevole. Vedi LOSAPIO, *Commento all'art. 5 cod. pen.*, in LATTANZI-LUPO, *Codice Penale, Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, vol. I, *La legge penale e le pene*, Libro I, Artt. 1-38, Milano, 2000, pag. 96.

<sup>83</sup> Cass. pen., 28 novembre 1972, Pititto, in *CP* 1974, pag. 107. In senso conforme, Cass. pen., 25 gennaio 1977, Mariani, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1980, pag. 916.

<sup>84</sup> Vedi, *infra*, 6.

secondo Cost. <sup>(85)</sup>: la subordinazione dell'entrata in vigore delle leggi alla loro pubblicazione ed il principio di legalità avrebbero, infatti, consentito a ciascun individuo di avere una conoscenza precisa di ogni testo legislativo.

Da una disamina delle pronunce di merito e di legittimità che si sono susseguite a partire dall'entrata in vigore del codice Rocco fino alla metà degli anni Ottanta, è possibile cogliere, innanzitutto, una costante equiparazione, sul piano dogmatico ed anche sanzionatorio, tra l'erronea interpretazione della legge, anche cagionata da fattori esterni non riconducibili all'agente, e l'ignoranza in senso proprio (la non conoscenza) della legge penale <sup>(86)</sup>.

In una pronuncia del 1. aprile 1957, la Corte di Cassazione specificava, a tal proposito, che "la ignoranza della legge penale è inescusabile (art. 5 cod. pen.) quale che ne sia la causa e quindi anche se dipende da limitata intelligenza o da mancanza di cultura" <sup>(87)</sup>.

Nessun riferimento veniva, invece, fatto alla necessità di ancorare la coscienza dell'illiceità della condotta alla nozione di colpevolezza, visto che "per la punibilità della condotta era [è] sufficiente la volontarietà dell'azione contraria alla legge e non occorre la coscienza dell'antigiuridicità" <sup>(88)</sup>.

Gli unici strumenti attraverso cui era, concretamente, possibile attribuire un effetto giuridico agli stati di ignoranza ed errore, e di

---

<sup>85</sup> C. cost., 20 marzo 1975, n. 74, Saljihi, in *Giur. cost.* 1975, I, pag. 770.

<sup>86</sup> Cass. pen., 3 febbraio 1978, Morgante e a., in *Giur. it.* 1979, II, pag. 258.

<sup>87</sup> Cass. pen., 1° aprile 1957, Rocco, in *GP* 1957, II, pag. 910.

<sup>88</sup> Cass. pen., 2 febbraio 1966, n. 167. In tal senso, vedi anche Cass. pen., 30 marzo 1976, Carloni, in *CP* 1979, pag. 81; Cass. pen., 22 aprile 1980, Raineri, in *CP* 1982, pag. 80; Cass. pen., 13 dicembre 1978, Summa, in *CP* 1981, pag. 280; Cass. pen., 30 ottobre 1980, Mirabelli, in *CP* 1982, pag. 599; Cass. pen., 17 gennaio 1985, Salvagno, in *GP* 1985, II, pag. 668; Cass. pen., 17 dicembre 1979, Reischert, in *CP* 1981, pag. 1539, secondo cui "la concezione che il dolo risieda, oltre che nel nesso psicologico tra azione ed evento, nella coscienza dell'antidoverosità e dunque nella conoscenza dell'agente di ledere gli interessi protetti, non è accolta dal vigente codice penale, come si evince dal principio della inescusabilità della ignoranza della legge penale ed in particolare dalla norma consacrata nell'art. 47 dello stesso codice penale, secondo la quale, prevedendosi l'errore sul fatto che costituisce reato, si esclude ogni rilevanza dell'errore sul significato lesivo del fatto stesso".

conseguenza temperare il rigore del dogma, erano rappresentati dai criteri per la commisurazione della pena *ex artt.* 132 e 133 cod. pen. e dall'applicazione delle attenuanti generiche *ex art.* 62 *bis* cod. pen.

Questa rigida chiusura della giurisprudenza maggioritaria aveva in realtà mostrato qualche lieve spiraglio di apertura nella direzione opposta, ossia nel senso di riconoscere efficacia scusante all'errore sul precetto, ma solo per le fattispecie contravvenzionali.

Un filone giurisprudenziale, rifacendosi, infatti, al principio "*ad impossibilia nemo tenetur*", iniziava, seppur timidamente, ad attribuire un'efficacia scusante a tutte quelle situazioni in cui l'ignoranza o l'errore sul precetto fossero derivate da una situazione di positiva *buona fede* da parte del soggetto agente <sup>(89)</sup>.

Si sosteneva, cioè, che fosse "configurabile la cosiddetta buona fede ove la mancata coscienza dell'illiceità derivasse [derivì] non dall'ignoranza della legge (elemento negativo), ma da un elemento positivo e cioè da una circostanza che induce nella convinzione della sua liceità, come un provvedimento dell'autorità amministrativa, una precedente giurisprudenza assolutoria o contraddittoria, una equivoca formulazione del testo della norma" <sup>(90)</sup>.

Tale apertura si limitava dunque al solo campo delle contravvenzioni, attesa la loro tendenziale coincidenza con i reati artificiali <sup>(91)</sup>: era dunque possibile ipotizzare che l'agente inconsapevolmente potesse trovarsi nella situazione di ignorare l'illiceità del fatto.

La "buona fede" operava, quindi, come limite al dogma assoluto dell'inescusabilità, a condizione che l'errore non trovasse le proprie origini in una semplice ignoranza della legge penale, ma fosse dovuto

---

<sup>89</sup> In proposito, vedi, ANTOLISEI, *La buona fede nelle contravvenzioni*, in *Scritti di diritto penale*, Milano, 1955 pagg. 343 ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto Penale, Parte Generale*, cit., pagg. 392, 393; PULITANÒ, *L'errore di diritto*, cit., pag. 431; MONTI, *In tema di concessione edilizia illegittima e "buona fede" nelle contravvenzioni*, in *CP* 1982, pag. 82.

<sup>90</sup> Cass. pen., sez. un., 7 dicembre 1963, in *Foro it.* 1964, II, pag. 226; Cass. pen., 5 marzo 1980, in *Riv. pen.* 1981, pag. 202. In senso contrario, vedi Pretura di Roma, 31 ottobre 1978, Romano e a., in *Giur. merito* 1980, pag. 1234; Cass. pen., 27 marzo 1979, Lasiraghi, in *Giust. Pen.* 1980, II, pag. 174.

ad una circostanza di fatto che avesse causato la ragionevole convinzione della liceità del proprio operato.

E' possibile affermare che il principio della "buona fede" abbia gettato le basi per quel giudizio di non esigibilità, che fonderà la "moderna" lettura dell'art. 5 cod. pen.

Esaminando le pronunce dell'epoca, è stato possibile, in realtà, rinvenire anche una sentenza, in cui viene data rilevanza alla "buona fede" in relazione ad un delitto (<sup>92</sup>).

Si trattava di un caso, in cui il Tribunale di Milano, di fronte all'imputato che asseriva di ignorare totalmente l'esistenza di un obbligo di immatricolazione per le armi e che riteneva, in ogni caso, di essersi liberato di ogni onere nel momento in cui aveva denunciato il possesso di armi all'Autorità di Pubblica Sicurezza, sanciva che "non si integra la fattispecie del delitto di detenzione d'arma clandestina, di cui agli artt. 11 e 23 della l. 18 aprile 1975, n. 110, qualora il detentore sia in buona fede, non avendo denunciato l'arma a causa della mancata conoscenza del relativo obbligo". Aggiungeva, altresì, che "la buona fede del soggetto agente esclude l'elemento soggettivo del delitto in quanto determinata dall'atteggiamento degli organi della Pubblica Amministrazione competente nel settore, che, dal medesimo chiamati in causa, non hanno contribuito al superamento del suo stato di ignoranza incolpevole".

Per quanto apprezzabili, tali *revirement* giurisprudenziali, sollecitati con ogni evidenza dalla prassi, non tardavano a mostrare la loro insormontabile fragilità dogmatica (<sup>93</sup>).

---

<sup>91</sup> Per la distinzione tra reati artificiali e reati naturali, vedi nota 62.

<sup>92</sup> Trib. Milano, 12 febbraio 1986, Massoni, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1987, pag. 449 ss. Giova segnalare un precedente, Trib. Pisa, 2 febbraio 1982, Coppo e a., in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1982, pag. 1630 ss., in cui i giudici hanno aggirato l'ostacolo dell'art. 5 cod. pen., attraverso un'interpretazione analogica dell'art. 48 cod. pen. I giudici toscani ritenevano, in particolare, di non dover procedere alla condanna di un soggetto che era incorso in un'omissione in materia di detenzione di armi, a seguito delle esplicite rassicurazioni dell'Autorità di Pubblica Sicurezza. Attraverso una lettura originale, e decisamente analogica, il Tribunale considerava l'imputato al pari di chi fosse stato

Innanzitutto, tale approccio si risolveva nel ridurre spesso la problematica sull'inescusabilità dell'ignoranza della legge penale ad una mera questione di giustizia equitativa, peraltro confinata al solo campo delle contravvenzioni.

Anche tale limitazione *ratione materiae* creava non poche perplessità, considerato che il criterio della "buona fede" è un principio trasversale, che opera indistintamente sia per i delitti che per le contravvenzioni.

Ulteriore *punctum dolens* risiedeva sicuramente nel fatto che non fosse in alcun modo individuabile la vera *ratio* scusante, dogmatica e costituzionale, del principio di "buona fede", che dunque non era in grado di condurre gli interpreti ad una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 5 cod. pen.<sup>(94)</sup>.

Alla luce di quanto appreso, possiamo dunque affermare che anche l'impatto con il dato giurisprudenziale ha fatto emergere il lato "astratto e teorico, oltre che iniquo"<sup>(95)</sup> della pretesa assolutezza del principio di inescusabilità dell'errore sulla legge penale.

## **5. Le ragioni storiche, culturali e giuridiche della lenta erosione del principio di inescusabilità.**

Dopo aver passato in rassegna le diverse costruzioni dottrinali che hanno cercato, con le più svariate argomentazioni, di attribuire un fondamento logico e dogmatico al principio di assoluta inescusabilità dell'ignoranza della legge penale ed aver, altresì, verificato quale fosse l'approccio interpretativo nella prassi giurisprudenziale, possiamo ora

---

indotto alla commissione di un reato dall'altrui inganno e come tale non poteva essere punito, perché mancava il dolo.

<sup>93</sup> FIANDACA-MUSCO, *Diritto Penale, Parte Generale*, cit., pag. 393; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., pag. 294.

<sup>94</sup> Per una ricostruzione in dottrina del principio della buona fede, vedi FORNASARI, *Buona fede e delitti: limiti normativi dell'art. 5 c.p. e criteri di concretizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1987, pagg. 459 ss.

<sup>95</sup> FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, cit., pag. 392.

procedere ad analizzare quali siano state le cause della lenta erosione di detto principio, che, come abbiamo sottolineato in più occasioni, era fortemente radicato nell'ordinamento italiano, tanto da rappresentare un caso pressoché isolato nel panorama della legislazione europea.

Per una serie di ragioni, che andremo ad illustrare, ad un certo punto iniziava a farsi strada l'esigenza di una maggiore "compenetrazione" tra fatto ed autore del reato, sotto il profilo mediato della coscienza del disvalore penale <sup>(96)</sup>.

La storica sentenza della Corte costituzionale del 1988 ha cristallizzato tale "stato d'animo", mettendo in luce la debolezza di un dogma, che iniziava a non convincere più, nei casi in cui era del tutto impossibile conoscere la legge penale o evitare l'errore sulla stessa.

Nella nostra ricerca abbiamo individuato tre linee direttrici che hanno contribuito a determinare la lenta messa in discussione del rigore del principio dell'inescusabilità dell'ignoranza della legge penale, che per molto tempo era parso insormontabile: *a.)* l'avvento della Costituzione repubblicana e la conseguente affermazione del principio di colpevolezza; *b.)* l'influenza del diritto penale tedesco, di cui ci occuperemo ampiamente nel terzo capitolo di questo lavoro; *c.)* infine, il processo di "amministrativizzazione" che ha conosciuto il diritto penale negli ultimi decenni.

Vediamole singolarmente.

### **5.1. L'art. 27 della Carta Costituzionale.**

Una prima aggressione al principio dell'*ignorantia legis non excusat* veniva sicuramente mossa dall'avvento della Costituzione Repubblicana nel 1948, che aveva contribuito a mettere in crisi quell'assetto di valori autoritari, propri del codice penale fascista,

soprattutto con una norma collocata nel titolo I, dedicato ai Rapporti civili, ossia l'art. 27 che sanciva al primo comma che "la responsabilità penale è personale" e attribuiva al terzo comma una funzione rieducativa alla pena (<sup>97</sup>).

Già durante i Lavori Preparatori, in seno all'Assemblea Costituente, era emersa la necessità di prevedere, da un canto, il principio di personalità come presupposto essenziale di ogni pretesa punitiva dello Stato e, dall'altro, di garantire l'esclusione dall'ordinamento di tutte quelle ipotesi di responsabilità penale prive di partecipazione subiettiva.

Giova precisare che tali Lavori Preparatori della Costituzione, anche "[...] se non sono tali da poter essere univocamente utilizzati per una ricostruzione della personalità come sicuro indice di una necessaria colpevolezza, certo non legittimano una chiusura o peggio, un arroccamento sul semplice divieto di responsabilità per fatto altrui".

Tra le fila della dottrina italiana si iniziava, quindi, ad auspicare un equilibrio tra le contrapposte esigenze di politica criminale che venivano in gioco in questa sede: da un lato, l'efficacia orientatrice della legge e la sua funzione di protezione degli interessi della collettività e, dall'altro, una valorizzazione del principio soggettivistico nella disciplina dell'illecito penale, al fine di realizzare ciò che Bricola definiva il "volto costituzionale del diritto penale".

L'originario art. 5 cod. pen. iniziava ad assumere sempre più accentuate sembianze di illegittimità ed era diventato un principio antistorico ed inaccettabile, contrario all'evoluzione dello Stato di diritto che, moltiplicando le sue leggi per far fronte al moltiplicarsi dei suoi compiti, non poteva più pretendere che tutti i consociati le conoscessero come

---

<sup>96</sup> FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, cit., pag. 393.

<sup>97</sup> Per una disamina dell'art. 27 Cost., vedi PITTARO-GIALUZ, in BARTOLE-BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, II ed., Padova, 2008, pagg. 27 ss.; D'AMICO, in *Commentario alla Costituzione* (a cura di BIFULCO-CELOTTO-OLIVETTI), vol. I, Artt. 1-54, Torino, 2006, pagg. 565 ss.

quando le leggi penali erano volte a codificare le norme di civiltà universalmente riconosciute<sup>(98)</sup>.

Tale assetto costituzionale, che mette l'individuo, e non lo Stato, come centro essenziale dell'ordinamento, vuole che "il soggetto, centro di imputazione primario di diritti e di doveri, sia costantemente teso al massimo rispetto degli interessi altrui e quindi moralmente e giuridicamente responsabile di una loro consapevole lesione anche se non ne conoscesse positivamente la tutela giuridica (cd. etica della responsabilità), ma al tempo stesso non può consentire che ricada su di lui una pratica impossibilità, nella situazione data, di conoscere la legge e/o il suo (esatto) contenuto"<sup>(99)</sup>.

Si faceva insomma strada l'incompatibilità costituzionale tra il principio assoluto dell'inescusabilità dell'ignoranza della legge penale ed il sommo principio di colpevolezza (*nullum crimen sine culpa*), quale espressione del principio di legalità e quale esigenza di garanzia che al cittadino non verrà accollata alcuna responsabilità per fatti a lui non rimproverabili<sup>(100)</sup>.

Alcuni Autori non si sono arrestati al contrasto con l'art. 27 Cost., ma invocavano un contrasto dell'art. 5 cod. pen. anche con gli articoli 3 e 25, secondo comma Cost.<sup>(101)</sup>.

Con l'art. 3, primo comma, perché si riteneva che la diversità sostanziale tra la situazione di conoscenza dell'antigiuridicità della propria condotta e la situazione di impossibilità di detta conoscenza, emergeva solo eventualmente ed in misura assai limitata sul trattamento sanzionatorio. Tutto questo, in palese violazione del principio di uguaglianza, perché l'art. 5 cod. pen., per asserite esigenze di politica criminale, andrebbe a trattare in modo uguale due situazioni

---

<sup>98</sup> ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., pag. 102.

<sup>99</sup> ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., pag. 102.

<sup>100</sup> MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., pag. 12.

<sup>101</sup> PALAZZO, *Il problema dell'ignoranza*, cit., pagg. 781 ss.

che presentano un diverso disvalore sociale e penale e che andrebbero dunque differenziate <sup>(102)</sup>.

Un ulteriore profilo di contrasto si riconoscerebbe in relazione al secondo comma dell'art. 3 Cost., che prevede un espresso dovere in capo alla Repubblica di "rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese".

E' evidente che sorgerebbe una responsabilità dello Stato, che non ha permesso al singolo individuo di partecipare attivamente alla organizzazione del Paese, allorquando il cittadino si sia trovato nell'oggettiva impossibilità di conoscere la legge penale, per l'oscurità del dettato legislativo, per le costanti divergenze interpretative in seno alla giurisprudenza o addirittura per l'inefficienza dei sistemi di pubblicazione <sup>(103)</sup>.

Da ultimo, non poteva di certo essere tralasciato l'asserito contrasto del principio dell'*ignorantia legis non excusat* con il sommo principio di legalità di cui all'art. 25, secondo comma, sotto il duplice profilo della precisione <sup>(104)</sup> e della tassatività <sup>(105)</sup> ed altresì con il principio dell'irretroattività delle norme penali sfavorevoli all'agente <sup>(106)</sup>.

Dai primi due profili, che impongono al legislatore di formulare norme chiare e precise, in modo da evitare un'interpretazione creativa da parte del giudice, deriverebbe, secondo la dottrina, una naturale e conseguente "possibilità di conoscenza della legge penale".

A tale requisito potrebbe essere ricondotto anche il principio di irretroattività, in quanto "il limite temporale alla efficacia obbligatoria,

---

<sup>102</sup> PALAZZO, *Il problema dell'ignoranza*, cit., pag. 781.

<sup>103</sup> PALAZZO, *Il problema dell'ignoranza*, cit., pagg. 781, 782.

<sup>104</sup> Vedi, per tutti, MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., pagg. 119 ss.

<sup>105</sup> MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale* cit., pagg. 167 ss.

<sup>106</sup> MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., pag. 253.

potenzialmente sconfinata, si giustifica solo con lo scopo di evitare che il cittadino sia punito per un fatto di cui obiettivamente non poteva conoscere l'illiceità" <sup>(107)</sup>.

### 5.1.1. La giurisprudenza costituzionale sull'art. 27 Cost.

Per completare il discorso sui profili di incostituzionalità dell'art. 5 cod. pen., soprattutto con l'art. 27, primo comma Cost., bisogna ora rivolgere l'attenzione alle pronunce della Corte costituzionale, anteriori al 1988, per accorgersi che, per moltissimo tempo, i giudici hanno disatteso qualsiasi istanza innovatrice della dottrina in ordine alle questioni di legittimità costituzionale sollevate in relazione all'art. 27 Cost.

Possiamo, in particolare, riconoscere due orientamenti <sup>(108)</sup>: da un lato, un gruppo di sentenze che confinava l'art. 27, primo comma Cost. al suo significato minimo di responsabilità per fatto proprio e quindi metteva al bando qualsiasi forma di responsabilità per fatto altrui <sup>(109)</sup>; dall'altro, un gruppo di pronunce che, rigettando le questioni di costituzionalità sollevate, attribuivano alle fattispecie criminose, di volta in volta sottoposte alla loro attenzione, una lettura costituzionalmente orientata, rinvenendo direttamente nella norma incriminatrice quel necessario coefficiente di colpevolezza, che la rendeva conforme ai principi costituzionali <sup>(110)</sup>.

---

<sup>107</sup> PALAZZO, *Il problema dell'ignoranza*, cit., pag. 782.

<sup>108</sup> Per tale dicotomia, vedi MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., pagg. 468 ss.

<sup>109</sup> In tema di ignoranza dell'età della persona offesa nei reati sessuali vedi C. cost., 26 giugno 1957, n. 107, Dell'Aversana, in *Giur. Cost.* 1957, pag. 1005; C. cost., 17 febbraio 1971, n. 20, Pirotti, in *GP* 1971, I, pag. 214; C. cost., 30 giugno 1983, n. 209, Bianchi e Parlà, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1984, pag. 429. In materia di ricerca non autorizzata di cose di interesse archeologico, C. cost. 9 giugno 1964, n. 54, Forte, in *GP* 1964, I, pag. 257.

<sup>110</sup> In tema di concorso anomalo ex art. 116 cod. pen., C. cost., 13 maggio 1965, n. 42, Tutino-Ferretti, in *Giust. Cost.* 1965, pag. 639; su morte o lesioni come aggravanti del reato di rissa, C. cost., 11 febbraio 1971, n. 21, Pugliese-Ravetta-Cardia, in *GP* 1971, I,

Da un'analisi delle pronunce del secondo gruppo è facile comprendere che gli stessi giudici costituzionali abbiano avvertito in più occasioni la necessità di adeguare numerose fattispecie penali al canone della personalità della responsabilità penale.

Per arrivare alla svolta storica bisognerà, però, attendere il 1988.

## **5.2. Influenza del diritto penale tedesco. Cenni e rinvio.**

Tornando a quelle che sono state da noi individuate come le ragioni che hanno evidenziato l'inadeguatezza prima, e l'erosione poi, dell'art. 5 cod. pen., assume una rilevanza assolutamente primaria l'influsso esercitato dalla dottrina e dalla giurisprudenza penalistica tedesca, che si è insinuata lentamente tra le fila del diritto penale italiano con le sue riflessioni in tema di coscienza dell'antigiuridicità.

Possiamo anticipare fin da ora che il merito degli studiosi tedeschi è stato quello di anticipare ciò che in Italia ha trovato affermazione dopo parecchio tempo.

Fino agli anni Cinquanta, l'ordinamento italiano e quello tedesco si muovevano su due binari paralleli: essi prevedevano, cioè, la medesima disciplina dell'errore sul precetto, in osservanza dell'assoluto e consolidato principio dell'inescusabilità dell'ignoranza della legge penale, all'epoca vigente in entrambi i sistemi giuridici.

Vi era però una sostanziale differenza: mentre il codice Rocco (ricalcando, come più volte detto, l'assetto del codice Zanardelli) codificava questo principio, il codice penale tedesco del 1871 non gli dedicava alcuna disciplina espressa, ritenendolo un principio consolidato nel diritto vivente.

---

pag. 212; sulla responsabilità del direttore di un periodico *ex art.* 57 cod. pen., C. cost., 15 giugno 1956, Barucco, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1956, pag. 455.

Unica norma che prevedeva esplicitamente un'ipotesi di errore era il solo par. 59, dedicato all'errore sul fatto che esclude il dolo (<sup>111</sup>).

La svolta storica nell'ordinamento tedesco, come vedremo ampiamente nel terzo capitolo, si raggiungerà nel 1952, con la sentenza del 12 marzo 1952 del *Bundesgerichtshof*, che a sezioni unite accoglierà una nuova concezione dell'errore sul precetto, improntata al principio di colpevolezza, che, secondo la dottrina tedesca, permeava, benché inespresso, tutto l'ordinamento giuridico (<sup>112</sup>).

La cd. teoria della colpevolezza (la *Schuldtheorie*) metterà in evidenza la centralità della coscienza dell'antigiuridicità del fatto, cui viene assimilata la possibilità di acquisirla, e la collocherà non accanto alla rappresentazione e volizione, quale elemento fondamentale del dolo (come postula invece la contrapposta teoria del dolo, la cd. *Vorsatztheorie*), bensì come elemento a sé stante della colpevolezza (<sup>113</sup>).

La mancata coscienza dell'antigiuridicità, derivante da ignoranza della legge o da errore sulla stessa, se inevitabile, escluderebbe ogni rimproverabilità del fatto al suo autore; se, invece, evitabile, lascerebbe sussistere tale rimproverabilità e la conseguente responsabilità per il fatto – colposo o doloso – commesso.

Il legislatore tedesco del 1975 accoglierà questa impostazione a livello normativo ed introdurrà il paragrafo 17 sul *Verbotsirrtum*, secondo il quale “quando all'agente manca, durante la commissione del fatto, la coscienza di agire illecitamente, non si ha colpevolezza, se egli non poteva evitare questo errore. Se tale errore poteva essere dall'agente evitato, la pena potrà essere diminuita secondo quanto previsto dal § 49 co. 1” (<sup>114</sup>).

---

<sup>111</sup> Vedi, Parte II, Cap. I, 2.

<sup>112</sup> Vedi Parte II, Cap. I, 4.

<sup>113</sup> Per un'ampia trattazione della differenza tra *Schuldtheorie* e *Vorsatztheorie*, vedi, Parte II, Cap. I, 3.

### 5.3. Amministrativizzazione del diritto penale.

Un ultimo segnale di crisi è sicuramente rappresentato dal fenomeno di “amministrativizzazione del diritto penale”, che si è diffuso in maniera proporzionale al rapido accrescimento della complessità delle odierne società altamente industrializzate e delle loro esigenze di tutela <sup>(115)</sup> e che è andato di pari passo con il fenomeno della depenalizzazione stessa del diritto penale.

Una presunzione di conoscenza era connaturale ad un ordinamento che fosse in grado di fissare regole di condotta valide per tutti i consociati, ma del tutto irrealizzabile in un ordinamento, come il nostro, che conosce un costante processo di decodificazione delle norme penali, nonché di giuridificazione di sempre nuovi settori <sup>(116)</sup>.

Si è da tempo oramai giunti ad una sorta di mutuazione dei principi penalistici nell’ottica di trovare una soluzione coerente con la funzione di tutela preventiva dei beni giuridici messa in atto dalle sanzioni amministrative <sup>(117)</sup>.

Il principio dell’inescusabilità dell’*ignorantia iuris* non era, dunque, più tollerabile senza accrescere pericolosamente quel senso di insofferenza e di incertezza determinato da un intervento penale così dilatato da risultare onnipervasivo <sup>(118)</sup>.

---

<sup>114</sup> Così recita il § 17 StGB: “Fehlt dem Täter bei Begehung der Tat die Einsicht, Unrecht zu tun, so handelt er ohne Schuld, wenn er diesen Irrtum nicht vermeiden konnte. Konnte der Täter den Irrtum vermeiden, so kann die Strafe nach § 49 Abs. 1 gemildert werden”.

<sup>115</sup> Vedi, per tutti, PALIERO, “Minima non curat praetor”. *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, pagg. 12 ss.

<sup>116</sup> FORNASARI, *Buona fede e delitti*, cit., pag. 475.

<sup>117</sup> MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale*, cit., pag. 140.

<sup>118</sup> PALAZZO, *Ignoranza*, cit., pag. 125.

#### **5.4. Concrete proposte dottrinali per il superamento del principio di assoluta inescusabilità.**

Parallelamente alle tre linee direttrici, che hanno contribuito allo sgretolamento dell'inderogabilità del principio contenuto nell'art. 5 cod. pen., sono emerse, tra le fila della dottrina italiana, delle voci, sempre più insistenti, volte a mettere in luce la fragilità dell'art. 5 cod. pen., vuoi per ragioni di determinatezza, vuoi per l'inadeguatezza dell'approccio pratico.

Tali critiche si caratterizzavano per la comune coscienza del carattere eccessivamente repressivo ed altresì incivile <sup>(119)</sup> che connotava l'art. 5 cod. pen., della sua inattualità e del suo contrasto con il dettato costituzionale.

Era poi ben chiaro che, qualsiasi fosse stata la funzione che il legislatore avesse inteso attribuire alla sanzione penale, questa avrebbe potuto essere comunque soddisfatta solo dando rilievo alla conoscenza attuale o potenziale della norma penale.

Si rende pertanto necessario analizzare le differenti proposte di riforma che sono state avanzate dalla dottrina italiana e che hanno contribuito a gettare le basi per la svolta operata nel 1988 dalla Corte costituzionale.

##### **5.4.1. (segue) Abrogazione parziale.**

Come rilevato nei paragrafi precedenti, l'avvento della Carta costituzionale nel 1948 ha contribuito a minare in maniera incontrovertibile l'assolutezza del principio dell'inescusabilità dell'ignoranza della legge penale.

---

<sup>119</sup> Espressione che verrà utilizzata dalla sentenza C. Cost., 24 marzo 1988, n. 368, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1988, pagg. 695 ss.

Una parte della dottrina <sup>(120)</sup>, in particolare, si è chiesta come dovesse avvenire l'adeguamento dell'*ignorantia legis* ai principi contenuti negli art. 25 co. 2 e 27 co. 1 e 3 Cost.

Ritenendo del tutto insufficiente una interpretazione adeguatrice, tali giuristi ritenevano fosse necessario un vero e proprio intervento di abrogazione parziale dell'art. 5 cod. pen.

Tale impostazione accoglieva la tesi della scusabilità relativa, ossia attribuiva rilevanza scusante all'ignoranza e all'errore inevitabili e richiedeva l'introduzione normativa del presupposto della conoscibilità della norma penale incriminatrice tra gli elementi fondanti la colpevolezza.

#### **5.4.2. (segue) Dichiarazione di parziale illegittimità costituzionale.**

Un altro orientamento, sorto tra le fila della dottrina italiana, e che ha avuto un peso decisamente maggiore, è stato quello che ha accolto la teoria della rilevanza giuridica dell'ignoranza inevitabile della norma violata e che di conseguenza riteneva necessaria una pronuncia della Corte costituzionale, volta a dichiarare parzialmente illegittimo l'art. 5 cod. pen., nella parte in cui negava rilievo scusante all'ignoranza e all'errore inevitabili sul precetto penale.

Il principio di assoluta inescusabilità si poneva in contrasto con le norme della Costituzione: il principio di legalità ed i paralleli principi di personalità della responsabilità penale e della funzione rieducativa della pena richiedevano la rimproverabilità della condotta all'agente al fine di una adeguata punizione del colpevole <sup>(121)</sup>.

---

<sup>120</sup> Vedi BINDA, in *Commentario* MARINUCCI-DOLCINI, cit., pag. 122.

<sup>121</sup> ROMANO, in *Commentario sistematico*, cit., pagg. 102 ss. mette chiaramente in evidenza che "in presenza di un soggetto integralmente fedele al diritto, che intende conformare con scrupolo la sua condotta alla volontà della legge, [...] le conseguenze della mancata rappresentazione dell'illiceità o del ragionevole convincimento della

E come vedremo nel prosieguo, sarà proprio questa la teoria accolta dalla Corte costituzionale nel 1988 di fronte ad una palese e continuata inerzia del legislatore italiano e di fronte ad una altrettanto carente interpretazione adeguatrice nell'applicazione giurisprudenziale.

Si deve, altresì, rilevare come ad alcuni fautori di questa teoria si debba riconoscere anche il merito di aver iniziato ad elaborare i criteri di valutazione per il riconoscimento della rilevanza scusante dell'ignoranza inevitabile, che la Corte nel 1988 prenderà come modello per indicare i parametri di giudizio nella sentenza.

#### **5.4.3. (segue) Abrogazione totale.**

Altri Autori, tra cui Spasari <sup>(122)</sup>, non si accontentavano di una pronuncia di parziale illegittimità, ma auspicavano una pronuncia di incostituzionalità totale dell'art. 5 cod. pen.

Essi ritenevano, nello specifico, che il principio della personalità della responsabilità penale di cui all'art. 27, primo comma Cost. coincidesse *in toto* con il principio di colpevolezza e pertanto assumevano come indispensabile la coscienza effettiva del disvalore penale del fatto ai fini di un effettivo rimprovero all'agente.

Questo orientamento era sembrato poco corretto, perché abolire l'intera disciplina dell'*ignorantia legis* significava *ex adverso* accogliere il principio della scusabilità assoluta, un dogma che peccherebbe per eccesso scusante e non troverebbe alcun fondamento nel principio di colpevolezza.

---

liceità dovuti alla concreta impossibilità [...] di conoscere la legge e/o il suo esatto contenuto, non possono gravare su di lui".

#### 5.4.4. (segue) Interpretazione conforme a Costituzione.

Muovendo sempre da una rilettura critica dei rapporti tra l'art. 5 cod. pen. ed i principi costituzionali, un'altra corrente dottrinale ha cercato di individuare delle interpretazioni (e conseguenti applicazioni) restrittive del principio di assoluta inescusabilità della legge penale, o meglio, ha cercato di individuare dei temperamenti a tale dogma. Presupposto di partenza era l'assunto che non si potesse pretendere la conoscenza effettiva della legge penale, ma che fosse sufficiente la sola conoscibilità della stessa.

La posizione più importante da segnalare è decisamente quella di Pulitanò<sup>(123)</sup>.

Secondo l'illustre Autore, l'art. 5 cod. pen. aveva implicazioni negative su tutto l'apparato costituzionale, perché comportava la subordinazione del valore della persona umana all'assolutismo "statolatrico" del rispetto dell'ordine giuridico ed eventualmente anche alla tutela oggettiva degli interessi protetti dalla norma.

L'Autore auspicava, pertanto, un intervento legislativo in materia e riteneva che, nell'attesa di ciò, fosse doveroso integrare la lacuna che il codice Rocco mostrava in materia, attraverso lo strumento dell'interpretazione adeguatrice dell'art. 5 cod. pen. ai valori costituzionali<sup>(124)</sup>.

Lo scopo che Pulitanò perseguiva era proprio quello di desumere da tali sommi principi, un principio concretamente applicabile, incarnato dalla possibilità di conoscenza dell'illiceità<sup>(125)</sup>.

Il giurista affermava più specificamente che l'art. 5 cod. pen. disciplinasse solamente l'elemento *negativo* dell'ignoranza o dell'errore e non anche lo stato soggettivo *positivo* della possibilità di conoscenza,

---

<sup>122</sup> SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, 1966, pagg. 84 ss.

<sup>123</sup> PULITANÒ, *L'errore di diritto*, cit., pagg. 465 ss.

<sup>124</sup> PULITANÒ, *op. loc. cit.*

<sup>125</sup> PULITANÒ, *op. loc. cit.*

che invece deriverebbe dai principi costituzionali <sup>(126)</sup>, che fornirebbero la giusta chiave di lettura per un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 5 cod. pen.

L'art. 27 Cost., infatti, sancendo il principio di colpevolezza, richiederebbe necessariamente la sussistenza della possibile conoscenza della norma incriminatrice per poter muovere un rimprovero all'agente. Quella che abbiamo fin qui definito come "possibilità di conoscenza" assurgerebbe pertanto a requisito autonomo della colpevolezza.

A sostegno di tale interpretazione, per così dire, correttiva dell'art. 5 cod. pen., l'illustre Autore chiamava in causa anche le altre disposizioni della Costituzione aventi un "contenuto penale".

Innanzitutto l'art. 27, terzo comma Cost., il quale postulando la funzione rieducativa della pena, richiederebbe soltanto la punizione di colui che, infrangendo il precetto, si fosse trovato nella materiale possibilità di conoscerlo.

Sarebbe del tutto errato punire chi non fosse nella condizione di conoscere, senza sua colpa, il contenuto della disposizione violata e si finirebbe altresì per frustrare quella funzione rieducativa che l'art. 27, terzo comma auspica <sup>(127)</sup>.

Venivano poi citati a sostegno anche il sommo principio di legalità ex art. 25, secondo comma, Cost. ed i principi di tassatività ed irretroattività, che assumevano il ruolo di indirizzare le leggi penali rispetto alle condotte di vita dei consociati.

Questi, infatti, dovrebbero essere necessariamente in condizione di poter discernere, in ogni momento, il lecito dall'illecito <sup>(128)</sup>.

In questa lettura sistematica delle norme costituzionali, venivano richiamati anche gli artt. 2 e 3 Cost., che imponevano a ciascuno Stato di

---

<sup>126</sup> PULITANÒ, *L'errore di diritto*, cit., pagg. 455 ss. In senso conforme vedi FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, cit., pagg. 390 ss.

<sup>127</sup> PULITANÒ, *op. loc. cit.*

<sup>128</sup> PULITANÒ, *op. loc. cit.*

diritto di garantire i diritti inviolabili ed il libero sviluppo di ciascun individuo, anche attraverso la rimozione degli ostacoli.

Tali norme, oltre a costituire un parametro per il legislatore futuro, rappresentano altresì un parametro invalidante di qualsiasi norma che si pone in contrasto con essi.

Ne deriva che non è costituzionalmente legittimo far ricadere sul cittadino le conseguenze della violazione del dovere dello Stato di attivarsi per rendere riconoscibili i precetti.

Laddove questo si verificasse, si compierebbe una palese violazione della libertà personale garantita dalla Costituzione, cagionata da una evidente omissione del dovere dello Stato di rimuovere gli ostacoli al libero uso della stessa <sup>(129)</sup>.

Da questa lettura interpretativa si arrivava pertanto a dire che sono gli stessi principi dello Stato di diritto a richiedere la riconoscibilità del precetto penale e la rinuncia alla punizione dell'agente in caso di ignoranza ineliminabile o in caso di errore determinato dall'Autorità pubblica <sup>(130)</sup>.

Apprezzata da gran parte della dottrina italiana, anche questa tesi veniva sottoposta a serrate critiche, perché si negava che tale esito interpretativo potesse essere ricondotto a quanto stabilito nell'art. 5 cod. pen.

Esso, infatti, secondo la sua lettura originaria negava rilievo a qualsiasi forma di ignoranza o di errore, indipendentemente dalle cause da cui essi originavano, scusabili o meno <sup>(131)</sup>.

La stessa Corte costituzionale nel 1988, che accoglierà in buona sostanza il percorso argomentativo esposto (pur discostandosi dalle proposte di riforma avanzate), riteneva che l'originario dettato dell'art. 5 cod. pen., nella sua assolutezza (*rectius*, intransigenza), richiedeva un uguale

---

<sup>129</sup> PULITANÒ, *op. loc. cit.*

<sup>130</sup> PULITANÒ, *op. loc. cit.*

<sup>131</sup> PULITANÒ, *op. loc. cit.*

trattamento per chi avesse agito con la coscienza dell'illiceità del fatto e di chi, invece, avesse agito senza tale coscienza.

Del tutto priva di significato era dunque qualsiasi indagine sull'origine di un simile errore o di una simile ignoranza.

Ogni tentativo di superare tale dogma in via interpretativa era pertanto impossibile e privo di qualsiasi fondamento giuridico <sup>(132)</sup>.

#### **6. La sentenza C. cost. n. 74 del 1975: il rigetto della prima questione di illegittimità costituzionale.**

Abbiamo sottolineato, in numerose occasioni, che la Corte Costituzionale ha tenuto un atteggiamento piuttosto rigoroso nei confronti di qualsiasi istanza innovatrice nei confronti dell'art. 5 cod. pen., benché iniziassero a diventare sempre più insistenti, da parte della dottrina italiana, le richieste di adeguare tale norma al dettato costituzionale.

Il primo intervento della Corte costituzionale sull'art. 5 cod. pen., esemplificativo di tale impostazione rigida, risale al 1975 con la sentenza n. 74 <sup>(133)</sup>.

Tale questione di legittimità costituzionale veniva sollevata dal Pretore di Cremona con un'ordinanza <sup>(134)</sup> emessa nel procedimento penale che vedeva imputati alcuni cittadini stranieri di aver messo in circolazione un'autovettura in violazione dell'obbligo di assicurazione della responsabilità civile.

La Pretura, dopo aver passato in rassegna la dottrina che criticava l'assolutezza del principio dell'*ignorantia legis non excusat*, chiedeva nello specifico che venisse dichiarata l'illegittimità costituzionale

---

<sup>132</sup> Corte cost., 24 marzo 1988, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, cit., pagg. 721 ss.

<sup>133</sup> Trattasi della sentenza 20 marzo 1975 n. 74, Saljihi, in *GCost* 1975, I, pag. 770; in *GP* 1975, I, pag. 304; in *FI* 1975, I, pag. 1323.

dell'art. 5 cod. pen., perché in contrasto con gli artt. 2 e 25 Cost., come del resto era già avvenuto in numerosi paesi europei.

Si rilevava in particolare l'incostituzionalità dell'art. 5 cod. pen., nei casi in cui andasse applicato ai reati contravvenzionali a carattere meramente omissivo, commessi soprattutto da stranieri, come è appunto avvenuto nel caso di specie.

L'art. 5 cod. pen. violerebbe l'art. 2 Cost., perché lederebbe il diritto dell'uomo di potersi conformare liberamente alla legge ed altresì l'art. 25 Cost., perché nella supposta equiparazione tra la mancata emanazione della legge e la sua mancata conoscenza, confliggerebbe palesemente con il principio di legalità.

La Corte risolse la questione, dichiarandola non fondata.

Ma andò anche oltre.

Essa rinveniva nella stessa Costituzione il fondamento originario dell'art. 5 cod. pen., sottolineando "l'esigenza che ogni norma emanata nei modi di legge sia applicabile a tutti coloro che ne siano destinatari". Rintracciava, ricalcando quell'orientamento dottrinale che trovava il fondamento del principio dell'inescusabilità nel principio dell'obbligatorietà, la base costituzionale di detto principio assoluto nel principio di obbligatorietà della legge penale, che rappresentava "un'esigenza assoluta del viver civile in una comunità giuridicamente organizzata" e nell'asserita sufficienza della possibilità formale di conoscere la legge garantita dalla Costituzione.

Veniva, pertanto, affermata la legittimità costituzionale dell'art. 5 cod. pen., facendo riferimento alla esigenza di prescindere dalla conoscenza del singolo per l'applicazione della legge penale ed individuando negli artt. 73 co. 3 e 25 co. 2 Cost. il fondamento della legittimità costituzionale della norma.

---

<sup>134</sup> Ordinanza 22 gennaio 1973, Saljihi, in Gazzetta Ufficiale 8 agosto 1973, n. 205, pag. 5595.

Lo stesso percorso interpretativo veniva seguito indirettamente dalla ordinanza n. 170 del 13 giugno 1983 (<sup>135</sup>), con la quale, dichiarando manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale riguardante l'introduzione della normativa di cui agli artt. 17 e 19 l. 28 gennaio 1977 n. 10 (norme per l'edificabilità dei suoli), la Corte evidenziava come la coordinazione delle norme *ex* artt. 73 e 25 Cost. sarebbe da porre in correlazione con la non invocabilità dell'ignoranza della legge penale, così richiamando quanto sostenuto nella sentenza n. 74 del 1975.

Va sottolineato, in maniera critica, come la Corte costituzionale si sia limitata, in questa sede, a respingere i motivi di illegittimità costituzionale sollevati dall'ordinanza di rimessione, senza però affrontare adeguatamente la diversa questione della compatibilità dell'art. 5 cod. pen. con il principio di colpevolezza e con la funzione rieducativa della pena *ex* art. 27 commi 1 e 3 Cost., che rappresenteranno invece il fulcro della pronuncia del 1988.

---

<sup>135</sup> Vedi l'intera ordinanza in *Giur. Cost.* 1983, I, pag. 936.

**CAPITOLO II**

**LA SENTENZA N. 364 DEL 1988 DELLA CORTE  
COSTITUZIONALE TRA TRADIZIONE ED INNOVAZIONE.  
LA RISCOPERTA DEL “VOLTO COSTITUZIONALE”  
DELL’ART. 5 COD. PEN.**

**SOMMARIO:** 1. Le due ordinanze di remissione alla Corte costituzionale. - 1.2. La riunione delle due questioni di legittimità costituzionale. La posizione di chiusura dell’Avvocatura dello Stato. - 2. La pronuncia di parziale illegittimità costituzionale. Linee generali. - 3. Fondamento della sentenza: confronto tra l’art. 5 cod. pen. e la Costituzione. - 3.1. I doveri reciproci: l’onere di riconoscibilità dei contenuti delle norme penali a carico dello Stato. - 3.2. (*segue*) I doveri strumentali di conoscenza delle leggi a carico dei cittadini. - 4. Esegesi dell’art. 27 Cost.: l’affermazione del principio di colpevolezza. - 4.1. La matrice teorica della sentenza: l’adesione alla *Schuldtheorie*. - 5. I parametri di valutazione dell’inevitabilità.

**1. Le due ordinanze di remissione alla Corte costituzionale.**

Abbiamo concluso il primo capitolo del presente lavoro, dando atto di come sia la dottrina che la giurisprudenza italiana, fino agli inizi degli anni Ottanta, siano rimaste ancorate ad un’applicazione estremamente rigida del principio dell’inescusabilità dell’ignoranza della legge penale.

Tale rigore, che in un primo tempo aveva ricevuto anche un avallo costituzionale <sup>(1)</sup>, è stato disattesa da uno storico *revirement* della stessa Corte costituzionale, che verso la fine degli anni Ottanta, è tornata ad

---

<sup>1</sup> Vedi Parte I, Cap. I, 6.

occuparsi dell'art. 5 cod. pen., questa volta conferendo a tale norma una lettura improntata al "volto costituzionale" del nostro diritto penale <sup>(2)</sup>. Nelle pagine seguenti cercheremo di ripercorrere le linee essenziali del percorso logico ed argomentativo, che ha condotto la Corte costituzionale a censurare la parziale illegittimità costituzionale di una norma che fino ad allora era rimasta impermeabile a qualsiasi esigenza di temperamento.

L'intervento della Corte costituzionale nel 1988 sulla legittimità dell'art. 5 cod. pen., definito come innovativo e dirompente <sup>(3)</sup>, prende abbrivio da due ordinanze di remissione, sollevate, rispettivamente, dal Pretore di Cingoli e dal Pretore di Padova, in due differenti procedimenti penali, che avevano ad oggetto la contestazione di specifiche fattispecie contravvenzionali.

Tali ordinanze, di cui tratteremo le coordinate essenziali, hanno avuto il pregio di mettere in risalto gli aspetti più deboli e più problematici di una norma che, nella formulazione originaria, violava lo stesso spirito della Costituzione repubblicana.

In particolare, la prima questione di legittimità costituzionale è stata sollevata dal Pretore di Cingoli <sup>(4)</sup>, cittadina marchigiana, nel corso di un procedimento a carico di alcuni soggetti, che erano stati accusati di aver realizzato, senza aver previamente richiesto la relativa concessione, considerevoli opere di bonifica su un terreno, per finalità esclusivamente agricole e non edificatorie, alterando la originaria conformazione di detto terreno.

Veniva loro contestata, pertanto, la violazione dell'art. 17 lett. b) della l. 28 gennaio 1997 n. 10, recante disposizioni in tema di "Edificabilità dei suoli" (cd. legge Bucalossi), che prevedeva, alla contestata lettera, che "salvo che il fatto costituisca più grave reato e ferme le sanzioni

---

<sup>2</sup> Mantovani, *Ignorantia legis scusabile ed inescusabile*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1990, I, pag. 380.

<sup>3</sup> Usa tale espressione Mantovani, *Ignorantia legis*, cit., pag. 380.

amministrative, si applica l'arresto fino a due anni e l'ammenda da lire 10 milioni a lire 100 milioni nei casi di esecuzione dei lavori in totale difformità o assenza della concessione o di prosecuzione degli stessi nonostante l'ordine di sospensione".

Gli imputati, Marchegiani e altri, avevano addotto in chiave difensiva di essersi comportati secondo "buona fede", perchè avevano ricevuto dall'Autorità competente rassicurazioni sul fatto che non fosse necessaria la licenza edilizia per l'espletamento delle opere che erano intenzionati a realizzare sul suolo.

Tale comportamento veniva legittimato, a loro detta, anche dall'interpretazione della giurisprudenza del Consiglio di Stato, che non richiedeva alcuna licenza ai fini dell'esecuzione di simili interventi di bonifica.

Il Pretore di Cingoli sospendeva il procedimento e rimetteva la questione alla Corte costituzionale, perché riconosceva l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale in materia di necessità del rilascio della concessione edilizia<sup>(5)</sup> e riteneva che, proprio in ragione di tale motivo, il cittadino non potesse percepire "bizantine distinzioni di liceità o di anti-giuridicità", ma dovesse essere solamente messo in condizione di comprendere nella maniera più chiara possibile quando e come ottenere la relativa concessione.

Aggiungeva, altresì, che dovesse sussistere un'unità di tutela in favore del cittadino, nel senso che "se un giudice amministrativo gli dice che questa non occorre, non può il giudice penale condannarlo, qualora sia in grado di giustificarsi dicendo che l'ordinamento lo legittima a tanto".

---

<sup>4</sup> Pret. Cingoli, ordinanza 22 luglio 1980, Marchegiani e a., in G.U. 10 dicembre 1980 n. 338; in *FI* 1981, II, p. 359; in *GCost.* 1980, II, pag. 1714.

<sup>5</sup> In motivazione il Pretore di Cingoli evidenzia tale contrasto, dando atto che esiste giurisprudenza penale (Cass. pen., 10 settembre 1979, Sasso, in *Riv. pen.* 1980, pag. 263) che fa rientrare nella previsione dell'art. 17 lett. b) cit. non solo i manufatti, ma anche le opere di qualsiasi genere con cui si operi nel suolo e sul suolo, ed altresì giurisprudenza del Consiglio di Stato (Cons. Stato, sez. VI, 12 febbraio 1980, n. 159, in *FI* 1980, III, pag. 237) che invece esclude la necessità della concessione per l'apertura di cave, escavazioni, per scopi estrattivi, anche suscettibili di modificare l'ambiente

Secondo il Pretore di Cingoli, soltanto "l'ordinamento, con la sua forza o con l'intervento del legislatore, deve essere in grado di rimediare a questi contrasti, ma non può porre come capro espiatorio il cittadino stesso. Da ciò una chiara violazione del principio di uguaglianza con disparità di trattamento".

Sulla base di queste asserzioni, il giudice marchigiano rimetteva all'esame della Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale degli artt. 5, 42 comma 4, 43, 47 cod. pen. e dell'art. 17 lett. b) della l. 10/1977 "nella parte in cui non prevedono le circostanze rilevanti ai fini della giustificazione dell'errore, con esclusione della colpevolezza e della responsabilità penale, qualora l'errore stesso sia causato da interpretazioni che escludono la necessità della concessione per determinate opere sul suolo, confortate dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato o da altre decisioni delle magistrature ordinarie o amministrative, che siano tali da indurre giustificato errore sulla interpretazione e portata della legge penale", perché sono in contrasto con gli artt. 2, 3, 24, 27 co. 1, 54, 73, 111 e 113 Cost.

Il giudice *a quo* riconosceva, in particolare, il contrasto, da un canto, con l'art. 2 Cost., perché simili situazioni giuridiche configurerebbero una palese lesione della libertà dell'uomo ad opera dello stesso ordinamento penale e, dall'altro, con l'art. 3 Cost., perché le norme impugnate, importando una disparità di trattamento nelle ipotesi di incolpevole ignoranza della norma penale, violerebbero il principio di uguaglianza.

Non poteva ovviamente mancare il profilo di contrasto con l'art. 27, primo comma, perché non era possibile negare, con alcuna argomentazione giuridicamente valida, che tale disposizione imponesse di dare rilievo anche alla "possibilità di conoscenza".

---

naturale e per lavori di trasformazione del suolo con scavi, spianamenti, riporti, purché essi siano finalizzati per scopo agricolo.

Quanto alle altre disposizioni costituzionali richiamate, il Pretore riteneva che si dovesse evitare qualsiasi forma di contrasto con il principio di unitarietà della difesa dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi.

Un'altra questione di legittimità costituzionale in relazione all'art. 5 cod. pen. veniva sollevata, negli stessi anni, dal Pretore di Padova <sup>(6)</sup>.

La vicenda concerneva un procedimento penale a carico del gestore di un bar, il signor Giacinto Marin, imputato della contravvenzione prevista dall'art. 666 cod. pen., che punisce *“chiunque, senza la licenza dell'autorità in un luogo pubblico o aperto o esposto al pubblico, dà spettacoli o trattenimenti di qualsiasi natura, o apre circoli o sale da ballo o di audizioni”*.

La pubblica accusa contestava in particolare al Marin di aver detenuto e fatto funzionare nel suo pubblico esercizio un apparecchio radio, un flipper ed un videogame, senza la licenza della competente Autorità.

L'imputato si era difeso sostenendo che, al momento della presentazione della domanda per la concessione dell'autorizzazione, verbalmente gli avessero assicurato la liceità e la conformità dell'attività svolta nel periodo contestato: gli dissero che erano, infatti, necessari dei tempi tecnici per l'emanazione del relativo provvedimento amministrativo (che doveva essere emesso dal Comune e non più dall'Autorità di polizia); nelle more di detto nulla osta, egli poteva tranquillamente detenere ed utilizzare tali apparecchiature ludiche <sup>(7)</sup>.

---

<sup>6</sup> Pretore Padova, ordinanza 24 maggio 1982, Marin, in G.U. 1982 n. 351; in *FI* 1983, II, pag. 117; in *GCost.* 1982, II, pag. 1828.

<sup>7</sup> L'imputato nello specifico si era difeso sostenendo che *“per quanto riguarda la radio non ritenevo che fosse necessaria la licenza. Per ciò che si riferisce agli apparecchi semiautomatici, si trattava di un flipper solitario automatico e di un videogame. Quando mi furono portati, il noleggiatore si assunse tutti gli oneri di regolarizzazione, con la presentazione della domanda ed il previo pagamento dei diritti erariali e d'autore per la relativa autorizzazione. Tuttavia è notorio che, dopo il trasferimento dall'autorità di polizia ai comuni di funzioni amministrative, l'autorità locale, per l'espletamento dei nuovi compiti, ha sempre richiesto un tempo molto più lungo del consueto, anche pari a parecchi mesi. Nel frattempo erano state date assicurazioni verbali circa la regolarità della situazione, per cui io, che avevo adempiuto a tutti gli incumbenti richiesti non appena pervenutimi gli apparecchi in oggetto nell'agosto 1981, credevo che fosse conforme a legalità l'agibilità dei congegni nel bar. Infatti mi è stata concessa licenza all'inizio del presente mese di maggio 1982. Pertanto, per*

La difesa del Marin invocava, pertanto, la sua “buona fede” scusante in ordine alla detenzione e all’utilizzo di detti “apparecchi da trattenimento”.

Il Pretore di Padova, dopo un *excursus* sulla necessità o meno di una licenza per la detenzione di simili oggetti ed una riflessione sulla presa in carico lenta e lunga di tali procedure di autorizzazione da parte dei Comuni - che aveva oggettivamente rallentato la disamina delle relative domande e la conseguente emanazione delle licenze - arrivava a qualificare la fattispecie, oggetto di giudizio, come un’ipotesi di errore sul precetto scusabile, perché il comportamento dell’imputato era stato realizzato nella convinzione della sua liceità, ingenerata, peraltro, da indicazioni - e rassicurazioni - fornite dalla Autorità competente.

Si sarebbe, pertanto, dovuto riconoscere un legittimo affidamento nei confronti di tali informazioni ricevute, specialmente in ragione del fatto che la normativa in oggetto era oscura e molto controversa.

Argomentava il Pretore di Padova che in una simile “*selva legislativa è difficile trovare la giusta via*”, cui si poteva giungere solo “*faticosamente con ragionamenti consentiti ai soli ‘addetti ai lavori’*”.

Pertanto, quando “l’imputato dà una spiegazione logica del proprio comportamento, [...] a ragione egli può invocare la buona fede”.

Queste affermazioni del Pretore di Padova venivano avvalorate da numerosi richiami dottrinali e giurisprudenziali, a sostegno del complesso panorama interpretativo che si sarebbe prospettato al “*povero esercente di periferia*”.

Seguendo le argomentazioni della dottrina che auspicava un temperamento al principio dell’assoluta inescusabilità della legge penale sulla base di una lettura costituzionalmente conforme dell’art. 5 cod. pen., il giudice *a quo* aveva ritenuto indispensabile una pronuncia

---

quanto riguarda il pericolo in cui anche ebbe luogo l’accertamento di cui al processo presente, invoco la mia buona fede scusabile”.

di parziale illegittimità costituzionale della norma “*nella parte in cui nega ogni rilevanza all’errore od all’ignoranza scusabile*”.

Nell’ordinanza di remissione il Pretore sollevava i numerosi contrasti dell’art. 5 cod. pen., con svariate disposizioni della Costituzione.

Primo fra tutti, si sottolineava il contrasto con l’art. 27, terzo comma, perché l’opera rieducativa della pena comporta necessariamente che l’agente abbia la concreta possibilità di conoscere la legge. Laddove egli “non abbia potuto per fattori oggettivi riconoscere il carattere illecito della propria condotta, non vi sarebbe nessun motivo per rimproverarlo, né alcun valore cui sensibilizzarlo”.

Sussisterebbe inoltre un contrasto con l’art. 25, comma 2, Cost., il quale, imponendo l’irretroattività e la tassatività della disposizione penale, garantirebbe anche l’effettività della possibilità della conoscenza della legge.

Il Pretore di Padova sollevava poi un ulteriore profilo di contrasto con gli articoli 2 e 3 Cost., due disposizioni che garantiscono i diritti inviolabili ed il pieno sviluppo della persona umana e impongono, contestualmente, la rimozione di eventuali ostacoli che compromettano o ostacolino tale sviluppo.

Tali due disposizioni imporrebbero, infatti, al legislatore di delineare chiaramente i confini tra lecito ed illecito.

Laddove questo non venisse fatto - come del resto è accaduto nel caso in esame - l’ordinamento giuridico dovrebbe fare un passo indietro e rinunciare alla punizione del reo.

Questo, dunque, il quadro delineato dai due giudici *a quibus* in relazione ai vari profili di contrasto derivanti all’art. 5 cod. pen. e prospettato all’attenzione della Corte costituzionale.

## 1.2. La riunione delle due questioni di legittimità costituzionale. La posizione di chiusura dell'Avvocatura dello Stato.

Le due ordinanze di remissione venivano riunite e trattate insieme dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 364 del 1988.

Per completezza espositiva e soprattutto per dare evidenza della forza innovativa che tale pronuncia ha avuto, ci sembra opportuno rivolgere uno sguardo anche a quelle che sono state le contestazioni sollevate dall'Avvocatura dello Stato che è, invece, rimasta ancorata agli arcaismi autoritari <sup>(8)</sup> di totale chiusura, che hanno caratterizzato i decenni precedenti e di cui abbiamo dato ampia visione nel primo capitolo.

Quanto alla questione di costituzionalità sollevata dal Pretore di Cingoli, l'Avvocatura Generale dello Stato, in persona dell'avvocato Azzariti, ritenendo totalmente infondata la questione, chiedeva una pronuncia di rigetto, perché riteneva insostenibili le questioni di contrasto sollevate dal *giudice a quo* <sup>(9)</sup>.

Innanzitutto, la teoria della buona fede, formulata esclusivamente per le contravvenzioni, non avrebbe trovato terreno fertile nell'ambito dei delitti, perché priva di qualsiasi fondamento costituzionale.

Dalla lettura sistematica dell'art. 5 cod. pen. con il combinato disposto degli articoli 73, comma 3 e 25, comma 2, Cost. sarebbe derivato solamente il principio del "*nemo ius ignorare censetur*", a nulla rilevando, invece, l'eventuale contrasto giurisprudenziale sull'interpretazione di una determinata disposizione.

Non sarebbe, inoltre, esistita alcuna questione di illegittimità costituzionale in relazione agli articoli 2 e 3 Cost.

Quanto all'art. 2, l'Avvocato dello Stato, asserendo che l'argomentazione del Pretore fosse alquanto "misteriosa", riteneva che

---

<sup>8</sup> Usa tale espressione, PADOVANI, *L'ignoranza inevitabile sulla legge penale e la declaratoria d'incostituzionalità parziale dell'art. 5 cod. pen.*, in LP 1988, pag. 449.

<sup>9</sup> C. cost., 24 marzo 1988, n. 364, Marchegiani e Marin, par. 2 (Fatto), in FI 1988, I, pagg. 1390 ss.

le norme evidenziate dovessero essere inquadrare nel solo principio di obbligatorietà della legge, definito come un'esigenza imprescindibile del vivere civile.

Obbligatoria e vincolante era però solo la legge, non anche la sua interpretazione, a cui il cittadino è libero di determinarsi come meglio crede.

L'interpretazione della giurisprudenza non rappresenterebbe, infatti, una fonte obbligatoria di diritto. La possibilità che esistano applicazioni giurisprudenziali diverse è fisiologica nel nostro ordinamento e a ben guardare, nella Costituzione, non sarebbe nemmeno possibile rintracciare alcuna garanzia nei confronti di un ipotetico "pericolo di orientamenti contrastanti".

Posto poi che il principio di obbligatorietà della legge e quello di irrilevanza dell'errore di diritto valgono in maniera uguale per tutti, non vi sarebbe stata alcuna violazione dell'art. 3 Cost.

Infine, l'avvocato Azzariti escludeva qualsiasi contrasto anche con l'art. 27, primo comma, Cost.

D'altronde, era stata la stessa Corte costituzionale, nella sentenza n. 74/1975, a stabilire che la possibilità di conoscenza prevista dall'art. 27 comma primo Cost. fosse sufficientemente garantita dall'art. 73 co. 3 Cost., ossia dalla pubblicazione della legge <sup>(10)</sup>, possibilità offerta ad ogni singolo cittadino e che di certo non sarebbe venuta meno per effetto di una interpretazione giudiziale.

In relazione all'ordinanza del Pretore di Padova, l'Avvocatura dello Stato <sup>(11)</sup>, sempre rappresentata dall'avvocato Azzariti, sosteneva che il giudice *a quo* avesse, da un canto, esasperato alcuni aspetti pratici, che potevano essere risolti "sol che si giudicasse con un po' di buon senso e logica" e, dall'altro, che non avesse tenuto conto della sentenza n. 74 del 1975, che già si era occupata dei problemi di conformità costituzionale

---

<sup>10</sup> Vedi Parte I, Cap. I, 6.

dell'art. 5 cod. pen. con gli artt. 2 e 25 Cost., statuendo che la base costituzionale dell'art. 5 cod. pen. risiedeva nell'art. 73, terzo comma, Cost.

In relazione allo specifico profilo dell'art. 27, terzo comma, l'Avvocato dello Stato riteneva che se si assumesse come vero quanto sostenuto dal Pretore di Padova, l'ignoranza della norma dovrebbe escludere la pena in ogni caso e non solamente nel caso di ignoranza inevitabile.

Nessun profilo di incostituzionalità poteva poi essere mosso nei confronti degli artt. 2 e 3 Cost., perché non era assolutamente possibile sostenere che le difficoltà interpretative delle norme penali potessero rappresentare degli ostacoli allo sviluppo della persona umana o al trattamento egualitario di tutti i cittadini.

Risultava dunque inequivocabile la posizione assunta dall'Avvocatura dello Stato di fronte ai sollevati profili di incostituzionalità dell'art. 5 cod. pen., dovuta, con ogni probabilità, al timore che, favorendo l'ingresso a qualche spiraglio di scusabilità, si potesse verificare un pericoloso affievolimento dell'autorità della legge.

Essa continuava, pertanto, a seguire fedelmente l'impostazione che aveva caratterizzato la dottrina e giurisprudenza italiana per lunghi decenni e a considerare l'art. 5 come una norma di sbarramento, che non necessitava di alcun collegamento tra soggetto e legge penale, perché intenta a "fotografare" solamente il momento storico in cui il soggetto violava la legge penale, ignorandola.

Ed è proprio questa la fragilità dell'art. 5 cod. pen., su cui interverrà categoricamente la Corte costituzionale, che riterrà, invece, necessario analizzare le cause remote e prossime dell'ignoranza della legge penale e sviluppare, di conseguenza, l'indagine sullo stato preliminare delle relazioni tra ordinamento giuridico e soggetti.

---

<sup>11</sup> C. cost., 24 marzo 1988, n. 364, Marchegiani e Marin, par. 4 (Fatto), in *FI* 1988, I, pagg. 1395, 1396.

## 2. La pronuncia di parziale illegittimità costituzionale. Linee generali.

Prima di ripercorrere i passaggi più salienti e più innovativi della motivazione della sentenza n. 364 del 1988 <sup>(12)</sup>, ci sembra opportuno anticipare al lettore quelle che saranno le linee direttrici essenziali di tale pronuncia, che ha dichiarato la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 5 cod. pen., perché è bene precisare fin da ora che la storia di detto principio coincide con la storia delle sue eccezioni.

La sentenza storica della Corte costituzionale ha ridisegnato i confini del problema del rapporto soggettivo esistente tra agente e il disvalore del fatto, dando precise coordinate su come debba essere letto ed interpretato il binomio "possibilità-impossibilità" di conoscenza della legge penale.

I giudici costituzionali, in particolare, facendo propria la più recente interpretazione dottrinale e assimilando gli insegnamenti della *Schuldtheorie*, giungeranno a considerare l'originario articolo 5 cod. pen. come una disposizione "incivile" e ad affermare che l'effettiva possibilità di conoscere la legge penale rappresenta a tutti gli effetti un autonomo requisito della imputazione soggettiva.

Non è possibile esaminare, infatti, il tema dell'ignoranza della legge penale, soffermandosi solo sull'"istante" in cui l'agente viola la legge nell'ignoranza della stessa, ma è necessario tenere in considerazione anche le "cause", remote e prossime di detta ignoranza, che vanno ad intaccare i rapporti più ampi tra ordinamento giuridico e autore del fatto illecito.

---

<sup>12</sup> Sulla sentenza n. 364 del 1988 vedi, PULITANÒ, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1988, I, pagg. 686 ss.; FIANDACA, *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: "prima lettura" della sentenza n. 364/88*, in *FI* 1988, I, pagg. 385 ss.; PADOVANI, *L'ignoranza inevitabile sulla legge penale*, cit., pagg. 449 ss.; RONCO, *Ignoranza della legge (dir. pen.)*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. XV, Roma, 1989, pagg. 8 ss.; STORTONI, *L'introduzione nel sistema penale dell'errore scusabile di diritto: significati e prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, pagg. 83 ss.

Già Bettiol rilevava, al proposito, che “la questione ha uno sfondo psicologico indiscusso, perché non si può effettivamente dire che colui il quale si è determinato all’azione ignorando o errando circa l’esistenza di una norma penale, quando tale ignoranza o errore siano invincibili, abbia tenuto un comportamento antidoveroso (...). La norma [art. 5] è indubbiamente in contrasto con la realtà psicologica ed umana ed è solo dettata da ragioni politiche. Dire che il problema deve essere risolto indipendentemente da ogni considerazione psicologica, ed unicamente in base a considerazioni normative in quanto è la stessa legge che determina le condizioni della propria applicabilità anche indipendentemente dalla conoscenza che ne abbia avuto il soggetto agente, è affermazione che risponde solo ad una metodologia formalistica nello studio del diritto” (13).

E proprio prendendo spunto da tali rapporti, la Corte costituzionale andrà ad inquadrare il problema dell’ignoranza della legge penale sotto la lente del supremo principio di colpevolezza, dando vita ad un’operazione di ampia portata dogmatica, perché andrà a ridisegnare l’art. 5 cod. pen., norma che, nella sua originaria formulazione, “rende incostituzionale tutto il sistema ordinario in materia di colpevolezza, in quanto sottrae a questa l’importantissima materia del rapporto tra soggetto e legge penale”.

Possiamo, a ben guardare, riconoscere una duplice valenza alla sentenza n. 364 del 1988: essa rappresenta, da un canto, il momento di rottura con la secolare tradizione dell’inescusabilità assoluta dell’ignoranza della legge penale, cui l’ordinamento italiano è rimasto ancorato per molto tempo, e, dall’altro, essa contribuisce ad allineare (seppur tardivamente) l’ordinamento italiano al principio “personalistico-garantista”, che si era già affermato prepotentemente

---

<sup>13</sup> BETTIOL, *Diritto penale*, Padova, 1982, pag. 508.

negli altri ordinamenti europei e che consente di attribuire rilevanza scusante agli errori inevitabili <sup>(14)</sup>.

La Corte costituzionale, ben consapevole che le varie interpretazioni adeguatrici non siano state in grado di imporsi sul diritto vivente, riterrà, pertanto, che l'unico strumento possibile per rendere conforme tale norma penale al dettato costituzionale, sia una pronuncia di parziale illegittimità costituzionale dell'art. 5 cod. pen., proprio *"nella parte in cui non esclude dall'inescusabilità dell'ignoranza delle legge penale l'ignoranza inevitabile"*.

Sulla base di tale nuova versione, è possibile, pertanto, muovere un rimprovero di colpevolezza all'agente soltanto nel caso in cui egli abbia conosciuto, o almeno, abbia potuto conoscere, l'illiceità penale del fatto <sup>(15)</sup>.

In caso di ignoranza o di errore inevitabili, la responsabilità penale dell'autore per il fatto criminoso dovrà esser esclusa.

Ma vediamo ora i passaggi più importanti della motivazione, definita da un illustre Autore come *"argomentata e dotta in misura inusuale"* <sup>(16)</sup>.

Questo viaggio ci consentirà innanzitutto di gettare le basi per il lavoro di ricerca che andremo a fare nel capitolo successivo, ossia quello di verificare, attraverso una disamina capillare delle pronunce giurisprudenziali, quali siano stati i riflessi applicativi concreti di tale *revirement* costituzionale e ci fornirà altresì lo spunto per approfondire il tema dell'influenza che l'ordinamento giuridico tedesco ha esercitato sulla pronuncia della Corte costituzionale e di riflesso sul diritto penale italiano.

---

<sup>14</sup> ROMANO, *Commento all'art. 5 cod. pen.*, in *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Art. 1-84, III ed. rinnovata ed ampliata, Milano, 2004, pag. 103, parla di vera e propria *"modernizzazione del nostro sistema penale"*.

<sup>15</sup> Per un inquadramento della conoscenza/conoscibilità della norma penale violata all'intero della colpevolezza, vedi per tutti, MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale, Parte Generale*, III ed., 2009, pagg. 329, 330.

### **3. Fondamento della sentenza: confronto tra l'art. 5 cod. pen. e la Costituzione.**

#### **3.1. I doveri reciproci: l'onere di riconoscibilità dei contenuti delle norme penali a carico dello Stato.**

Il *Leitmotiv* della pronuncia della Corte costituzionale risiede nella incessante e continua ricerca di un equilibrio tra la necessità politico-criminale di un'effettiva capacità repressiva dell'ordinamento e le contrapposte esigenze di garanzia della libertà personale dei cittadini nei confronti della potestà punitiva.

Il riconoscimento dell'efficacia scusante risponde ad un'esigenza, divenuta predominante tra le fila della dottrina italiana, di rendere *più personale* il rimprovero penale, che non poteva più prescindere dal requisito della possibilità di conoscenza della norma penale.

La Corte costituzionale si trova, così, a ricondurre la problematica dell'*ignorantia legis* al più ampio tema dei principi di convivenza democratica ed, altresì, a voler attribuire alle leggi penali quella funzione "di orientamento culturale e di determinazione psicologica" <sup>(17)</sup>.

Trattasi in realtà degli stessi principi che informano lo Stato di diritto e il modello liberale delle istituzioni penali e che caratterizzano genericamente il rapporto tra Stato e cittadini.

Muovendosi in tale direzione, i giudici costituzionali hanno cercato ed individuato la chiave del problema dell'ignoranza della legge penale nella concezione liberal-democratica, di matrice contrattualistica e garantistica, delle istituzioni penali <sup>(18)</sup>.

---

<sup>16</sup> MANTOVANI, *Ignorantia legis*, cit., pag. 385.

<sup>17</sup> PULITANÒ, *Diritto penale*, III ed., Torino, 2009, pag. 402; ID., *Una sentenza storica*, cit., pag. 691.

<sup>18</sup> Per una disamina del quadro garantista entro il quale si colloca la motivazione, vedi FIANDACA, *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile*, cit., pagg. 1389, 1390.

Coordinando l'esercizio della giustizia penale con il complesso dei valori costituzionali, la Corte costituzionale ha enucleato una serie di doveri gravanti sia in capo allo Stato che ai singoli cittadini <sup>(19)</sup>.

Tale corresponsività di doveri nasce dalla contropartita, appunto di origine contrattualistica <sup>(20)</sup>, che lo Stato offre in cambio dell'obbligatorietà della legge penale: "lo Stato assicura ai cittadini che non li punirà senza preventivamente informarli su ciò che è vietato o comandato, ma richiede dai singoli l'adempimento di particolari doveri mirati alla realizzazione dei precetti "principali" relativi ai fatti penalmente rilevanti".

Da un canto, dunque, si pone il dovere dello Stato di portare avanti e di rispettare i principi di riserva di legge, tassatività della fattispecie penale e di irretroattività, che impongono la formulazione di precetti semplici e chiari, che siano volti alla tutela dei beni costituzionalmente rilevanti, ma, allo stesso tempo, che siano anche facilmente riconoscibili nei contenuti, perché corrispondenti a norme sociali generalmente riconosciute ed accettate <sup>(21)</sup>.

Le norme, sostiene la Corte, possono essere conosciute solo allorché si rendano socialmente "riconoscibili" e mettano, pertanto, il singolo in condizione di riconoscere e di comprendere il significato penale della propria condotta.

---

<sup>19</sup> Sulla distinzione dei doveri vedi ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., pagg. 111, 112; BINDA, *Commento all'art. 5 cod. pen.*, in *Codice penale commentato*, a cura di DOLCINI-MARINUCCI, vol. I, II ed., Milano, pagg. 123, 124; PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., pag. 402.

<sup>20</sup> Il richiamo a tale concetto del "patto sociale" affonda le proprie radici anche nella posizione scientifica della Scuola di Bari, cui appartiene (e fu eminente esponente) Renato Dell'Andro, l'estensore della sentenza.

<sup>21</sup> Secondo la Corte, il principio di riconoscibilità "rinvia [...] alla necessità che il diritto penale costituisca davvero la 'extrema ratio' di tutela della società, sia costituito da norme non numerose, eccessive rispetto ai fini di tutela, chiaramente formulate, dirette alla tutela di valori almeno di 'rilievo costituzionale' e tali da essere percepite anche in funzione di norme 'extrapenali', di civiltà, effettivamente vigenti nell'ambiente sociale nel quale le norme penali sono destinate ad operare".

Con la previsione dell'art. 25, secondo comma, Cost., l'Assemblea costituente ha cercato proprio di assicurare ai cittadini la certezza giuridica di libere e legittime scelte d'azione <sup>(22)</sup>.

A tale norma vanno poi ad aggiungersi quelle garanzie formali della pubblicazione e della *vacatio legis* previste dall'art. 73, comma terzo, Cost.

L'interazione di tali principi fonda, pertanto, la posizione dello Stato, che è tenuto a favorire al massimo la riconoscibilità sociale dell'effettivo contenuto delle norme penali, che, "prima che un dovere del cittadino, costituisce un dovere o un onere dello Stato-legislatore" <sup>(23)</sup>.

Dall'altra parte di tale rapporto sinallagmatico si collocano i cittadini, che sono, dal canto loro, tenuti ad osservare le leggi penali e a comportarsi in conformità ad esse.

Entrambe le parti di tale rapporto corrispettivo, ossia lo Stato ed i cittadini, sono dunque tenuti al corretto adempimento di questi reciproci doveri, in modo tale che la legge svolga quella funzione di orientamento delle scelte dei consociati che è implicita nel sommo principio di legalità.

Ed è proprio in questo contesto che si colloca il canone della colpevolezza, che viene ad assumere un ruolo di limite, di *extrema ratio* alla reazione punitiva dello Stato, che dovrà pertanto far un passo indietro e rinunciare alla punizione del reo che esegua "comportamenti realizzati nella 'non colpevole' e, pertanto, inevitabile ignoranza del precetto."

---

<sup>22</sup> RONCO, *Ignoranza della legge*, cit., pag. 9

<sup>23</sup> MANTOVANI, *Ignorantia legis*, cit., pag. 386.

### 3.2. (segue) I doveri strumentali di conoscenza delle leggi a carico dei cittadini.

Strettamente connesso al problema della riconoscibilità dei precetti penali è il profilo dell'effettiva conoscenza delle leggi penali da parte dei singoli soggetti, che non possono essere rimproverati qualora versino in una situazione di oggettiva impossibilità di conoscenza del precetto.

La Corte costituzionale si domanda, innanzitutto, quali siano i cd. "doveri strumentali" di conoscenza <sup>(24)</sup> <sup>(25)</sup>, che devono essere rispettati dai destinatari dei precetti penali, ed in un secondo tempo cerca di individuare quali siano i limiti a detti doveri.

Un ruolo centrale viene sicuramente attribuito all'*attività di mediazione* dei singoli <sup>(26)</sup>, che diventa lo strumento indefettibile per l'attività conoscitiva e si radica nel più ampio contesto delle esigenze di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost.

In tale opera di mediazione si riconoscono specifici doveri di informazione e di conoscenza in capo al singolo, che si deve dunque mettere nella condizione di pervenire all'effettiva conoscenza della legge penale.

Se il singolo non si muove in tal senso, è possibile fondare il rimprovero, costituzionalmente legittimo, nei suoi confronti, visto che ha ignorato la legge penale.

Ma non basta.

La Corte costituzionale, a tal proposito, fa una riflessione ulteriore, posto che la legge, sempre più lontana dai parametri illuministici di

---

<sup>24</sup> BINDA, *Commento all'art. 5*, cit., pag. 124; PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., pagg. 404, 405; FIANDACA-MUSCO, *Diritto Penale, Parte generale*, V ed., Bologna 2007, pag. 396.

<sup>25</sup> C. cost., 24 marzo 1988, n. 364, Marchegiani e Marin, par. 18 (Diritto), in *FI* 1988, I, pagg. 1405, 1406.

<sup>26</sup> PADOVANI, *L'ignoranza inevitabile sulla legge penale*, cit., pag. 452.

chiarezza e semplicità <sup>(27)</sup>, è soggetta a continui mutamenti e necessita di differenti interpretazioni.

La corretta interpretazione della legge penale necessita, pertanto, di ulteriori mediazioni, che vanno individuate nel supporto di tecnici, di esperti e di organi dello Stato, che vanno ad affiancare i generali doveri di attenzione e di prudenza che spettano al singolo individuo.

La violazione di detti doveri “già denota quanto meno una ‘trascuratezza’ nei confronti dei diritti altrui, delle persone umane e, conclusivamente, dell’ordinamento tutto”.

Chi, invece, “adempia a tutti i predetti doveri, strumentali, nella specie prevedibili e ciò nonostante venga a trovarsi in stato d’ignoranza della legge penale, non può essere trattato allo stesso modo di chi deliberatamente o per trascuratezza viola gli stessi doveri”, in conformità a quanto sancito dal principio di eguaglianza di cui all’art. 3 Cost.

Se, pertanto, il cittadino si è dimostrato ligio a tali doveri di conoscenza delle leggi penali e ciò nonostante, continui ad ignorare la legge, bisogna necessariamente riconoscere che la sua ignoranza assume i tratti dell’inevitabilità e, di conseguenza, della scusabilità.

Il criterio dell’evitabilità diventa, secondo gli insegnamenti della Corte costituzionale, un criterio normativo per fondare, o viceversa, escludere la responsabilità penale, perché l’errore inevitabile, che impedisce il rimprovero di colpevolezza, coincide con l’errore che non si è potuto evitare neppure attraverso l’adempimento dei doveri strumentali di informazione <sup>(28)</sup>.

I giudici riprendono, quindi, in tale pronuncia, concetti già noti al tessuto del nostro diritto penale, per ricostruire quelle che sono le

---

<sup>27</sup> MANTOVANI, Ignorantia legis, cit., pag. 386.

<sup>28</sup> Tale impostazione verrà seguita anche da Cass., S.U., 10 giugno 1994, in *FI* 1995, II, pag. 154, con nota di BELFIORE, ove si legge che l’errore sulla legge penale è inevitabile per il cittadino “ogniqualevolta egli abbia assolto, con il criterio della ordinaria diligenza, al cd. ‘dovere di informazione’, attraverso l’espletamento di qualsiasi utile accertamento, per conseguire la conoscenza della legislazione vigente in materia”.

coordinate per l'individuazione dei parametri di evitabilità/inevitabilità.

La pronuncia, infatti, pone in risalto la necessità di riferirsi ad uno *standard* normativo <sup>(29)</sup>, analogamente a quanto avviene in tema di colpa, perché anche l'evitabilità dell'errore sul precetto non è un dato psicologico, ma la deviazione da un modello normativo, rappresentato, nel nostro caso, dai doveri di informazione sopra delineati.

Come scrive un illustre Maestro, "con l'ingresso in un circolo di rapporti si garantisce, per così dire, di essere in grado di riconoscere e di affrontare i pericoli secondo lo standard di diligenza del circolo" <sup>(30)</sup>.

E tale principio appare assolutamente pertinente anche nell'ambito dell'informazione giuridica.

Si tratta, dunque, di accertare la deviazione rispetto al comportamento di un agente modello che, diligentemente, abbia adempiuto agli obblighi di informazione strumentali all'osservanza della legge <sup>(31)</sup>.

E vedremo, nel prosieguo, che sarà la stessa Corte costituzionale a fornirci gli strumenti per compiere il "giudizio di inescusabilità".

#### **4. Esegesi dell'art. 27 Cost.: l'affermazione del principio di colpevolezza.**

Le considerazioni fino ad ora svolte rappresentano il "quadro garantistico" entro il quale debbono essere inserite le riflessioni sull'art.

---

<sup>29</sup> Per un collegamento con il criterio della colpa, vedi PULITANÒ, *Una sentenza storica*, cit., pagg. 713 ss.

<sup>30</sup> MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, pag. 194.

<sup>31</sup> Sottolinea l'accostamento anche PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., pagg. 404, 405, affermando che "le esigenze di adeguata conoscenza, poste dal criterio della diligenza e della perizia nei diversi campi di attività, appaiono ugualmente pertinenti al piano dei fatti ed a quello dell'informazione giuridica. Per l'automobilista, il saper controllare il veicolo (la competenza tecnica) e il conoscere le norme della circolazione stradale (la competenza normativa) sono profili ugualmente essenziali ai fini di una 'responsabile' partecipazione alla circolazione stradale: ugualmente essenziali per il rispetto degli altri compartecipi e degli interessi in gioco in quel tipo di attività".

27 Cost., che – come auspica la stessa Corte costituzionale - non deve essere letto in maniera “spezzettata, senza collegamenti interni”, ma che richiede una lettura sinergica e sistematica del primo comma con il terzo comma <sup>(32)</sup>.

I giudici costituzionali iniziano il loro percorso argomentativo passando in rassegna i momenti più salienti dei Lavori Preparatori all’art. 27, al fine di dimostrare che già in quella sede era ben chiara la necessità che la responsabilità penale personale si ancorasse non solo ad un elemento materiale (responsabilità per fatto proprio), ma anche ad un requisito soggettivo, dal quale non si poteva in alcun modo prescindere.

Ed è proprio questo il limite in cui incorre l’originario dettato dell’articolo 5 cod. pen., anche nella sua interpretazione dottrinale e giurisprudenziale.

Esso, infatti, secondo la Corte costituzionale “viola lo spirito stesso della Carta costituzionale ed i suoi essenziali principi ispiratori”, perché priva il singolo di quella necessaria e primaria garanzia costituzionale che l’ordinamento deve garantirgli e non rende l’ordinamento adeguato alle direttive costituzionali in tema di requisiti minimi di imputazione, perché mortifica anche il valore della persona.

La Corte costituzionale sancisce, a tal proposito, che “far sorgere l’obbligo giuridico di non commettere il fatto penalmente sanzionato senza alcun riferimento alla consapevolezza dell’agente, considerare violato lo stesso obbligo senza dare alcun rilievo alla conoscenza od ignoranza della legge penale e dell’illiceità del fatto, sottoporre il soggetto agente alla sanzione più grave senza alcuna prova della sua consapevole ribellione od indifferenza all’ordinamento tutto, equivale a scardinare fondamentali garanzie che lo Stato democratico offre al cittadino ed a strumentalizzare la persona umana, facendola

---

<sup>32</sup> C. cost., 24 marzo 1988, n. 364, Marchegiani e Marin, par. 9, 10 (Diritto), in *FI* 1988, I, pagg. 1399 ss.

retrocedere dalla posizione prioritaria che essa occupa e deve occupare nella scala dei valori costituzionalmente tutelati”.

Di fronte a simili profili di contrasto si rende, pertanto, necessaria una lettura sinergica tra il primo ed il terzo comma dell’art. 27 Cost. <sup>(33)</sup>, che consenta di conferire all’art. 5 cod. pen. quel “volto costituzionale” necessario per la costruzione e la garanzia di un equilibrio tra autorità e libertà.

Tale percorso sistematico rappresenta il cuore della decisione e getta le basi per un duplice ordine di considerazioni.

Da un canto, non è pensabile non richiedere la sussistenza almeno della colpa in relazione agli elementi significativi del fatto tipico di reato, per poter fondare la rimproverabilità.

Non avrebbe, infatti, alcun senso pretendere la rieducazione di chi, non versando in colpa, non abbia neppure bisogno di essere rieducato, a meno che il legislatore non intenda attribuire alla pena una funzione esclusivamente deterrente, soluzione, che nel nostro ordinamento va esclusa, perché comporterebbe una strumentalizzazione della persona umana, che il nostro sistema costituzionale non ammetterebbe <sup>(34)</sup>.

Ne discende la “messa al bando” di tutte le ipotesi di responsabilità oggettiva, perché privano gli elementi più significativi della fattispecie del necessario rapporto psichico tra soggetto e fatto, rendendoli in contrasto con il dettato costituzionale <sup>(35)</sup>.

Dall’altro, è ritenuta costituzionalmente illegittima la punizione di tutti quei fatti che non siano espressione di un consapevole e rimproverabile contrasto con le norme penali o di un’indifferenza verso quei valori

---

<sup>33</sup> Mettono in luce questa lettura sistematica, BINDA, *Commento all’art. 5*, cit., pag. 123; FIANDACA, *Principio di colpevolezza*, cit., pag. 1390; MANTOVANI, *Ignorantia legis*, cit., pag. 385.

<sup>34</sup> MANTOVANI, *Ignorantia legis*, cit., pag. 385.

<sup>35</sup> Per una compiuta ricostruzione dei profili problematici in tema di responsabilità oggettiva, vedi DOLCINI, *Responsabilità oggettiva e principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2000, III, pagg. 863 ss.; BASILE, *La colpa in attività illecita: un’indagine di diritto comparato sul superamento della responsabilità oggettiva*, Milano, 2005.

della convivenza sociale contenuti nelle norme penali che si assumono violate.

Viene così attuata quella affermazione del principio di colpevolezza, nella sua duplice accezione: l'una immanente, e l'altra trascendente il sistema della legislazione ordinaria <sup>(36)</sup>.

La prima delinea quelli che sono i requisiti soggettivi minimi della fattispecie penale previsti da un determinato ordinamento, mentre la seconda definisce la dimensione costituzionale della stessa <sup>(37)</sup>.

La personalità della responsabilità penale per un fatto proprio e la funzione rieducativa della pena richiedono, pertanto, la rimproverabilità della scelta effettuata dall'agente, sia nella forma dello spregio, sia nella forma dell'indifferenza nei confronti dei valori tutelati dall'ordinamento giuridico <sup>(38)</sup>.

#### **4.1. La matrice teorica della sentenza: l'adesione alla *Schuldtheorie*.**

La nozione di colpevolezza, così come emerge dalla lettura che ne viene data dalla sentenza della Corte costituzionale, di cui ci stiamo occupando in questo lavoro, rappresenta, pertanto, uno dei presupposti indefettibili per l'affermazione della responsabilità penale <sup>(39)</sup>.

La possibilità di conoscere la legge penale, che fino a tale pronuncia non godeva di una propria dignità giuridica, costituisce, a sua volta, il termine minimo per la sussistenza della colpevolezza, considerata come un requisito autonomo rispetto al dolo ed alla colpa.

Tali affermazioni di principio, cui giunge la Corte costituzionale (e che, a ben guardare, rappresentano l'aspetto più incisivo ed innovativo della

---

<sup>36</sup> PULITANÒ, *Una sentenza storica*, cit., pag. 690, che riprende il noto schema concettuale di HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, Frankfurt am Main, 1973, pag. 19.

<sup>37</sup> PULITANÒ, *op. loc. cit.*

<sup>38</sup> ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., pag. 102.

sentenza), affondano le proprie radici dogmatiche nella cd. *Schuldtheorie*, ossia la teoria della colpevolezza, elaborata dalla dottrina penale tedesca <sup>(40)</sup> <sup>(41)</sup>.

Ancora una volta l'ordinamento italiano risente, recepisce e fa propri degli insegnamenti che appartengono al contesto culturale tedesco, ove la tematica dell'errore sul precetto aveva già da molto tempo trovato adeguato sviluppo, nel pieno rispetto dei criteri di civiltà giuridica, perché riconosceva l'essenza ultima del diritto penale nella facoltà di collegare la reazione sanzionatoria ad un fatto per il quale l'agente fosse meritevole di rimprovero.

La teoria della colpevolezza ritiene che sia necessaria e sufficiente la possibilità di conoscenza dell'illiceità quale base per il rimprovero penale ed elemento della colpevolezza medesima <sup>(42)</sup>.

Essa si contrappone alla teoria del dolo (cd. *Vorsatztheorie*), che postula, invece, un inserimento della coscienza dell'illiceità nel dolo <sup>(43)</sup>.

Il § 17 del codice penale tedesco (StGB) ha fatto propria la prima teoria per una serie di ragioni, giuridiche e politiche.

Innanzitutto, se si includesse il requisito della coscienza dell'illiceità nel dolo, si finirebbe inevitabilmente con il considerare tale elemento alla stregua di una coscienza *effettiva e attuale*, in piena adesione con la

---

<sup>39</sup> Sulla nozione di colpevolezza, come uno degli elementi della sistematica del reato, vedi per tutti, MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, III ed., Milano, 2001, pagg. 642 ss.

<sup>40</sup> Per cenni sulla *Schuldtheorie*, vedi PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., pagg. 403 ss.; PALAZZO, *Il problema dell'ignoranza della legge penale nelle prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1975, pagg. 789 ss.; FIANDACA, *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale*, cit., pagg. 1387, 1388; JESCHECK, *L'errore di diritto nel diritto penale tedesco e italiano*, in *Indice Penale* 1988, pagg. 190 ss. Per una disamina delle specifiche conseguenze dell'accoglimento di tale teoria, vedi MUCCIARELLI, *Errore e dubbio dopo la sentenza della Corte costituzionale 364/1988*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1996, I, pagg. 223 ss.; STORTONI, *L'introduzione nel sistema penale*, cit., pagg. 94 ss.

<sup>41</sup> Vedi, Parte II, Cap. I, 3.2.

<sup>42</sup> FIANDACA, *Principio di colpevolezza e ignoranza scusabile*, cit., pag. 1388.

<sup>43</sup> Vedi, Parte II, Cap. I, 3.1.

concezione del dolo quale un coefficiente strutturalmente costituito da elementi psicologici reali <sup>(44)</sup>.

Così ragionando si arriverebbe ad estendere in maniera assolutamente sproporzionata la *vis* repressiva dell'ordinamento, poiché "sfuggirebbero alla sanzione penale non soltanto le ipotesi in cui il difetto di consapevolezza non sia in alcun modo rimproverabile all'agente, ma anche i casi in cui sia colpevolmente mancato un accertamento sul significato lesivo del fatto, od in cui si sia manifestata una riprovevole mancanza di sensibilità verso i valori tutelati: situazioni che, *ictu oculi*, non meritano certo il medesimo trattamento" <sup>(45)</sup>.

In realtà vi è anche un'ulteriore motivazione, che fa riferimento a quei casi in cui la mancata o errata coscienza dell'illiceità derivino dalla natura della personalità dell'agente, cieco e insensibile al diritto penale. In un simile caso, sarebbe assolutamente ingiustificato assolverlo, per assenza di dolo <sup>(46)</sup>.

Volendo proprio evitare tali due eccessi, la *Schuldtheorie* "si accontenta" della possibilità di conoscenza della illiceità e considera l'ignoranza (o l'errore) secondo i più volte rammentati criteri di "evitabilità-inescusabilità".

Ciò significa riconoscere la colpevolezza in tutte quelle situazioni in cui l'ignoranza o l'errata valutazione circa la natura illecita dell'azione siano, nella situazione concretamente realizzata, evitabili e, di conseguenza, inescusabili.

---

<sup>44</sup> PALAZZO, *Il problema dell'ignoranza*, cit., pagg. 789 e 790 precisa, a tal proposito, che "la struttura psicologica del dolo è diversa da quella della colpevolezza, poiché il momento conoscitivo del primo, avendo ad oggetto il 'fatto', è costituito dalla percezione di dati sensibili, mentre il momento conoscitivo della colpevolezza, avendo ad oggetto un 'valore', consiste appunto in una valutazione. Da ciò consegue anche che, mentre il dolo non può che essere 'attuale' essendo inconcepibile una percezione potenziale, la conoscenza dell'antigiuridicità invece può anche essere inattuale hic et nunc al momento del fatto e solamente 'attualizzabile'".

<sup>45</sup> PADOVANI, *Spunti giurisprudenziali sulla coscienza dell'illiceità come elemento del dolo*, in CP 1977, pag. 584.

<sup>46</sup> PALAZZO, *Il problema dell'ignoranza della legge penale*, cit., pag. 790.

Su questi argomenti torneremo nel quarto capitolo, quando affronteremo l'ordinamento tedesco, ma per ora possiamo limitarci ad affermare che l'adeguamento della Corte costituzionale alla *Schuldtheorie* rappresenta a pieno titolo un ragionevole contemperamento delle contrapposte esigenze di garanzia liberale e di funzionalità del sistema penale <sup>(47)</sup>, che permette di escludere la responsabilità per fatti incolpevoli.

### 5. I parametri di valutazione dell'inevitabilità.

Nell'ultima parte della sentenza, la Corte costituzionale, dopo aver ritenuto inadeguate – perché in contrasto con i principi del diritto vivente – le varie interpretazioni adeguatrici dell'art. 5 cod. pen. <sup>(48)</sup> ed aver, pertanto, optato per la soluzione della parziale incostituzionalità della norma, cerca di “colorare” di contenuti il “nuovo” principio della *scusabilità relativa*.

Il problema centrale della disciplina sull'*ignorantia legis*, a seguito della pronuncia di parziale incostituzionalità, consiste proprio nella definizione dei criteri che devono informare il giudizio di inevitabilità dell'ignoranza e dell'errore sulla legge penale, al fine di attribuire loro quell'efficacia scusante riconosciuta dalla Corte costituzionale.

E proprio a tal proposito, i giudici costituzionali, consci del fatto che la definizione di un modello normativo di giudizio implichi necessariamente anche l'apposizione di una misura e di limiti <sup>(49)</sup>, hanno fornito una serie di indicazioni, in base alle quali deve essere stabilita l'inevitabilità dell'ignoranza della legge penale, allo scopo espresso di impedire che “in fase applicativa, vengano a prodursi,

---

<sup>47</sup> PULITANÒ, *Diritto Penale*, cit., pag. 404.

<sup>48</sup> Vedi in tal proposito Parte I, Cap. I, 5.4.4.

<sup>49</sup> Cfr. PULITANÒ, *Sentenza*, cit., pag. 714.

insieme alla ‘vanificazione’ delle risultanze qui acquisite, altre violazioni della Carta fondamentale”.

Si tratta, però, soltanto di spunti, di linee guida, perché il giudizio di inevitabilità, al pari di quello della colpevolezza sul fatto, è per sua natura una valutazione che deve essere svolta dal giudice caso per caso <sup>(50)</sup>.

Prima di passare in rassegna i singoli parametri, la Corte fa un’ulteriore precisazione in ordine all’eventualità che il soggetto agente possa essere dotato di particolari capacità o conoscenze, superiori alla media, che gli permettano di conoscere perfettamente il significato della norma trasgredita <sup>(51)</sup>.

In tal caso, non gli sarà in alcun modo consentito di avvalersi di un eventuale errore generale, comune, sul divieto.

Se si ammettesse questo approccio, dice la Corte, si finirebbe, infatti, con il riconoscere a tale errore il valore di consuetudine abrogatrice della disposizione penale.

E ciò non può essere ammesso.

Detto questo, la Corte esclude innanzitutto che l’inevitabilità dell’errore sul divieto possa essere misurata sulla base di *criteri soggettivi puri*, definiti come quei parametri che valutano i dati influenti sulla conoscenza del precetto esclusivamente alla luce delle specifiche caratteristiche personali, intellettuali, morali, psico-fisiche dell’agente.

Tali criteri consentono di personalizzare il giudizio di colpevolezza, ma allo stesso tempo recano il rischio di esiti giudiziari manipolati per eccesso di indulgenzialismo o, all’opposto, di rigore <sup>(52)</sup>.

Soltanto in via del tutto eccezionale, ossia quando l’agente sia privo del livello minimo di socializzazione e di cultura, può avere rilevanza decisiva questa circostanza <sup>(53)</sup>.

---

<sup>50</sup> VASSALLI, *L’inevitabilità dell’ignoranza della legge penale come causa generale di esclusione della colpevolezza*, in *GCost* 1988, II, pagg. 12 ss.

<sup>51</sup> Cfr. per tutti, BINDA, *Commento all’art. 5 cod. pen.*, cit., pag. 124.

<sup>52</sup> FIANDACA-MUSCO, *Diritto Penale, Parte Generale*, cit., pag. 396.

Debbono, invece, essere utilizzati *criteri oggettivi puri e criteri oggettivi cd. misti*.

I primi <sup>(54)</sup> vengono in considerazione nei casi in cui vi sia un'oggettiva e assoluta impossibilità di conoscenza della legge penale da parte di ogni singolo consociato, quali che ne siano le caratteristiche personali.

In queste ipotesi, il corretto contenuto del divieto è obiettivamente irriconoscibile e l'ignoranza che ne consegue non può che essere inevitabile <sup>(55)</sup>.

Simili situazioni ricorrono in presenza di una "(oggettiva) mancanza di riconoscibilità della disposizione normativa (ad es. l'assoluta oscurità del testo legislativo)", che impedisce al cittadino di cogliere il reale contenuto precettivo della legge violata, e il "gravemente caotico (la misura di tale gravità va apprezzata anche in relazione ai diversi tipi di reato) atteggiamento interpretativo degli organi giudiziari" <sup>(56)</sup> <sup>(57)</sup>.

Esse attengono, in buona sostanza, all'inosservanza, da parte degli organi dello Stato, a ciò che abbiamo definito come il principio di riconoscibilità dei precetti penali <sup>(58)</sup>, ossia quel dovere statale, riconducibile all'art. 25, secondo comma, Cost., consistente nella corretta, responsabile redazione delle norme di incriminazione, dalle

---

<sup>53</sup> Si veda, FIANDACA-MUSCO, *Diritto Penale, Parte Generale*, cit., pag. 396.

<sup>54</sup> L'efficacia esimente dei criteri oggettivi puri è, in realtà, un dato che la dottrina aveva acquisito da tempo, già in relazione alla vecchia formulazione della norma.

<sup>55</sup> C. Cost., 24.3.1988 n. 364, Marchegiani e Marin, par. 27 (Diritto), in *FI* 1988, pagg. 1410, 1411; in proposito cfr. anche FIANDACA-MUSCO, *Diritto Penale, Parte Generale*, cit., pag. 397.

<sup>56</sup> C. Cost., 24.3.1988 n. 364, Marchegiani e Marin, par. 27 (Diritto), in *FI* 1988, pagg. 1410, 1411. Cfr. sul punto BINDA, *Commento all'art. 5 cod. pen.*, cit., pag. 125; FIANDACA-MUSCO, *Diritto Penale, Parte Generale*, cit., pag. 397; ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., pagg. 112 ss.; PULITANÒ, *Sentenza*, cit., pagg. 720 ss. In una prospettiva parzialmente diversa vedi MUCCIARELLI, *Errore*, cit., pagg. 248 ss.

<sup>57</sup> ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., pagg. 112, 113, riconosce un'impossibilità oggettiva di conoscere la legge anche nel caso di seri ostacoli fattuali circa i meccanismi di pubblicità legale di una nuova incriminazione, come ad esempio la mancata distribuzione della G.U. per sciopero o per invasione nemica.

<sup>58</sup> Cfr. in proposito, FIANDACA-MUSCO, *Diritto Penale, Parte Generale*, cit., pag. 397; PADOVANI, *Diritto*, cit., pag. 240; ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., pagg. 112 ss.; PULITANÒ, *Sentenza*, cit., pagg. 720 ss.; ID., *Commento*, cit., pag. 31.

quali i destinatari possano desumere la liceità o meno dei propri comportamenti <sup>(59)</sup>.

Al fine di non frustrare le esigenze di personalizzazione del rimprovero penale, la Corte aggiunge che è necessario integrare il giudizio formulato secondo tali criteri oggettivi 'puri', con l'esame di eventuali "particolari conoscenze ed «abilità» possedute dal singolo agente" nel caso concreto <sup>(60)</sup>.

Qualora quest'ultime consentano "all'autore del reato di cogliere i contenuti ed il significato determinativo della legge penale, escludono che l'ignoranza della legge penale vada qualificata come inevitabile" <sup>(61)</sup>.

Certo è che se il testo legislativo è davvero così oscuro ed incomprensibile, tanto da non consentire a nessuno, malgrado ogni sforzo, di comprenderne il significato e di regolarsi di conseguenza, allora manca una (autentica) regola di condotta ed il giudice sarà costretto ad assolvere, perché il fatto non è previsto come reato <sup>(62)</sup>.

I *criteri oggettivi misti*, invece, rappresentano una soluzione intermedia, perché tengono in considerazione sia le circostanze oggettive, sia le caratteristiche personali di quest'ultimo, il cui effetto congiunto può aver indotto l'agente in errore <sup>(63)</sup>.

Essi si collocano, dunque, sul terreno di una colpevolezza che si preoccupa di bilanciare esigenze individual-garantistiche ed esigenze general-preventive <sup>(64)</sup>.

Da tali criteri si evince chiaramente qual è stato il fine che i giudici costituzionali hanno voluto perseguire con la 'riformulazione' dell'art. 5

---

<sup>59</sup> ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., pag. 112.

<sup>60</sup> Vedi in argomento BINDA, *Commento all'art. 5 cod. pen.*, cit., pag. 125;

<sup>61</sup> C. Cost., 24.3.1988 n. 364, Marchegiani e Marin, par. 27, in *FI* 1988, pagg. 1410, 1411. Si veda in argomento, VASSALLI, *L'inevitabilità*, cit., pagg. 12 ss.

<sup>62</sup> ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., pag. 112.

<sup>63</sup> Cfr. sull'argomento, ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., pagg. 114 ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto Penale, Parte Generale*, cit., pagg. 397 ss.; BINDA, *Commento all'art. 5 cod. pen.*, cit., pag. 125; MANTOVANI, *Ignorantia legis*, cit., pag. 391; VASSALLI, *L'inevitabilità*, cit., pag. 13.

cod. pen.: in una visione di compromesso essi hanno cercato di individuare un punto di equilibrio razionale tra le opposte esigenze di 'oggettivizzazione' e di 'personalizzazione' del rimprovero penale <sup>(65)</sup>.

I *criteri oggettivi misti* trovano applicazione nelle ipotesi in cui "qualunque consociato [...] sarebbe caduto nell'errore sul divieto ove si fosse trovato nelle stesse particolari condizioni dell'agente" <sup>(66)</sup>.

Più precisamente, si tratta di casi dove l'inevitabilità dell'ignoranza deriva da particolari, positive circostanze di fatto in cui si è formata la deliberazione criminosa.

Anche in riferimento a tali parametri di giudizio, la Corte ha indicato alcune situazioni fattuali provviste di eventuale efficacia scusante: trattasi delle 'assicurazioni erronee' fornite da persone istituzionalmente destinate a giudicare sui fatti da realizzare e delle precedenti, varie, assoluzioni dell'agente per un analogo reato <sup>(67)</sup>.

La spersonalizzazione del giudizio di inevitabilità così ottenuta deve essere poi compensata dalle valutazioni sulla specifica figura dell'agente e nello specifico sulle sue – eventuali - particolari capacità o conoscenze, per capire se dovesse essere in grado di controllare e conoscere l'erroneità delle informazioni ricevute <sup>(68)</sup>.

L'ignoranza della legge penale, infatti, non scusa quando le specifiche e particolari cognizioni dell'agente avrebbero dovuto ragionevolmente evitare l'errore.

Per la Corte, infatti, "il fondamento costituzionale della «scusa» dell'inevitabile ignoranza della legge penale vale soprattutto per chi

---

<sup>64</sup> FIANDACA-MUSCO, *Diritto Penale, Parte Generale*, cit., pag. 397.

<sup>65</sup> ALESSANDRI, *Commento all'art 27, co. 1° Cost.*, in AA. VV., *Commentario della Costituzione, Art. 27-28, Rapporti civili*, a cura di BRANCA-PIZZORUSSO, Bologna, 1991, pag. 98. Cfr. per una sintesi dei criteri delineati dalla Corte per il giudizio sull'inevitabilità dell'ignoranza: MANTOVANI, *Diritto*, cit., pagg. 292 ss.; RONCO, *Ignoranza della legge*, cit., pag. 9.

<sup>66</sup> C. Cost., 24.3.1988 n. 364, Marchegiani e Marin, par. 27 (Diritto), in *FI* 1988, pagg. 1410, 1411.

<sup>67</sup> C. Cost., 24.3.1988 n. 364, Marchegiani e Marin, par. 27 (Diritto), in *FI* 1988, pagg. 1410, 1411. Vedi, sul punto, PULITANO, *Sentenza*, cit., pagg. 723 ss.

versa in condizioni soggettive d'inferiorità e non può certo esser strumentalizzata per coprire omissioni di controllo, indifferenze, ecc., di soggetti dai quali, per la loro elevata condizione sociale e tecnica, sono esigibili particolari comportamenti realizzativi degli obblighi strumentali di diligenza nel conoscere le leggi penali" (69).

Parametro di riferimento per tale giudizio di inevitabilità è rappresentato, ancora una volta, dall'*homo eiusdem condicionis et professionis*, ossia l'uomo medio della categoria cui appartiene l'autore per età, sesso, lavoro, caratteristiche fisiche, intellettuali ed esperienza (70).

Le riflessioni finali della pronuncia sono dedicate al profilo problematico del *dubbio*, che può rientrare nell'ambito dell'inevitabilità dell'errore sia quando resti oggettivamente irrisolvibile, sia quando – pur risolvibile – si radichi sull'agire di una persona, che senza sua colpa, si trovi in condizioni di carente socializzazione.

Più precisamente, la Corte esemplifica due ipotesi limite: la 'non colpevole carenza di socializzazione' dell'agente, che scusa la mancata rappresentazione dell'illiceità del fatto commesso, in quanto determina inevitabilmente l'ignoranza della medesima (71), e l'evitabilità dell'ignoranza di chi, professionalmente inserito in un determinato campo di attività, non si sia adeguatamente informato sulle leggi disciplinanti quel determinato settore (72).

---

<sup>68</sup> C. Cost., 24.3.1988 n. 364, Marchegiani e Marin, par. 27 (Diritto), in *FI* 1988, pagg. 1410, 1411.

<sup>69</sup> C. Cost., 24.3.1988 n. 364, Marchegiani e Marin, par. 27 (Diritto), in *FI* 1988, pagg. 1410, 1411.

<sup>70</sup> PALAZZO, *Il problema dell'ignoranza della legge penale*, cit., pag. 798.

<sup>71</sup> C. Cost., 24.3.1988 n. 364, Marchegiani e Marin, par. 28 (Diritto), in *FI* 1988, pagg. 1411, 1412. Cfr. in proposito PULITANÒ, *Commento all'art. 5*, in *Commentario breve al codice penale*, a cura di Crespi, Zuccalà e Forti, V ed., Padova, 2008, pagg. 31 ss.; ID., *Diritto*, cit., pag. 423; BINDA, *Commento all'art. 5 cod. pen.*, cit., pag. 125.

<sup>72</sup> C. Cost., 24.3.1988 n. 364, Marchegiani e Marin, par. 28 (Diritto), in *FI* 1988, pagg. 1411, 1412. Vedi sul punto BINDA, *Commento all'art. 5 cod. pen.*, cit., pag. 125; FIANDACA-MUSCO, *Diritto Penale. Parte Generale*, cit., pag. 399.

Sarà certamente compito della prassi specificare meglio siffatti criteri ed individuare le singole ipotesi in cui l'ignoranza o l'errore sul precetto siano da qualificarsi inevitabili, e quindi scusabili <sup>(73)</sup>.

A tal proposito si inserisce anche il monito finale della Corte costituzionale, diretto ad impedire interpretazioni che allarghino eccessivamente e pretestuosamente l'ambito di efficacia scusante dell'*ignorantia legis* <sup>(74)</sup>.

È in questo senso che va, infatti, letto il richiamo finale della Consulta ai criteri elaborati dalla giurisprudenza ordinaria in materia di colpa e di buona fede nelle contravvenzioni <sup>(75)</sup>.

Tirando le somme, possiamo quindi mettere in risalto quelli che sono i punti di forza della pronuncia, che ha contribuito a frantumare gli schemi obsoleti di un ripetitivo conformismo giuridico <sup>(76)</sup>, ma allo stesso tempo ci sembra opportuno evidenziare che tale intervento della Corte costituzionale ha lasciato aperti molti interrogativi sull'applicazione concreta del principio della scusabilità relativa.

E l'unico terreno di prova, che ci consentirà di portare a termine tale indagine, saranno proprio le sentenze della giurisprudenza ordinaria successive al 1988.

---

<sup>74</sup> ANTOLISEI, *Manuale*, cit., pagg. 417 ss.; BELFIORE, *Contributo alla teoria dell'errore in diritto penale*, Torino, 1997, pagg. 96 ss.

<sup>75</sup> C. Cost., 24.3.1988 n. 364, Marchegiani e Marin, par. 28, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1988, pag. 731. Vedi anche VASSALLI, *L'inevitabilità*, cit., pag. 7; BINDA, *Commento all'art. 5 cod. pen.*, cit., pag. 125; PULITANÒ, *Sentenza*, cit., pag. 723; BELFIORE, *Contributo*, cit., pag. 97. Cfr. per alcuni rilievi critici MUCCIARELLI, *Errore*, cit., pagg. 278 ss.

<sup>76</sup> RONCO, *Ignoranza della legge*, cit., pag. 9.

**CAPITOLO III**  
**AMBITO DI OPERATIVITÀ DEL “NUOVO”**  
**ART. 5 COD. PEN.**  
**LE TIMIDE APPLICAZIONI GIURISPRUDENZIALI.**

**SOMMARIO:** 1. Premessa. Diretrici dell'indagine giurisprudenziale. - 1.1 Il naturale terreno di applicazione dell'art. 5 cod. pen.: i reati artificiali ed i reati omissivi propri. Rilievi critici. - 2. Il giudizio di inevitabilità. La *concretizzazione* del dovere strumentale di informazione e di conoscenza. - 2.1. Il giudizio di inevitabilità: *culpa iuris* o *culpa facti*? - 3. I parametri indicati dalla Corte costituzionale tra teoria e prassi. - 3.1. Profili generali. - 3.1.1. I criteri cd. soggettivi puri. La *non colpevole* carenza di socializzazione. - 3.1.2. I criteri oggettivi puri. Quando la norma penale *oggettivamente* non è conoscibile. - 3.1.3. I criteri oggettivi “misti”. Buona fede e “rassicurazioni” della P.A. - 4. Prime riflessioni in prospettiva critica e *de iure condendo*.

**1. Premessa. Diretrici dell'indagine giurisprudenziale.**

Dopo aver tracciato le linee evolutive che hanno contrassegnato il lento e tortuoso percorso che l'articolo 5 cod. pen. ha conosciuto all'interno del nostro ordinamento penale, nel presente capitolo cercheremo di completare l'indagine, attraverso una panoramica dell'applicazione che ne è stata fatta dalla giurisprudenza di merito e di legittimità, alla luce dei criteri e delle direttive fornite dalla Corte costituzionale in tema di *ignorantia legis*.

Come abbiamo già avuto modo di sottolineare, la Consulta nel 1988 ha fornito solamente delle linee guida, lasciando agli interpreti l'arduo compito di selezionare in concreto i casi in cui sia possibile riconoscere una valenza scusante all'ignoranza o all'errore sul precetto penale.

Si tratterà, dunque, di verificare, da un canto, in che termini i giudici italiani abbiano applicato - dal 1988 ad oggi - i parametri per la

valutazione ed il riconoscimento dell'inevitabilità/evitabilità dell'errore e, dall'altro, di capire se questi esiti interpretativi siano stati realizzati nel pieno rispetto dei canoni del principio di colpevolezza, che ha trovato pieno riconoscimento proprio nella pronuncia costituzionale del 1988.

Anticipiamo fin d'ora che da tale analisi emergerà un atteggiamento di 'ritrosia' da parte della giurisprudenza, specialmente quella di legittimità, la quale, nascondendosi dietro una nozione - a sua detta - vaga ed indeterminata di "inevitabilità", si è spesso 'tirata indietro', esitando a riconoscere qualsiasi valenza scusante all'ignoranza della legge penale in relazione alle più svariate fattispecie concrete che venivano sottoposte al suo vaglio.

Tale riluttanza era - ed è - dettata da evidenti ragioni generalpreventive, che, nonostante l'intervento della Corte costituzionale, ancora oggi, a distanza di ben ventitre anni, sembrano influenzare i giudici nel senso di un'applicazione poco coraggiosa dei principi espressi dalla Consulta.

Raggrupperemo ed analizzeremo le pronunce secondo gli schemi interpretativi e sistematici forniti dalla stessa Corte costituzionale, al fine di far emergere i casi in cui è stata riconosciuta rilevanza scusante all'errore sul precetto.

Questa scelta espositiva ci consentirà di verificare l'effettività della nuova disciplina e di capire *se e in che termini* la sentenza del 1988 abbia davvero rappresentato una svolta nel nostro ordinamento penale oppure se i principi in essa contenuti siano rimasti ancorati lettera morta, privi di riscontro prasseologico.

Cercheremo, di conseguenza, di capire a chi si rivolge e quale intensità assuma il cosiddetto "dovere di informazione e di conoscenza", per assumere, in caso di suo corretto adempimento, efficacia scusante.

Ciò ci consentirà di verificare che è la stessa giurisprudenza di legittimità, a completamento di quanto sancito dalla Corte

costituzionale, a fornire una fondamentale direttiva, auspicando una necessaria distinzione tra il grado di conoscenza ed informazione richiesto al soggetto esperto e quello invece preteso dall'agente comune. A seguire passeremo in rassegna i singoli criteri (oggettivo puro, soggettivo puro, oggettivo misto) forniti dai giudici costituzionali per tratteggiare il cd. giudizio di inevitabilità e cercheremo di isolare i casi in cui sia possibile rintracciare una valenza scusante.

Solamente dopo aver compiuto quest'analisi, per così dire pratica ed applicativa, potremo iniziare a tirare le somme sulla rilevanza che assume il 'nuovo' art. 5 cod. pen. nel nostro ordinamento penale e tentare di formulare delle riflessioni in una prospettiva *de iure condendo*. Tale disamina applicativa ci consentirà altresì, in un secondo momento, di tracciare una riflessione comparata con l'ordinamento penale tedesco, ed in particolare con l'art. 17 StGB, di cui ci occuperemo nel prossimo capitolo <sup>(1)</sup>, per capire se – ancora una volta – i penalisti italiani debbano imparare qualcosa dai giuristi d'Oltralpe.

### **1.1. Il naturale terreno di applicazione dell'art. 5 cod. pen.: i reati artificiali ed i reati omissivi propri. Rilievi critici.**

La dottrina maggioritaria è concorde nel ritenere che il settore in cui potrebbe trovare maggiore applicazione l'art. 5 cod. pen. è rappresentato dai c.d. reati di pura creazione legislativa, ossia i *reati artificiali (mala quia vetita)* <sup>(2)</sup>.

Trattandosi di fatti privi di disvalore sociale e non avvertiti dalla coscienza comune come riprovevoli o eticamente pregnanti - come lo sono invece i reati naturali, lesivi di corposi interessi dei singoli o della

---

<sup>1</sup> Vedi, Parte II, Cap. II, 1.

<sup>2</sup> Per una trattazione specifica sui reati artificiali, vedi anche SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, Bologna, 1990.

collettività <sup>(3)</sup> - il soggetto agente non sarà in grado di capacitarsi della loro illiceità penale, fin tanto che non abbia già acquisito esatta conoscenza della legge penale che li incrimina.

Questa è la ragione essenziale per cui “nell’illuministica certezza delle leggi penali poche e chiare e, soprattutto, rispecchianti i valori-base della società civile, veniva sancito il principio della inescusabilità assoluta dell’*ignorantia legis*. Ed è per l’opposta ragione del proliferare di leggi penali molte, confuse e non sempre rispecchianti i valori-base della società che la Corte costituzionale ha affermato il principio della scusabilità relativa di tale ignoranza” <sup>(4)</sup>.

I giudici, di fronte al mancato riconoscimento del disvalore penale dei reati di mera creazione legislativa o politica, potrebbero, pertanto, essere chiamati ad effettuare il seguente percorso interpretativo.

Dovranno accertare in maniera rigorosa le possibilità e gli strumenti di cui l’agente dispone per conoscere la norma incriminatrice e potranno intervenire con lo strumento, *rectius* la sanzione penale, solamente quando saranno in grado di rimproverare allo stesso di non aver effettuato una riflessione o una idonea richiesta di informazioni, quando si tratti di violazioni inerenti a settori professionali, o allo svolgimento di attività pericolose, o a doveri propri del consociato <sup>(5)</sup>.

Tra i reati artificiali assumono un ruolo particolare, ai nostri presenti fini, quei reati omissivi propri di mera omissione <sup>(6)</sup> <sup>(7)</sup>, nei quali la

---

<sup>3</sup> ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Art. 1-84, commento all’art. 5 cod. pen., III ed. rinnovata ed ampliata, Milano, 2004, pag. 113.

<sup>4</sup> CALABRIA, *Delitti naturali, delitti artificiali ed ignoranza della legge penale*, in *Indice Penale* 1991, pag. 46

<sup>5</sup> ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., pag. 114.

<sup>6</sup> Sulla nozione di reati omissivi, vedi per tutti MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale, Parte Generale*, III ed., Milano, 2009, pagg. 198, 199.

<sup>7</sup> Evidenzia bene come all’interno del settore dei reati di pura omissione possano trovare “ospitalità” numerosi casi di ignoranza inevitabile della legge penale, CADOPPI, *La nuova configurazione dell’art. 5 c.p. ed i reati omissivi propri*, in STILE (a cura di), *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, Bologna, 1989, pagg. 227 ss. Lo stesso Autore, in *Orientamenti giurisprudenziali in tema di “ignorantia legis”*, in *FI* 1991, II, pag. 415, ritiene che la esimente di cui all’art. 5 cod. pen. trovi applicazione nei casi in cui, ad un tempo, siano presenti tre caratteristiche: deve trattarsi di reati artificiali e dunque sprovvisti di un serio disvalore etico-sociale; di reati previsti da leggi speciali,

condotta incriminata è moralmente neutra, ossia incapace di indurre il soggetto ad agire in maniera conforme all'obbligo imposto dalla norma e caratterizzata da un disvalore sociale difficilmente percepibile dall'uomo comune <sup>(8)</sup>.

Ai fini della nostra trattazione, questo significa favorire l'ingresso a casi in cui sia possibile riconoscere efficacia scusante all'ignoranza di fattispecie incriminatrici.

Tale specifico rilievo sulle fattispecie a struttura omissiva era già stato rappresentato, a ben guardare, nella prima questione di legittimità costituzionale, sollevata nel 1973 dal Pretore di Cremona in relazione all'originario art. 5 cod. pen., di cui ci siamo occupati nel primo capitolo di questo lavoro <sup>(9)</sup>.

Tale giudice di merito, nell'ordinanza di remissione alla Corte, aveva, infatti, evidenziato l'ingiustizia che poteva discendere dalla rigorosa applicazione dell'art. 5 cod. pen. - nella sua versione originaria - in relazione alle ipotesi di reati di mera creazione legislativa, con particolare riferimento alle fattispecie di contenuto puramente omissivo.

Aveva, cioè, condiviso quella dottrina, che sosteneva l'esistenza di un limite logico all'applicazione del principio dell'*ignorantia legis non excusat*, nei confronti dei reati omissivi propri, nei quali mancasse qualsiasi riferimento alla realtà fenomenica <sup>(10)</sup>.

Essendo l'omissione un concetto normativo, l'obbligo di agire è, di conseguenza, individuabile soltanto attraverso l'esatta conoscenza della legge penale.

---

e dunque estranei al codice penale; e di reati di pura omissione, o misti di azione e di omissione (ma "più di omissione che di azione").

<sup>8</sup> CALABRIA, *Delitti naturali*, cit., pagg. 46, 47.

<sup>9</sup> Vedi Parte I, Cap. I, 6.

<sup>10</sup> Pretore Cremona, ordinanza 22 gennaio 1973, Saljihi, in G.U. 8 agosto 1973, n. 205, pag. 5595.

Avremo modo di constatare, nelle pagine che seguono, che – a prescindere dall’esito finale cui giungeranno i giudici italiani nelle singole pronunce (che sarà alquanto deludente) – le ipotesi rispetto alle quali è stata più spesso invocata dall’imputato l’applicazione dell’art. 5 cod. pen. sono tutte fattispecie di reati artificiali, omissivi e non, che spaziano dal diritto penale amministrativo (urbanistico ed edilizio) al diritto penale tributario, dalla disciplina in tema di inquinamento e di rifiuti alla disciplina della detenzione delle armi.

Ma avremo modo anche di constatare che vi sono alcuni casi, in cui, a dispetto di quanto sostenuto fino ad ora, l’errore di diritto scusabile solcherà inaspettatamente la soglia dei delitti naturali <sup>(1)</sup>.

## **2. Il giudizio di inevitabilità. La concretizzazione del dovere strumentale di informazione e di conoscenza.**

Il primo profilo, che si rende opportuno verificare in questa sede, è rappresentato dal “dovere strumentale di informazione e conoscenza” che la Corte costituzionale riconosce in capo a ciascun singolo individuo, quale destinatario delle norme penali.

Nostro compito sarà quello di riempire di contenuti tale espressione per comprendere, alla luce delle interpretazioni giurisprudenziali più ricorrenti, quale grado di conoscenza debba essere preteso dal singolo individuo nell’acquisizione ed nella conseguente comprensione del precetto penale.

---

<sup>11</sup> In tal senso, vedi BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010, pag. 395, che nella nota 115 richiama le parole di BARTOLI, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino, 2005, pagg. 159 ss.: “a ben vedere non ci sembra del tutto azzardato affermare che all’interno di società (...) tendenti a divenire multiethniche, il problema della conoscenza/conoscibilità della legge penale finisce per riproporsi anche per i reati afferenti il cd. diritto penale classico”.

Questo ci consentirà di valutare quando una mancata o errata conoscenza possano essere fonte di scusabilità o, viceversa, non escludano in alcun modo la responsabilità penale.

In relazione al suddetto dovere strumentale di informazione e di conoscenza, era sorto inizialmente un contrasto in sede di applicazione pratica, generato verosimilmente dalla scarsa determinatezza che i giudici costituzionali avevano conferito al binomio chiave della “evitabilità/inevitabilità”.

Una parte della giurisprudenza, operando una preliminare distinzione tra il grado di diligenza che doveva essere richiesto al comune cittadino e quello che, invece, doveva essere preteso dal professionista in relazione alle leggi che disciplinano il suo capo di attività, si regolava nel seguente modo.

In relazione al professionista, di qualsiasi genere e settore, i giudici, interpretando in maniera assolutamente rigorosa il disposto della sentenza n. 364 del 1988, hanno ritenuto sempre inescusabile qualsiasi ignoranza.

Nell'ipotesi in cui l'agente svolgesse professionalmente una determinata attività, egli non poteva addurre a propria discolpa la ignoranza della legge penale e cioè la mancata o erronea conoscenza della disciplina, che regolava la materia.

Era, infatti, indispensabile che tale figura, per l'espletamento dei compiti inerenti alla sua attività, fosse costantemente aggiornata su ogni aspetto relativo all'organizzazione complessiva del suo lavoro, compresa la conoscenza della legislazione sottesa al suo ambito professionale.

La giurisprudenza di legittimità ha, ad esempio, ritenuto che in caso di costruzione di un capannone senza la relativa concessione, il soggetto che

svolga professionalmente una determinata attività, non possa addurre a sua discolta l'ignoranza della legge penale, ossia la mancata o erronea conoscenza della disciplina che regola la materia <sup>(12)</sup>.

Allo stesso modo, l'ignoranza del produttore caseario dell'obbligo di tenere un registro di carico e scarico del burro prodotto e delle materie prime impiegate, non può costituire ignoranza scusabile ed esimere da responsabilità penale, dal momento che la relativa disciplina rientra nella normativa tecnica che ogni addetto del settore deve necessariamente conoscere <sup>(13)</sup>.

Sussisterebbe, dunque, in capo a tali soggetti, professionalmente inseriti, una sorta di presunzione di conoscenza delle leggi, fondata esclusivamente sulla loro specifica qualifica professionale <sup>(14)</sup>.

A volte i giudici sono arrivati addirittura ad estremizzare tale interpretazione, considerando ad esempio "professionalmente inserito in un determinato campo di attività" anche il semplice operaio dipendente, che, nel caso di specie, non si era informato sulle prescrizioni della vigente ordinanza sindacale in materia <sup>(15)</sup>.

Un altro orientamento richiedeva, invece, in capo all'agente, fosse egli un professionista o meno, l'espletamento di qualsiasi utile accertamento per pervenire alla conoscenza dell'esatto contenuto della norma, ossia pretendeva, ai fini della scusabilità, che egli "avesse fatto tutto il possibile per osservare la legge".

L'ignoranza inevitabile sul precetto si sarebbe configurata solamente laddove l'agente si fosse attivato, al fine di adeguare la sua condotta

---

<sup>12</sup> Cass. pen., sez. III, 18 novembre 1993, Baldassarri, in *RP* 1994, pag. 1290.

<sup>13</sup> Cass. pen., sez. VI, 23 febbraio 1990, Starace, in *RP* 1991, pag. 557.

<sup>14</sup> Cass. pen., sez. III, 28 ottobre 1991, Lisci, in *CP* 1993, pag. 62, in cui si legge che "dovendosi necessariamente presumere una sufficiente conoscenza della normativa operante nel settore di attività, è da escludersi che gli amministratori di società commerciali possano validamente invocare *ex art. 5 cod. pen.* l'ignoranza della legge penale tributaria".

<sup>15</sup> Cass. pen., sez. I, 30 maggio 1989, Calamai, in *CP* 1991, I, pag. 1776.

all'ordinamento giuridico, e avesse violato la legge per fattori indipendenti dalla sua volontà.

Solamente in un simile caso non gli si sarebbe potuto muovere alcun rimprovero, neppure di mera leggerezza.

La giurisprudenza di merito ha, a tal proposito, rilevato che "l'ignoranza o l'errata conoscenza della legge penale vanno ritenute inevitabili, e come tali, scusabili, una volta che il cittadino, nell'ambito del dovere di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost, abbia osservato l'obbligo di informazione e conoscenza e, ciononostante, sia rimasto in uno stato di ignoranza o errata conoscenza". Ha, altresì precisato che "in caso di inadempimento di tale obbligo, non può essere invocata la condotta illegittima della P.A., nel senso che questa possa aver operato da cattiva consigliera del cittadino, laddove questi non si sia trovato in condizioni di inferiorità atte ad impedirgli di accedere a una corretta conoscenza degli obblighi da osservare; riconoscere che i cittadini siano esenti da pena, ove commettano illeciti sull'esempio di organi della P.A., vorrebbe riconoscere che nel tessuto di precetti e sanzioni penali possa operare una disapplicazione abrogatrice, ad opera di pubblici poteri" (16).

A risolvere tale contrasto giurisprudenziale, sono intervenute, nel 1994, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione (17), che hanno circoscritto il criterio di giudizio da utilizzare per valutare la diligenza doverosa nell'adempimento dell'obbligo di conoscenza, sia ad opera del comune cittadino, che ad opera del professionista (18).

Ripercorriamo brevemente i termini della vicenda.

La questione sottoposta al vaglio dei giudici di legittimità concerneva, nello specifico, il reato urbanistico di costruzione abusiva.

---

<sup>16</sup> Pret. Roma, 13 gennaio 1994, Occhiena, in *FI*, Rep. 1994, voce *Legge penale*, n. 21.

<sup>17</sup> Cass. pen., sez. un., 10 giugno 1994, Calzetta, in *FI* 1995, pag. 154 ss., con nota di BELFIORE.

Ad un imprenditore edile ed al suo direttore dei lavori era stato contestato tale reato, perché essi avevano costruito un'opera senza ottenere la previa concessione edilizia e perché avevano, altresì, violato le norme in tema di vincolo paesaggistico a quell'epoca in vigore.

Gli imputati avevano invocato l'inevitabilità dell'errore di diritto in cui erano incorsi, perché persuasi della assoluta liceità della loro condotta, supportata - a loro detta - dal rilascio della concessione edilizia da parte della P.A., dall'approvazione del piano paesaggistico ed altresì da alcune dichiarazioni fatte dalle competenti Autorità.

Il Giudice per le Indagini Preliminari presso la Procura di Santa Maria Capua Vetere, a seguito di giudizio abbreviato, aveva assolto gli imputati, perché il fatto non costituiva reato.

Il Procuratore Generale proponeva ricorso in Cassazione, in quanto riteneva che le qualità personali degli imputati (trattandosi di costruttori edili) avrebbero escluso a priori la scusante della buona fede.

La terza sezione della Corte di Cassazione aveva ritenuto opportuno rimettere la questione alle Sezioni Unite.

Esse, investite della questione, hanno ritenuto necessario soffermarsi sui profili relativi ai limiti alla disciplina della inevitabilità dell'errore ed hanno, a tal proposito, affermato che "per il comune cittadino tale condizione è sussistente, ogniqualvolta egli abbia assolto il criterio della ordinaria diligenza, al cd. dovere di informazione, attraverso l'espletamento di qualsiasi utile accertamento, per conseguire la conoscenza della legislazione vigente in materia. Tale obbligo è particolarmente rigoroso per tutti coloro, che svolgono professionalmente una determinata attività: costoro rispondono dell'illecito anche in virtù di una *culpa levis* nello svolgimento dell'indagine giuridica" <sup>(19)</sup>. Aggiungono, altresì, che per sostenere la scusabilità dell'ignoranza, è indispensabile che da un comportamento positivo della P.A. o da un costante orientamento giurisprudenziale, il soggetto agente abbia tratto il suo legittimo affidamento sulla correttezza dell'interpretazione normativa e di conseguenza sulla correttezza del comportamento in concreto tenuto.

---

<sup>18</sup> Ricostruisce il problema anche MUCCIARELLI, *Errore e dubbio dopo la sentenza della Corte costituzionale 364/1988*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1996, fasc. I, pagg. 223 ss.

<sup>19</sup> Cass. pen., sez. un., 10 giugno 1994, Calzetta, in *FI*, cit., pag. 159.

Le Sezioni Unite hanno, dunque, ripreso - in linea di principio - l'opportunità di differenziare il grado di diligenza richiesto al comune cittadino ed al professionista e si sono orientate verso un parametro che postula il "fare tutto il possibile per conoscere la legge penale", esigendo dal soggetto agente una condotta non rimproverabile sotto alcun punto di vista, neppure sotto quello della colpa lieve.

Ed è proprio tale affermazione che ha destato qualche perplessità tra le fila della dottrina <sup>(20)</sup>, che vi ha scorto un tradimento rispetto alle parole della Corte costituzionale, intenzionata a voler trovare, attraverso l'inserimento della *possibilità di conoscenza* della legge penale, un equilibrio tra le contrapposte esigenze general-preventive e le garanzie del singolo individuo.

La Cassazione, con tale pronuncia, si è, invece, orientata verso un criterio estremamente rigoroso.

Sicuramente dalle parole delle Sezioni Unite emerge innanzitutto la più volte evocata preoccupazione di impedire l'eccessivo allargamento della repressione penale e di contenere entro stretti limiti quelli che sono i casi di scusabilità dell'ignoranza della legge penale.

Tale rigore interpretativo ha, però, fatto sorgere qualche dubbio sul pieno rispetto del principio di colpevolezza, facendo temere la riemersione di forme più o meno occulte di responsabilità oggettiva <sup>(21)</sup>. Se davvero la giurisprudenza successiva si fosse adeguata pedissequamente ai parametri indicati da tale pronuncia della Corte di Cassazione, si sarebbe giunti a vanificare tutti gli sforzi e le innovazioni apportate dalla storica sentenza della Corte costituzionale e a far prevalere le esigenze di prevenzione generale sulle istanze individuali di garanzia della libertà del cittadino.

---

<sup>20</sup> BELFIORE, *Brevi note sul problema della scusabilità dell'ignorantia legis*, in *FI* 1995, pagg. 154 ss.

<sup>21</sup> BELFIORE, *Brevi note sul problema della scusabilità*, cit., pag. 155.

Introdurre, infatti, come limite della diligenza doverosa il criterio del “qualsiasi utile accertamento”, significherebbe spersonalizzare la fase di conoscenza e pretendere dal soggetto uno sforzo conoscitivo destinato a protrarsi all'infinito.

La giurisprudenza successiva al 1994 ha consolidato tale dicotomia ed ha continuato a differenziare il metro di valutazione dell'ignoranza e dell'errore tra il comune cittadino e coloro che, invece, svolgono una determinata attività professionale, in relazione alla quale vige un obbligo informativo caratterizzato da una maggiore intensità.

Mentre per il comune cittadino l'inevitabilità dell'ignoranza della legge penale può sussistere ogni volta egli abbia assolto, con il criterio dell'ordinaria diligenza, il dovere di informazione, attraverso l'espletamento di qualsiasi utile accertamento, per tutti coloro che, invece, svolgono una determinata attività è sufficiente il criterio della *culpa levis* a qualificare l'errore come evitabile <sup>(22)</sup>.

A carico di tali figure grava, infatti, un dovere di conoscenza particolarmente rigoroso e severo <sup>(23)</sup>.

Emblematica, in tal senso, la pronuncia della Corte di Cassazione, che ha escluso la sussistenza dell'errore scusabile nello specifico caso del

---

<sup>22</sup> Cass. pen., 16 gennaio 1996, Lombardi, in *CP* 1997, pag. 1724, che afferma, in linea con la pronuncia delle Sezioni Unite, che esiste un obbligo incombente su chi svolge una specifica attività in un determinato settore di informarsi con molta diligenza sulla normativa esistente e, nel caso di dubbio, di astenersi dal porre in essere la condotta; nessun rilievo potrà assumere la modesta preparazione professionale di un funzionario, laddove i dati possano essere reperiti in pubblicazioni scientifiche. Vedi di recente anche Cass. pen., sez. IV, 15 luglio 2010, Proc. Rep. Trib. Rovigo in proc. Albruzza ed altri, in *GalD* 2010, fasc. 40, pag. 86 (s.m.).

<sup>23</sup> Copiosa la giurisprudenza, sia di legittimità che di merito, in tal senso. Vedi, Cass. pen., sez. VI, 6 dicembre 1996, Manzi, in *GP* 1998, II, pag. 168, in *CP* 1998, pag. 2331, che ha condannato un biologo per esercizio abusivo della professione medica, per avere effettuato un prelievo di sangue venoso ai fini di analisi; Cass. pen., sez. V, 26 febbraio 2008, C., che ha ritenuto inescusabile l'ignoranza del precetto penale violato da un socio accomandatario di una s.a.s., imputato del reato di cui all'art. 220 co. 2 l. fall. (denuncia di creditori inesistenti e altre inosservanze da parte del fallito), perché “l'inevitabilità dell'errore sulla legge penale non si configura quando l'agente svolge una attività in uno specifico settore rispetto alla quale ha il dovere di informarsi con diligenza sulla normativa esistente”; Cass. pen., sez. III, 4 luglio 2000, Vicentini e altri, in *Dejure*.

reato di peculato, perché al pubblico ufficiale, figura contraddistinta da un alto grado di professionalità, “non si perdona alcuna leggerezza”.

La Corte di legittimità ha, infatti, precisato che non sussiste alcun tipo di errore, né di fatto né di diritto, nel caso in cui il pubblico ufficiale dia una erronea interpretazione alle disposizioni che attengono alle proprie facoltà di disposizione del denaro pubblico per fini differenti da quelli istituzionali <sup>(24)</sup>.

Nel caso di specie un ufficiale giudiziario aveva ommesso di versare all’Erario la percentuale del 95 % del cd. “esubero” in materia di diritti riscossi attraverso le attività di notificazione.

La Cassazione aveva, a tal proposito, sancito che l’illegittimità della destinazione della *pecunia publica*, imputabile ad ignoranza del pubblico ufficiale sui limiti dei propri poteri, costituisce a tutti gli effetti un errore o ignoranza della legge penale e, come tale, non va ad escludere l’elemento soggettivo del reato di peculato, che consiste nella coscienza e volontà di far proprie delle somme di cui egli ha il possesso per ragioni del suo ufficio <sup>(25)</sup>.

Pur essendo la destinazione delle somme determinata da una norma di diritto amministrativo (disciplinante appunto le retribuzioni dell’ufficiale giudiziario), tale norma deve ritenersi, infatti, richiamata dalla norma penale, della quale integra il contenuto <sup>(26)</sup>.

Laddove l’ufficiale avesse nutrito qualche dubbio interpretativo su tale disciplina, sarebbe stato – ritiene la Corte – suo precipuo dovere, domandare chiarimenti al capo ufficio o al Ministero, al quale altri ufficiali avevano invece richiesto delucidazioni <sup>(27)</sup>.

La medesima impostazione rigorosa si riconosce altresì in numerose pronunce in tema di armi, trattandosi di un settore che richiede una preparazione specifica.

---

<sup>24</sup> Cass. pen., sez. VI, 30 giugno 1994, Diene e altri, in *GI* 1995, II, pag. 558 ss., con nota di MAZZOCCO.

<sup>25</sup> Cass. pen., sez. VI, 30 giugno 1994, Diene e altri, cit., pagg. 560, 561.

<sup>26</sup> Cass. pen., sez. VI, 30 giugno 1994, Diene e altri, cit., pag. 565.

<sup>27</sup> Cass. pen., sez. VI, 30 giugno 1994, Diene e altri, cit., pag. 565.

La Corte di Cassazione, ad esempio, ha escluso l'applicabilità dell'art. 5 cod. pen. in relazione alle disposizioni circa lo specifico utilizzo delle armi in zone protette, perché trattasi di informazioni idoneamente pubblicizzate, che ogni operatore del settore è tenuto a conoscere <sup>(28)</sup>.

Un cacciatore veniva condannato per violazione dell'art. 30 l. 11 febbraio 1992 n. 157 in relazione all'art. 21 lett. d), l. cit., perché aveva esercitato la caccia all'interno di una zona protetta, ossia il Parco Nazionale del Gargano, in cui era ovviamente vietata.

Egli, a propria discolpa, invocando la scusabilità dell'art. 5 cod. pen. sosteneva che non fossero adeguatamente pubblicizzate le delimitazioni delle aree protette e di quelle in cui, invece, era lecito cacciare.

La Cassazione aveva messo in luce come la planimetria di detto parco fosse pubblicizzata mediante affissione pubblica in tutti i Comuni interessati, nonché nelle riviste specialistiche sulla caccia.

Di conseguenza, i confini del Parco dovevano essere ben conosciuti dagli operatori del settore, che utilizzando la dovuta diligenza sulla normativa esistente, dovevano adeguatamente informarsi in proposito <sup>(29)</sup>.

In tal senso, appare interessante segnalare anche una sentenza di merito, pronunciata dal Tribunale di Milano, in relazione ad una vicenda di riciclaggio <sup>(30)</sup>.

Il direttore di una importante filiale di Banca, situata in pieno centro a Milano, veniva condannato per il reato di riciclaggio *ex art. 648 bis* cod. pen., perché aveva omesso di segnalare delle operazioni eseguite da una cittadina israeliana, qualificatasi genericamente come una commerciante di gioielli, che si erano rivelate delle operazioni non solo sospette, ma specificamente volte al riciclaggio di denaro di provenienza illecita.

---

<sup>28</sup> Cass. pen., sez. III, 6 febbraio 2002, con nota di CORBETTA, *Ignoranza della legge penale: quando è scusabile*, in DPP 2002, fasc. 6, pag. 718.

<sup>29</sup> Cass. pen., sez. III, 6 febbraio 2002, cit.

<sup>30</sup> Tribunale Milano, 5 novembre 2009, G. e K., n. 12497/09, inedita.

Il giudice di merito, dopo aver ricostruito accuratamente l'essenza del reato di riciclaggio nei suoi elementi oggettivi e soggettivi ed aver passato in rassegna la parallela normativa antiriciclaggio, si sofferma sulla specifica condotta posta in essere dal direttore di Banca.

Quest'ultimo, infatti, deve essere considerato il destinatario di tale normativa e, quindi, un soggetto professionalmente qualificato.

Specifica, a tal proposito che "da dette qualità e posizione discende che la cognizione del fatto tipico non avviene alla stregua di dati naturalistici o di comune esperienza, ma degli indici analiticamente indicati nella normativa, primaria e secondaria, antiriciclaggio: le qualità soggettive del cliente, la sua capacità economica ed il tipo di attività economica esercitata, la congruenza delle risorse finanziarie asseritamente impiegate per essa rispetto alle risorse concretamente disponibili, le modalità di impiego delle risorse finanziarie, e quindi le modalità operative del cliente, e la loro compatibilità rispetto alla dichiarata destinazione" <sup>(31)</sup>.

L'erronea valutazione sulla natura delle operazioni costituisce un errore sul precetto, a cui non può in alcun modo essere riconosciuta efficacia esimente, trattandosi di attività qualificate, che non ammettono neppure la colpa lieve in capo a chi le compie <sup>(32)</sup>.

Si sofferma sul rigore del 'dovere di informazione' richiesto a coloro che svolgono determinate attività professionali, anche la seguente pronuncia.

---

<sup>31</sup> Trib. Milano, 5 novembre 2009, G. e K., cit., pag. 14.

<sup>32</sup> Sul punto è intervenuta anche la Cassazione civile, 3 maggio 2010, n. 10621, Ministero dell'Economia e delle Finanze c. Pellizzari e a., affermando che "perché sia esclusa la responsabilità dell'agente, l'inevitabilità dell'errore va valutata alla luce della conoscenza e dell'obbligo di conoscenza delle leggi che grava sull'agente medesimo, in relazione anche alla qualità professionale posseduta dallo stesso e al conseguente dovere di informazione sulle norme che specificamente disciplinano l'attività che esso svolge".

Sei donne vengono tratte a giudizio dal Tribunale di Firenze per il reato di abuso d'ufficio, perché, in qualità di ostetriche in servizio presso l'Azienda Ospedaliera Universitaria di Careggi, in diverse occasioni, tra il 1999 e il 2003, avevano svolto in modo continuativo attività libero-professionale, accompagnando ed assistendo donne in travaglio di parto con elargizione di un compenso. Tale attività sarebbe stata compiuta in violazione della normativa sull'esercizio dell'attività libero-professionale in ambito ospedaliero, con utilizzo di risorse della struttura pubblica <sup>(33)</sup>.

La Corte di legittimità, uniformandosi al consolidato orientamento giurisprudenziale che differenzia il metro di valutazione dell'ignoranza e dell'errore tra il comune cittadino e coloro che svolgono una determinata attività professionale, ritiene che nel caso di specie le ostetriche non abbiano ottemperato al dovere informativo richiesto, perché - di fronte all'incertezza sullo svolgimento della contestata attività - esse avrebbero dovuto astenersi dallo svolgere qualsiasi assistenza privata remunerativa. Tutt'al più esse avrebbero potuto acquisire le necessarie informazioni ed assicurazioni sulla legittimità di una simile pratica, attivando quell'onere informativo che avrebbe reso scusabile l'errore sulla legge penale.

Fatte queste precisazioni, possiamo dunque ritenere che la scusabilità concessa dall'art. 5 cod. pen. sarebbe, dunque, configurabile solamente laddove un comportamento degli organi amministrativi o un complessivo pacifico orientamento giurisprudenziale, abbiano creato nell'agente un giustificato convincimento sulla correttezza dell'interpretazione data e di conseguenza sulla liceità del comportamento tenuto <sup>(34)</sup>.

---

<sup>33</sup> Cass. pen., sez. VI, 28 settembre 2007, Bensi, in *CP* 2008, fasc. 6, pagg. 2401, con nota di CARCANO, *L'adempimento dell'onere informativo necessario per rendere scusabile l'errore sul precetto*.

<sup>34</sup> Vedi DI SALVO, *Art. 5*, in LATTANZI-LUPO, *Codice Penale, Rassegna di giurisprudenza e di dottrina, vol. I, La legge penale e le pene. Il reato, Libro I, Artt. 1-84*, Aggiornamento 2000-2004, Milano, 2005, pag. 92.

Chiarificatrice, in tal senso, anche una pronuncia del G.I.P. presso il Tribunale di Milano, 11 ottobre 1999, in *Fambr* 2000, pag. 1, in cui si legge che la carenza di socializzazione dell'agente e la scarsità di informazioni possono integrare un'ipotesi di ignoranza inevitabile dell'illiceità di un fatto, qualora tale illiceità risulti da un recente aggiornamento della normativa integratrice del precetto che prevede il detto

Il comune cittadino, invece, potrebbe addurre la condizione di inevitabilità ogni qualvolta abbia assolto, con l'ordinaria diligenza, il dovere di informazione e di indagine <sup>(35)</sup> e ciononostante sia rimasto in uno stato di ignoranza o errata conoscenza <sup>(36)</sup>.

La Corte di Cassazione ha precisato, in tal senso, che "si può parlare di scusabilità dell'ignoranza della legge penale quando nel soggetto tale situazione sia incolpevole ed inevitabile; per il cittadino comune questa condizione deve ritenersi sussistente allorchè lo stesso abbia assolto al dovere di informazione con la normale ed ordinaria diligenza attraverso un corretto espletamento di mezzi di indagine e di ricerca con riferimento al settore di attività cui inerisce la disciplina predisposta dalle norme violate; il che significa che la buona fede può acquisire giuridica rilevanza allorchè si traduca in uno stato soggettivo tale da escludere la colpa a causa dell'intervento di un elemento positivo estraneo all'agente" <sup>(37)</sup>.

A tal proposito, si rende, però, necessaria una precisazione.

---

fatto come reato e qualora tale aggiornamento sia risultato ignoto ad alcuni degli stessi operatori del diritto.

<sup>35</sup> Vedi, per tutti, Cass. pen., sez. VI, 6 dicembre 1996, n. 1632, Manzi, in *CP* 1998, pag. 2355, in cui si precisa – in linea con la pronuncia delle Sezioni Unite del 1994 – che "alla stregua della sentenza n. 364 del 1988 della Corte costituzionale, l'errore sul precetto è inevitabile nei casi di impossibilità di conoscenza della legge penale da parte di ogni consociato. Ma mentre per il comune cittadino l'inevitabilità dell'errore va riconosciuta ogniqualvolta l'agente abbia assolto, con il criterio dell'ordinaria diligenza, al cosiddetto "dovere di informazione", attraverso l'espletamento di qualsiasi utile accertamento per conseguire la conoscenza della legislazione vigente in materia, per tutti coloro che svolgono professionalmente una determinata attività, tale dovere è particolarmente rigoroso, tanto che essi rispondono dell'illecito anche in virtù di una '*culpa levis*' nello svolgimento dell'indagine giuridica. In questa seconda situazione occorre, cioè, ai fini dell'affermazione della scusabilità dell'ignoranza, che da un comportamento positivo degli organi amministrativi o da un complessivo orientamento giurisprudenziale l'agente abbia tratto il convincimento della correttezza della interpretazione e, conseguentemente, della liceità del comportamento futuro". In tal senso, vedi anche Cass. pen., sez. IV, 25 agosto 2005, n. 1010, annotata da CALLEGARI, *Errore sul precetto*, in *Studium iuris* 2006, fasc. 5, pagg. 608-609.

<sup>36</sup> Concetto spesso evidenziato nella giurisprudenza di merito. Per tutte, vedi Pretore Roma, 13 gennaio 1994, Occhiena, in *FI Rep.* 1994, voce *Legge Penale*, n. 21, cit.

<sup>37</sup> Cass. pen., sez. fer., 5 settembre 1995, Nitti, in *FI* 1997, II, pag. 784, con nota di BELFIORE.

L'indagine sulla condotta e soprattutto sui mezzi utilizzati per addivenire ad una corretta conoscenza delle disposizioni penali che regolano i più svariati settori risente inevitabilmente del momento storico in cui si colloca, e deve pertanto essere contestualizzata.

E', infatti, naturale pensare che il "comune cittadino" disponga oggigiorno di strumenti – e, di conseguenza, di conoscenze – diverse rispetto a quelli di cui poteva disporre trent'anni fa.

Basti pensare a tutte le innovazioni tecnologiche che si sono susseguite negli anni, di cui un moderno diritto penale deve necessariamente tener conto, anche in tema di *ignorantia legis*.

Seguendo tale impostazione è stata ritenuta inescusabile la condotta del cittadino che ha portato in un luogo pubblico una bomboletta spray contenente gas lacrimogeno.

L'uomo, durante il processo, si era disculpato asserendo che tale bomboletta era stata diffusamente pubblicizzata su un sito internet e che di conseguenza l'aveva acquistata e portata in luogo pubblico in buona fede, avendo tale offerta pubblica ingenerato in lui la convinzione di non commettere nulla di illegale<sup>(38)</sup>.

La Corte di Cassazione, in tal caso, ha ritenuto che una semplice comunicazione pubblicitaria non potesse in alcun modo scusare la condotta dell'agente, che deve comunque attenersi ai doveri di conoscenza, attraverso la corretta utilizzazione di tutti i mezzi d'indagine e ricerca dei quali dispone.

L'agente, avvezzo a navigare su internet, ben poteva, infatti, consultare il sito della Polizia di Stato, che offriva una dettagliata descrizione, "a portata di cittadino", delle disposizioni in tema di armi e strumenti pericolosi.

---

<sup>38</sup> Cass. pen., sez. I, 14 novembre 2007, Amantonico, n. 44994.

Secondo i giudici di legittimità, l'imputato sarebbe stato sicuramente in grado, con la normale diligenza, di capire che il porto di una simile bomboletta era illegale<sup>(39)</sup>.

Tale pronuncia ci offre lo spunto per aprire una parentesi sullo specifico - e delicato - tema delle armi, ove si riconoscono pochissime applicazioni dell'art. 5 cod. pen.<sup>(40)</sup>.

La ragione di detta scarsa valenza scusante si riconosce verosimilmente nel fatto che la disciplina in tema di armi piuttosto evidente, a tal punto che nessun soggetto potrebbe sollevare eccezioni sulla impossibilità o difficoltà di conoscenza della stessa.

Per di più, anche la giurisprudenza non ha mai dato corso a interpretazioni difformi o fuorvianti, avendo sempre tratteggiato confini molto precisi per tale settore.

A conclusione di tale primo spaccato di indagine, possiamo certamente affermare che la prassi si è fedelmente adeguata a quelli che sono stati i parametri identificati dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione in tema di dovere di informazione e di conoscenza.

### **2.1. Il giudizio di inevitabilità: *culpa iuris* o *culpa facti*?**

Per completare il discorso sul dovere strumentale di informazione e di conoscenza, dobbiamo affrontare un ultimo aspetto, che attiene ad una riflessione, *rectius* ad un interrogativo in punto di diritto.

Dobbiamo, cioè, domandarci se nel giudizio di in-evitabilità l'interprete possa ricorrere agli stessi criteri che debbono essere utilizzati per formulare il giudizio di accertamento del fatto colposo.

---

<sup>39</sup> Cass. pen., sez. I, 14 novembre 2007, Amantonico, cit.

<sup>40</sup> Vedi per tutti, BINDA, *Commento all'art. 5 cod. pen.*, in *Codice penale commentato*, a cura di DOLCINI-MARINUCCI, vol. I, II ed., Milano, pag. 136.

Abbiamo già anticipato tale aspetto problematico nel secondo capitolo (<sup>41</sup>), ma ora si rende necessario ritornare sul punto, dal momento che ci siamo occupati della valutazione circa lo specifico grado di diligenza che viene richiesto al “destinatario”, comune cittadino o soggetto professionale, delle norme penali.

Il parametro dell’*homo eiusdem condicionis et professionis* opera dunque allo stesso modo per l’accertamento della *culpa iuris* e della *culpa facti* oppure deve essere elaborato, nel giudizio di in-evitabilità, con criteri più rigorosi rispetto a quelli previsti per l’accertamento della colpa?

In realtà si tratta di un interrogativo che l’ordinamento penale tedesco si è già posto ed ha già risolto, anticipando il dibattito avviatosi più di recente al riguardo anche in Italia.

In Germania, di fronte a tale *quaestio iuris*, si sono fronteggiati per lungo tempo due orientamenti, che muovevano da opposti presupposti.

Da un lato, si poneva l’indirizzo giurisprudenziale più rigoroso, che non esitava a riconoscere, in capo al singolo individuo, oneri di diligenza quanto alla conoscenza della legge penale maggiori rispetto a quelli richiesti per il compimento di qualsiasi altra attività.

Ne discendeva una chiusura ermetica verso i tentativi di riconoscere efficacia scusante all’ignoranza sulla legge penale.

Dall’altro si collocava, invece, l’impostazione dottrinale che sottolineando determinati fattori socio-criminologici rilevanti (quali l’accentuata mobilità di soggetti al di là delle frontiere, la crisi dell’informazione giuridica, gli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali contrastanti e l’incessante incremento del diritto penale complementare e di settore), auspicava il riconoscimento in termini più ampi di una valenza scusante all’*error iuris*.

Tale orientamento lamentava, a volte anche con toni estremamente polemici, la violazione del principio di colpevolezza da parte della

---

<sup>41</sup> Vedi, Parte I, Cap. II, 3.2.

sopra evidenziata prassi giurisprudenziale, che solo eccezionalmente era orientata a riconoscere efficacia scusante all'errore sul precetto.

Anche la dottrina italiana si è mostrata particolarmente attenta nei confronti di tale rilievo problematico.

Essa ritiene, in particolare, che la sentenza della Corte costituzionale del 1988 abbia introdotto la nozione di *culpa iuris*, che si realizza – a differenza della *culpa facti*, che deriva dalla violazione di regole cautelari – nel caso in cui l'agente non ponga in essere dei comportamenti esigibili per la conoscenza della legge penale.

Di fronte all'interrogativo se siano utilizzabili i medesimi parametri per la valutazione della 'colpa di fatto' e la 'colpa di diritto', la dottrina ritiene che non sia corretto esigere, per l'accertamento dell'inevitabilità dell'errore sul precetto, un metro più rigoroso rispetto a quello utilizzato per il giudizio sulla colpa.

La logica del giudizio sulla colpevolezza comporta che, una volta impostato il problema sul diligente adempimento dei doveri di informazione e conoscenza, non vi sia alcun motivo per differenziare il piano del fatto da quello del diritto, entrambi essenziali per il rispetto degli interessi tutelati (<sup>42</sup>).

Ai fini del giudizio di in-evitabilità potranno dunque essere applicate le generali coordinate in tema di colpa, ossia il parametro dell'*homo eiusdem condicionis et professionis*, che consentirà di valutare la conoscenza della norma in relazione agli specifici doveri richiesti dalla propria categoria di appartenenza.

La giurisprudenza - come abbiamo rilevato - si è posta e continua a porsi, invece, su un piano decisamente più rigoroso, perché, differenziando le categorie, ritiene, che la *culpa iuris* debba essere valutata con un criterio più severo rispetto a quello utilizzato per la *culpa facti*.

---

<sup>42</sup> FLORA, *Commento all'art. 5 c.p.*, in CRESPI-FORTI-ZUCCALÀ, *Commentario breve al codice penale*, V ed., Padova, 2008, pag. 31.

Da qui discende la sufficienza della semplice colpa lieve per fondare un rimprovero di colpevolezza nei confronti del professionista e contestualmente il rischio di rendere inapplicabile il principio di scusabilità relativa, introdotto dalla Corte costituzionale, e di reintrodurre ipotesi mascherate di responsabilità oggettiva.

### **3. I parametri indicati dalla Corte costituzionale tra teoria e prassi.**

#### **3.1. Profili generali.**

Oltre alla verifica sul livello di diligenza richiesto nell'adempimento del dovere strumentale di informazione, che incombe su ciascun singolo individuo, la nostra ricerca andrà indirizzata anche all'analisi sull'effettività dei criteri utilizzati dai giudici nei casi concreti, al fine di verificare quali strumenti vengano impiegati per misurare l'inevitabilità della conoscenza della legge penale.

Quello che interessa capire, a questo punto della trattazione, è se l'art. 5 cod. pen., così come riletto dalla Corte costituzionale, trovi una effettiva applicazione nelle nostre aule di tribunale oppure sia rimasto intrappolato in una gabbia che non ne abbia consentito una piena applicazione.

Occorre, cioè, chiedersi in presenza di quali situazioni operi l'art. 5 cod. pen., o meglio bisogna individuare i casi in cui sia *incolpevolmente* sfuggito all'agente il disvalore del fatto realizzato e sia di conseguenza possibile invocare l'efficacia scusante della ignoranza della legge penale.

Il nostro scopo sarà quello di conferire a questa norma una valenza pratica, che spesso non le è stata riconosciuta, perché rimasta invischiata nelle maglie di quella stessa costruzione dogmatica in cui era avvolta prima della sentenza del 1988.

Ci renderemo conto che tale norma troverà applicazione in pochissimi casi.

E sarà ovviamente necessario chiedersi il perché.

Spiegazioni di mera natura general-preventiva non ci soddisfano fino in fondo.

Cercheremo, dunque, di andare oltre.

Tali indagini ci consentiranno, altresì, di fare delle prime valutazioni in una prospettiva *de iure condendo*, che potranno essere ulteriormente integrate dopo aver analizzato la prassi giurisprudenziale che si è formata a tal proposito nell'ordinamento tedesco.

Inizieremo, dunque, il nostro viaggio dai criteri cd. soggettivi puri <sup>(43)</sup>, cercando di prendere in considerazione tutte le circostanze personali legate alla figura del soggetto attivo del reato che possono vantare una efficacia scusante e che la Corte costituzionale – per ovvie ragioni storiche – non aveva potuto contemplare.

Proseguiremo poi con i criteri oggettivi puri <sup>(44)</sup> e tutte quelle situazioni, legate all'oscurità della norma e all'applicazione contraddittoria da parte della giurisprudenza, che mettono oggettivamente l'agente in una condizione di non poter conoscere la disposizione penale.

Concluderemo, infine, il nostro percorso con i criteri cd. misti <sup>(45)</sup>, che prendono in considerazione sia le situazioni soggettive, che quelle oggettive, che abbiano plausibilmente potuto indurre il soggetto a considerare lecita la propria condotta, risultata poi illecita.

---

<sup>43</sup> Vedi, Parte I, Cap. II, 5.

<sup>44</sup> Vedi, Parte I, Cap. II, 5.

<sup>45</sup> Vedi, Parte I, Cap. II, 5.

### 3.1.1. I criteri cd. soggettivi puri. La *non colpevole* carenza di socializzazione.

Iniziamo, quindi, dai criteri cd. soggettivi puri, che nel giudizio di inevitabilità attribuiscono rilevanza a quelle che sono le caratteristiche personali e soggettive dell'agente.

La Corte costituzionale, nella sentenza n. 364 del 1988, aveva escluso che simili criteri potessero fondare il metro per il giudizio di inevitabilità e potessero di conseguenza possedere efficacia e valenza scusante, se non in alcuni casi limite configurabili con riguardo a soggetti psichicamente anormali o radicalmente estranei al nostro tipo di società e cultura <sup>(46)</sup>.

Anche la dottrina era stata rigorosa nello stabilire che "l'asserita normale conoscenza (o facile comprensibilità) del nucleo tradizionale del diritto criminale, è legata all'immediatezza del suo rapporto con processi di socializzazione ai valori, cui nessun membro normale e normalmente inserito nella società si sottrae. L'indifferenza verso i valori codificati, e la stessa appartenenza a sotto- o contro-culture che li contestano, non esclude la generale conoscenza di quali siano i valori essenziali legalmente stabiliti; l'ignoranza dei doveri non potrebbe che essere il frutto di una voluta cecità di fronte al diritto" <sup>(47)</sup>.

Tale indicazione è stata, però, ampiamente smentita dalla prassi applicativa, ove si riconoscono numerosi casi in cui l'ignoranza è stata ritenuta inevitabile per ragioni di tipo soggettivo.

La *ratio* di un simile criterio, ritenuto del tutto marginale dalla Corte costituzionale alla fine degli anni Ottanta, è sicuramente riconducibile all'incessante fenomeno dei flussi migratori, che hanno portato nel nostro paese diverse culture e diverse "sfide al diritto penale" <sup>(48)</sup>,

---

<sup>46</sup> PULITANÒ, *Diritto penale*, III ed., Torino, 2009, pag. 406.

<sup>47</sup> PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976, pag. 480.

<sup>48</sup> Utilizza tale espressione BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., pag. 75.

trovatosi dunque a fronteggiare situazioni estranee alle sue consolidate radici storiche e culturali, diventando uno “strumento di convivenza nella diversità” (49).

Tali sfide si riconoscono ovviamente anche sul terreno dell'*ignorantia legis*, ove il giudizio di inevitabilità si è dovuto confrontare con circostanze nuove e soprattutto con regole differenti, avulse dal nostro contesto giuridico, storico e culturale.

Misurarsi con simili realtà ha comportato, sul piano penale, una spiccata esigenza di personalizzazione del giudizio di colpevolezza, chiamato a parametrarsi a tali nuovi fattori.

Va premesso fin d'ora che il parametro dei criteri soggettivi puri trova spazio - in linea di massima - nel solo campo dei delitti cd. artificiali, mentre qualsiasi *deficit* socio-culturale dell'agente non rileva nel caso di reati naturali, posti a tutela di valori radicati nella coscienza collettiva e alla base del comune agire sociale.

Detto questo, nelle pagine che seguono, dovremo cercare di colorare di contenuti la nozione di “incolpevole carenza di socializzazione” alla luce dell'odierno dato giurisprudenziale, per capire quando l'ignoranza del disvalore penale possa essere davvero considerata incolpevole (50).

Innanzitutto, il *deficit* sociale e culturale, di cui ci occuperemo in questa sede, non coincide con il mero *status* di immigrato: un soggetto non può in alcun modo giustificare la propria “ignoranza” o errata conoscenza delle leggi italiane per il solo fatto di appartenere ad un paese, in cui l'ipotetica condotta - in Italia penalmente rilevante - trovi una differente regolamentazione giuridica.

---

<sup>49</sup> BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, Torino, 2006, pagg. 40 ss.

<sup>50</sup> Per una panoramica sui casi di ignoranza inevitabile della norma penale violata nella giurisprudenza in tema di reati culturalmente motivati, vedi BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., pagg. 391 ss.

Emblematica in tal senso la pronuncia di condanna nei confronti di un uomo marocchino, che di fronte ad un'imputazione per violenza sessuale nei confronti di un minore di anni quattordici, aveva addotto a sostegno della liceità del proprio comportamento il fatto che nel proprio paese di origine tali "pratiche" fossero consentite e generalmente ammesse <sup>(51)</sup> <sup>(52)</sup>.

L'insufficiente socializzazione, che legittima un'*ignorantia legis* rilevante per il diritto penale, deve affondare le proprie radici in indizi positivi ben delineati e provvisti di notevole carica scusante.

Essa deve fondarsi in particolare, secondo quanto ritiene la giurisprudenza, sull'*assenza di disvalore sociale del fatto di reato commesso*, sulla *differente regolamentazione nel paese d'origine*, sulla *breve permanenza dello straniero nel nostro stato* oppure, più genericamente, sulla *condizione di ignoranza e marginalità* <sup>(53)</sup>.

E' del tutto evidente che simili riferimenti per l'interprete debbano essere calati nel singolo caso concreto e debbano tener conto di tutti gli elementi che possono venire in gioco ed assumere un determinato ruolo.

---

<sup>51</sup> Vedi Cass. pen., sez. III, 7 dicembre 1993, Tabib, in *GP* 1994, II, pag. 489, che in relazione a tale vicenda ha stabilito che "non può ritenersi inquadrabile nell'ambito delle situazioni soggettive che, solo eccezionalmente, alla stregua di quanto affermato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 364/88 [...] consentono di ritenere inoperante il principio generale, tuttora valido, della inescusabilità della ignoranza della legge penale, la situazione di chi, sol perché straniero, adduca a sua giustificazione la diversità della legge italiana rispetto a quella del suo paese d'origine". Analogamente vedi Pretore Lucca, 4 marzo 1991, Modou, in *FI* 1991, II, pag. 305, che ha affermato che la condizione di immigrato, non sorretta da alcun indizio positivo, non è sufficiente a far ritenere scusabile qualsiasi ignoranza sul dato penale.

<sup>52</sup> Vedasi anche Cass. pen., sez. I, 23 ottobre 2007, S.D.M., che, dopo aver riconosciuto astrattamente l'inevitabilità dell'ignoranza generata dalla personale e non colpevole carenza di socializzazione, ha ribadito che anche in capo allo straniero incombe l'obbligo di informarsi sulla legislazione che regola la sua condotta o attività e che, in caso di inadempimento, l'ignoranza diventi *in toto* rimproverabile e inescusabile, senza alcuna eccezione di sorta.

<sup>53</sup> BARTOLI, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, cit., pag. 159, riconosce che "fattori come il Paese di provenienza, la conoscenza della lingua italiana, il tempo in cui si è nel nostro Paese, la maggiore o minore o addirittura inesistente integrazione sociale che permette di avere contatti con soggetti che non appartengono alla propria comunità, rappresentano tutte condizioni delle quali si può dedurre il livello culturale e di socializzazione dello straniero e che incidono sulla conoscenza delle regole sociali elementari o morali".

Ma vediamoli con ordine, dando delle coordinate più precise ai termini del nostro discorso.

Quanto all'assenza di *disvalore sociale* del fatto commesso, che si pone in stretta correlazione con il parametro della *differente regolamentazione nel paese d'origine*, si rende necessario richiamare quanto espresso in precedenza sulla natura del reato commesso dall'agente.

Laddove si tratti di reati cd. naturali è, infatti, del tutto impossibile che si configuri l'ipotesi di non riconoscibilità dei precetti posti a salvaguardia di valori, che sono sedimentati nella comune coscienza sociale di un determinato periodo storico e indistintamente riconosciuti da tutti i consociati come universalmente esistenti e recanti una "doverosa tensione della coscienza" <sup>(54)</sup> <sup>(55)</sup>.

In tal senso è stato evidenziato, ad esempio, che le norme penali poste a tutela del divieto di riduzione in schiavitù siano ben riconoscibili alla stregua di norme di civiltà vigenti in un determinato contesto sociale e che, pertanto, non possa configurarsi nei confronti di dette norme una inconsapevole ignoranza della legge penale.

A tal proposito la Suprema Corte di Cassazione non ha riconosciuto l'efficacia scusante dell'ignoranza delle norme in tema di riduzione in schiavitù e alienazione di schiavi in capo ad un gruppo di nomadi di origine slava, che, ritenendo la loro condotta scriminata dalle loro consuetudini tradizionali, avevano prima segregato e poi venduto dei minori <sup>(56)</sup>.

---

<sup>54</sup> ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., pag. 113.

<sup>55</sup> In tal senso va evidenziato che riveste un notevole ruolo anche la diffusione della comunicazione sociale intorno ad una classe di reati. Vedi, ad esempio, Cass. pen., sez. VI, 22 febbraio 1991, La Porta, in *RP* 1992, pag. 150, ove si legge che "in materia di stupefacenti, è da escludere ogni ipotesi di ignoranza inevitabile, in considerazione degli interventi normativi del legislatore, ripetuti e risalenti nel tempo e dell'enorme rilevanza della materia, con conseguente larghissima diffusione della comunicazione sociale intorno ad essa".

<sup>56</sup> In tal senso, vedi Cass. pen., 7 dicembre 1989, Izet Elmar e a., in *FI* 1990, I, pagg. 369 ss., ove si legge che "colui che riduce una persona in condizione analoga alla schiavitù, o che acquista una persona che si trova in tale condizione, non può invocare a sua scusa l'ignoranza inevitabile della legge penale. Trattasi, infatti, di norme penali

La medesima *ratio* si riconosce in un caso di maltrattamenti in famiglia, sequestro di persona, violenza sessuale in danno della moglie e violazione degli obblighi di assistenza familiare.

L'imputato, un uomo marocchino, di fronte a queste gravissime accuse si era disculpato, invocando la propria diversità culturale e religiosa e la particolare potestà, che nella sua cultura d'origine, gli uomini sarebbero soliti esercitare in relazione al proprio nucleo familiare, che legittimerebbero simili comportamenti.

La Corte di Cassazione ha confermato la condanna sulla base dell'assunto, che concezioni simili si pongono in assoluto contrasto con le norme cardine che informano e stanno alla base dell'ordinamento giuridico italiano e della regolamentazione concreta dei rapporti interpersonali (<sup>57</sup>).

Viceversa, nel caso di fattispecie cd. artificiali è, invece, ben possibile riconoscere una valenza scusante di fronte ad un palese disconoscimento del disvalore sociale e materiale della condotta.

Il Tribunale di Genova, ad esempio, ha riconosciuto nei confronti di due cittadini tunisini, imputati del reato di detenzione abusiva di armi, per aver trasportato senza licenza una carabina ad aria compressa, l'impossibilità di rendersi concretamente conto dell'illiceità del comportamento tenuto a causa di un carente livello culturale, del modesto disvalore sociale del fatto e del ragionevole affidamento di compiere un fatto lecito, dovuto alla circostanza che in Francia, ove essi risiedevano abitualmente, la vendita di fucili ad aria compressa non era vietata dalla legge (<sup>58</sup>).

---

conformi al principio di "riconoscibilità", ossia tali da essere percepite anche in funzione di norme "extrapenali" di civiltà, effettivamente vigenti nell'ambito sociale nel quale le predette norme penali sono destinate ad operare".

<sup>57</sup> Cass. pen., sez. VI, 26 novembre 2008, F., n. 46300, in *GalD* 2009, fasc. 11, pag. 63. In senso conforme vedi anche, Cass. pen., sez. V, 26 aprile 1995, De Padua, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1997, pag. 935, con nota di VALLINI.

<sup>58</sup> Trib. Genova, 30 maggio 1989, Khedhiri, in *FI* 1989, II, pag. 540.

Nello stesso modo,

è stata esclusa la sussistenza della contravvenzione di mancata presentazione in Questura in capo ad un cittadino extracomunitario, sul presupposto che quest'ultimo non conoscesse la lingua italiana, che l'ordine di presentazione fosse formulato solo in tale lingua e che l'imputato non fosse stato previamente edotto delle conseguenze penali che potevano discendere dalla sua condotta (<sup>59</sup>).

Accanto a tali parametri per misurare l'incolpevole carenza di socializzazione, si pone l'ulteriore dato, di ordine temporale, della *breve permanenza dello straniero sul territorio italiano*, che legittimerebbe una sua scarsa conoscenza delle norme penali.

In tal senso,

ad un immigrato senegalese, imputato del reato di vendita di accendini privi del bollo di Stato, è stata riconosciuta la scusante di cui all'art. 5 cod. pen., in quanto si era stabilito da poco in Italia e non poteva in alcun modo conoscere le prescrizioni statali al riguardo (<sup>60</sup>).

La Corte di merito ha riconosciuto l'inevitabilità dell'ignoranza del disvalore penale della condotta "in quanto stabilito in Italia da poco tempo, con una scarsissima o virtualmente nulla conoscenza di ogni normativa tecnica e della stessa lingua italiana, con uno scarsissimo livello di socializzazione dovuto, oltre che alla carenza di robuste strutture di solidarietà, anche alla sussistenza di ostacoli di natura psicologica, sociale, culturale e antropologica (razzismo)".

Lo stesso approccio è stato seguito anche

---

<sup>59</sup> Cass. pen., sez. I, 20 marzo 1992, Faicel Ben Kraien, in *GP* 1992, II, pag. 45. In senso opposto vedasi Cass. pen., 28 novembre 1991, *Cerkimas*, che ha ritenuto del tutto irrilevante, ai fini della scusabilità della condotta, il fatto che fosse stato notificato a cittadini extracomunitari un invito a presentarsi in Questura in una lingua a loro sconosciuta.

nel caso di un francese quindicenne, che durante una vacanza nel nostro paese, ha utilizzato una radio-ricetrasmittente del tipo VHF, ignorando che la legge penale italiana richiedesse determinati requisiti in ordine alla detenzione di un simile apparecchio <sup>(61)</sup>.

Quanto all'ultimo profilo della *condizione di ignoranza e marginalità* <sup>(62)</sup>, merita sicuramente una riflessione una recentissima sentenza pronunciata dal Tribunale di Milano <sup>(63)</sup>, innovativa da questo punto di vista, perché mette chiaramente in luce quelle che sono le caratteristiche proprie di tale parametro e rappresenta una delle poche coraggiose pronunce di assoluzione in tema di applicazione dell'art. 5 cod. pen.

Maria C., giovane donna rumena, incinta all'ottava settimana di gravidanza, veniva trasportata, in condizioni disperate, presso l'Ospedale Niguarda di Milano, dopo aver assunto un notevole quantitativo di Cytotec, farmaco antitumorale/citostatico, con l'evidente intento di abortire.

La paziente riferiva a fatica – parlava poco italiano e vi erano evidenti difficoltà di comunicazione – di aver trovato in un cestino nei pressi della baracca dove abitava, delle compresse di un farmaco indefinito e di averne assunte sette pastiglie la sera precedente, perché voleva abortire.

Dichiarava, in un secondo momento, allo psichiatra – essendo stata attivata nei suoi confronti una procedura I.V.G. – che era in Italia da soli due mesi e che era costretta a vivere in quelle condizioni, perché priva di mezzi di sostentamento.

Si era accorta di essere incinta nella prima settimana di febbraio e non poteva in alcun modo portare avanti la gravidanza.

---

<sup>60</sup> Pretore di Pescia, 21 novembre 1988, Seck, in *GM* 1990, II, pag. 361.

<sup>61</sup> Trib. Min. Genova, 14 novembre 1994, Saurel, in *FI* 1995, II, pag. 274.

<sup>62</sup> In tal senso, vedi anche Trib. Minori Firenze, 27 settembre 1989, Mahgobi, in *FI* 1990, II, pag. 192, che ha assolto dei minori di origine tunisina dell'ascritto reato, perché la loro ignoranza era dovuta alle loro evidenti condizioni di inferiorità (analfabetismo, scarsa conoscenza della lingua italiana, emarginazione).

<sup>63</sup> Trib. Milano, 12 gennaio 2010, Calderaru, Est. Rizzardi, in *Corriere del Merito* n. 5/2010, pagg. 527 ss.

Una parente le aveva sconsigliato la procedura abortiva in ospedale, perchè le sarebbe costato ben 900 euro.

Proprio per questa ragione, la rumena era ricorsa a modalità illegali.

La donna viene tratta a giudizio per il reato di tentato aborto autoprocurato di cui all'art. 19, co. 2, l. 194/1978, che punisce con la pena della multa fino a 51 euro, la donna che, entro i primi novanta giorni di gravidanza, ne cagiona volontariamente l'interruzione, senza osservare le modalità prescritte dagli artt. 5 o 8 della medesima legge, che riservano la pratica dell'aborto al personale medico competente, previo accertamento di determinate condizioni legittimanti l'intervento<sup>(64)</sup>.

Il Tribunale di Milano, con la sentenza in oggetto, assolve l'imputata, perché il fatto non costituisce reato.

Il giudice di merito ritiene, infatti, che l'imputata abbia agito in una condizione di ignoranza inevitabile in ordine alla normativa che regola le modalità di interruzione volontaria di gravidanza (e dunque alla correlata illiceità penale di modalità difformi dalle prescrizioni della l. 194/1978), e che pertanto il suo comportamento diretto ad abortire con l'utilizzo di pastiglie di Cytotec – al di fuori delle procedure di legge – debba ritenersi inficiato da un errore scusabile sull'illiceità del fatto – rilevante ai sensi dell'art. 5 cod. pen., come modificato dalla sent. n. 364/88 della Corte costituzionale – e dunque carente dell'elemento soggettivo.

Si legge, infatti, che “la condotta, ed in particolare le modalità di realizzazione della stessa, debbano essere collocate (specie per quanto attiene le fasi precedenti al ricovero) in un contesto particolare, che fa emergere dati sintomatici di una condizione di ignoranza e marginalità indicativa di una ignoranza incolpevole della legge penale; tale

---

<sup>64</sup> Per un commento sull'art. 19 l. 194/1978, vedi TARTARA, *Commento all'art. 19*, in DOLCINI-MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, II ed., Milano, 2006, pag. 5295.

condizione viene poi acclarata dallo sviluppo degli eventi, e soprattutto da quanto accaduto il giorno seguente il primo ricovero, ossia a seguito del colloquio con lo psichiatra che attesta dati conformi a tale giudizio e, soprattutto, fa ritenere che solo a seguito di una informazione “qualificata” – ossia ad opera del personale medico e con l’ausilio dell’interprete – l’imputata sia stata posta nella condizione di operare una scelta conforme a norma di legge, precedentemente di impossibile cognizione”.

In un simile caso, pertanto, che contempla l’esistenza di un reato strutturato, o meglio, che prevede una illiceità penale derivante dalla sussistenza formale di obblighi procedurali, è possibile riconoscere la scusante dell’art. 5 cod. pen., perché vi è una incolpevole carenza di socializzazione che impedisce una normale accessibilità – e quindi conoscibilità – della norma penale violata.

### **3.1.2. I criteri oggettivi puri. Quando la norma penale oggettivamente non è conoscibile.**

Altri parametri indicati dalla Corte costituzionale fanno riferimento alle ipotesi di *assoluta oscurità del testo legislativo* e di *disomogeneo atteggiamento della giurisprudenza*.

In relazione a tali criteri la giurisprudenza, sia di merito che di legittimità, in un primo tempo, si è adeguata fedelmente a quelli che sono stati gli standard indicati dalla Consulta.

Laddove lo stato di ignoranza del cittadino derivasse da una mancanza del legislatore, che non fosse stato in grado di rendere riconoscibili o determinati i contenuti dei precetti penali, in capo al singolo non

potrebbe essere ravvisata alcuna violazione dell'obbligo di diligenza nel conoscere e rispettare le leggi penali <sup>(65)</sup>.

La giurisprudenza di legittimità ha avuto modo di precisare in più occasioni che "l'errore di diritto scusabile, in quanto dovuto ad ignoranza 'inevitabile' della legge penale nella sua esatta delimitazione e nel suo preciso significato [...], è configurabile solo in presenza di una oggettiva e insuperabile oscurità della norma e del complesso di norme da cui deriva il precetto penalmente sanzionato" <sup>(66)</sup>.

Tale criterio opera anche "nei confronti di quei soggetti dotati di particolari conoscenze giuridiche o dediti ad attività professionali o mestieri, che presuppongono tali condizioni, qualora la normativa, attinente alla specifica disciplina, oggetto di regolamentazione, presenti rilevanti ed oggettivi connotati di equivocità, che rendano ragionevolmente oscuro il precetto, contenente il divieto d'agire ovvero l'ordine di operare. In tal caso non può essere mosso alcun addebito di rimproverabilità all'agente, qualunque sia il suo grado di 'socializzazione'" <sup>(67)</sup>.

Vi è in dottrina chi ritiene sarcasticamente che in realtà è la stessa nozione di "ignoranza inevitabile" ad essere contraddistinta da una scarsa determinatezza e a dare adito ad una numerosa serie di contrasti giurisprudenziali <sup>(68)</sup>.

Ma veniamo ai casi, in cui i giudici italiani hanno ritenuto che la norma non potesse oggettivamente essere conosciuta dall'agente.

---

<sup>65</sup> Pretura Milano, 29 marzo 1988, Bertacin, in *FI* 1989, II, pag. 291,

<sup>66</sup> Cass. pen., sez. I, 14 ottobre 1992, Zentile, in *GI* 1993, II, pag. 580.

<sup>67</sup> Cass. pen., sez. III, 23 aprile 1996, Gatto, in *CP* 1997, pag. 1725, con nota di ROSA.

<sup>68</sup> CADOPPI, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di "ignorantia legis"*, cit., pag. 421, mette in luce che "la Corte costituzionale ha dunque restaurato, con un atteso e opportuno intervento, il principio di colpevolezza; ma non avrà paradossalmente – ciò facendo – creato una norma a sua volta incostituzionale per difetto di tassatività?" e si richiama a quanto scriveva sul punto BRICOLA, in *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965, I, 320, nota 201, ossia che "contrasterebbe con il vincolo di legalità in tema di limiti scriminanti a carattere soggettivo una regolamentazione dell'errore di diritto che conferisce al giudice il potere (discrezionale) di escludere la pena, nel caso di errore non addebitabile a colpa. Una causa soggettiva di esclusione dell'illecito così strutturata sarebbe certamente incostituzionale".

Una prima ipotesi attiene all'esercizio dell'attività di intermediazione nello smaltimento di rifiuti tossici senza la prescritta autorizzazione regionale.

La Corte di merito ha riscontrato la particolare oscurità ed equivocità della disposizione incriminatrice ed ha concluso per l'inevitabilità dell'errore in capo all'agente, senza che a suo carico dovesse rilevare la sua specifica qualifica personale <sup>(69)</sup>.

Un altro caso concerneva, invece, il reato di cui all'art. 3, comma 8, della l. 28 febbraio 1990 n. 39, che puniva chiunque ritentasse di passare la frontiera attraverso un regolare valico di confine insieme ad uno straniero che sa essere in possesso di un valido permesso di soggiorno, al momento non disponibile.

La Corte d'Appello di Milano assolveva l'imputato, perché riteneva insussistente il requisito del dolo.

Evidenziava, in particolar modo, la straordinaria difficoltà di individuazione del precetto penalmente sanzionato, che si basava su una serie di incerti richiami a fonti sublegislative e risultava "sfuggente ed inafferrabile" <sup>(70)</sup>.

Numerosi sono poi i casi in cui i giudici hanno riconosciuto l'impossibilità di conoscere il precetto penale a causa di contrasti giurisprudenziali <sup>(71)</sup> o di comportamenti mutevoli di organi amministrativi <sup>(72)</sup>.

Un commerciante, ritenendola una condotta lecita (laddove eseguita con determinate prescrizioni), metteva in vendita delle videocassette a contenuto

---

<sup>69</sup> Pretore Milano, 29 marzo 1988, Bertacin, cit., pag. 291.

<sup>70</sup> MAZZOLA-MUCCIARELLI, *L'art. 5 del codice penale: problemi applicativi*, Nota a App., sez. I, Milano, 8 marzo 1999, ne *Il Foro Ambrosiano* 1999, fasc. 3, pag. 378.

<sup>71</sup> Sullo specifico profilo della presenza di pronunce giurisprudenziali contrastanti, vedi Cass. pen., 28 gennaio 1991, in *CP* 1992, pag. 1808; Cass. pen., 4 marzo 1992, in *CP* 1993, pag. 1721, con nota di UCCELLA, *L'ignoranza inevitabile in diritto penale: note minime sulle prime applicazioni della Corte di Cassazione*.

<sup>72</sup> Conforme in proposito Pretore Frosinone, 17 febbraio 1994, in *GP* 1995, pag. 598, ove si legge che "è configurabile l'ignoranza scusabile della legge penale [...] laddove l'agente si sia determinato a tenere la condotta vietata, nell'erronea credenza della sua legittimità, a cagione di comportamenti contraddittori della pubblica amministrazione ovvero di orientamenti giurisprudenziali non conformi".

osceno in un locale separato dal proprio abituale negozio e vi apponeva la menzione “destinato ad un pubblico di soli adulti”.

Veniva tratto a giudizio per il reato di pubblicazioni e spettacoli osceni di cui all’art. 528 cod. pen.

In tale caso è stato riconosciuto inevitabile l’errore sulla legge penale <sup>(73)</sup>.

Il giudice ha riconosciuto l’efficacia scusante in ragione del fatto che esistevano numerosi contrasti giurisprudenziali sulla nozione di “comune sentimento del pudore”, che risente inevitabilmente del fluire della stessa morale sociale sul tema <sup>(74)</sup>.

Il giudice di merito, trovatosi a decidere la questione, riconosceva che non era possibile omettere di considerare che il caos interpretativo che caratterizzava la giurisprudenza sul tema, aveva determinato una situazione di oggettiva impossibilità di conoscenza della legge penale da parte del singolo consociato, compresi coloro che sono professionalmente inseriti nel settore della commercializzazione di prodotti video <sup>(75)</sup>.

L’efficacia disorientatrice della giurisprudenza si riconosce anche nella seguente ipotesi.

Un gruppo di medici veniva tratto a giudizio per avere eseguito delle analisi di laboratorio, travalicando i limiti delle loro competenze e interferendo nell’attività propria dei biologi e chimici.

Il Tribunale aveva riconosciuto che gli imputati erano muniti di un livello di istruzione superiore, ma nella fattispecie concreta, il carattere disomogeneo della normativa e specialmente i contrasti giurisprudenziali e amministrativi

---

<sup>73</sup> Pretore Reggio Emilia, 26 ottobre 1989, Petrocelli, in *FI* 1991, II, pagg. 416 ss., con nota di CADOPPI, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di “ignorantia legis”*.

<sup>74</sup> Espressione utilizzata da CADOPPI, *Orientamenti giurisprudenziali*, cit., pag. 418.

<sup>75</sup> Pretura di Reggio Emilia, 26 ottobre 1989, Petrocelli, cit., pag. 422.

in materia, avevano ingenerato un errore incolpevole, insuperabile da chiunque <sup>(76)</sup>.

Oppure ancora,

il caso in cui veniva contestato agli imputati lo smaltimento di rifiuti provenienti dalla raccolta differenziata senza la prescritta autorizzazione.

I giudici avevano ritenuto sussistenti, all'epoca dei fatti, tutti gli indici dell'ignoranza scusabile, quali l'incertezza legislativa, la giurisprudenza oscillante, la condotta equivoca del Comune, in ordine alla esatta qualificazione dei materiali trattati come rifiuti, per i quali l'autorizzazione era richiesta <sup>(77)</sup>.

Tutti questi casi ci suggeriscono una riflessione, che va oltre il mero dato giurisprudenziale.

Riconoscere profili di oscurità ad una norma penale significa, in realtà, tirare in ballo anche i rilievi costituzionali.

Se il dato normativo è totalmente oscuro, non si parla più di errore o ignoranza della legge penale, ma piuttosto di un difetto di tassatività della fattispecie <sup>(78)</sup>, a cui deve necessariamente porre rimedio il legislatore.

### **3.1.3. I criteri oggettivi "misti". Buona fede e "rassicurazioni" della P.A.**

Molto variegata risulta, invece, la posizione della giurisprudenza in ordine all'applicazione dei cd. criteri "oggettivi misti", previsti dalla Corte costituzionale proprio per consentire all'interprete di dare

---

<sup>76</sup> Pretore Putignano, 13 marzo 1989, Laruccia, in *FI* 1989, II, pag. 680.

<sup>77</sup> Trib. Milano, 17 giugno 2000, in *Fambr* 2001, pag. 99, con nota di IANNUCELLI.

<sup>78</sup> In tal senso, vedi MAZZOLA-MUCCIARELLI, *L'art. 5 del codice penale: problemi applicativi*, cit., pag. 378.

ingresso contemporaneamente, nel singolo caso concreto, sia alle circostanze oggettive, che a quelle soggettive, che hanno visto sorgere la deliberazione criminosa dell'agente.

Una sorta di criterio di compromesso, che consente di personalizzare, entro determinati limiti, il giudizio di colpevolezza, perché, da un canto, mitiga gli effetti di una esasperata spersonalizzazione e, dall'altro, scongiura l'allentamento dell'efficacia penale, se l'esatta conoscenza della stessa dovesse essere rimessa alla sola buona volontà del singolo <sup>(79)</sup>.

Il *Leitmotiv* del criterio oggettivo misto è sicuramente rappresentato dall'affidamento che ripone il reo nelle indicazioni erronee o fuorvianti ricevute dalle diverse e qualificate fonti di informazione da lui consultate, che lo hanno dunque indotto, *in buona fede*, a ritenere lecita la propria azione.

L'agente viene, quindi, a trovarsi "in difetto" rispetto alla norma penale, per un fatto non proprio.

Possiamo affermare, a ben guardare, che tale criterio è l'erede di quella applicazione giurisprudenziale che si era formata intorno alla nozione di "buona fede" e che aveva rappresentato - durante la vigenza del severo principio dell'*ignorantia legis non excusat* - un importante temperamento allo stesso <sup>(80)</sup>.

Da una capillare disamina della giurisprudenza successiva al 1988, possiamo notare innanzitutto che un ruolo centrale viene rivestito dalle rassicurazioni e dai pareri della P.A., conseguiti a seguito di una richiesta informativa.

Di fronte a tale situazione, la giurisprudenza si è atteggiata in maniera diametralmente contraddittoria.

---

<sup>79</sup> LOSAPIO, *Commento all'art. 5 cod. pen.*, in LATTANZI-LUPO, *Codice Penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, vol. I, *La legge penale e le pene*, Libro I, Artt. 1-38, Milano, 2000, pag. 155.

<sup>80</sup> Vedi Parte I, Cap. I, 4.

Sicuramente più condivisa è l'efficacia scusante dell'affidamento dato dall'agente ad un provvedimento autorizzativo illegittimo emanato dalla P.A.

Se quest'ultima autorizza formalmente, con un atto recettizio, diretto al singolo agente, a tenere una determinata condotta, la giurisprudenza è stata univoca nel ritenere che l'errore sia da considerarsi come inevitabile.

A tale situazione fanno solamente eccezione i casi in cui l'autorizzazione o il parere fornito dalla P.A. siano indebiti o diano modo a chi li abbia ottenuti di dubitare della loro legittimità.

A tal proposito, "non possono assumere rilevanza le dichiarazioni del tecnico di un piccolo comune, dotato di modesta preparazione professionale, qualora le stesse siano in contrasto con un consolidato orientamento giurisprudenziale, non trovino uniforme applicazione nella stessa provincia o regione ovvero siano macroscopicamente illegittime" (<sup>81</sup>).

L'inevitabilità può essere altresì riconosciuta nel caso in cui vi sia una costante attività di assicurazione ad opera della P.A. competente a rilasciare il provvedimento richiesto.

Nei prospettati casi, l'elemento soggettivo del reato è escluso dalla buona fede dell'agente circa la liceità del suo comportamento, determinata non dalla mera conoscenza della legge, bensì da un fattore positivo esterno che lo abbia indotto in errore incolpevole.

Tale fattore positivo esterno può assumere le più svariate forme.

Un soggetto richiede presso numerosi uffici pubblici le necessarie informazioni circa la sussistenza del titolo abitativo e la compatibilità dell'immobile con gli strumenti urbanistici vigenti.

---

<sup>81</sup> Cass. pen., sez. III, 5 dicembre 1996, Ornati, cit.

Questi lo rassicurano sulla legittimità della costruzione, che egli aveva realizzato <sup>(82)</sup>.

Un soggetto, dopo aver presentato la sola D.I.A., così come pareva riconoscere la normativa regionale e come gli era stato confermato da un parere di un esperto professionista, eseguiva - vista anche la successiva autorizzazione in sanatoria - opere di ristrutturazione interne e veniva, successivamente condannato per il reato di costruzione abusiva ai sensi dell'art. 20 della l. n. 47/1985.

La Cassazione riconosceva sussistente un errore scusabile sulla legge penale, perché il soggetto, in buona fede, era stato indotto da vari provvedimenti del proprio Comune di appartenenza, a ritenere applicabile la normativa urbanistica regionale <sup>(83)</sup>.

Il titolare di un esercizio pubblico decideva di far installare e di tenere nel proprio locale degli apparecchi per il videopoker.

Veniva tratto a giudizio per i reati di cui agli artt. 110 T.u.l.p.s. e costituenti 718 cod. pen., trattandosi a tutti gli effetti di giochi d'azzardo.

Il giudice di legittimità aveva sancito in proposito che "deve ritenersi non punibile l'attività di installazione e successiva tenuta, in un esercizio pubblico, di apparecchi elettronici del tipo "videopoker" - da ritenersi di genere vietato - nei casi in cui tale attività sia stata realizzata in buona fede per ignoranza della legge penale, da ritenersi scusabile perché indotta da comportamenti di terzi, cioè dal comportamento apparentemente ineccepibile della ditta produttrice degli apparecchi in questione, che a comprova della liceità del gioco, consegnava ai terzi rivenditori una autocertificazione ritualmente notificata al ministero competente senza che quest'ultimo nulla opponesse in merito, il tutto nell'ambito di una materia sicuramente ostica anche per i giuristi, atteso il notevole numero di modifiche legislative anche recenti, sulla

---

<sup>82</sup> Cass. pen., 22 ottobre 2009, n. 48925, V.C.

<sup>83</sup> Cass. pen., sez. III, 20 maggio 2002, n. 642, in *Studium iuris* 2003, fasc. 2, pagg. 253-254, con nota di BELLI, *Ignoranza scusabile delle legge penale*.

differenza tra apparecchi per il gioco d'azzardo e quelli di intrattenimento e abilità" (<sup>84</sup>).

In tutti questi casi la buona fede in cui incorre l'agente acquista rilevanza giuridica solamente perché si è tradotta – a causa di un elemento positivo estraneo all'agente – in uno stato soggettivo che esclude anche la colpa dello stesso.

Pertanto, è scusabile l'errore, nel momento in cui l'agente abbia tratto il convincimento di liceità da un fatto positivo proveniente dall'autorità, qualsiasi forma esso possenga (<sup>85</sup>).

#### **4. Prime riflessioni in prospettiva critica e *de iure condendo*.**

Dopo aver ricostruito il panorama giurisprudenziale italiano relativo all'applicazione dell'art. 5 cod. pen., siamo chiamati a tirare le somme di quanto fino ad ora "scoperto".

In realtà, queste saranno solo delle brevi considerazioni, fatte nell'immediatezza dell'indagine, perché le conclusioni definitive le riserveremo ad un momento successivo, ossia quando saremo in grado di dare delle coordinate in chiave comparata più precise.

---

<sup>84</sup> Trib. S. Maria Capua Vetere, 19 settembre 2003, Onorato-Russo, in *GM* 2003, pag. 2521.

<sup>85</sup> E' stato ritenuto scusabile anche l'errore determinato da un comportamento della Pubblica Amministrazione che, interpellata sulla richiesta di autorizzazione relativa ad un'attività di smaltimento dei rifiuti, ne aveva ripetutamente escluso la necessità: Cass. pen., 4 novembre 2009, n. 49910, F. Analogamente, è configurabile uno stato di buona fede avente efficacia scusante, relativamente all'errore dell'agente determinato dall'affidamento, ingeneratosi nel pubblico, circa la rispondenza alla legge delle scommesse raccolte da un'agenzia di recente apertura, la cui attività sia stata oggetto di una preventiva formale comunicazione, da parte del titolare, alla competente autorità di pubblica sicurezza, senza che fosse intervenuto alcun provvedimento ostativo, e la cui attività sia pure stata ampiamente pubblicizzata dalla stampa locale e da alcuni settimanali a diffusione nazionale: Tribunale Isernia, 9 marzo 1999, Friello, in *GM* 1999, pag. 1030, con nota di CAMILLETI, *Sulla buona fede nella partecipazione ad attività di giuoco o scommessa abusivamente esercitata*.

Da un primo bilancio possiamo certamente affermare che il risultato non è poi così soddisfacente.

La sentenza n. 364 del 1988 della Corte costituzionale, che tutti avevano acclamato come una pronuncia innovativa e dagli effetti dirompenti, non ha però condotto - a parere di chi scrive - agli esiti sperati, perché, pur avendo restaurato il principio di colpevolezza, non è riuscita a dare agli interpreti le giuste coordinate per proseguire il cammino verso l'adeguamento a tale sommo principio.

Molte sentenze, sia di merito, che di legittimità, riconoscono in via astratta l'efficacia scusante dell'*ignorantia legis*, ma, mostrando una scarsa sensibilità verso il tema della conoscibilità delle norme penali, esitano ad applicarla nei singoli casi concreti, perché non ne individuano i presupposti applicativi o perché sono guidati da preoccupazioni di ordine politico-criminale.

Questo atteggiamento di chiusura comporta una ricezione solo apparente dei canoni propri del principio di colpevolezza, che invece presupporrebbero un adeguato e necessario spazio per tutte quelle esigenze di garanzia, che richiedono l'esclusione della responsabilità per fatti incolpevoli.

**PARTE II**

**PROFILI COMPARATI. L'ERRORE SUL**

**PRECETTO NELL'ORDINAMENTO PENALE**

**TEDESCO**

**CAPITOLO I**  
**VERBOTSIRRTUM:**  
**L'ELABORAZIONE DOTTRINALE ED IL**  
**DEFINITIVO CONSACRAMENTO DELLA**  
**SCHULDTHEORIE**

**SOMMARIO:** 1. Uno sguardo oltralpe. Premesse dell'indagine. - 2. L'antecedente storico e dogmatico: il § 59 del Codice penale del 1871. Le origini del dibattito. - 3. L'errore sul divieto (*Verbotsirrtum*) tra teoria del dolo (*Vorsatztheorie*) e teoria della colpevolezza (*Schuldtheorie*). - 3.1. La teoria del dolo (*Vorsatztheorie*): non c'è dolo senza coscienza dell'illiceità. - 3.2. La teoria della colpevolezza: la coscienza dell'antigiuridicità come elemento autonomo della colpevolezza. - 4. La sentenza del *Bundesgerichtshof* del 18 marzo 1952: il definitivo consacramento della *Schuldtheorie*.

**1. Uno sguardo oltralpe. Premesse dell'indagine <sup>(1)</sup>.**

La nostra indagine assumerà, a questo punto della trattazione, una veste comparatistica e volgerà lo sguardo verso l'ordinamento penale tedesco, che è stato il primo in assoluto - attraverso la formulazione, nel 1975, del § 17 - a riconoscere in Europa la necessità di un'indagine sulla causa dell'errore sull'illiceità penale, diventando un modello per tutti gli altri ordinamenti europei ed extraeuropei.

Tale disposizione, rubricata "Errore sul precetto" ("*Verbotsirrtum*"), prevede che "*quando all'agente nella commissione di un fatto, manca la coscienza di agire illecitamente, non si ha colpevolezza, se egli non poteva*

---

<sup>1</sup> Per la traduzione delle disposizioni del codice penale tedesco citate in questo capitolo, vedasi, VINCIGUERRA (a cura di), *Il codice penale tedesco*, II ed. aggiornata al 1. gennaio 2003, in *Casi, fonti e studi per il diritto penale, Serie II, Le fonti*, volume XXI, Padova, 2003.

*evitare tale errore. Se l'agente poteva evitare l'errore, la pena potrà essere diminuita secondo quanto disposto dal § 49, primo comma" (2).*

Inizieremo il nostro percorso con un breve *excursus* per comprendere le origini storiche e sistematiche della disciplina in materia di errore sul precetto.

Tale dissertazione ci offrirà lo spunto, da un canto, per analizzare il § 59 del codice penale previgente e, dall'altro, di passare in rassegna i due orientamenti dottrinali che si sono contesi negli anni la tematica dell'errore: la teoria del dolo (*Vorsatztheorie*) e la teoria della colpevolezza (*Schuldtheorie*).

Noteremo che anche nell'ordinamento tedesco la svolta storica è attribuita ad una pronuncia, questa volta però di una giudice di legittimità, ossia la Suprema Corte Federale (*Bundesgerichtshof*), che nel 1952, a sezioni unite, accolse la teoria della colpevolezza e gettò le basi per importanti affermazioni di diritto in tema di errore sul precetto, che dopo qualche anno sarebbero state recepite e positivizzate dal legislatore.

Al termine di tali necessarie ricostruzioni dogmatiche, nel secondo capitolo di tale sezione, ci soffermeremo sul § 17 StGB (*Strafgesetzbuch*), per analizzarne la struttura, le varie forme di manifestazione individuate dalla dottrina e le conseguenze giuridiche connesse al giudizio di evitabilità/inevitabilità dell'ignoranza della legge penale.

Seguendo lo stesso *iter* logico utilizzato per l'ordinamento penale italiano, passeremo in rassegna le più rilevanti applicazioni giurisprudenziali, per verificare l'effettività della disciplina dell'errore sul precetto e per offrire qualche spunto di riflessione in chiave comparatistica e *de iure condendo*.

---

<sup>2</sup> Il testo tedesco recita che "(1) *Fehlt dem Täter bei Begehung der Tat die Einsicht, Unrecht zu Tun, so handelt er ohne Schuld, wenn er diesen Irrtum nicht vermeiden konnte.*

(2) *Konnte der Täter den Irrtum vermeiden, so kann die Strafe nach § 49 Abs. 1 gemildert werden*".

Vedi, per tutti, KOHLRAUSCH, *Deutsches Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 2. Auflage, (besorgt von LANGE), Berlin, 1949, pag. 59.

## 2. L'antecedente storico e dogmatico: il § 59 del Codice penale del 1871. Le origini del dibattito.

Il § 17 dell'attuale codice penale tedesco affonda le proprie radici storiche nel codice penale del 1871, che però non conteneva una disciplina espressa in tema di ignoranza o errore sul precetto penale.

L'unica norma che contemplava la tematica dell'errore, genericamente intesa, era il § 59<sup>(3)</sup> (4), rubricato appunto "Errore" (*Irrtum*).

Tale norma disponeva che *"qualora taluno, perpetrando un'azione punibile, non conoscesse l'esistenza di circostanze di fatto pertinenti alla fattispecie legale o che aumentino la punibilità, queste circostanze non possono essergli imputate. Nel punire azioni commesse colposamente, questa disposizione ha valore solo in quanto la stessa ignoranza non sia prodotta da negligenza"* (5).

Il § 59 - analogamente al nostro art. 47, primo comma cod. pen. (6) - riguardava solamente l'esclusione della punibilità a titolo di dolo in caso di errore sulle circostanze del fatto e non faceva, invece, alcun cenno alla coscienza dell'antigiuridicità, che non veniva dunque concepita come un presupposto necessario per il rimprovero di colpevolezza.

---

<sup>3</sup> Il § 59, a sua volta, discende dal § 44 del Codice Prussiano del 1851. Per una ricostruzione storica, vedi GOLDAMMER, *Die Materialien zum Straf-Gesetzbuche für die Preussischen Staaten*, Teil I, 1851, pagg. 380 ss.

<sup>4</sup> FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich*, IV ed., Leipzig, 1903, pagg. 99 ss.; ID., *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, (herausgegeben und erläutert von), 16. vielfach umgearbeitete Auflage, 1925, Tübingen, pagg. 167-183; PFEIFFER-MAUL-SCHULTE *Strafgesetzbuch, Kommentar an Hand der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes*, Essen, 1969, pagg. 221 ss.

Per una trattazione del § 59 in ottica comparatistica, vedi TORRE, *Errore sul precetto e Verbotsirrtum: un'uguale disciplina? (Analisi dell'errore sul divieto nel codice penale tedesco)*, in *Indice Penale* 1996, fasc. 1, pagg. 188-191; JESCHECK, *L'errore di diritto nel diritto penale tedesco e italiano*, in *Indice Penale* 1988, pag. 188.

<sup>5</sup> La versione tedesca recita: "(1) Wenn jemand bei Begehung einer strafbaren Handlung das Vorhandensein von Tatumständen nicht kannte, welche zum gesetzlichen Tatbestand gehören oder die Strafbarkeit erhöhen, so sind ihm diese Umstände nicht zuzurechnen.

(2) Bei der Bestrafung fahrlässig begangener Handlungen gilt diese Bestimmung nur insoweit, als die Unkenntnis selbst nicht durch Fahrlässigkeit verschuldet ist".

<sup>6</sup> "L'errore sul fatto che costituisce il reato esclude la punibilità dell'agente. Nondimeno, se si tratta di errore determinato da colpa, la punibilità non è esclusa, quando il fatto è preveduto dalla legge come delitto colposo".

Tale disposizione si faceva quindi portavoce di una concezione “puramente psicologica” del dolo, che si basava su un fondamento morale, piuttosto che normativo.

Applicando il § 59, una condotta dolosa diventava punibile solamente nel caso in cui l’agente avesse conosciuto tutte le circostanze della fattispecie legale da lui posta in essere.

Tale dolo sul fatto (*Tatbestandvorsatz*) era viceversa escluso, nel caso in cui l’agente fosse versato in errore, anche su un solo elemento del fatto, e tale errore non fosse stato generato da negligenza.

Nessun cenno esplicito veniva fatto, invece, all’errore di diritto, ritenuto dal legislatore dell’epoca, una disciplina inutile e superflua, in quanto già di per sé ovvia (<sup>7</sup>), perché fondamento morale e sociale della vita della comunità.

Come spesso accade, nel silenzio della legge, la dottrina tedesca ha iniziato a porsi degli interrogativi sulla portata dell’inciso “circostanze di fatto”, o meglio, a chiedersi se in tale espressione potessero in qualche modo essere ricomprese anche le disposizioni giuridiche (*Rechtssätze*) (<sup>8</sup>).

In un primo momento, essa fece propria la granitica tradizione romanistica (<sup>9</sup>), che distingueva tra *error facti* ed *error iuris*, considerando il primo un mancato riconoscimento delle circostanze di fatto, il secondo un’errata percezione di termini giuridici.

L’errore sul fatto escludeva, ai sensi del § 59, sempre il dolo, mentre l’errore di diritto doveva essere considerato irrilevante (<sup>10</sup>).

---

<sup>7</sup> Vedi, a tal proposito, GOLTDAMMER, *Die Materialien*, cit., pagg. 377 ss.; BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, vol. III, Leipzig, 1918, pag. 263, nota n. 8.

<sup>8</sup> Sulla nozione di “*Tatumstände*” vedi diffusamente, FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, cit., pagg. 169-171.

<sup>9</sup> ENGELMANN, *Irrtum und Schuld nach der italienischen Lehre und Praxis des Mittelalters. Ein Lehrgeschichtlicher Nachweis und Beitrag zur Klärung der strafrechtlichen Zurechnungslehre*, Berlin, 1922, pagg. 175 ss.

<sup>10</sup> Estremamente critico sul punto, BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, Leipzig, 1916, pag. 681, che disattendeva tale distinzione e riteneva rilevante la distinzione tra ‘errore scusabile’ ed ‘errore inescusabile’.

Ben presto la prassi del Supremo Tribunale Imperiale (il *Reichsgericht*), che iniziò la propria attività nel 1879, si trovò però costretto, per ragioni applicative, a distinguere tra 'errore sul diritto penale' ed 'errore sul diritto extrapenale', ricalcando in buona sostanza il rapporto che sussiste nel nostro ordinamento tra l'art. 5 e l'art. 47, terzo comma, cod. pen.<sup>(11)</sup>.

La distinzione romanistica era diventata insostenibile sia sotto il profilo dei presupposti, che sotto il profilo delle conseguenze.

Le circostanze di fatto (*Tatumstände*), previste dal § 59, non potevano, infatti, più prescindere dall'intero fatto di reato (*Gesamttat*) e la loro portata applicativa doveva necessariamente essere ampliata e non contenere solamente le circostanze del fatto, ma anche tutti quei termini relativi a rapporti e diritti che affondavano le proprie radici in settori del diritto diversi da quello strettamente penale.

Alla luce di tale esegesi, l'errore sulle norme penali doveva essere sempre considerato irrilevante, mentre l'errore sulle norme extrapenali doveva escludere, al pari dell'errore sul fatto (ed in via del tutto eccezionale) il dolo, secondo quanto disposto dal § 59<sup>(12)</sup>.

Questa evoluzione derivava dalla considerazione che non si poteva, infatti, pretendere una conoscenza del diritto così ampia da parte del comune cittadino.

Sulla scia di tale estensione interpretativa, venivano valutati a favore dell'agente (un proprietario terriero, nel primo caso, e due agricoltori, nel secondo), l'errore sulla circostanza che il pignoramento del fondo si estendesse anche alle pertinenze<sup>(13)</sup> o l'errore sul fatto che il tasso fosse ricompreso tra gli animali soggetti al divieto di caccia<sup>(14)</sup>.

---

<sup>11</sup> L'art. 47, terzo co., cod. pen. dispone, infatti, che "l'errore su una legge diversa dalla legge penale esclude la punibilità, quando ha cagionato un errore sul fatto che costituisce il reato".

<sup>12</sup> Ricostruisce la problematica distinzione, ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4. vollständig neu bearbeitete Auflage, München, 2006, § 21, Rdn. 5.

<sup>13</sup> RGSt 1, pagg. 368/370.

<sup>14</sup> RGSt 10, pagg. 234/236.

Oppure ancora, era stata esclusa la punibilità nel caso di distruzione di un documento pubblico, regolato dall'allora vigente § 133, perché l'agente aveva erroneamente creduto che il pubblico ufficiale non fosse competente per il rilascio di detto atto <sup>(15)</sup>.

Non mancavano poi numerose assoluzioni di liberi professionisti, che avevano errato sulla portata ed estensione delle norme deontologiche <sup>(16)</sup> <sup>(17)</sup>.

Nonostante questa "estensione" del § 59 all'errore sulle disposizioni extrapenali <sup>(18)</sup>, rimaneva, però, ancora in sospeso il problema dell'errore sul precetto, ossia l'errore sull'antigiuridicità del fatto di reato realizzato (*das Unrechtsbewusstsein*) <sup>(19)</sup>, in cui l'agente poteva incorrere nonostante una esatta percezione degli elementi descrittivi o normativi della fattispecie legale <sup>(20)</sup>.

Dove si collocava e soprattutto quali conseguenze possedeva una simile coscienza dell'antigiuridicità (*das Unbewusstsein der Rechtswidrigkeit*)? Ai fini della contestazione del dolo era necessaria anche una coscienza piena dell'illiceità della propria condotta?

Ed è proprio su tali interrogativi che è sorto uno dei dibattiti più importanti del panorama dottrinale tedesco.

Abbiamo già avuto modo di anticipare che tali riflessioni in punto di diritto hanno avuto notevoli ripercussioni su numerosi ordinamenti penali europei, compreso quello italiano, perché hanno focalizzato l'attenzione sulla necessità di un'indagine in relazione all'origine dell'errore che incide sull'illiceità penale.

---

<sup>15</sup> RGSt 33, pag. 415.

<sup>16</sup> RGSt 38, pag. 65.

<sup>17</sup> Esempi tratti da TORRE, *Errore sul precetto e Verbotsirrtum*, cit., pag. 189.

<sup>18</sup> Critico sul punto FRANK, *Strafgesetzbuch für das deutsche Reich*, cit., § 59, III, 2: "... es hat keinen sinn, einen Rechtsirrtum über das Selbsthilferecht deshalb als entschuldigend anzusehen, weil die Selbsthilfe im BGB geregelt ist, einen Rechtsirrtum über die Notwehr aber als nicht entschuldigend, weil sie im StGB behandelt wird".

<sup>19</sup> Per una definizione della nozione, vedi HORN, *Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit, Eine systematische Grundlagenanalyse der Schuldtheorie*, Berlin, 1969, pagg. 18 ss.

<sup>20</sup> Sul dibattito, vedi FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, cit., pagg. 172, 173.

Per lungo tempo la storia dogmatica (quella che la dottrina tedesca chiama "*Dogmengeschichte*"<sup>(21)</sup>) dell'errore sul precetto si è destreggiata tra le teorie del dolo e della colpevolezza, che cercavano di dare una collocazione sistematica ed una valenza applicativa alla coscienza dell'antigiuridicità.

Aspetti interpretativi, che alla giurisprudenza dell'epoca erano ancora del tutto sconosciuti.

La prassi giurisprudenziale del Tribunale Imperiale (*Reichsgericht*) e dei Tribunali Superiori dei *Länder* (*Höchstgerichte der Länder*) dichiarava, infatti, di regola l'irrilevanza della buona fede dell'imputato di fronte ad un errore sulla legge penale e negava - di conseguenza - il riconoscimento della coscienza dell'illiceità come requisito del dolo o come generico presupposto per poter muovere un rimprovero di colpevolezza.

### **3. L'errore sul divieto (*Verbotsirrtum*) tra teoria del dolo (*Vorsatztheorie*) e teoria della colpevolezza (*Schuldtheorie*).**

Come anticipato, nei paragrafi che seguono, cercheremo di tracciare le linee essenziali delle due teorie, che hanno caratterizzato il dibattito sul *Verbotsirrtum* nel diritto penale tedesco dalla fine del XIX secolo alla metà degli anni Settanta del secolo scorso: la teoria del dolo e la teoria della colpevolezza.

Analizzeremo le loro essenze ed i loro risvolti pratici-applicativi, al fine di comprendere quale contributo esse abbiano fornito alla disciplina attuale dell'errore sul precetto.

Ci occuperemo prima della '*Vorsatztheorie*', che ha accompagnato incontrastata la vigenza del codice penale del 1871, cercando di

---

<sup>21</sup> NAUCKE, *Staatstheorie und Verbotsirrtum*, in *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Berlin-New York, 2001, pag. 503.

rilevarne 'luci ed ombre', e poi ci soffermeremo sulla '*Schuldtheorie*', che ha preso il definitivo sopravvento grazie ad una pronuncia del *Bundesgerichtshof* nel 1952 ed è stata poi accolta dallo stesso legislatore del 1975.

Ci renderemo conto che si tratta di costruzioni dogmatiche di imprescindibile riferimento per ogni legislatore contemporaneo che intenda trasformare in diritto positivo, alla luce della cd. concezione normativa della colpevolezza, i principi costituzionali in materia penale.

### **3.1. La teoria del dolo (*Vorsatztheorie*): non c'è dolo senza coscienza dell'illiceità.**

La teoria del dolo (*Vorsatztheorie*), considerata la teoria maggioritaria durante la vigenza del codice penale del 1871, si fonda sul presupposto logico che l'antigiuridicità (*Rechtswidrigkeit*) sia un elemento indefettibile del reato <sup>(22)</sup>, e più precisamente una componente indefettibile del dolo.

I seguaci di detta teoria <sup>(23)</sup> <sup>(24)</sup>, interpretando estensivamente il disposto del § 59, ritengono che il dolo non debba paralizzarsi solamente di fronte all'errore sugli elementi del fatto, ma anche dinnanzi all'errore sull'illiceità della condotta.

---

<sup>22</sup> Lo stesso BINDING evidenziava, in tal senso: "*die Rechtswidrigkeit muss bei jederer strafbaren Handlung zu den 'Tatumstände' gezählt werden, die zu ihrem gesetzlichen Tatbestand gehören*", in *Die Normen und ihre Übertretung*, 1918, cit., pag. 309.

<sup>23</sup> Per una ricostruzione dell'evoluzione della *Vorsatztheorie*, vedi TISCHLER, *Verbotsirrtum und Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale. Dogmengeschichte eines Abgrenzungsproblems*, in *Strafrechtliche Abhandlungen*, Neue Folge, Band 54, Berlin, 1984.

In giurisprudenza vedasi ad esempio LG Costanza, DRZ, 1947, pagg. 267 ss., 269, secondo cui "*nach herrschender Rechtslehre zum Vorsatz unerlässlich das Bewusstsein der Rechtswidrihkeit gehört*".

<sup>24</sup> Tra i più importanti sostenitori della teoria del dolo compaiono Autori del calibro di Binding, Beling, Mezger e Schmidhäuser.

Non è, infatti, pensabile che il legislatore abbia voluto conferire rilevanza scusante unicamente all'errore sugli elementi del fatto, non contemplando l'errore per eccellenza, ossia l'errore sull'illiceità del proprio agire.

Ne discende - a detta di tale costruzione dogmatica - che il dolo non abbraccia solamente la conoscenza di tutte le circostanze del fatto (*Tatumstände*), ma debba estendersi necessariamente anche alla coscienza dell'antigiuridicità (*Unrechtsbewusstsein*), intesa come la consapevolezza che la propria condotta violi una regola di civiltà, che è fonte di una norma positiva<sup>(25)</sup>.

Per muovere un rimprovero a titolo di dolo, occorre dunque *anche* la coscienza dell'illiceità<sup>(26)</sup>.

Laddove quest'ultima manchi, troverà applicazione il § 59 StGB: l'agente non sarà punibile per il reato commesso, fatto salvo il rimprovero per colpa, nel caso in cui la condotta abbia violato i parametri di diligenza, prudenza e perizia.

Attraverso tale interpretazione estensiva, i sostenitori più rigorosi della *Vorsatztheorie* arrivano a ritenere superflua ogni distinzione concettuale tra *error facti* ed *error iuris*, perché entrambi, a pari modo, escludono il dolo e sono quindi assoggettabili alla medesima disciplina, ossia il § 59<sup>(27)</sup>.

Per tale corrente estrema (*die strenge oder reine Vorsatztheorie*), la coscienza dell'antigiuridicità sussiste, solamente quando l'agente,

---

<sup>25</sup> BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, cit., 1916, pag. 403.

<sup>26</sup> SCHRÖDER, *Vorsatz und Schuld*, in MDR 50, pagg. 650.: "*Vorsätzliche Schuld ist bewusste Schuld, ist Handeln nicht nur im Bewusstsein der Tatumstände, sondern ihrer normverletzenden Bedeutung*".

<sup>27</sup> TISCHLER, *Verbotsirrtum und Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale*, cit., pagg. 22, 23, in linea sostiene che "*Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum schliessen also gleichermassen den Vorsatz aus, hindern damit den Vorwurf der Vorsatzschuld und die Bestrafung wegen eines Vorsatzdeliktes mit der Folge, dass nicht nur der im Tatbestandsirrtum, sondern auch der im Verbotsirrtum handelnde Täter straffrei ausgeht, wenn die fahrlässige Begehung der von ihm verursachten Rechtsgutverletzung nicht nur unter Strafe gestellt ist. Damit steht der Verbotsirrtum dem Tatbestandsirrtum im Hinblick auf den Ausschluss der Vorsatztheorie völlig gleich, so dass sich eine Abgrenzung beider Irrtumsarten erübrigt*".

durante il compimento dell'azione, sappia perfettamente che la sua condotta è illecita, ossia quando egli abbia una coscienza attuale dell'illiceità (28).

I sostenitori di una teoria del dolo più temperata (*die eingeschränkte Vorsatztheorie*) ritengono, invece, che esista una differenza tra errore sulle circostanze del fatto ed errore sul precetto, che consentirebbe l'ingresso – in via del tutto eccezionale – della coscienza anche soltanto potenziale dell'antigiuridicità, per legittimare una punibilità a titolo di dolo (29).

La coscienza dell'illiceità appartiene sempre al terreno del dolo, ma sarebbe aperta ad una serie di possibili eccezioni.

Quanto allo specifico errore sul precetto, esso non rileva se derivi da un atteggiamento dell'agente non conciliabile con una sana cognizione del diritto e dell'illecito.

In simili ipotesi, sarà sufficiente la semplice possibilità della conoscenza dell'illecito senza che debba essere richiesta l'oggettiva ed effettiva sussistenza della stessa.

Nella prospettata costruzione teorica, teoria del dolo e teoria dell'errore vanno dunque ad intrecciarsi, ma solamente sul piano dogmatico, perché logicamente essi rappresentano, uno l'opposto dell'altro: l'errore è, infatti, come ben sappiamo, la piena negazione del dolo.

---

<sup>28</sup> WELZEL, in *ZStW* 67 (1995), pag. 207; BAUMANN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Ein Lehrbuch*, 8. überarbeitete Auflage, unter Mitwirkung von Ulrich WEBER, Bielefeld-Giesecking, 1977, pag. 443.

<sup>29</sup> MEZGER ritiene, infatti, che "*wenn Ursache für das Fehlen des Unrechtsbewusstseins eine Einstellung des Täters ist, die mit einer 'gesunden Auffassung von Recht und Unrecht unvereinbar' ist, dann soll dieser Rechtsfeind so behandelt werden*".

### **3.2. La teoria della colpevolezza: la coscienza dell'antigiuridicità come elemento autonomo della colpevolezza.**

La teoria del dolo, pur essendo stata per molto tempo la costruzione dogmatica dominante in tema di errore sul precetto, inizia ben presto a mostrare le proprie "zone d'ombra" e ad essere soggetta a serrate critiche.

Essa si limita, infatti, a conferire una valenza giuridico-penale alla nozione del dolo, che pecca per eccessivo garantismo e può portare, secondo le correnti più rigorose, ad un ingiustificato - ed assurdo - rifiuto della punibilità dolosa.

Una delle prime voci "fuori dal coro", che evidenziò tali fragilità dogmatiche, fu quella di Franz Von Liszt, che riteneva che fosse "fuori dubbio che l'idea di dolo non comprenda la coscienza dell'illiceità. Tantomeno si può pretendere, oltre al dolo, la coscienza dell'illiceità quale requisito da esso indipendente e che ad esso si aggiunge. Una tale esigenza paralizzerebbe l'amministrazione della giustizia, imponendo il peso di provare la conoscenza da parte dell'agente del precetto violato. Ciò è tanto più inammissibile in quanto non incontra alcun appoggio nella legge ed è, per di più, in formale opposizione all'opinione comune di tutti i tempi" <sup>(30)</sup>.

Se nella teoria del dolo, la coscienza dell'antigiuridicità è il principale elemento costitutivo del dolo, nella teoria della colpevolezza tale assetto si rompe, per dare spazio ad una nuova collocazione dogmatica.

Il requisito dell'*Unrechtsbewusstsein* diventa elemento autonomo della colpevolezza (*ein selbständiges Schuldement*) e diventa, allo stesso tempo, sinonimo di rimproverabilità, perchè si basa sulla libera capacità dell'agente di autodeterminarsi e di indirizzare la proprie azioni, anche verso scenari illeciti.

---

<sup>30</sup> VON LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrecht*, XXIII ed., Leipzig, 1921, pag. 183.

La mancanza della coscienza dell'illiceità esclude la rimproverabilità, ma non anche la sussistenza della configurazione dolosa.

La teoria della colpevolezza <sup>(31)</sup> non si discosta dalla teoria del dolo nel caso di totale assenza della coscienza dell'antigiuridicità.

In tale ipotesi, infatti, entrambe le teorie fondano parimenti un agire colpevole.

Lo scontro teorico e dogmatico avviene, invece, sul terreno dell'errore evitabile <sup>(32)</sup>.

Secondo la teoria della colpevolezza, infatti, l'errore sulla norma incriminatrice non è negazione del dolo, ma della colpevolezza, se inevitabile.

Per comprendere il tenore di tale assunto, dovremo analizzare lo specifico profilo della rimproverabilità, in relazione a tre distinte situazioni <sup>(33)</sup>.

Ci renderemo conto che tale schema esemplificativo ricalcherà perfettamente l'assetto seguito, in un secondo momento, dal legislatore tedesco.

Nella prima ipotesi l'agente conosce perfettamente l'antigiuridicità della propria azione o può conoscerla nell'immediatezza del fatto e può, di conseguenza, determinarsi agevolmente in senso contrario, ossia nella direzione lecita.

---

<sup>31</sup> Sulla 'Schuldtheorie', vedi MEZGER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, cit., pag. 182; TISCHLER, *Verbotsirrtum und Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale*, cit., pagg. 24, 108 ss. Nella dottrina italiana, vedasi DONINI, *Il delitto contravvenzionale*, Milano, 1993, pagg. 76 ss.

In giurisprudenza vedi OLG Oldenburg, in *SJZ* 50, pag. 834, che evidenziava a più riprese la necessità di una conoscenza – anche potenziale – dell'illiceità, che non rappresentava un elemento costitutivo del dolo, ma un autonomo, indipendente fattore della colpevolezza.

<sup>32</sup> MEZGER, in proposito, sottolineava come "diese Einordnung des Unrechtbewusstseins begründet keinen Unterschied zu den Vorsatztheorien, soweit es sich um die Fälle aktuell vorhandenen und unvorwerfbar fehlenden Unrechtbewusstseins handelt: aktuelles Unrechtbewusstsein begründet nach beiden Theorien voll schuldhaftes Handeln, während fehlende Schuld in bezug auf den Mangel des Unrechtbewusstseins die Schuld entfallen lässt, nach der Vorsatztheorie, weil es am Schuldelement des Vorsatzes, nach der Schuldtheorie, weil das selbständige Schuldelement "Unrechtbewusstsein" fehlt".

<sup>33</sup> MERKEL, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Stuttgart, 1889, pagg. 67 ss.

Egli, potendo distinguere tra lecito ed illecito, sceglie di agire illecitamente.

In questo primo caso, il grado di rimproverabilità è ovviamente massimo.

La seconda ipotesi concerne, invece, il caso in cui l'agente non abbia una coscienza diretta ed attuale dell'antigiuridicità, ma attraverso uno sforzo conoscitivo (*Gewissensanspannung*) avrebbe potuto raggiungerla. Ovviamente in tale seconda ipotesi la rimproverabilità dovrà esser più attenuata rispetto al caso precedente.

Infine, da ultimo, il caso in cui l'agente non disponga in alcun modo degli strumenti per conoscere l'antigiuridicità del proprio agire.

Egli verserà pertanto in un errore/ignoranza sul divieto inevitabile, che postula la non punibilità per evidente mancanza di colpevolezza <sup>(34)</sup>.

Da tali riflessioni logico-giuridiche, i sostenitori della *Schuldtheorie* giungevano alla logica deduzione - in netta contrapposizione con quanto, invece, affermato dalla *Vorsatztheorie* - che l'errore sugli elementi della fattispecie e l'errore sul divieto non potevano in alcun modo essere posti sullo stesso piano.

Il primo, infatti, incide su un elemento oggettivo del fatto ed esclude il dolo, ma non anche il rimprovero per colpa, laddove il fatto sia previsto dall'ordinamento anche come fattispecie colposa.

Il secondo, invece, va ad incidere sull'antigiuridicità della condotta ed esclude il rimprovero solamente nel caso in cui l'errore sia inevitabile.

Se si tratterà di un errore o un'ignoranza evitabile, si ritiene che la pena dovrà necessariamente essere diminuita <sup>(35)</sup>.

---

<sup>34</sup> WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, X ed., Berlino, 1967, pagg. 158 ss.

<sup>35</sup> MEZGER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, cit., pag. 185: "Bei der Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum gilt der an sich klare Grundsatz, dass Tatbestandsirrtum immer dann vorliegt, wenn er einzelne Tatumstände des gesetzlichen Tatbestandes betrifft, mögen diese tatsächlicher oder rechtlicher, deskriptiver oder normativer Natur sein, dass dagegen ein Verbotsirrtum nur dann vorliegt, wenn der Täter über die Rechtswidrigkeit des (mit Tatbestandsvorsatz verwirklichten) gesamtatbestandsmässigen Verhaltens irrt. Diese

L'intento perseguito dalla teoria della colpevolezza è dunque quello di riuscire a punire chi versa in un errore sul divieto, anche allorquando non venga contemplata dal legislatore la corrispondente fattispecie colposa della condotta da lui posta in essere.

E vedremo, nel prosieguo del presente lavoro, che sarà proprio tale costruzione teorica a rappresentare la chiave di volta in tema di dogmatica dell'errore.

Essa, infatti, verrà recepita e consacrata come la teoria dominante in tema di *Verbotsirrtum* dalla storica sentenza del *Bundesgerichtshof*, prima, e diventerà, poi, l'essenza del § 17 StGB del 1975, consentendo a tale norma un pieno allineamento al principio del *nullum crimen sine culpa*.

#### **4. La sentenza del *Bundesgerichtshof* del 18 marzo 1952: il definitivo consacramento della *Schuldtheorie*.**

Anche il diritto penale tedesco conosce, nella dogmatica dell'errore, una sentenza che ha rivoluzionato il panorama interpretativo, conferendo una nuova portata - costituzionalmente orientata - alla specifica disciplina dell'errore sul precetto.

La stessa valenza innovativa, che viene riconosciuta nell'ordinamento italiano alla sentenza della Corte costituzionale del 1988 viene attribuita, senza ombra di dubbio, alla pronuncia del Grande Senato del Supremo Tribunale Federale (*Grosser Senat des Bundesgerichtshofes*) del 1952 <sup>(36)</sup>.

---

*Abgrenzung bereitet in der praktischen Anwendung freilich grössere Schwierigkeiten, als der theoretisch eindeutige Ansatz erwarten lassen würde*".

<sup>36</sup> MEZGER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, cit., pag. 183; TORRE, *Errore sul precetto e Verbotsirrtum*, cit., pagg. 198 ss.; JESCHECK, *L'errore di diritto nel diritto penale tedesco e italiano*, cit., pagg. 190 ss.; TISCHLER, *Verbotsirrtum und Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale*, cit., pagg. 165 ss.

Tale sentenza, definita spesso e volentieri come “la sentenza dell’errore sul precetto” (*die Verbotsirrtumentscheidung*), è frutto di un’importante correlazione tra dogmatica, teoria dello Stato, politica e dottrina dell’errore <sup>(37)</sup> e rappresenta, ad un tempo, il definitivo superamento della giurisprudenza del *Reichsgericht*, che conferiva rilievo al solo errore di diritto extrapenale e che, parafrasando Hippel si era trovata “così sola ed abbandonata, come non era mai accaduto in una questione importante” <sup>(38)</sup>, e la definitiva consacrazione della teoria della colpevolezza.

I principi espressi in tale pronuncia, che - come vedremo - auspica una concezione normativa della colpevolezza, verranno trasformati, qualche anno dopo, in principi di diritto positivo <sup>(39)</sup>.

Detto questo, entriamo nel merito della vicenda che ha consentito di giungere a tale rivoluzionaria ed innovativa pronuncia.

La vicenda sottoposta all’attenzione del *Bundesgerichtshof* concerneva il caso di un avvocato, che si era visto condannare per il reato di duplice violenza privata (*Nötigung*), perpetrato nei confronti di una propria assistita (*Frau W.*), che non gli aveva corrisposto il dovuto (ed oneroso) onorario <sup>(40)</sup>.

La violenza privata era disciplinata dal § 240 del previgente codice penale tedesco <sup>(41)</sup>, che puniva espressamente “chi, illegittimamente (*rechtswidrig*), costringe altri mediante violenza o minaccia di un male grave ad una azione, tolleranza od omissione [...] con il carcere o con la pena pecuniaria; in casi particolarmente gravi, con la reclusione fino a dieci anni o con il carcere non inferiore a sei mesi. Il fatto è illecito se l’uso della violenza o la minaccia del male, in relazione

---

<sup>37</sup> Per la correlazione di queste problematiche, vedi NAUCKE, *Staatstheorie und Verbotsirrtum*, cit., pagg. 511 ss.

<sup>38</sup> “So einsam und verlassen da, wie wohl sonst in keiner wichtigen Frage”.

<sup>39</sup> Vedi *infra*, Cap. II, 1.

<sup>40</sup> Per la vicenda, vedi JESCHECK, *L’errore di diritto nel diritto penale tedesco e italiano*, cit., pag. 190; TORRE, *Errore sul precetto e Verbotsirrtum*, cit., pag. 198, nota n. 47.

<sup>41</sup> Per un commento sul § 240, vedi PFEIFFER-MAUL-SCHULTE, *Strafgesetzbuch, Kommentar an Hand der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes*, cit., pagg. 638 ss.

allo scopo cui l'agente mira, è da considerare come riprovevole secondo il comune sentire. Il tentativo è punibile" (<sup>42</sup>).

La prima violenza privata, riscontrata dalla competente corte di merito, era stata consumata nelle more di un'udienza dibattimentale: l'avvocato aveva, infatti, minacciato la propria assistita di non proseguire nella difesa, se lei non gli avesse corrisposto immediatamente (o al più tardi entro le 8.30 del mattino successivo) una somma di 50 DM.

Il giorno successivo la signora W., recatasi presso lo studio dell'avvocato, per recargli le richieste somme, fu costretta, per effetto della stessa minaccia, a firmargli un assegno di ben 400 DM.

L'imputato riteneva pacificamente che il proprio comportamento fosse lecito.

Il Tribunale, nella motivazione, metteva in risalto che "se l'imputato ha ritenuto di essere legittimato a comportarsi in questo modo nei confronti della signora W., ci troveremmo di fronte ad un irrilevante errore sulla legge penale, che fa riferimento alla considerazione e alla valutazione della sua condotta, da lui perfettamente conosciuta nella sua piena essenza oggettiva" (<sup>43</sup>).

Dopo la condanna, inflitta dal competente *Landesgericht*, la vicenda giungeva alla seconda sezione del *Bundesgerichtshof*, che, qualificandola come una "questione di evoluzione", ossia come una questione che necessitava di uno snodo interpretativo, la demandava alla competenza delle Sezioni Unite Penali (<sup>44</sup>) con il seguente quesito interpretativo: nella violenza privata

---

<sup>42</sup> La versione tedesca recita: "Wer einen anderen rechtswidrig mit Gewalt oder durch Drohung mit einem empfindlichen Übel zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung nötigt, wird wegen Nötigung mit Gefängnis oder mit Geldstrafe, in besonders schweren Fällen mit Zuchthaus oder mit Gefängnis nicht unter sechs Monaten bestraft. Rechtswidrig ist die Tat, wenn die Anwendung der Gewalt oder die Zufügung des angedrohten Übels zu dem angestrebten Zweck dem gesunden Volksempfinden widerspricht. Der Versuch ist strafbar".

<sup>43</sup> "Wenn der Angeklagte geglaubt habe, zu diesem Vorgehen gegen Frau W. berechtigt zu sein, so wäre das ein unbeachtlicher Strafrechtsirrtum, der sich auf die Wertung und Bewertung seiner ihm in tatsächlicher Beziehung in vollem Umfange bekannten Handlungsweise beziehe".

<sup>44</sup> JESCHECK, *L'errore di diritto nel diritto penale tedesco e italiano*, cit., nella nota 13 bis, pag. 190, spiega in che cosa consista nel diritto penale tedesco, la cd. "questione di evoluzione" (*Frage der Fortbildung*): scatta, ai sensi del § 137 dell'ordinamento giudiziario (GVG), la competenza immediata delle Sezioni Unite del *Bundesgerichtshof* quando una singola sezione si trovi a dover affrontare un caso in cui venga in gioco l'interpretazione di una norma, fino ad allora dominante, ma per così dire messa in discussione poiché la situazione di fatto tende a forzare i limiti della fattispecie astratta ed occorre capire se sia necessario dar vita ad un nuovo indirizzo ermeneutico.

disciplinata dal § 240, appartiene alla colpevolezza solamente la conoscenza delle circostanze di fatto di cui al comma secondo della norma, oppure anche la coscienza circa l'illiceità della propria condotta?

L'agente agisce colpevolmente, anche se gli manca la coscienza dell'antigiuridicità?

Su questa serie di imprescindibili interrogativi, il Grande Senato della Corte di legittimità prende posizione, fornendo delle linee guida che segneranno una svolta storica nell'interpretazione della dottrina sull'errore sul precetto.

Cercheremo nelle righe che seguono di tracciare i passaggi - a nostro avviso - più significativi della pronuncia esaminata.

La Corte inizia il proprio intervento, soffermandosi sull'avverbio "*rechtwidrig*" previsto espressamente dal dettato del § 240 e lo qualifica non come un elemento costitutivo del fatto (*Tatbestandsmerkmal*), ma come una mera caratteristica generale del reato (*allgemeines Verbrechenmerkmal*).

La scelta del legislatore di utilizzare *ad abundantiam* tale avverbio (apparentemente non necessario, perché è ovvio che la realizzazione del fatto debba essere antigiuridica, per poter muovere un rimprovero per colpa ed una conseguente punibilità), non è priva di significato, perché sta ad indicare che la realizzazione della fattispecie non debba necessariamente essere sempre antigiuridica.

In particolare, la condotta non sarà antigiuridica, quando essa sia consentita da una norma contraria contenuta indifferentemente nel diritto scritto oppure in quello consuetudinario.

Nella fattispecie di cui al § 240, questo principio non trova però accoglimento.

Il legislatore tedesco, seguendo le orme di quello svizzero, ha esteso i confini della fattispecie al punto tale da comprendere numerosi casi di

vita quotidiana, in cui la violenza privata – nonostante la minaccia di un male – viene ritenuta lecita secondo il naturale senso del diritto.

E tale liceità non è riconducibile ad alcuna norma contraria che giustifichi tale situazione <sup>(45)</sup>.

In tale caso spetta, secondo la Corte, al giudice il compito di decidere, al posto del legislatore, con una valutazione immediata, se la violenza tipica realizzata nel singolo caso concreto sia illecita oppure non lo sia.

Il giudice è chiamato, cioè, individuare la natura antigiuridica nel mezzo utilizzato o nello scopo perseguito, ma deve cercarlo, ai sensi del secondo comma del § 240, nella sola *relazione* tra il mezzo della violenza e della minaccia e lo scopo agognato dall'agente.

Evidenziato tale anomalo ampliamento della fattispecie della violenza privata, cui il giudice deve conformarsi, il *Bundesgerichtshof* precisa che l'elemento dell'antigiuridicità non deve essere abbracciato dall'elemento soggettivo del dolo.

Ne deriva, come logica conseguenza, che l'errore sull'illiceità penale non abbia ragione di essere disciplinato dal più volte menzionato § 59.

Detto questo, il *Bundesgerichtshof* prosegue la motivazione, con una ampia digressione sull'oggetto della questione che viene sottoposto alla sua attenzione, ossia la natura e la valenza della "coscienza dell'illiceità".

Coscienza dell'illiceità, a parere dei giudici, significa questo: l'agente sa che la sua condotta non è giuridicamente consentita e che è vietata.

Sulla base di questo assunto, la Corte precisa la differenza che sussiste tra 'errore sulle circostanze del fatto' ed 'errore sul precetto'.

Nel primo caso, la coscienza dell'illiceità ha ad oggetto le circostanze del fatto che appartengono alla fattispecie legale, la cui errata

---

<sup>45</sup> "Der Gesetzgeber hat nach dem Vorbild des schweizerischen Strafgesetzbuchs die Grenzen des Nötigungsbestandes so weit gezogen, dass er nunmehr auch ungezählte Fälle des täglichen Lebens erfasst, in denen die Nötigung trotz Drohung mit einem empfindlichen Übel für das

valutazione o erronea supposizione è a tutti gli effetti un errore sulla fattispecie (*Tatbestandsirrtum*), disciplinato dal § 59.

La volontà dell'agente, in tal caso, non è indirizzata alla realizzazione del fatto, perché egli non sa ciò che fa.

Mancando il dolo del fatto (*Tatvorsatz*), l'agente non potrà essere punito a titolo di dolo.

Se l'errore, invece, è dovuto a colpa, la punibilità non è esclusa, sempre che la legge preveda la realizzazione colposa della fattispecie.

L'errore sull'antigiuridicità, invece, riguarda il divieto della condotta tipica.

L'agente sa quello che fa, ma ritiene erroneamente che la propria condotta sia lecita.

L'errore sull'antigiuridicità è, dunque, un errore sul divieto, che non trova espressa disciplina nel codice penale.

La presenza di tale vuoto normativo ha consentito che fossero i Tribunali a decidere, nel singolo caso concreto, come fosse necessario regolarsi in presenza di un errore sul divieto.

Il *Bundesgerichtshof*, a questo punto della motivazione, prende ampiamente le distanze dall'applicazione giurisprudenziale del *Reichsgericht*, che – come abbiamo già avuto modo di segnalare in precedenza – distingueva, secondo gli insegnamenti romanistici, tra 'errore sulla legge penale' ed 'errore sulla legge extrapenale', ma attribuiva rilievo solamente a quest'ultimo.

La pena presuppone la colpevolezza. La colpevolezza è sinonimo di rimproverabilità.

Queste sono le parole del *Bundesgerichtshof*.

Il giudizio di colpevolezza si fonda sulla libera autodeterminazione del singolo, che può scegliere se conformarsi al lecito oppure all'illecito.

---

*natürliche Rechtsgefühl rechtmässig ist, die Rechtmässigkeit jedoch nicht aus einer besonderen rechtfertigenden Gegennorm hergeleitet werden kann."*

Chi è perfettamente consapevole che una condotta sia illecita, e ciononostante agisce, è soggetto al rimprovero di colpevolezza.

Quand'è che un errore sul divieto esclude, invece, la colpevolezza?

Il rimprovero di colpevolezza permane fino a quando le lacune del sapere siano eliminabili.

L'agente, infatti, nella sua veste di consociato, è chiamato in ogni momento alla scelta responsabile se comportarsi in modo conforme al diritto.

Deve fare, pertanto, tutto il possibile per comprendere la corrispondenza del suo agire con le norme del "dover essere giuridico". Eventuali dubbi che egli dovesse nutrire, dovranno essere risolti attraverso una riflessione o una richiesta di informazioni.

Proprio per tale motivo, è necessario uno sforzo della coscienza (*Gewissensanspannung*), che si deve parametrare alle circostanze del caso concreto e alle condizioni di vita e professionali del singolo individuo.

Se quest'ultimo, nonostante tale sforzo conoscitivo, non sia stato in grado di cogliere la valenza antiggiuridica della sua condotta, l'errore è invincibile, la condotta per lui inevitabile <sup>(46)</sup>.

Nessun rimprovero di colpevolezza può dunque essere mosso all'agente.

Se, invece, attraverso un corretto sforzo di coscienza, fosse stato in grado di riconoscere e comprendere l'illiceità della propria condotta, la colpevolezza non viene esclusa dal *Verbotsirrtum*, ma il rimprovero è attenuato in maniera proporzionale al mancato sforzo di coscienza <sup>(47)</sup>.

---

<sup>46</sup> "Hierzu bedarf es der Anspannung des Gewissens, ihr Mass richtet sich nach den Umständen des Falles und nach dem Lebens- und Berufskreis des Einzelnen. Wenn er trotz der ihm danach zuzumutenden Anspannung des Gewissens die Einsicht in das Unrechtmässige seines Tuns nicht zu gewinnen vermochte, war der Irrtum überwindlich, die Tat für ihn nicht vermeidbar".

<sup>47</sup> "In diesem Falle, kann ein Schuldvorwurf gegen ihn nicht erhoben werden. Wenn dagegen bei gehöriger Anspannung des Gewissens der Täter das Unrechtmässige seines Tuns hätte erkennen können, schliesst der Verbotsirrtum die Schuld nicht aus. Je nach dem Mass, in dem es der Täter an der gehörigen Gewissensanspannung hat fehlen lassen, wird der Schuldvorwurf aber gemindert".

Dopo aver tracciato tali coordinate, il *Bundesgerichtshof* mette a confronto i due orientamenti dogmatici che si fronteggiavano in tema di errore sul divieto e spiega le ragioni logiche e giuridiche, per le quali debba essere disattesa la teoria del dolo, fino ad allora dominante, e debba di conseguenza essere privilegiata la teoria della colpevolezza.

La teoria del dolo richiede, ai fini della punibilità, che accanto al dolo del fatto (*Tatvorsatz*) vi sia la coscienza dell'antigiuridicità (*Bewusstsein der Rechtswidrigkeit*).

La conoscenza dell'antigiuridicità rappresenterebbe, dunque, al pari della conoscenza delle circostanze del fatto, una componente indispensabile del dolo.

Ne discende che, laddove essa mancasse, verrebbe meno il dolo e tale circostanza condurrebbe – se ci troviamo di fronte ad un errore inevitabile – all'impunità.

Se l'errore è evitabile, la condotta potrà essere punita a titolo di colpa, nel caso in cui il legislatore abbia contemplato l'ipotesi colposa; altrimenti condurrebbe nuovamente all'impunità.

Tale teoria utilizza dunque in maniera indistinta ed incondizionata il § 59 StGB nel caso di errore sul divieto.

La Corte, a tal proposito, mette in evidenza quali siano i limiti logici e gli svantaggi di tale impostazione teorica.

Innanzitutto, non convince la scelta di punire a titolo di dolo, solamente nel caso in cui l'agente abbia avuto la piena coscienza di agire in maniera illecita.

L'esperienza smentisce tale assunto e insegna, infatti, che nella maggior parte dei casi, molti dei delitti più gravi vengono commessi in elevato stato di agitazione (*in starker Gemütsregung*), per slancio passionale (*in leidenschaftlicher Aufwallung*) o nell'immediatezza rapida del momento (*in der schnellen Einwirkung des Augenblicks*).

In simili circostanze psichiche è del tutto impensabile ritenere che l'agente compia una riflessione sull'antigiuridicità della propria condotta.

Se si applicasse rigorosamente il dettato della *Vorsatztheorie*, si dovrebbe concludere che in simili casi non vi sia il dolo.

E ciò sarebbe giuridicamente aberrante.

E contravverrebbe altresì alla volontà del legislatore, che in più occasioni ha esplicitamente manifestato la volontà di raggiungere anche simili condotte con il dolo.

L'omicidio rimane doloso, anche nel caso in cui l'omicida sia stato portato alla rabbia o alla esasperazione dalla vittima (§ 213 StGB).

Se il giudice in simili situazioni vuole rimanere fedele alle direttive della teoria del dolo e non è configurabile un rimprovero per colpa, egli deve procedere all'assoluzione all'agente.

Se, invece, l'interprete volesse evitare tale esito – non voluto dal legislatore e insostenibile da un punto di vista di politica generale – deve, attraverso una *fictio*, giungere alla conclusione che l'agente era cosciente dell'antigiuridicità della propria condotta.

Lo stesso limite logico viene riconosciuto dal *Bundesgericht* anche nel caso dell'agente per convinzione (*Überzeugungstäter*) e del delinquente abituale (*Gewohnheitsverbrecher*).

Un ulteriore svantaggio della teoria del dolo è rappresentato dalla circostanza che la punibilità delle fattispecie dolose commesse in errore colpevole sul divieto, sarebbe limitata solamente a quei casi in cui il legislatore avesse previsto la parallela fattispecie colposa.

Di fronte alla presenza nell'ordinamento della notevole quantità di delitti solo dolosi, ciò significherebbe che ci troveremmo di fronte ad una limitazione della punibilità, indesiderata da un punto di vista della politica criminale e non giustificata da un punto di vista fattuale.

Scardinata la teoria del dolo nella sua essenza giuridica, la Corte “tesse le lodi” ed accoglie gli insegnamenti della teoria della colpevolezza, che – come abbiamo già avuto modo di precisare – richiede, ai fini della punibilità a titolo di dolo, che l’agente possa riconoscere che la sua condotta sia antigiuridica.

Chi, infatti, realizza una fattispecie dolosa per un errore colpevole sul divieto, verrà punito a titolo di dolo.

L’errore può, però, condurre anche ad una diminuzione della pena.

Chi, avendo piena conoscenza del fatto, realizza una fattispecie di reato in stato di errore incolpevole, rimane impunito.

L’errore sul divieto è, pertanto, secondo la teoria della colpevolezza, una causa di esclusione della colpevolezza, se incolpevole; è, invece, una possibile causa di diminuzione della pena, se colpevole.

L’*error iuris* lascia intatto il dolo e la coscienza dell’antigiuridicità (o la possibilità di tale coscienza) diventa un elemento autonomo della colpevolezza, accanto al dolo.

Venendo alla soluzione del caso concreto, i giudici ritengono, alla luce di tutte queste considerazioni in punto di diritto, che nella fattispecie di cui al § 240, ossia la violenza privata, l’agente debba conoscere tutte le circostanze del fatto di cui al primo comma, tra le quali non figura l’antigiuridicità, e deve altresì avere la coscienza (o mettersi nella condizione) di compiere una condotta illecita attraverso la violenza privata <sup>(48)</sup>.

Vedremo nel capitolo che segue, che questa pronuncia gettò le basi per quello che sarebbe diventato, dopo venticinque anni, il § 17 del codice penale tedesco, prima norma sul *Verbotsirrtum*.

## CAPITOLO II

### IL § 17 StGB TRA TRADIZIONE ED INNOVAZIONE. L'APPLICAZIONE GIURISPRUDENZIALE

1. Il § 17 StGB e la consacrazione 'positiva' della *Schuldtheorie*. - 2. Le varie forme di errore sul divieto: le *ragioni* della mancata coscienza della antigiuridicità. - 2.1. L'errore sul precetto diretto o astratto (*direkter oder abstrakter Verbotsirrtum*). - 2.2. L'errore sul precetto indiretto o concreto (*indirekter oder konkreter Verbotsirrtum*). - 3. Il giudizio di (in)evitabilità. Le conseguenze applicative.

#### 1. Il § 17 StGB e la consacrazione 'positiva' della *Schuldtheorie*.

Nel 1975 il legislatore tedesco prosegue la strada tracciata dalla sentenza del 1952 - che si faceva portavoce di un deciso orientamento etico-sociale della dottrina e della coscienza giuridica popolare <sup>(49)</sup> - e consacra definitivamente gli insegnamenti della teoria della colpevolezza in una disposizione di diritto positivo, il § 17, dedicato espressamente al "*Verbotsirrtum*" ed alle sue conseguenze giuridiche.

Per la prima volta nell'ordinamento tedesco compare una norma sull'errore sul precetto, che racchiude in sè il principio integrale di colpevolezza, un principio costituzionale consuetudinario non scritto, ma riconosciuto - da sempre - come esistente nella dottrina penalistica tedesca.

Il nuovo § 17 <sup>(50)</sup> prevede che "*quando all'agente nella commissione del fatto, manca la coscienza di agire illecitamente, egli non agisce colpevolmente,*

---

<sup>48</sup> "*Bei § 240 StGB muss der Täter die Tatumstände des § 240 Abs. 1 StGB, su denen die Rechtswidrigkeit nicht gehört, kennen und ausserdem das Bewusstsein haben oder bei gehöriger Anspannung des Gewissens haben können, mit der Nötigung Unrecht zu tun*".

<sup>49</sup> JESCHECK, *L'errore di diritto nel diritto penale tedesco e italiano*, cit., pag. 193.

<sup>50</sup> Sul § 17 StGB, vedi ROXIN, *Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre*, cit., 2006, § 21; KÜHL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 6. neu bearbeitete Auflage, München, 2008, pagg. 405 ss.; ID. (bearbeitet von), *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 26. neu bearbeitete Auflage, München, 2007, pagg. 124 ss.; JOECKS, § 17, in

se non poteva evitare tale errore. Se l'agente poteva evitare l'errore, la pena potrà essere diminuita secondo il § 49, primo comma" (<sup>51</sup>).

Il dato normativo è chiaro: la coscienza dell'antigiuridicità è un elemento a sé stante della colpevolezza, ben distinto e differenziato dal dolo.

La mancanza della coscienza dell'antigiuridicità è un errore, *rectius* un errore sul precetto.

Solamente l'errore inevitabile è in grado di escludere la colpevolezza e di condurre alla non punibilità.

Viceversa, l'errore evitabile lascia integra la colpevolezza, ma può condurre ad una diminuzione di pena, secondo quanto sancito dal § 49 primo comma (<sup>52</sup>).

La novella sdoppia, quindi, definitivamente le due categorie di 'errore sul fatto' ed 'errore sul precetto', dando una collocazione sistematica e

---

Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, §§ 1-51, Band I, 2003, München, pagg. 677 ss.; TRÖNDLE-FISCHER, § 17, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 54. Auflage, München, 2007, pagg. 128 ss.; CRAMER-STERNBERG LIEBEN, § 17, in SCHÖNKE-SCHRÖDER, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Auflage, München, 2006, pagg. 360 ss.; VOGEL, § 17, in Leipziger Kommentar zum StGB-Grosskommentar, herausgegeben von LAUFHÜTTE/RISSING-VAN SAAN/TIEDEMANN, 12. Auflage, Band I, Einleitung, §§ 1-31, 2006, Berlin, pagg. 1174 ss.; RUDOLPHI, § 17, in RUDOLPHI-HORN-GÜNTHER, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (SK StGB), 37. Lieferung, 7. Auflage (Oktober 2002), pagg. 91 ss.

<sup>51</sup> "Fehlt dem Täter bei Begehung der Tat die Einsicht, Unrecht zu Tun, so handelt er ohne Schuld, wenn er diesen Irrtum nicht vermeiden konnte. Konnte der Täter den Irrtum vermeiden, so kann die Strafe nach § 49 Abs. 1 gemildert werden".

<sup>52</sup> § 49 Besondere gesetzliche Milderungsgründe: (1) Ist eine Milderung nach dieser Vorschrift vorgeschrieben oder zugelassen, so gilt für die Milderung folgendes:

An die Stelle von lebenslanger Freiheitsstrafe tritt Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren.

Bei zeitiger Freiheitsstrafe darf höchstens auf drei Viertel des angedrohten Höchstmasses erkannt werden. Bei Geldstrafe gilt dasselbe für die Höchstzahl der Tagessätze.

Das erhöhte Mindestmass einer Freiheitsstrafe ermässigt sich im Falle eines Mindestmasses von zehn oder fünf Jahren auf zwei Jahre, im Falle eines Mindestmasses von drei oder zwei Jahren auf sechs Monate, im Falle eines Mindestmasses von einem Jahr auf drei Monate, im übrigen auf das gesetzliche Mindestmass".

§ 49 Attenuanti legali speciali: "(1) Quando un'attenuazione della pena viene prescritta o consentita ai sensi della presente disposizione, vale per l'attenuazione quanto segue.

1. La pena detentiva a vita è sostituita dalla pena detentiva non inferiore a tre anni.

2. In caso di pena detentiva temporanea, può essere applicata una pena pari nel massimo a tre quarti della pena massima comminata. In caso di pena pecuniaria, trova corrispondente applicazione la stessa disposizione in riferimento al numero massimo di tassi giornalieri.

3. Il minimo della pena detentiva è diminuito: nel caso di un minimo di dieci o cinque anni, a due anni, nel caso di un minimo di tre o due anni, a sei mesi, nel caso di un minimo di un anno, a tre mesi, in ogni altro caso, al minimo legislativo ordinario".

interpretativa a ciascuno dei due, rispettivamente nei §§ 16 e 17 del codice penale<sup>(53)</sup>.

L'agente che versa in un 'errore sul precetto', conosce perfettamente le circostanze del fatto, che corrispondono alle caratteristiche tipizzate dalla fattispecie, ma ritiene erroneamente che la propria condotta non sia vietata.

Detto altrimenti, egli conosce la situazione, sa quello che fa, e ritiene che la propria condotta sia legittima.

L'agente dà, pertanto, una qualificazione diversa alla propria azione, rispetto a quella conferita dal legislatore, che l'aveva, invece, espressamente vietata.

L'agente che versa in 'errore sul fatto', non conosce la situazione, non sa che cosa sta facendo e quindi non ha alcun motivo per riflettere sull'essenza del divieto della realizzanda condotta.

## **2. Le varie forme di errore sul divieto: le ragioni della mancata coscienza della antigiuridicità.**

L'errore sul divieto muove dal presupposto – sempre identico – che l'agente (*der Verbotsirrtümer*) versi in un errore sul divieto specificamente circostanziato (*über das tatbestand-spezifische Verbot*).

Le ragioni, che stanno alla base di un simile errore, possono, però, essere le più disparate.

Attenta dottrina ha cercato, a tal proposito, di individuare, attraverso una dettagliata classificazione, quali siano le cause che generalmente

---

<sup>53</sup> Per un contributo sulla dogmatica dell'errore ed una critica sulla distinzione tra errore sul fatto ed errore di diritto, vedi HERZBERG, *Vorsatzausschliessende Rechtsirrtümer*, in *JuS* 2008, pag. 385 ss. In giurisprudenza, vedi OLG Frankfurt, 18 ottobre 2005, in *NStZ-RR* 2006, pag. 353 in tema di armi (l'errore sulla circostanza "senza la prevista autorizzazione" è un errore sul fatto e non sul divieto) e OLG Hamm, 15 gennaio 2002, in [www.lexetius.com](http://www.lexetius.com) in tema di danneggiamento (l'errore sulla "estraneità della cosa danneggiata" è un errore sul fatto e non sul precetto).

possono condurre l'agente a disconoscere la portata illecita ed anti-giuridica della propria condotta.

Risultato di una simile indagine è stato quello di individuare una serie di forme di manifestazione (*Erscheinungsformen*) dell'errore sul precetto<sup>54</sup>), che soggiacciono, in quanto tali, alla disciplina del § 17 StGB.

Vediamole singolarmente, cercando di conferire alle stesse (che rimangono pur sempre delle categorie dogmatiche) un necessario riscontro pratico-applicativo.

### **2.1. L'errore sul precetto diretto o astratto (*direkter oder abstrakter Verbotsirrtum*).**

L'errore *diretto* sul divieto ricorre quando l'agente versa in un errore sull'esistenza (*Existenz*), sulla validità (*Gültigkeit*) o sull'estensione giuridica (*Rechtsweite*) di una norma incriminatrice.

Un simile errore si riconosce diffusamente nel diritto penale complementare (*Nebenstrafrecht*), mentre è raro (anche se non impossibile) da rintracciare nel diritto penale sostanziale (*Kernstrafrecht*), che – come abbiamo più volte avuto modo di specificare anche per l'ordinamento italiano – è manifestazione di un diritto naturale e di valori consolidati e generalmente riconosciuti dai consociati.

Ma procediamo con ordine.

L'errore sull'esistenza (*der Existenzirrtum*) o sulla validità del divieto (*der Gültigkeitsirrtum*) risiede nella mancata conoscenza della norma (*Unkenntnis der Norm*) e sussiste non soltanto quando l'agente ritenga

---

<sup>54</sup> Per simili classificazioni vedi JOECKS, § 17, in *Münchener Kommentar*, cit., pagg. 687, 688; KÜHL, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, cit., pagg. 406 ss.; RUDOLPHI, § 17, in *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, cit., pagg. 103 ss.; VOGEL, § 17 in *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch – Grosskommentar*, cit., pagg. 1187, 1188; ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Band I, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, cit., § 21 C, Rdn. 20 ss.

positivamente di non agire in maniera illecita, ma anche quando gli manchi totalmente la conoscenza illecita (*Unrechtskenntnis*), ossia quando non abbia neppure preso in considerazione la possibilità che la propria condotta possa violare una norma penale.

L'errore sull'esistenza o validità del divieto compare spesso nella prassi applicativa, ove viene ricondotto ad una serie costante di fattori scatenanti, che possono essere: *a.*) la carenza di socializzazione o l'estrazione sociale/culturale dell'agente; *b.*) le rassicurazioni da parte delle competenti autorità circa la liceità della propria condotta; *c.*) la oggettiva inconoscibilità della norma penale violata, perché la sua disciplina è ignota o è oggetto di contrastanti opinioni giurisprudenziali.

*a.*) Il primo fattore che prenderemo in considerazione attiene alla specifica figura dell'agente e richiede, di conseguenza, una sorta di "personalizzazione" del giudizio di colpevolezza, che dovrà tenere in considerazione le caratteristiche sociali e culturali del soggetto che non riconosce la portata illecita della propria condotta.

Analogamente a quanto avviene nell'ordinamento italiano <sup>(55)</sup>, anche nel sistema tedesco un ruolo centrale viene attribuito alla figura dello 'straniero', che non è in grado di comprendere/riconoscere (per ragioni religiose, culturali <sup>(56)</sup> oppure legate alla breve permanenza sul territorio tedesco) che un determinato fatto possa essere punito come reato dall'ordinamento <sup>(57)</sup>.

---

<sup>55</sup> Vedi Parte I, Cap. 3.

<sup>56</sup> Sullo specifico profilo delle diversità culturali in relazione agli omicidi per motivi di onore, vedi il recente contributo di GRÜNEWALD, *Tötungen aus Gründen der Ehre*, in *NStZ* 2010, pagg. 1 ss.

<sup>57</sup> Per un approfondimento sul significato della 'non conoscenza del divieto' (*Verbotsunkenntnis*) da parte di cittadini stranieri, vedi LAUBENTHAL-BAIER, *Durch die Ausländereigenschaft bedingte Verbotsirrtümer und die Perspektiven europäischer Rechtsvereinheitlichung*, in *GA* 2000, pagg. 205 ss.

Un immigrato somalo decide di importare in Germania delle piantine di *khat*, una erba drogante, di cui faceva abitualmente uso nel suo paese, ignorando che l'importazione ed il commercio di una simile pianta è punito dalla legge tedesca sugli stupefacenti.

Il *Bundesgerichtshof* lo assolve, perché ritiene che il cittadino somalo abbia ignorato incolpevolmente l'esistenza di una norma incriminatrice che vieta tale condotta, per lui assolutamente lecita e generalmente praticata nel suo paese di origine <sup>(58)</sup>.

Un uomo di origini pakistane, seguace della setta islamica degli Ahmadiya, non presta soccorso ad una donna in fin di vita e viene tratto a giudizio per il reato di omissione di soccorso ai sensi del § 323c StGB (*Unterlassene Hilfeleistung*).

Il competente *Landgericht* lo assolve, perché ritiene che l'uomo, al momento del fatto, versasse in un errore inescusabile: egli, da poco tempo in Germania, non poteva in alcun modo sapere che tale condotta costituiva reato <sup>(59)</sup>.

*Quid iuris* nel caso in cui l'agente - uno straniero - si trovi nel suo paese di origine e tramite *internet* realizzi un fatto penalmente rilevante in Germania?

Il *Bundesgerichtshof* si è trovato ad affrontare un simile caso (il cd. caso Toeben), utilizzando la disciplina in tema di errore sul divieto.

Un cittadino straniero aveva diffuso dal server del proprio computer dei contenuti rivoluzionari e di sovversione democratica, che non erano penalmente rilevanti secondo il proprio diritto locale.

La Suprema Corte, ritenendo che simili contenuti potessero essere richiamati anche in Germania, riconosce – in virtù del principio dell'ubiquità – l'applicazione del diritto penale tedesco in relazione a tali comunicazioni *online*, diffuse sul territorio nazionale.

---

<sup>58</sup> BGH, 28 ottobre 2004, in [www.bundesgerichtshof.de](http://www.bundesgerichtshof.de). Caso tratto da BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010, pag. 391.

Precisa, in particolare, che l'agente "informatico", che si trovi in un altro paese, versa in un errore sul divieto inevitabile, solamente nel caso in cui la sua coscienza dell'illiceità non riconosca la violazione del bene giuridico tutelato nel paese straniero e altresì quando la sua condotta non sia in alcun modo collegabile allo specifico ordinamento violato <sup>(60)</sup>.

Lo stesso richiamo al bene giuridico tutelato, che ha escluso la sussistenza di un errore sul precetto, viene applicato dalla Suprema Corte Federale anche in una vicenda di 'impedimento della pena' ex art. 258 StGB (*Strafvereitelung*), realizzata da un uomo di cittadinanza egiziana, canadese e svizzera e dalla moglie, cittadina solo svizzera, in territorio tedesco.

Tale fattispecie, che tutela la corretta amministrazione della giustizia, presidia un bene giuridico di rango elevato e generalmente riconosciuto in ogni paese.

Concluderemo tale prima direttrice di indagine, attinente alla specifica figura dell'agente, con una famosa pronuncia del *Bundesgerichtshof*, che ha riconosciuto un errore sul precetto 'solamente' evitabile, nel caso di soggetti "culturalmente ed ideologicamente orientati".

Si tratta del cd. "*Mauerschützen-Fall*", ossia del caso delle 'guardie del muro', che durante il periodo della DDR presidiavano appunto la muraglia berlese e avevano rivenuto l'ordine di sparare indistintamente a qualsiasi persona che tentasse di scavalcare il muro, per darsi alla fuga.

La Suprema Corte Federale, di fronte ad imputazioni per plurimi omicidi, riconosce la sussistenza dell'errore sul precetto in capo ad alcuni soldati, che non conoscevano l'antigiuridicità della propria condotta, perché impartita da un ordine superiore, ritenuto legittimo.

---

<sup>59</sup> LG Mannheim, 3 maggio 1990, in *NJW* 1990, pag. 2212. Caso tratto da BASILE, *op. loc. cit.*

<sup>60</sup> BGHSt 46, 212, in *NJW* 2001, pag. 624. Sui profili problematici relativi alla coscienza dell'illiceità telematica, vedi VALERIUS, *Das globale Unrechtbewusstsein. Oder: zum Gewissen in Internet*, in *NStZ* 2003, pagg. 341 ss.

Lo qualifica, però, come errore evitabile, perché ritiene che l'offesa all'elementare divieto di uccidere fosse, senza alcun dubbio, riconoscibile ed evidente anche per un uomo indottrinato <sup>(61)</sup>.

b.) Un errore sull'esistenza del precetto può - *ut supra* - sussistere anche nel caso in cui l'agente, informatosi presso le competenti autorità o essendosi avvalso del parere di esperti del settore, e rassicurato dagli stessi sulla liceità e conformità del proprio agire, ritenga che la propria condotta non violi una norma incriminatrice <sup>(62)</sup>.

Vedremo, *infra*, che tali aspetti assumeranno rilevanza anche in ordine al giudizio di inevitabilità, con particolare riferimento al dovere di conoscenza che incombe sul singolo individuo.

Il titolare di un'agenzia di scommesse tedesca decide di consentire ai propri clienti di partecipare ad un giro di scommesse via *internet* (cd. *Oddset-Wetten*), promosse da una seconda agenzia, situata in Austria.

Egli, prima di dare inizio a tale attività, si informa presso le competenti autorità cittadine e presso un avvocato esperto in diritto dello sport e delle scommesse, che lo rassicurano sulla liceità di una simile pratica.

Egli, ciononostante, viene tratto a giudizio per il reato di cui al § 284 (*Unerlaubte Veranstaltung eines Glückspiels – Organizzazione non consentita di un gioco d'azzardo*) per aver aggirato la disciplina sulle scommesse e sul gioco d'azzardo.

La Corte d'Appello di Stoccarda lo assolve, perchè riconosce l'esistenza di un errore inevitabile sul divieto: egli aveva dunque agito senza colpevolezza, perché aveva indirizzato la propria condotta, credendola lecita, conformemente alle informazioni - ritenute affidabili - ottenute dalle competenti autorità e da un esperto legale (*“hat in einem unvermeidbaren Verbotsirrtum und damit ohne Schuld gehandelt, wenn er vom zuständigen*

---

<sup>61</sup> BGH, 39, 1, 34, in [www.bundesgerichtshof.de](http://www.bundesgerichtshof.de).

<sup>62</sup> Vedi in proposito, KIRCH HEIM-SAMSON, *Vermeidung der Strafbarkeit durch Einholung juristischer Gutachten*, in *Wistra* 2008, pagg. 81 ss.

*Sachbearbeiter der Ordnungsbehörde und von einem kompetenten Rechtsanwalt die Auskunft erhalten hatte, sein Verhalten sei nicht verboten")* (63).

Allo stesso modo viene assolto dal reato di ingiuria di cui al § 185 StGB (64) un giornalista della rivista satirica "Titanic", il quale aveva inserito - dissacrando apertamente la sua vocazione militare - nella rubrica dedicata alle "Sette personalità più imbarazzanti" un *ex* militare paraplegico, che aveva richiesto di essere riammesso - con altre mansioni - nell'Arma, perché "la testa ancora gli funzionava".

La competente Corte assolve il giornalista dal contestato reato sulla base del presupposto che egli abbia sì agito illecitamente e dolosamente, ma senza la coscienza dell'antigiuridicità della propria condotta.

Egli, infatti - dice la Corte - si era fidato della valutazione di una consulente legale, cui la redazione affidava costantemente (e con esiti sempre conformi) il compito di controllare il tenore e la possibile rilevanza penale delle affermazioni contenute negli articoli che dovevano essere pubblicati.

Dovevano essere, pertanto, disattese le considerazioni della Pubblica Accusa, secondo cui il giornalista avrebbe dovuto, oltre al parere della predetta consulente, anche richiedere un ulteriore consulto. Si tratterebbe, infatti, di sforzi conoscitivi troppo eccessivi, essendo sufficiente in simili casi che l'agente si rivolga ad una persona, che reputi competente, al fine di conoscere la conformità della propria condotta (*"Vielmehr gilt der allgemeine Grundsatz, dass es jedenfalls regelmässig als ausreichend anzusehen ist, wenn der Angeklagte sich bei einem Rechtskundigen, dessen Auskunft er für zutreffend halten darf, nach der Rechtmässigkeit erkundigt"*) (65).

c.) Parimenti, un errore diretto sul precetto sussiste nel caso in cui l'agente non conosca la norma, che vieta la sua condotta, per ragioni

---

<sup>63</sup> OLG Stuttgart, 26 giugno 2006, in [www.beck-online.de](http://www.beck-online.de); altresì in NJW 2006, pag. 2422.

<sup>64</sup> Il § 185 sancisce che *"l'ingiuria è punita con la pena detentiva fino ad un anno o con la pena pecuniaria; quando è commessa con un atto di violenza, è punita con la pena detentiva fino a due anni o con la pena pecuniaria"*. (*"Die Beleidigung wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe und, wenn die Beleidigung mittels einer Tätlichkeit begangen wird, mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft"*).

<sup>65</sup> AG Frankfurt, 10 gennaio 1989, in [www.beck-online.de](http://www.beck-online.de) ed in NJW 1989, pag. 1745.

legate ad una oggettiva inconoscibilità della disciplina (*verfassungsrechtliche unklare Rechtslage*) che regola il caso di specie oppure perché soggetta ad una recente novella legislativa o a contrasti giurisprudenziali <sup>(66)</sup>.

Un cittadino tedesco, titolare di un'agenzia di scommesse, viene tratto a giudizio, perché ha gestito illecitamente un giro di scommesse senza l'idonea autorizzazione della competente Autorità (§ 284 StGB: *Unerlaubte Veranstaltung eines Glücksspieles*).

La Suprema Corte lo assolve, perché ritiene che lo stesso si era trovato in una situazione di errore inevitabile, dovuto alle numerose disposizioni, nazionali ed europee, che disciplinavano il gioco d'azzardo esercitato da privati <sup>(67)</sup>.

Viene riconosciuta parimenti la sussistenza di un errore inevitabile sulla legge penale, nel caso di alcuni contestatori che avevano fatto dei *sit-in* in diverse zone pubbliche della città, perché numerose erano le incertezze in giurisprudenza sui limiti di liceità della utilizzazione comune delle strade pubbliche <sup>(68)</sup>.

Passate in rassegna tutte le cause che possono far sorgere un errore sull'esistenza della norma incriminatrice, non ci resta che analizzare l'errore sull'estensione giuridica (*Rechtsweite*) della portata della norma, che si trova – per un'errata valutazione dell'agente (*falsche Bewertung des Anwendungsbereiches der Verbotsnorm*) – ad essere applicata oltre i propri “normali” confini applicativi.

---

<sup>66</sup> Quanto allo specifico profilo del contrasto giurisprudenziale della disciplina, oggetto dell'errore, vedi OLG Düsseldorf, 8 luglio 1986, in [www.beck-online.de](http://www.beck-online.de), ove si legge “*Ein Angeklagter, der sich auf eine in einem früheren, gegen ihn gerichteten Strafurteil zugrundegelegte Rechtsauffassung verlässt, handelt in einem unvermeidbaren Verbotsirrtum, wenn sich schon zum Zeitpunkt des früheren Strafurteils die Rechtslage durch Neufassung der massgeblichen Bestimmungen geändert hatte, das Gericht hierauf im Urteil jedenfalls nicht hingewiesen und der Angeklagte weitere Erkundigungen nicht eingeholt hatte*”.

<sup>67</sup> BGH, 16 agosto 2007, 4 StR 62/07, in [www.bundesgerichtshof.de](http://www.bundesgerichtshof.de).

<sup>68</sup> LG Bremen, in *Strafverteidiger* 1986, pag. 439.

Tale categoria dogmatica assume il nome di errore “sulla sussunzione” (*Subsumtionsirrtum*), in ragione del fatto che l’agente non riconduca (ossia, non *sussuma*) il proprio comportamento al precetto penale <sup>(69)</sup>.

Il *Bundesgerichtshof* ha riconosciuto un simile errore nel caso di un soggetto, che aveva convinto un proprio collega di lavoro a non restituire un autocarro che essi avevano noleggiato nell’aprile del 1993.

L’accordo criminoso prevedeva che l’imputato portasse tale mezzo nel maggio 1993 a Novi Sad in Serbia e lo rivendesse, mentre il collega, rimasto in Germania, denunciasse il furto del mezzo.

L’imputato era, all’epoca, ben consapevole che vi fosse un divieto di embargo verso la Serbia, ma riteneva – erroneamente – che un mezzo come l’autocarro non rientrasse in tale divieto.

La Corte riconobbe, nel caso di specie, un errore di sussunzione (*“ein Angeklagter, der infolge falscher Auslegung vom Embargovorschriften nicht weiss, dass sein Verhalten gegen ein rechtliches Ausfuhrverbot verstösst, unterliegt einem Subsumtionsirrtum”*) <sup>(70)</sup>.

Gli imputati, due cacciatori austriaci, vengono tratti a giudizio, perché hanno fatto entrare ed uscire dalla Germania delle armi da caccia, senza aver previamente richiesto la specifica autorizzazione. Essi ritenevano erroneamente che la “carta nazionale della caccia” (*Landesjagtkarte*) austriaca legittimasse anche in Germania, trattandosi di un paese appartenente all’Unione Europea, il loro porto d’armi.

La Corte riconosce nel caso in esame la sussistenza di un errore sul precetto inevitabile, dovuto al fatto che i due cacciatori abbiano erroneamente esteso i confini giuridici delle concessioni austriache in tema di armi da caccia <sup>(71)</sup>.

Ad un giornalista che lavora presso un’emittente televisiva viene proposto, da un amico poliziotto, di fare l’agente sotto copertura (*“under cover agent”*)

---

<sup>69</sup> Vedi, per tutti, ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Grunlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, cit., Rdn. 23.

<sup>70</sup> BGH, 11 luglio 1995, in [www.beck-online.de](http://www.beck-online.de) e in *NStZ – RR* 1996, pag. 24.

<sup>71</sup> BayObLG (4. Strafsenat), 23 marzo 2001, in *BayObLGSt* 2001, pag. 37.

durante un'operazione di polizia, volta a sgominare un traffico internazionale di droga.

Viene tratto a giudizio, perché trovato in possesso di una modica quantità di hashish.

Il *Bundesgerichtshof* ritiene che l'agente abbia erroneamente creduto di poter detenere, senza una previa intesa con le competenti autorità, anche un modesto quantitativo di sostanze stupefacenti per il fine specifico di sgominare un commercio di droga. Egli versa, pertanto, in un errore sul precetto, perché ha illecitamente esteso la valutazione sui confini della propria attività. Trattasi di un errore inevitabile, perché era stato introdotto nell'operazione direttamente da un uomo della polizia e tale aspetto aveva creato in lui il legittimo affidamento sulla liceità della propria condotta <sup>(72)</sup>.

## **2.2. L'errore sul precetto *indiretto o concreto (indirekter oder konkreter Verbotsirrtum)*.**

L'agente può anche ritenere erroneamente che la propria condotta, generalmente riconosciuta come illegittima, sia in via del tutto eccezionale consentita (*indirekter oder konkreter Verbotsirrtum*).

Tale errore può sorgere per effetto di due fattori: l'agente potrà ritenere sussistente una causa di giustificazione che l'ordinamento penale non contempla (*irrigie Annahme eines nicht anerkannten Rechtfertigungsgrundes*) ed in tale ipotesi egli verserà in un errore sul permesso (*Erlaubnisirrtum*), oppure potrà - erroneamente - dilatare, a proprio favore, la portata di una scriminante, effettivamente esistente (*einen anerkannten Rechtfertigungsgrund zu seinen Gunsten im Anwendungsbereich ausdehnen*) e di conseguenza ritenere la propria

---

<sup>72</sup> BGH, 7 marzo 1996, in *NStZ* 1996, pag. 338.

condotta come legittimata dall'ordinamento stesso (*Erlaubnisgrenzirtum*)<sup>(73)</sup>.

Gli imputati, due specialisti in ostetricia e ginecologia, vengono tratti a giudizio per il reato di lesioni personali *ex* § 223 StGB, perché durante il parto di una giovane donna di soli 24 anni, le asportano le tube senza aver previamente acquisito il suo consenso.

La donna durante l'operazione si dimostra molto agitata e poco collaborativa ed il suo comportamento rischia di compromettere seriamente la salute del nascituro.

I medici, a quel punto, decidono di procedere con un cesareo. Non potendo conferire con la gestante, sempre più agitata, chiedono il consenso al marito, che acconsente.

Prima dell'intervento le chiedono se desidera avere altri figli in futuro (nell'ottica di un'eventuale sterilizzazione) e la stessa annuisce.

Durante l'operazione, si verificano delle complicanze (delle ferite all'utero, che portano a forti sanguinamenti) ed i medici, a quel punto, procedono con una asportazione delle tube, *rectius* con una sterilizzazione della donna.

Il *Bundesgerichtshof* ritiene che sussiste un errore sul precetto nel caso in cui il medico riconosca che il consenso del paziente manchi o accetti il rischio che esso manchi (dolo eventuale), ma reputi comunque giuridicamente ammesso l'intervento, ritenuto necessario e permesso da un punto di vista clinico.

In una simile ipotesi il medico disconosce il consenso, costituzionalmente garantito, del paziente ed erra di conseguenza unicamente sui confini della causa di giustificazione.

Un simile errore lascia integro ed intatto il dolo. Laddove l'errore fosse evitabile (come nel caso di specie), la pena per la fattispecie dolosa potrà essere diminuita<sup>(74)</sup>.

---

<sup>73</sup> Vedi, per tutti, ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, cit., Rdn. 22.

<sup>74</sup> BGH, 4 ottobre 1999, in [www.iww.de](http://www.iww.de).

Altrettanto significativo è il caso di una donna, che viene tratta a giudizio, unitamente al proprio avvocato, per il reato di tentato omicidio, per aver tagliato la sonda che nutriva la propria madre, malata da molto tempo.

La donna viene assolta dal Tribunale, perché si ritiene abbia agito in costanza di un errore inevitabile ex § 17, primo comma (*“hier ist ein Erlaubnisirrtum, ein indirekter Verbotsirrtum i. S. des § 17 Satz 1 StGB zu sehen”*), perché ha rispettato il dovere di conoscenza in misura sufficiente da scusare la propria condotta. La donna si era, infatti, ampiamente documentata, anche presso numerosi medici e legali.

Il suo avvocato, cui il giudice riconosce analogamente un errore sul divieto, viene condannato, perché, in relazione alla sua posizione, si tratta di un errore indiretto evitabile, perché egli, in virtù delle sue velleità intellettuali (*nach seinen intellektuellen Fähigkeiten*), doveva essere nella condizione di riconoscere che dare disposizioni in ordine alla interruzione del canale alimentare, era una condotta vietata <sup>(75)</sup>.

### **3. Il giudizio di (in)evitabilità. Le conseguenze applicative.**

Giunti a questo punto della nostra trattazione, sarà necessario completare l'indagine, facendo il punto su quali siano le conseguenze applicative (in termini di punibilità) derivanti dal riconoscimento di un errore sul precetto.

Il § 17 StGB, a tal proposito, distingue espressamente le situazioni che si possono prospettare e le aggancia alle nozioni di 'errore evitabile' (*vermeidbarer Irrtum*) <sup>(76)</sup> e di 'errore inevitabile' (*unvermeidbarer Irrtum*) <sup>(77)</sup>.

---

<sup>75</sup> LG Fulda, 30 aprile 2009, in [www.beck-online.de](http://www.beck-online.de).

<sup>76</sup> Sullo specifico problema della evitabilità, vedi ROOS, *Die Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums nach § 17 StGB im Spiegel der BGH-Rechtsprechung*, 2000.

<sup>77</sup> Affronta di recente il problema della concreta applicazione del giudizio di (in)evitabilità, ZABEL, *Aktuelle Begründungs- und Anwendungsprobleme in der Dogmatik zu § 17 StGB*, in GA 2008, pagg. 33 ss.

Se l'errore sarà ritenuto *inevitabile* (§ 17, primo comma), verrà meno la punibilità, perché l'agente ha agito senza colpevolezza (*ohne Schuld*).

Se l'errore, invece, è *evitabile* (§ 17, secondo comma) l'agente sarà punito a titolo di dolo, ma gli potrà essere concessa una diminuzione di pena.

Premesso questo duplice binario, dovremo dunque fare un passo indietro e domandarci a quali parametri debbano conformarsi gli interpreti per poter riconoscere, prima, e stabilire, poi, l'evitabilità/inevitabilità dell'errore.

La plurimenzionata sentenza del *Bundesgerichtshof* del 1952 - a differenza della sentenza della 'nostra' Corte costituzionale del 1988 - non ha fornito all'interprete dei precisi parametri di riferimento, ma si è limitata ad indicare genericamente che un errore sul divieto è in grado di escludere il rimprovero di colpevolezza solamente quando sia stato raggiunto - invano - il richiesto sforzo conoscitivo (*Gewissensanspannung*).

Per avere delle risposte, dovremo, pertanto, basarci sull'analisi della casistica giurisprudenza e cercare di rintracciare le linee guida ed i percorsi logici e giuridici seguiti dai giudici di merito e di legittimità per la risoluzione di tale aspetto interpretativo.

L'essenza dell'evitabilità di un errore sul precetto (*das Wesen der Vermeidbarkeit eines Verbotsirrtums*) risiede nella riconoscibilità/conoscenza, da parte dell'agente, della concreta anti-giuridicità della propria condotta (*Erkennen-Können der konkreten Rechtswidrigkeit des eigenen Verhaltens*).

Viola ogni regola in tema di colpevolezza, il soggetto che agisce sulla base di un errore sul precetto evitabile, perché ha lasciato inutilizzata la propria capacità di riconoscere l'illiceità della condotta e si è, di conseguenza, privato della possibilità di determinare il proprio agire in modo conforme al riconosciuto dovere giuridico.

L'errore evitabile sul divieto rappresenta, pertanto, una lesione al dovere giuridico onnicomprensivo di informarsi (*Rechterkundigungspflicht*)<sup>(78)</sup>, che spetta ad ogni singolo individuo, che dovrà essere considerato parte integrante di una comunità giuridica e la sua condotta non dovrà conformarsi solamente alla morale, ma anche alle regole di diritto dello Stato in cui vive<sup>(79)</sup>.

Il giudice, pertanto, dovrà chiedersi, nel singolo caso concreto, se un determinato errore sul divieto possa essere evitato dall'agente, *rectius* se l'agente possa giungere alla conoscenza di detto divieto.

A tal fine rileveranno le sue forze conoscitive psichiche (*seine geistigen Erkenntniskräfte*), le valutazioni disponibili (*bereits vorhandene Wertvorstellungen*), le sue oggettive possibilità di avere delle informazioni (*objektiv bestehende Erkundigungsmöglichkeiten*) e, da ultimo, la sussistenza di una precisa occasione *hic et hunc*, in cui egli potrà utilizzare gli strumenti che gli sono stati forniti.

Un errore sarà dunque inevitabile solamente "quando l'agente, nonostante un adeguato sforzo di coscienza, non [sia] stato in grado di raggiungere il discernimento della illiceità del proprio comportamento. Ciò presuppone che egli abbia impegnato tutte le proprie energie conoscitive spirituali e che abbia eliminato tutti i possibili dubbi attraverso una maggiore ponderazione e quando necessario attraverso la consultazione di una fonte informata e degna di fiducia"<sup>(80)</sup>.

Esemplificativo in tal senso il caso di alcuni imprenditori tedeschi, tratti a giudizio per i reati di omesso versamento ed appropriazione indebita di retribuzioni *ex* § 266 a, primo comma StGB, in concorso con il reato di

---

<sup>78</sup> Vedi, a tal proposito, LÖW, *Erkundigungspflicht beim Verbotsirrtum nach § 17 StGB*, Frankfurt am Main, 2002.

<sup>79</sup> AG Tübingen, 13 giugno 1994 in NJW 1995, pag. 2048: "*Deutsche Staatsbürger sind als Mitglieder einer Rechtsgemeinschaft gehalten, ihr Handeln nicht nur an den Geboten der Moral auszurichten, sondern auch an den rechtlichen Regeln des Staates, in dem sie leben, zu überprüfen*".

<sup>80</sup> BGH, *Strafverteidiger* 1984, pag. 461. Conforme, BGH, 16 dicembre 2010, in [www.beck-online.de](http://www.beck-online.de); OLG Bremen, 2 marzo 1981, in *NStZ* 1981, pag. 265.

occupazione abusiva di stranieri senza permesso di soggiorno di cui al § 407 comma primo n. 1 SGB III, per aver costituito una società con degli operai turchi, privi degli idonei permessi di soggiorno.

Il giudice di prime cure riconosce un errore evitabile sul divieto, perché ritiene che gli imprenditori non si sarebbero dovuti “accontentare” solamente delle informazioni ricevute dalle competenti autorità (Amministrazione sociale e Camera del Lavoro), ma si sarebbero dovuti attivare in relazione a più fonti ed acquisire più informazioni.

Il *Bundesgerichtshof* riconosce nel caso in esame che il dovere di conoscenza (*Erkundigungspflicht*) è stato ampiamente perseguito, visto che le informazioni, da loro dettagliatamente e più volte richieste, sembravano assolutamente affidabili ed esaustive <sup>(81)</sup>.

Segue la stessa impostazione il famoso - e peraltro molto discusso - “caso Mannesmann” (*so genannte Mannesmann-Verfahren*), che è stato sottoposto qualche anno fa al vaglio del Tribunale di Düsseldorf.

Agli inizi di febbraio 2000, la società tedesca Mannesmann viene acquisita per ben 180 miliardi di euro dal colosso britannico Vodafone.

Nei primi giorni di febbraio vengono distribuiti, tra le più alte cariche della società tedesca, 200 milioni di vecchi DM in premi, pensioni anticipate, indennizzi e risarcimenti.

Tutti i dirigenti vengono, pertanto, accusati di infedeltà patrimoniale ai danni della Mannesmann, ai sensi del § 266 StGB.

In relazione a due imputati (Ackermann e Zwickel) il *Landesgericht* ritiene che essi abbiano agito dolosamente ed antiggiuridicamente, ma allo stesso tempo in presenza di un errore inevitabile, che esclude la colpevolezza. Essi, secondo il giudice, non erano a conoscenza che la loro condotta fosse penalmente rilevante e non avrebbero neppure potuto saperlo se si fossero avvalsi di un parere legale <sup>(82)</sup>.

Inutile dire che tale pronuncia di primo grado ha destato numerose critiche, sia sul fronte mediatico, che giuridico.

---

<sup>81</sup> BGH, 2 febbraio 2000, in [www.openjur.de](http://www.openjur.de).

<sup>82</sup> LG Düsseldorf, 22 luglio 2004, in *NJW* 2004, pag. 3275.

Il *Bundesgerichtshof* conferma la sussistenza dell'errore sul divieto, ma lo qualifica come evitabile. Aggiunge, altresì che il ricorso ad un parere legale sarebbe stato superfluo, perché esso non avrebbe fatto altro che confermare un dato già acquisito e scontato: l'illiceità della 'elargizione' di capitali <sup>(83)</sup>.

Alla luce di queste coordinate, è facile riconoscere *a contrario* che un errore è, invece, evitabile se l'agente ha avuto l'occasione (*Anlass*) e la possibilità di richiedere e recepire le necessarie informazioni <sup>(84)</sup>, ma abbia scelto di non farlo.

A tal proposito, è stato riconosciuto evitabile dal *Bundesgerichtshof*, l'errore in cui sono incorsi alcuni imprenditori, che importavano, nei primi anni Novanta, dalla Francia ingenti quantità di Benzylmethylketon (BMK), al fine di utilizzarlo per la produzione di antiparassitari e di collanti.

Essi si erano informati presso il Ministero della Salute e presso le competenti Autorità doganali, che facevano loro unanimemente presente che il BMK sarebbe rientrato a breve nella disciplina sugli stupefacenti.

Gli imprenditori vengono tratti a giudizio per violazione di tale legge e vengono assolti dal *Landgericht* di Osnabrück, che riconosce la sussistenza di un errore sul divieto, perché la condotta degli imputati era priva del requisito della coscienza di agire illecitamente.

La Suprema Corte Federale rovescia tale esito, perché ritiene che gli imputati, sulla base di una numerosa serie di evidenze (i contenuti delle comunicazioni con le aziende esportatrici, le condizioni cui erano soggette le importazioni dalla Francia, le indicazioni dell'Autorità doganale e le comunicazioni del Ministero della Salute), avrebbero dovuto riconoscere che la loro attività si muoveva su un "terreno minato". Aggiunge, altresì, che essi, in virtù della loro specifica qualifica professionale, si sarebbero dovuti adeguatamente

---

<sup>83</sup> NJW 2005, pagg. 522 ss.

<sup>84</sup> Sul dovere di un commercialista di informarsi presso il proprio Ordine professionale, vedi OLG Frankfurt, 28 febbraio 1996, in [www.beck-online.de](http://www.beck-online.de), ove viene espressamente previsto che "der Berufsangehörige darf sich nicht auf sein eigenes Urteil über das Erlaubt- oder Verbotensein seiner beruflichen Tätigkeit verlassen, sondern ist verpflichtet, sich bei seiner Berufskammer zu informieren".

informare sulle modifiche legislative relative ad una materia così delicata e di indiscussa penale rilevanza <sup>(85)</sup>.

Altro aspetto che viene pacificamente condiviso dalla giurisprudenza tedesca è il seguente.

Lo “sforzo conoscitivo”, che il singolo deve attuare, in parecchi casi, va necessariamente ad interagire con l’attività e l’apporto informativo di fonti esterne, che l’agente dovrà interpellare prima di intraprendere la propria attività.

Come abbiamo già avuto modo di anticipare, la giurisprudenza tedesca riconosce un errore inevitabile solamente nel caso in cui le informazioni provenienti dall’esterno siano affidabili e in grado di creare nell’agente un legittimo affidamento sulla liceità della propria condotta <sup>(86)</sup>.

Sarà, invece, evitabile l’errore che discenda da informazioni ricevute da fonti non qualificate <sup>(87)</sup>, e tale evidenza sia facilmente riconoscibile <sup>(88)</sup>.

La giurisprudenza, in proposito, aggiunge che sulla fonte, che si riconosca incompetente, incombe un obbligo di indirizzare il cittadino,

---

<sup>85</sup> BGH, 13 dicembre 1995, in [www.beck-online.de](http://www.beck-online.de) ed altresì in *NStZ* 1996, pag. 236.

<sup>86</sup> AG Hamburg-Altona, 15 dicembre 2009, in *ZfS* 2010, pag. 350: “*Hat sich der Angeklagte durch einen ihm bekannten qualifizierten Rechtsanwalt, mi dem er über Jahre zusammenarbeitete, beraten lassen und hat dieser ihm auch eindeutig mit auf den Weg gegeben, dass man ihn sofort informieren werde, wenn sich die Rechtslage anders darstelle und ist eine solche Information dem Angeklagten nicht zugegangen, liegt ein unvermeidbarer Verbotsirrtum vor*”.

<sup>87</sup> BayObLG (5. Strafsenat), 8 settembre 1988, in *BayObLGSt* 1988, pag. 139, secondo cui “*nur die Auskunft einer verlässlichen Person kann die Vermeidbarkeit des Irrtums ausschliessen. Verlässlich ist eine zuständige, sachkundige, unvoreingenommene Person, die mit der Erteilung der Auskunft kein Eigeninteresse verfolgt und die Gewähr für eine objektive, sorgfältige, pflichtgemässe und verantwortungsbewusste Auskunftserteilung bietet*”. Sulla rilevanza di un parere rilasciato da avvocati “non neutrali”, vedi OLG Braunschweig, 27 novembre 1997, in [www.beck-online.de](http://www.beck-online.de).

<sup>88</sup> Vedi, a tal proposito, OLG Frankfurt, 14 luglio 2003, in *NStZ-RR* 2003, pag. 263, ove si legge: “*Ein rechtsunkündiger Täter darf regelmässig auf Auskünfte von Rechtsanwälten, die er ohne Verschulden als kompetent angesehen hat, vertrauen. Dies gilt jedoch nicht, wenn die Unerlaubtheit seine Tuns entgegen der Auskunft bei auch nur mässiger Anspannung von Verstand und Gewissen leicht erkennbar ist*”. In senso conforme, in tema di apologia della violenza (§ 131 StGB) e diffusione di scritti pornografici (§ 184), vedi BGH, 15 dicembre 1999, in [hrr-strafrecht.de](http://hrr-strafrecht.de).

che richieda delle specifiche informazioni, verso fonti più attendibili<sup>(89)</sup>.

Il proprietario di una videoteca, che vende al pubblico, *inter alios*, anche videocassette pornografiche, viene tratto a giudizio per violazione del § 184, primo comma n. 3, che punisce la diffusione, ad un pubblico di minori, di materiale pornografico<sup>(90)</sup>.

Egli, infatti, avrebbe dovuto tenere tali oggetti in una apposita zona del negozio, chiusa verso l'esterno, per evitare l'accesso ai minori.

Viene assolto dal reato, perché la Corte gli riconosce un errore inevitabile sulla legge penale.

La competente Autorità di pubblica sicurezza gli aveva, infatti, garantito che fosse sufficiente la semplice chiusura interna degli spazi del locale<sup>(91)</sup>.

Da quanto sopra esposto, si evince chiaramente l'importanza del giudizio di evitabilità/inevitabilità, perché da esso discendono rilevanti conseguenze pratiche.

Come già rilevato, nel caso di errore evitabile, al giudice viene - discrezionalmente - conferita la *possibilità* di temperare la pena prevista per la fattispecie dolosa, ai sensi di quanto previsto dal § 49, primo comma.

Il legislatore prevede tale possibilità, ma non fornisce delle coordinate in ordine alla concreta applicazione di tali diminuzioni.

Anche in questo è la giurisprudenza analizzata a fornirci delle risposte, seppur generiche: tali diminuzioni avvengono, in maniera del tutto discrezionale, a seguito di una sorta di bilanciamento di tutte le

---

<sup>89</sup> Vedi, BGH, 2 febbraio 2000, in [www.beck-online.de](http://www.beck-online.de) ed altresì in NStZ 2000, pag. 364: "*fragt ein Bürger bei einer nicht offensichtlich insgesamt unzuständigen Behörde nach der Erlaubtheit eines Vorhabens, so muss diese den Anfragenden darauf hinweisen, wenn sie sich selbst nicht für genügend kompetent zur Beurteilung diese Vorhabens hält*".

<sup>90</sup> "*Wer pornografische Schriften im Wege gewerblicher Vermietung oder vergleichbarer Gewährung des Gebrauchs, ausgenommen in Ladengeschäften, die Personen unter achtzehn Jahren nicht zugänglich sind und von ihnen nicht eingesehen werden können, einem anderen anbietet oder überlässt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft*".

<sup>91</sup> BGH, in NJW 1988, pag. 272.

circostanze presenti nel caso concreto ed eventualmente attinenti alla personalità dell'autore materiale del reato.

**PARTE III**  
**CONSIDERAZIONI FINALI**

## RIFLESSIONI CONCLUSIVE.

### L'ART. 5 COD. PEN.: UN CROCEVIA DI TRADIZIONE E MODERNITÀ.

**SOMMARIO:** 1. Spunti di riflessione. - 2. Art. 5 cod. pen. e § 17 StGB: due norme e due applicazioni giurisprudenziali a confronto. Prospettive *de iure condendo*. - 3. Il giudizio di (in)evitabilità. La Corte costituzionale torna sullo spinoso problema. - 4. Art. 5 cod. pen.: il portavoce del principio di colpevolezza in ambito europeo.

#### 1. Spunti di riflessione.

Dopo aver esaminato l'evoluzione della disciplina dell'*ignorantia legis* nell'ordinamento italiano e nel sistema penale tedesco, attraverso la lente delle elaborazioni dottrinali e dell'applicazione giurisprudenziale, si rende necessario tirare le somme del nostro discorso ed analizzare in modo critico gli esiti di questo percorso d'indagine, il cui intento principale è stato quello di verificare l'essenza, costituzionalmente orientata, e l'effettività applicativa di una norma, recepita da sempre come un terreno di tensione fra le "pretese della ragione preventiva" e l'affermazione del principio di colpevolezza.

L'indagine, che abbiamo svolto in queste pagine, ci ha mostrato "luci ed ombre" dell'art. 5 cod. pen., sia nella sua versione originaria che nella versione riformata dalla Corte costituzionale nel 1988 e ci ha fatto giungere alla consapevolezza che tale norma rappresenti un importante crocevia di numerosi punti focali del diritto penale sostanziale ed altresì un tema di indagine in cui entrano in gioco due fattori, per certi versi opposti: tradizione e modernità.

*Tradizione*, perché l'art. 5 cod. pen. è una norma estremamente conservativa, in quanto foriera indiscussa di esigenze di natura general-preventiva.

Ancora oggi, nonostante l'abbandono del dogma assoluto di inescusabilità dell'ignoranza della legge penale, vi è una forte diffidenza nell'applicazione dell'art. 5 cod. pen., per l'evidente paura di creare zone estese di impunità.

*Modernità*, invece, perché è una norma che tenta di adattarsi alle esigenze di un diritto penale moderno, in costante evoluzione, e diventa sempre più spesso l'emblema di una necessaria interpretazione nel pieno rispetto dei principi costituzionali, al fine di garantire ai consociati libere scelte di azione, che verrebbero ovviamente meno ove all'agente venissero addossati accadimenti estranei alla sua consapevole sfera di dominio.

Ed è proprio sul profilo della modernità che cercheremo di indirizzare le riflessioni conclusive del presente lavoro, volte a tracciare le prospettive evolutive e applicative dell'art. 5 cod. pen., che diventa un portavoce del principio di colpevolezza ed assume non solo riflessi nazionali, ma anche europei.

## **2. Art. 5 cod. pen. e § 17 StGB: due norme e due applicazioni giurisprudenziali a confronto. Prospettive *de iure condendo*.**

Nucleo centrale del presente lavoro è rappresentato dall'analisi parallela di due ordinamenti, affini per tradizione e cultura giuridica, che hanno avuto - seppur in tempi e con modalità diverse - un'evoluzione simile in tema di dogmatica dell'errore sul precetto.

Tale approccio comparatistico ci è stato suggerito peraltro dalle stesse parole della Corte costituzionale nella pronuncia del 1988.

I giudici costituzionali, infatti, avevano utilizzato la prospettiva comparata non solo come termine di riferimento per argomentare e demolire il principio arcaico e superato dell'inescusabilità (attraverso l'ingresso della *Schuldtheorie*), ma anche in una prospettiva *de iure*

*condendo*, come possibile esempio da seguire nell'eventuale evoluzione della tematica dell'ignoranza della legge penale.

L'indagine comparata, effettuata nelle pagine di questo lavoro, ci ha dunque consentito, innanzitutto, di analizzare la disciplina di un ordinamento, quello tedesco, che ha gettato le basi storiche e giuridiche della dogmatica dell'errore in Italia, ma soprattutto ci ha permesso di trovare un valido termine di paragone per analizzare, in chiave *de iure condendo*, l'art. 5 cod. pen.

Tale comparazione ci aiuterà a verificare se la disciplina italiana sull'ignoranza della legge penale sia davvero rispettosa del principio di colpevolezza o se debba, in chiave critica ed evolutiva, attingere "qualche suggerimento" dal vicino ordinamento tedesco.

Mettiamo a confronto le due norme.

Da un lato, abbiamo dunque l'art. 5 cod. pen., che, sottoposto al vaglio della Corte costituzionale, arriva ad affermare laconicamente che nessuno possa invocare l'ignoranza della legge penale, salvo che si tratti di un'ignoranza inevitabile.

La responsabilità non sorge se l'agente, anche usando la dovuta diligenza, non poteva in alcun modo sapere che il fatto da lui realizzato era previsto da una norma incriminatrice.

Se l'agente, invece, facendo uso dell'ordinaria diligenza, poteva rendersi conto che quella condotta violava una norma incriminatrice, *rectius* che l'errore era evitabile, risponde a titolo di dolo se lo ha commesso con coscienza e volontà ed il fatto è previsto dall'ordinamento come fattispecie dolosa.

Egli risponderà, invece, a titolo di colpa, se ha commesso il fatto per negligenza e si tratti di un fatto previsto dalla legge come ipotesi colposa.

Nessun cenno viene fatto dal legislatore ad un eventuale possibilità di diminuzione della pena nel caso di ignoranza inescusabile, dovuta ad un errore evitabile dell'agente.

Dall'altro, troviamo il § 17 StGB, che conferisce all'interprete coordinate più precise: se all'autore, nel commettere il fatto, manchi la colpevolezza di tenere una condotta illecita, egli agisce senza colpevolezza, se non poteva evitare l'errore.

Nel caso in cui l'agente fosse, invece, in grado di evitare l'errore, la pena potrà essere diminuita.

La norma distingue, dunque, espressamente tra errore *inevitabile*, che esclude *in toto* la colpevolezza ed errore *evitabile*, che viene sempre punito a titolo di dolo.

Per temperare la severa punibilità dolosa, il legislatore consente di diminuire la pena nelle ipotesi di minor rimproverabilità, tra cui figura ovviamente anche l'errore colposo.

La mancata coscienza dell'illiceità penale della condotta, seppur rimproverabile all'agente, può, infatti, in presenza di determinate circostanze diminuire anche notevolmente la colpevolezza del fatto concreto.

Quali sono stati gli esiti applicativi delle due discipline messe a confronto?

Inutile negare che l'indagine giurisprudenziale sul versante italiano ha avuto esiti piuttosto deludenti, perché leggendo le pronunce, ci siamo resi conto che le affermazioni della Corte costituzionale nel 1988 non sono state poi così dirompenti ed innovative sull'intero sistema penale, come la dottrina italiana aveva auspicato e sperato.

La giurisprudenza di legittimità (quella di merito si è, in realtà, dimostrata più coraggiosa), in via teorica e di principio ha recepito le indicazioni della Corte, le ha spesso illustrate e fatte proprie nelle pronunce, ma concretamente non ha quasi mai avuto il coraggio di

riconoscere efficacia scusante all'errore sul precetto, se non in limitate ipotesi. Sono state, infatti, pochissime le assoluzioni per ignoranza inevitabile della legge penale.

La sensazione è quella di essere di fronte ad una norma muta, che non *vive* nelle nostre aule giudiziarie, ma che è rimasta lettera morta nel codice penale, intrappolata in quella gabbia dogmatica che l'ha caratterizzata per decenni.

Ci sembra assolutamente evidente che l'art. 5 cod. pen. mostri, infatti, un determinato quadro sociale e politico del diritto penale, dando rilievo, nonostante la ricezione piena della teoria della colpevolezza, più ad una politica criminale che ad una vera e propria dogmatica della colpevolezza.

Alla base di tale costruzione militano evidenti ragioni general-preventive e di timore di indebolire l'effettività sociale delle norme penali se la logica scusante dell'errore fosse diventata troppo premiante.

Tale prassi applicativa non sembra, però, a ben guardare in sintonia con il principio di colpevolezza (di cui si fa portavoce), che pretende che il momento subiettivo investa – almeno nella forma della colpa – gli elementi più significativi della fattispecie tipica e che non permette che un errore di diritto possa essere lasciato inosservato quando è inevitabile.

In Germania, invece, il § 17 StGB trova diffusa applicazione, non tanto in relazione alle ipotesi di errore inevitabile, che non sono frequenti (anche qui per ovvie ragioni general-preventive), quanto in relazione all'errore evitabile.

La nostra ricerca sul versante tedesco è stata lineare e ha mostrato un assetto applicativo assolutamente chiaro: l'ignoranza invincibile e non colposa esclude la colpevolezza e quindi la responsabilità penale, mentre quella vincibile e colposa è inescusabile e perfettamente

compatibile con il dolo, di cui può temperare gli effetti punitivi attraverso il ricorso alla diminuzione di pena.

Ora, la domanda sorge spontanea: può l'ordinamento italiano assumere a modello la disciplina tedesca in una prospettiva *de iure condendo*?

Per dare una risposta a tale interrogativo, occorre innanzitutto individuare chiaramente, sulla base delle considerazioni fino ad ora esposte, quale sia il principale *punctum dolens* della disciplina italiana, per poter - in un secondo momento - proporre delle soluzioni alternative o integrative all'attuale assetto normativo.

Il principale (ma non unico, come vedremo nel prossimo paragrafo) profilo problematico della disciplina italiana risiede sicuramente in una parziale ricezione della teoria della colpevolezza.

La *Schuldtheorie*, che - come abbiamo più volte avuto modo di sottolineare - riconosce la coscienza dell'illiceità penale della condotta come momento autonomo della colpevolezza, rappresenta la soluzione più adeguata nell'ambito dei reati cd. naturali, nei quali il disvalore sociale del fatto rappresenta la causa psichica per eccellenza, capace di mettere in moto lo sforzo conoscitivo, che sarebbe dunque posseduto da qualsiasi soggetto, perché una simile fattispecie si pone come obiettivo primario la tutela di valori ed esigenze universalmente sentite e riconosciute dai consociati.

Essa incontra, invece, dei limiti indiscussi in relazione ai reati cd. di mera creazione legislativa o artificiali, ove l'illiceità della condotta vietata è frequentemente percepibile soltanto mediante l'effettiva conoscenza delle norme incriminatrici.

Ed è proprio in simili casi che la punibilità a titolo di dolo non convince, perché in fin dei conti, a ben guardare, si punisce a titolo di dolo, una condotta che invece è essenzialmente colposa.

Un rimprovero per *culpa iuris* finisce dunque per fondare una responsabilità dolosa e tale aspetto non può che confliggere con i

canoni di personalità della responsabilità penale ed altresì con il principio di proporzione tra gravità del reato e misura della sanzione.

Attenta dottrina ha messo in luce che un simile conflitto sorge dinnanzi ad ogni correzione in via ermeneutica delle ipotesi di responsabilità oggettiva, ove l'interpretazione costituzionalmente conforme assicura che l'*an* della punibilità sia condizionato almeno alla colpa, ma non garantisce che il *quantum* di pena tenga conto del minor disvalore soggettivo del fatto rispetto alla corrispondente ipotesi dolosa (<sup>1</sup>).

Il principio di colpevolezza è, quindi, a rischio non solo se si nega rilievo all'errore inevitabile, ma anche se non si calibra attentamente l'errore evitabile.

Tale principio costituzionale verrebbe, infatti, meno se all'agente venissero addossati degli accadimenti estranei alla sua consapevole sfera di dominio, perché non solo non voluti, ma neppure prevedibili ed evitabili.

Si pone dunque la necessità di trovare un rimedio a tale situazione, una sorta di 'compromesso', sempre nel rispetto dei principi costituzionalmente garantiti, che consenta di tenere in considerazione anche l'ignoranza evitabile colposa della norma incriminatrice, che allo stato attuale non trova una precisa configurazione nella nostra legislazione penale.

Unico strumento attraverso il quale il giudice potrebbe valutare il minor disvalore della condotta, sono i criteri di cui all'art. 133 cod. pen. oppure il riconoscimento delle attenuanti generiche *ex art. 62 bis* cod. pen.

Ciò, però, non è sufficiente e non rispetta neppure i tanto invocati canoni di colpevolezza.

---

<sup>1</sup> MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di Diritto Penale, Corso di diritto penale, Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità; il reato: nozione, struttura e sistematica*, III ed., Milano, 2001, pag. 478; DOLCINI, *Responsabilità oggettiva e principio di colpevolezza. Qualche indicazione per l'interprete in attesa di un nuovo codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2000, pag. 865.

Alla luce di queste considerazioni, si rende dunque necessario favorire l'inserimento nel dettato normativo di una graduazione del coefficiente soggettivo di partecipazione dell'agente al fatto.

La soluzione migliore è, a parere di chi scrive, quella prospettata dall'ordinamento tedesco, che distingue tra ignoranza inevitabile ed ignoranza evitabile e, in relazione a quest'ultima, introduce la possibilità per il giudice (si noti, possibilità e non dovere) di diminuire la pena nel caso in cui l'agente versi in un errore colposo.

Tale prospettiva evolutiva era, in realtà, già stata prospettata dalla Corte costituzionale nel 1988, che però aveva rinunciato a prendere espressa posizione sul punto, rimettendo la questione ad un intervento futuro del legislatore, spettando a quest'ultimo il compito di mettere in pratica i principi e scegliere la soluzione più rispondente al principio di colpevolezza e più vicina alla realtà giuridica e sociale del paese.

Ad oggi, tale intervento non è, però, ancora stato fatto.

Il più recente Progetto di Riforma del codice penale, il Progetto della Commissione Pisapia del 27 luglio 2006 <sup>(2)</sup> accoglie tale sfida e rivisita la disciplina dell'errore sul precetto sulla base di due interventi.

Innanzitutto, auspica l'attuazione del principio di colpevolezza, pacificamente riconosciuto sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza come un principio cardine del diritto penale sostanziale.

La Commissione, a tal proposito, ha ritenuto che la "colpevolezza" non potesse non assumere, nel nuovo sistema penale, un ruolo di prim'ordine.

Quanto allo specifico profilo della dogmatica dell'errore, il Progetto unifica la disciplina dell'errore e dell'ignoranza in un unico articolo (art. 14), distinguendo genericamente tra 'errore sul fatto' ed 'errore sul precetto'.

---

<sup>2</sup> *Progetto di Riforma del Codice Penale promosso dalla Commissione Pisapia*, in [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it).

L'errore sul fatto, che può ricadere tanto su dati fattuali, quanto su dati normativi, esclude pacificamente la responsabilità a titolo di dolo.

Tale prima distinzione è di vitale importanza, perchè toglie legittimazione a quella prassi giurisprudenziale che ha condotto all'*interpretatio abrogans* dell'art. 47, terzo comma cod. pen.

Nella nostra indagine giurisprudenziale abbiamo, infatti, avuto modo di rilevare - *de relato* - che il rigore applicativo con cui (non) viene applicato l'art. 5 cod. pen., si riscontra altresì in relazione all'art. 47, terzo comma cod. pen.

In via astratta la dottrina distingue le due norme ed i loro effetti giuridici, ma sul piano applicativo si verifica una costante disapplicazione dell'art. 47 in favore della più rigorosa disciplina dell'art. 5 cod. pen.

La giurisprudenza, realizzando appunto una sorta di *interpretatio abrogans* dell'art. 47, terzo comma cod. pen., ritiene che tutti gli errori di interpretazione di norme giuridiche extrapenali rappresentino, in virtù di una "incorporazione", delle ipotesi di errore sul precetto e siano, come tali, giuridicamente irrilevanti.

Il Progetto di Riforma mira ad intervenire proprio su tale inaccettabile *communis opinio*, che ad oggi paralizza l'applicazione di ben due norme del nostro sistema penale.

Quanto, invece, allo specifico profilo dell'errore sul precetto, la Commissione di riforma intende introdurre, proprio sulla base del modello tedesco, la possibilità per il giudice di temperare la pena nei casi in cui l'errore o l'ignoranza siano stati determinati da negligenza e siano, in quanto, tali rimproverabili.

Tale diminuzione subentrerebbe, più precisamente, nel caso in cui il giudice si convinca del fatto che l'agente si sarebbe astenuto dalla commissione del reato se si fosse realmente reso conto della illiceità della propria condotta.

L'intento dichiarato è dunque quello di inserire un "dosaggio differenziato" dell'elemento soggettivo.

L'errore evitabile presenta un minor livello di rimproverabilità personale e deve essere considerato come tale per essere totalmente rispondente ai canoni di colpevolezza.

Le riflessioni fin qui esposte, siano esse in chiave comparatistica o in prospettiva *de iure condendo*, vanno in un'unica direzione, perché esse mirano a trovare un equilibrio tra le esigenze general-preventive e le esigenze di garanzia della libertà del cittadino e, di conseguenza, a dare una rilettura della norma che la renda più conforme ai canoni di colpevolezza, agganciandola, come auspica la stessa Corte costituzionale, "alla necessità che il diritto penale costituisca davvero la '*extrema ratio*' di tutela della società, sia costituito da norme non numerose, eccessive rispetto ai fini di tutela, chiaramente formulate, dirette alla tutela di valori almeno di 'rilievo costituzionale' e tali da poter essere percepite anche in funzione di norme 'extrapenali', di civiltà, effettivamente vigenti nell'ambiente sociale nel quale le norme penali sono destinate ad operare".

### **3. Il giudizio di (in)evitabilità. La Corte costituzionale torna sullo spinoso problema.**

Attraverso la disamina critica del panorama giurisprudenziale italiano, abbiamo avuto modo di riscontrare che - accanto ai limiti che mostra l'accoglimento della teoria della colpevolezza, di cui abbiamo dato atto nel precedente paragrafo - un ulteriore profilo problematico attinente alla concreta applicabilità dell'art. 5 cod. pen., è sicuramente rappresentato dal cd. giudizio di inevitabilità/evitabilità, ossia quel giudizio che dovrebbe dar prova della piena conoscenza di tutti gli elementi della fattispecie.

La Corte costituzionale, nel 1988, era ben consapevole che da tale attività interpretativa sarebbe dipesa l'effettività del riconoscimento della rilevanza scusante dell'*ignorantia legis* e, proprio in tale ottica, aveva fornito all'interprete alcuni criteri per la valutazione dell'evitabilità dell'errore o dell'ignoranza.

Criteri, che – come abbiamo avuto modo di riscontrare nel terzo capitolo della prima parte – non sono stati efficaci, perché non sono stati in grado di rappresentare realmente delle linee-guida per l'interprete, che non ne ha fatto uso, perché ha preferito ricorrere ad un'applicazione restrittiva dell'art. 5 cod. pen.

Dopo un lungo silenzio, la Corte costituzionale, consapevole di tale "*deficit ermeneutico*", è tornata nel 2007 a parlare di 'ignoranza inevitabile', seppur in relazione ad un'ipotesi di errore sul fatto relativa all'art. 609 *sexies* cod. pen. <sup>(3)</sup>.

Con tale pronuncia, accolta anche questa volta come 'storica', i giudici costituzionali hanno non solo inteso ribadire la forza del principio di colpevolezza tra le fila del diritto penale sostanziale, ma sono andati anche oltre, perché sovrapponendo concettualmente - proprio attraverso il giudizio di inevitabilità - l'*error aetatis* (che rappresenta a pieno titolo un *error facti*) all'*error iuris*, hanno manifestato per la prima volta una esplicita esigenza di graduazione del coefficiente psicologico di partecipazione dell'autore al fatto, in ragione degli interessi che entrano in gioco.

Ma ripercorriamo brevemente i termini della questione di legittimità costituzionale sollevata, al fine di capire in che cosa sia consistita la

---

<sup>3</sup> Per un commento sulla sentenza, vedi VIZZARDI, *Ignoranza dell'età della persona offesa e principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2008, fasc. 3, pagg. 1351 ss.; ARIOLLI, *L'ignoranza dell'età della vittima nell'ambito dei delitti contro la libertà sessuale: un necessario contemperamento tra il principio di colpevolezza e le esigenze di tutela dell'intangibilità sessuale dei soggetti più deboli*, in *Cass. Pen.* 2008, fasc. I, pagg. 30 ss.; RISICATO, *L'errore sull'età tra error facti ed error iuris: una decisione "timida" o "storica" della Corte costituzionale?*, in *DPP* 2007, pagg. 11 ss.; BRICCHETTI, *Il principio di colpevolezza è a rischio se si nega rilievo all'errore inevitabile*, in *GalD* 2007, fasc. 38, pagg. 71, 72.

“nuova” presa di posizione della Corte sul tema dell’ignoranza inevitabile, che sorge, come detto, per un’ipotesi di errore sul fatto, ma esplica i suoi effetti anche sul nostro tema di indagine.

L’art. 609 *sexies* cod. pen. <sup>(4)</sup>, introdotto dall’art. 7 della l. 66 del 1996 (Norma contro la violenza sessuale) in sostituzione dell’originario art. 539 cod. pen., sancisce l’irrilevanza dell’ignoranza dell’età della persona offesa nei delitti contro la libertà sessuale, commessi nei confronti di un minore di anni quattordici.

Non è la prima volta che la Corte costituzionale si occupa del vaglio costituzionale di tale norma.

Anche in passato erano state sollevate questioni di costituzionalità in relazione all’art. 27 Cost., perché si supponeva che l’art. 609 *sexies* cod. pen. fosse in palese contrasto con il principio di personalità della responsabilità penale, perché introduce una presunzione *iuris et de iure* della conoscenza dell’età della persona offesa da parte dell’agente, derogando ai principi generali in materia di imputazione soggettiva dolosa.

Attraverso tale presunzione si impediva all’agente di provare l’incolpevole ignoranza dell’età o l’erroneo convincimento di un’età superiore.

I giudici costituzionali, in più occasioni <sup>(5)</sup>, hanno ribadito la conformità costituzionale della menzionata disposizione, asserendo che l’art. 27, primo comma vieterebbe solamente la responsabilità per fatto altrui, nel caso di specie non rintracciabile, o che tale norma non rappresenterebbe un’ipotesi di responsabilità oggettiva, perché l’età della persona offesa non configurerebbe un elemento costitutivo del reato, ma una mera condizione (non obiettiva) di punibilità, la cui consapevolezza è estranea al nesso tra azione ed evento.

---

<sup>4</sup> PROVERBIO, *Commento all’art. 609 sexies cod. pen.*, in MARINUCCI-DOLCINI (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 2006, pagg. 4250 ss.

<sup>5</sup> Trattasi in particolare delle sentenze: Corte. cost., 26 giugno 1957, n. 107, Dell’Aversana; 17 febbraio 1971, n. 20, Pirotti; 30 giugno 1983, n. 209, Bianchi e Parlà.

Il tutto ovviamente nella logica di un'accentuata tutela del minore degli anni quattordici, ritenuto incapace di esprimere un valido consenso alla congiunzione sessuale.

La dottrina, invece, ritenendo che l'età della persona offesa, in simili reati, integri l'elemento costitutivo nel quale si condensa l'intero disvalore della fattispecie, ha – in presenza di un errore sull'età – ritenuto che fosse necessario applicare l'art. 47, primo comma, cod. pen. Un illustre Autore, andando oltre, ha addirittura proposto di ricondurre l'art. 609 *sexies* cod. pen. - mediante un'interpretazione adeguatrice - all'art. 5 cod. pen., perché trattasi di un vero e proprio errore inescusabile <sup>(6)</sup>.

Nel 2005 la Corte costituzionale viene, dunque, nuovamente investita della questione di legittimità costituzionale dell'art. 609 *sexies* cod. pen. da un'ordinanza del Giudice per le Indagini Preliminari di Modena.

Il giudice *a quo* solleva la questione in relazione all'art. 27, commi 1 e 3 Cost., secondo la nuova rilettura che ne è stata data con le sentenze nn. 364 e 1085 del 1988, perché ritiene sussistente un palese contrasto di detta norma con la presunzione assoluta prevista dall'art. 609 *sexies* cod. pen.

Secondo il giudice rimettente, "il principio della responsabilità penale potrebbe ritenersi rispettato solo quando il precetto penale sia formulato in termini tali da garantire il collegamento psichico tra l'agente e il nucleo significativo e fondante della fattispecie, nel quale si risolve il disvalore del fatto incriminato, giustificando così la funzione rieducativa della pena, che ne consegue".

Il giudice rimettente chiede, in particolare, alla Corte di espungere, con una pronuncia ablativa, l'art. 609 *sexies* cod. pen., perché trattasi di una norma priva di tale indefettibile collegamento subiettivo.

---

<sup>6</sup> PADOVANI, *L'intangibilità sessuale del minore degli anni quattordici e l'irrilevanza dell'errore sull'età: una presunzione ragionevole ed una fictio assurda*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1984, pagg. 429 ss.

Eliminata la norma, la materia verrebbe regolata sulla base dei principi generali in materia di dolo ed errore, ai sensi degli artt. 43 e 47 cod. pen. Il che significherebbe, in pratica, escludere la punibilità dell'agente nel caso di errore colposo sull'età della persona offesa (i reati sessuali non prevedono, infatti, l'ipotesi colposa).

La Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile la questione, perché le premesse dell'ordinanza di remissione non era congruenti con le richieste conclusive, ma ciononostante ha dato un importante contributo alla problematica dell'errore, perché fonda la propria decisione sui principi della sentenza 364 del 1988, sottolineando che "l'elemento dell'età deve poter essere collegato all'agente anche dal punto di vista soggettivo, così da rendere la sua condotta espressiva di un 'rimproverabile' contrasto o indifferenza rispetto ai valori sanciti dalla norma incriminatrice".

La colpevolezza non rappresenta solamente un vincolo per il legislatore, ma anche un canone ermeneutico per il giudice, che sarà dunque tenuto ad interpretare la norma come se già contenesse il limite della colpa (<sup>7</sup>), se necessario anche contro il tenore letterale della stessa (<sup>8</sup>), estromettendo dal penalmente rilevante le ipotesi caratterizzate dall'ignoranza inevitabile sull'età del minore offeso.

E proprio in tale ottica la Corte costituzionale torna a parlare di giudizio di inevitabilità, operando - a fini interpretativi - una "curiosa trasmigrazione dell'*error aetatis* dal territorio dell'errore sul fatto a quello dell'ignoranza della legge penale" (<sup>9</sup>).

Essa, infatti, precisa che tale giudizio presuppone un impegno conoscitivo proporzionale all'importanza dei valori che entrano in gioco nel singolo caso concreto.

---

<sup>7</sup> MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., pag. 461.

<sup>8</sup> BASILE, *La colpa in attività illecita: un'indagine di diritto comparato sul superamento della responsabilità oggettiva*, Milano, 2005, pagg. 236 ss.

<sup>9</sup> RISICATO, *L'errore sull'età tra error facti ed error iuris*, cit., pag. 1470.

Detto altrimenti, ciascun individuo è chiamato al massimo sforzo conoscitivo per evitare la lesione di interessi o valori altrui.

Nel caso in esame, ciò significa che l'agente, che si accinga al compimento di atti sessuali con un soggetto che appare di giovane età, debba avere "un impegno conoscitivo proporzionale alla pregnanza dei valori in gioco, il quale non può certo esaurirsi nel mero affidamento nelle dichiarazioni del minore: dichiarazioni che, secondo la comune esperienza, ben possono risultare mendaci, specie nel particolare contesto considerato".

Il giudizio di inevitabilità diventa, quindi, un metro per valutare la condotta dell'agente, per calibrarne l'intensità subiettiva e di conseguenza per segnare il *discrimen* tra la responsabilità dolosa, responsabilità colposa e l'impunità.

E la responsabilità colposa segna, ancora una volta, il confine invalicabile, oltre il quale il giudice deve assolvere.

#### **4. Art. 5 cod. pen.: il portavoce del principio di colpevolezza in ambito europeo.**

La necessità di dare alla legalità un'impronta soggettiva, viene avvertita anche in ambito europeo, specialmente in relazione al panorama di tutela previsto dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (Cedu). Tale Convenzione non fa alcun espresso riferimento al principio di colpevolezza, limitandosi a prevedere il principio di legalità all'art. 7, ma – come avremo modo di rilevare nelle pagine che seguono – i giudici di Strasburgo accoglieranno il principio del "*nullum crimen sine culpa*" in una pronuncia, che rappresenta, da un canto, un importante

*leading case* in materia penale e, dall'altro, la prima condanna a carico dell'Italia per violazione dell'art. 7 Cedu (<sup>10</sup>).

Sarà proprio il "nostro" art. 5 cod. pen. a rappresentare il tramite per consentire alla Corte europea dei diritti dell'uomo di dar voce al principio di colpevolezza.

Ma procediamo con ordine, ricostruendo la vicenda degli "ecomostri baresi".

Il procedimento penale italiano prende le mosse da una sentenza del Giudice per le Indagini Preliminari della Pretura di Bari, che riconosce il reato di lottizzazione abusiva di cui agli artt. 18 e 20 della l. n. 47/1985 (oggi, gli artt. 30 e 44 del Testo unico sull'Edilizia, il D.P.R. n. 380/2001) in capo a tre società costruttrici (Sud Fondi, Iema e Mabar) di alcuni complessi immobiliari situati nella zona di Punta Perotti nel comune di Bari, perché ritiene che i piani di lottizzazione comunale e le concessioni edilizie relative a tale iniziativa edilizia siano illegittimi.

All'esito del processo, il giudice assolve le tre società, difettando – a suo giudizio - l'elemento soggettivo del reato contestato.

La Corte d'Appello di Bari, rovescia la situazione e assolve gli imputati con formula piena, concludendo, invece, per l'insussistenza del fatto, perché riconosce la legittimità degli atti amministrativi.

La Corte di Cassazione riconferma, invece, le statuizioni del giudice di primo grado e ritiene che gli imputati siano incorsi in un errore scusabile nell'interpretazione delle norme urbanistiche.

Li assolve, pertanto, sulla base dell'art. 5 cod. pen., ma ritiene applicabile la confisca urbanistica di cui all'art. 19 l. n. 47/1985 (oggi, art. 44 Testo unico sull'Edilizia), ritenuta secondo la costante giurisprudenza, uno strumento amministrativo applicabile in presenza

---

<sup>10</sup> MAZZACUVA, *Un "hard case" davanti alla Corte europea: argomenti e principi nella sentenza su Punta Perotti*, in *DPP* 2009, n. 12, pagg. 1540 ss.; BALSAMO-PARASPORO, *La Corte europea e la confisca contro la lottizzazione abusiva: nuovi scenari e problemi aperti*, in *CP* 2009, pagg. 3183.

dei requisiti oggettivi del reato di lottizzazione abusiva, anche nel caso di assoluzione degli imputati.

Le tre società fanno ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo, perché ritengono che sia stato violato l'art. 7 della Convenzione.

Esse, in particolare, lamentano il fatto che sia stata loro applicata una pena, benchè il carattere abusivo della lottizzazione non fosse "previsto dalla legge".

Tale situazione, a loro detta, era stata peraltro confermata dalla sentenza della Corte di Cassazione, che aveva riconosciuto che gli imputati si erano trovati in una situazione di "ignoranza inevitabile" dovuta alla legislazione regionale oscura, all'effettivo ottenimento dei permessi di costruire e alle continue rassicurazioni ricevute dalle autorità locali.

La Corte europea dei diritti dell'uomo, dopo aver riconosciuto la natura penale (e non amministrativa) dello strumento applicato, accoglie il ricorso nel merito, dando per la prima volta ingresso al principio di colpevolezza <sup>(1)</sup>, che fino a quel momento non era stato adeguatamente contemplato dalla Convenzione.

La prassi della giurisprudenza, in relazione al profilo soggettivo dell'illecito penale, confermava anzi la possibilità che, all'interno di un ordinamento nazionale, potesse essere sanzionata penalmente la commissione di un fatto senza che vi fosse la necessità dell'accertamento del coefficiente soggettivo minimo <sup>(2)</sup>.

---

<sup>11</sup> Sentenza in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int); traduzione italiana in [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it)

<sup>12</sup> Vedi in particolare la sentenza Salabiaku contro Francia, 7 ottobre 1988, ove si legge che "gli Stati contraenti restano liberi, in teoria, di reprimere penalmente un atto compiuto al di fuori dell'esercizio normale di uno dei diritti protetti dalla Convenzione [...] e pertanto di definire gli elementi costitutivi di un simile reato. Essi possono in particolare, sempre in teoria e a certe condizioni, rendere punibile un fatto materiale o oggettivo in sé considerato, che derivi o meno da un'intenzione delittuosa o da una negligenza". Per tale citazione, vedi NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006, pag. 83, nota 127.

Il punto di partenza delle valutazioni della Corte nella sentenza Sud Fondi contro Italia è rappresentato dall'art. 7 Cedu (<sup>13</sup>), il quale sancisce, al primo comma, che “nessuno può essere condannato per una azione od omissione che, nel momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto nazionale o internazionale. Allo stesso tempo non può essere inflitta una pena più grave di quella che sarebbe stata applicata al tempo in cui il reato è stato commesso”.

Ai sensi della Corte di Strasburgo, è ‘legge’ quella regola di giudizio che sia accessibile e prevedibile sia sotto il profilo delle fonti legali, che sotto il profilo della relativa giurisprudenza (<sup>14</sup>).

La garanzia della legalità viene soddisfatta solamente quando tale regola sia conoscibile e prevedibile dal destinatario. Un'applicazione legislativa e giurisprudenziale imprevedibile equivale ad un'applicazione in assenza di legge (<sup>15</sup>).

Cogliendo il collegamento sistematico tra principio di legalità e principio di colpevolezza, un principio non codificato nella Convenzione, ma che rappresenta un baluardo garantista di tutti gli ordinamenti europei, i giudici di Strasburgo evidenziano che la sanzione penale debba essere supportata dal necessario riscontro dell'elemento psicologico.

Essi ritengono, in particolare, che “l'articolo 7 non menziona espressamente un legame morale tra l'elemento materiale del reato ed il presunto autore. Ciò nonostante, la logica della pena e della punizione così come la nozione di guilty (nella versione inglese) e la nozione corrispondente di “personne coupable” (nella versione francese) sono nel senso di un'interpretazione dell'articolo 7 che esiga, per punire, un

---

<sup>13</sup> BERNARDI, *Art. 7 Cedu. Nessuna pena senza legge*, in BARTOLE-CONFORTI-RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, pagg. 249 ss.; HARRIS, O'BOYLE & WARBRICK, *Law of the European Convention on human rights*, Oxford, 2009, pagg. 331 ss.; NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, cit., pagg. 56 ss.

<sup>14</sup> BERNARDI, *Art. 7 Cedu*, cit., pag. 253.

<sup>15</sup> MAZZACUVA, *Un “hard case” davanti alla Corte europea*, cit., pagg. 1542, 1543.

legame di natura intellettuale (coscienza e volontà) che permetta di rilevare un elemento di responsabilità nella condotta dell'autore materiale del reato. In caso contrario, la pena non sarebbe giustificata. Sarebbe del resto incoerente, da una parte, esigere una base legale accessibile e prevedibile e, dall'altra, permettere che si consideri una persona come 'colpevole' e 'punirla' quando essa non sia in grado di conoscere la legge penale, a causa di un errore insormontabile che non può assolutamente essere imputato a colui o colei che ne è vittima".

Il principio di colpevolezza mira, dunque, a garantire ai consociati libere scelte d'azione, sulla base di una valutazione anticipata ("calcolabilità") delle conseguenze giuridico-penali delle proprie condotte.

Tale condizione verrebbe meno, ove all'agente fossero imputati accadimenti estranei alla sua consapevole sfera di dominio, perché non solo non voluti e non rappresentati, ma nemmeno prevedibili ed evitabili.

La coscienza e volontà di violare la legge penale nel caso di specie mancava, perché la base legale del precetto non rispondeva, al momento della commissione del fatto, ai criteri di accessibilità e prevedibilità. I ricorrenti, che quindi versavano in un errore inevitabile, non potevano in alcun modo prevedere che sarebbe loro stata inflitta una sanzione.

Detto altrimenti, l'abusività della lottizzazione poteva ritenersi effettivamente non prevista dalla legge, poichè la norma dispone che tale sanzione venga applicata anche in assenza di una condanna e dunque in assenza (indipendentemente) della prevedibilità del precetto.

Se il quadro legislativo non permette di conoscere il senso e la portata della legge penale, perchè lacunoso non soltanto rispetto alle condizioni generali di qualità della legge, ma anche rispetto alle esigenze specifiche della legalità penale, non potrà essere mosso un rimprovero

di colpevolezza, perché è imprescindibile l'affermazione di responsabilità soggettiva ai fini dell'applicazione della sanzione penale. In Italia, ed ora anche in Europa.

## BIBLIOGRAFIA

ALESSANDRI, Alberto, *Commento all'art. 27, co. 1° Cost.*, in AA.VV., *Commentario della Costituzione, Artt. 27-28, Rapporti civili*, a cura di BRANCA e PIZZORUSSO, Bologna, 1991.

ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XVI ed. aggiornata e integrata, a cura di CONTI, Luigi, Milano, 2003.

ID., *La buona fede nelle contravvenzioni*, in *Scritti di diritto penale*, Milano, 1955, pagg. 343 ss.

ARIOLLI, Giovanni, *L'ignoranza dell'età della vittima nell'ambito dei delitti contro la libertà sessuale: un necessario contemperamento tra il principio di colpevolezza e le esigenze di tutela dell'intangibilità sessuale dei soggetti più deboli*, in *Cass. Pen.* 2008, fasc. I, pagg. 30 ss.

BARTOLI, ROBERTO, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino, 2005.

BASILE, Fabio, *La colpa in attività illecita: un'indagine di diritto comparato sul superamento della responsabilità oggettiva*, Milano, 2005.

ID., *Localismo e non neutralità culturale del diritto penale 'sotto tensione' per effetto dell'immigrazione*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* ([www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), settembre 2008.

ID., *Immigrazione e reati culturalmente motivati, Il diritto penale nelle società multiculturali europee*, Milano, 2008.

ID., *Immigrazione e reati culturalmente motivati, Il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010.

BATTAGLINI, Ernesto, *Errore sulla legge diversa dalla legge penale*, in *GP* 1933, II, pagg. 1188 ss.

BAUMANN, Jürgen, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Ein Lehrbuch*, 8. überarbeitete Auflage, unter Mitwirkung von Ulrich Weber, Bielefeld-Giesecking, 1977.

BELFIORE, Elio R., *Brevi note sul problema della scusabilità dell'«ignorantia legis*, in *FI* 1995, II, pagg. 154 ss.

ID., Elio R., *Contributo alla teoria dell'errore in diritto penale*, Torino, 1997.

BELLI, Stefano, *Ignoranza scusabile della legge penale*, in *Studium iuris* 2003, fasc. 2, pagg. 253 ss.

BERNARDI, Alessandro, *Art. 7 Cedu. Nessuna pena senza legge*, in BARTOLE-CONFORTI-RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001.

ID., *Modelli penali e società multiculturale*, Torino, 2006.

BETTIOL, Giuseppe, *Diritto penale*, Padova, 1982.

BINDA, Maria, *Commento all'art. 5*, in *Codice penale commentato*, in DOLCINI-MARINUCCI (a cura di), vol. I, II ed., Milano, 2006, pagg. 121 ss.

BINDING, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung*, vol. III, Leipzig, 1918.

ID., *Die Normen und ihre Übertretung*, Leipzig, 1916.

BRICCHETTI, Renato, *Il principio di colpevolezza è a rischio se si nega rilievo all'errore inevitabile*, in *GalD* 2007, fasc. 38, pagg. 71, 72.

BRICOLA, Franco, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965.

CADOPPI, Alberto, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di "ignorantia legis"*, in *FI* 1991, II, pagg. 415 ss.

ID., *La nuova configurazione dell'art. 5 c.p. ed i reati omissivi propri*, in *STILE* (a cura di), *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, Bologna, 1989.

CALABRIA, Arianna, *Delitti naturali, delitti artificiali ed ignoranza della legge penale*, in *Indice Penale* 1991, pagg. 35 ss.

CALLEGARI, Silvia, *Errore sul precetto*, in *Studium iuris* 2006, fasc. 5, pagg. 608 ss.

CAMILLETTI, Francesco, *Sulla buona fede nella partecipazione ad attività di giuoco o scommessa abusivamente esercitata*, in *GM* 1999, pagg. 1030 ss.

CAMMARATA, Angelo E., *Sul fondamento del principio «ignorantia iuris non excusat»*, in *Riv. inter. filos. dir.* 1928, pagg. 327 ss., ora in *Formalismo e sapere giuridico*, Milano, 1963.

CARRARA, Francesco, *Della ignoranza come scusa*, in *Opuscoli di diritto criminale*, VII, V ed., Firenze, 1911.

CARCANO, Francesca, *L'adempimento dell'onere informativo necessario per rendere scusabile l'errore sulla legge penale*, in CP 2008, fasc. 6, pagg. 2407-2408.

CAVANNA, Adriano, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, I, Milano, 2000.

CONTI, Ugo, *Codice penale illustrato articolo per articolo*, vol. I, Milano, 1934.

CORBETTA, Stefano, *Ignoranza della legge penale: quando è scusabile*, in DPP 2002, fasc. 6, pag. 718.

COVIELLO, Leonardo, *Ignoranza o errore di diritto*, in Riv. Crit. Dir. Giur. 1904, pagg. 721 ss.

CRAMER-STERNBERG LIEBEN, § 17, in SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 27. Auflage, München, 2006.

CRESPI, Alberto - FORTI, Gabrio - ZUCCALÀ, Giuseppe, *Commentario breve al codice penale, Commento all'art. 5 c.p.*, V ed., Padova, 2008.

CRISTIANI, Antonio, *Profilo dogmatico dell'errore sulla legge extrapenale*, 1955, Pisa.

D'AMICO, Marilisa, *Commentario alla Costituzione* (a cura di BIFULCO-CELOTTO-OLIVETTI), vol. I, Artt. 1-54, Torino, 2006.

DE MARSICO, Alfredo, *Coscienza e volontà nella nozione del dolo*, Napoli, 1930.

DI SALVO, Emanuele, *Art. 5*, in LATTANZI-LUPO, *Codice Penale, Rassegna di giurisprudenza e di dottrina, vol. I, La legge penale e le pene. Il reato, Libro I, Artt. 1-84*, Aggiornamento 2000-2004, Milano, 2005.

DOLCINI, Emilio, *Responsabilità oggettiva e principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2000, fasc. 3, pagg. 863 ss.

DONINI, Massimo, *Il delitto contravvenzionale, 'Culpa iuris' e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra*, Milano, 2003.

ENGELMANN, Woldemar, *Irrtum und Schuld nach der italienischen Lehre und Praxis des Mittelalters. Ein Lehrgeschichtlicher Nachweis und Beitrag zur Klärung der strafrechtlichen Zurechnungslehre*, Berlin, 1922.

FERRINI, Contardo, *Diritto penale romano. Teorie generali*, Milano, 1899.

ID., *Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano* (diretta da PESSINA), Milano, 1902.

FIANDACA, Giovanni - MUSCO, Enzo, *Diritto penale. Parte generale*, V ed., Bologna, 2007.

FIANDACA, Giovanni, *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: «prima lettura» della sentenza n. 364/1988 (nota a C. Cost., 24.3.1988 n. 364)*, in *FI*, 1988, I, pagg. 1385 ss.

FLORA, Giovanni, *Commento all'art. 5*, in *Commentario breve al codice penale. Complemento giurisprudenziale*, a cura di CRESPI-FORTI-ZUCCALÀ, IX ed., Padova, 2008, pagg. 53 ss.

ID., voce *Errore*, in *Digesto delle Discipline Penalistiche*, vol. IV, IV ed., Torino, 1990, pagg. 255 ss.

FORNASARI, Gabriele, *Buona fede e delitti: limiti normativi dell'art. 5 c.p. e criteri di concretizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1987, pagg. 459 ss.

FRANK, Reinhard, *Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich*, 4. Auflage, Leipzig, 1903.

ID., *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, (herausgegeben und erläutert von), 16. vielfach umgearbeitete Auflage, 1925, Tübingen.

FROSALI, Raoul Alberto, *Errore (dir. pen.)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, VI, Torino, 1960, pag. 672 ss.

ID., *Sistema penale italiano*, I, Torino, 1958.

GIUNTA, Fausto, *Commento all'art. 5*, in *Codice penale*, a cura di Padovani, Tullio, IV ed., Milano, 2007, pagg. 56 ss.

GLANDIEN, Ralf, *Der Verbotsirrtum im Ordnungswidrigkeitenrecht und im Nebenstrafrecht*, 2000.

GOLTDAMMER, Theodor, *Die Materialien zum Straf-Gesetzbuche für die Preussischen Staaten*, Teil I, Berlin, 1851.

GRÜNEWALD, Anette, *Tötungen aus Gründen der Ehre*, in *NStZ* 2010, pagg. 1 ss.

HARRIS, David - O'BOYLE, Michael - & WARBRICK, Colin, *Law of the European Convention on human rights*, Oxford, 2009.

HARRO, Otto, *Mittelbare Täterschaft und Verbotsirrtum*, in *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Berlin-New York, 2001, pagg. 483 ss.

HASSEMER, Winfried, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, Frankfurt am Main, 1973.

HERZBERG, Rolf Dietrich, *Vorsatzausschliessende Rechtsirrtümer*, in *JuS* 2008, pagg. 385 ss.

HORN, Eckhard, *Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit, Eine systematische Grundlagenanalyse der Schuldtheorie*, Berlin, 1969.

JANNITTI PIROMALLO, Alfredo, *Corso di diritto criminale, Esposizione sistematica delle norme del nuovo codice penale*, Roma, 1930.

JASONNI, Massimo, *Contributo allo studio della "ignorantia juris" nel diritto penale canonico*, Milano, 1983.

JESCHECK, Hans-Heinrich, *L'errore di diritto nel diritto penale tedesco e italiano*, in *Indice Penale* 1988, pagg. 185 ss.

JOECKS, Wolfgang, § 17, in *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, §§ 1-51, Band I, München, 2003.

KIRCH HEIM, Claudio - SAMSON, Erich, *Vermeidung der Strafbarkeit durch Einholung juristischer Gutachten*, in *Wistra* 2008, pagg. 81 ss.

KOHLRAUSCH, Eduard, *Deutsches Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 2. Auflage, (besorgt von LANGE), Berlin, 1949.

KOHLSCHÜTTER, Hans, *Die strafrechtstheoretische Lösung der Fälle des indirekten Verbotsirrtums*, 2. Auflage, 1989.

KÜHL, Kristian, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 6. neu bearbeitete Auflage, München, 2008.

ID. (bearbeitet von), *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 26. neu bearbeitete Auflage, München, 2007.

LAUBENTHAL, KLAUS - BAIER, Helmut, *Durch die Ausländereigenschaft bedingte Verbotsirrtümer und die Perspektiven europäischer Rechtsvereinheitlichung*, in GA 2000, pagg. 205 ss.

*Lavori Preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. V, *Progetto definitivo di un nuovo codice penale con la relazione del Guardasigilli on. Alfredo Rocco, Parte I, Relazione sul Libro I del Progetto*, Roma, 1929.

LEONE, Giovanni, *Punti fermi e punti di discussione della prossima riforma del codice penale italiano (conferenza tenuta all'Università di Alessandria d'Egitto il 26 marzo 1964)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1966, pagg. 7 ss.

LOSAPIO, Mauro Domenico, *Commento all'art. 5 cod. pen.*, in LATTANZI-LUPO, *Codice Penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, vol. I, *La legge penale e le pene*, libro I, Artt. 1-38, Milano, 2000.

LÖW, Christine, *Die Erkundigungspflicht beim Verbotsirrtum nach § 17 StGB*, Frankfurt am Main, 2002.

LUCCHINI, Luigi, *Reato e delinquente in generale nel progetto del codice penale italiano*, in *Riv. pen.* 1885, pagg. 287 ss.

LÜDERSSEN, Klaus, *Irrtum und Prävention*, in *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Berlin-New York, 2001, pagg. 457 ss.

MAGGIORE, Giuseppe, *Ignoranza (dir. pen.)*, in *Novissimo Digesto*, vol. VI, 1938, pagg. 656 ss.

MALINVERNI, Alessandro, *Reati valutari: problemi attuali*, Milano, 1978.

MANTOVANI, Ferrando, *Diritto penale. Parte generale*, VI ed., Padova, 2009.

ID., *Ignorantia legis scusabile e inexcusabile*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1990, I, pagg. 379 ss.

MANZINI, Vincenzo, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. II, ristampa II ed. accresciuta e perfezionata, Torino, 1926.

ID., *Trattato di diritto penale italiano*, vol. II, V ed. aggiornata dai professori Nuvolone e Pisapia, vol. II (a cura del prof. Pisapia), Torino, 1981.

ID., *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965.

MARINUCCI, Giorgio - DOLCINI, Emilio, *Corso di diritto penale, Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità; il reato: nozione, struttura e sistematica*, III ed., Milano, 2001.

ID., *Manuale di Diritto Penale. Parte generale*, III ed., Milano, 2009.

MAYER, Max Ernst, *Rechtsnormen und Kulturnormen*, Breslau (ristampa Francoforte-Tokyo), 1903.

MAZZACUVA, Francesco, *Un "hard case" davanti alla Corte europea: argomenti e principi nella sentenza su Punta Perotti*, in *DPP* 2009, n. 12, pagg. 1540 ss.

MAZZOLA, Luisa, - MUCCIARELLI, Francesco, *L'art. 5 del codice penale: problemi applicativi*, in *Il Foro Ambrosiano* 1999, fasc. 3, pagg. 376 ss.

MERKEL, Adolf, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Stuttgart, 1889.

MOMMSEN, Theodor, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899.

MONTI, Silvio, *In tema di concessione edilizia illegittima e "buona fede" nelle contravvenzioni*, in *CP* 1982, pagg. 82 ss.

MUCCIARELLI, Francesco, *Errore e dubbio dopo la sentenza della Corte costituzionale 364/1988*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1996, fasc. 1, pagg. 223 ss.

MÜLLER-MAGDEBURG, Cornelia, *Die Abgrenzung von Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Blankettnormen*, 1998.

NAUCKE, Wolfgang, *Staatstheorie und Verbotsirrtum*, in *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Berlin-New York, 2001, pagg. 503 ss.

NEUMANN, Ulfrid, *Der Verbotsirrtum*, in *JuS* 1993.

NICOSIA, Emanuele, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006.

ORTOLAN, Joseph Louis Elzèar, *Eléments de Droit Pénal*, Paris, 1859.

OSSERVAZIONI E PROPOSTE SUL PROGETTO PRELIMINARE DI UN NUOVO CODICE PENALE, *Lav. Prep.*, vol. III, Parte 1: Art. 1-80, Roma, 1928, pagg. 165 ss.

PADOVANI, Tullio, *Diritto penale*, IX ed., Milano, 2008.

ID., *L'intangibilità sessuale del minore degli anni quattordici e l'irrilevanza dell'errore sull'età: una presunzione ragionevole ed una fictio absurda* (nota a C. Cost., 30.6.1983 n. 209), in *Riv. it. proc. pen.* 1984, pagg. 429 ss.

ID., *L'ignoranza inevitabile sulla legge penale e la declaratoria d'incostituzionalità parziale dell'art. 5 cod. pen.*, in *LP* 1988, pagg. 449 ss.

ID., *Spunti giurisprudenziali sulla coscienza dell'illiceità come elemento del dolo*, in *CP* 1977, pagg. 580 ss.

PALAZZO, Francesco, *Corso di diritto penale. Parte generale*, III ed., Torino, 2008.

ID., *Il problema dell'ignoranza della legge penale nelle prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1975, pagg. 777 ss.

ID., *Ignoranza della legge penale*, in *Digesto delle Discipline Penalistiche*, VI, IV ed., Torino, 1992, pagg. 122 ss.

PALIERO, Carlo Enrico, *"Minima non curat praetor". Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985.

PAOLO (attribuito a), *De iuris et facti ignorantia*, in DIGESTO 22, 6, L. 9 PR.

PENSO, Girolamo, *Ignoranza ed errore nel diritto penale*, Messina, 1936.

PETROCELLI, Biagio, *La colpevolezza*, III ed. riveduta, Padova, 1955.

PFEIFFER, Gerd – MAUL, Heinrich - SCHULTE, Benno, *Strafgesetzbuch, Kommentar an Hand der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes*, Essen, 1969.

PITTARO, Paolo - GIALUZ, Mitja, *Commentario breve alla Costituzione* (a cura di BARTOLE-BIN), II ed., Padova, 2008.

PROGETTO PRELIMINARE DI UN CODICE PENALE, *Lav. Prep.*, vol. II, Roma, agosto 1927.

PROGETTO DI RIFORMA DEL CODICE PENALE PROMOSSO DALLA COMMISSIONE PISAPIA, in [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it).

PROVERBIO, Davide, *Commento all'art. 609 sexies cod. pen.*, in MARINUCCI-DOLCINI (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 2006, pagg. 4250 ss.

PUCCIONI, Giuseppe, *Codice Penale Toscano illustrato sulla scorta delle fonti del diritto e della giurisprudenza*, vol. I, Pistoia, 1855.

PULITANÒ, Domenico, *Commento all'art. 5*, in *Commentario breve al codice penale*, a cura di Crespi, Zuccalà e Forti, V ed., Padova, 2008, pagg. 28 ss.

ID., *Commento all'art. 47*, in *Commentario breve al codice penale*, a cura di Crespi, Zuccalà e Forti, V ed., Padova, 2008, pagg. 176 ss.

ID., *Diritto penale*, III ed., Torino, 2009.

ID., *Ignoranza (dir. pen.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XX, Milano, 1970, pagg. 23 ss.

ID., *Ignoranza della legge (dir. pen.)*, in *Enciclopedia del diritto-aggiornamento*, I, Milano, 1997, pagg. 615 ss.

ID., *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976.

ID., *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza* (nota a C. Cost., 24.3.1988 n. 364), in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1988, I, pagg. 686 ss.

RELAZIONE DEL GUARDASIGILLI AL PROGETTO DEFINITIVO DEL CODICE PENALE, *Lav. Prep.*, vol. V, Parte 1: *Relazione sul Libro I*, Roma, 1929.

RISICATO, Lucia, *L'errore sull'età tra error facti ed error iuris: una decisione "timida" o "storica" della Corte Costituzionale?*, in *DPP* 2007, pagg. 11 ss.

ROMANO, Mario, *Commentario sistematico del codice penale, art. 1-84*, III ed. rinnovata e ampliata, Milano, 2004.

RONCO, Mauro, *Ignoranza della legge (dir. pen.)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XV, Roma, 1989, pagg. 8 ss.

ROOS, Christoph, *Die Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums nach § 17 StGB im Spiegel der BGB-Rechtsprechung*, Berlin, 2000.

ROXIN, Claus, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4. vollständig neu bearbeitete Auflage, München, 2006.

RUDOLPHI, Hans-Joachim, *Unrechtsbewusstsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums*, Göttingen, 1969.

ID., § 17, in RUDOLPHI-HORN-GÜNTHER, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (SK StGB)*, 37. Lieferung, 7. Auflage (Oktober 2002).

SALTELLI, Carlo - ROMANO DI FALCO, Enrico, *Commento teorico-pratico del codice penale*, vol. I, Artt. 1-84, III ed. riveduta ed ampliata, Roma, 1930.

SCHÖNKE, Adolf - SCHRÖDER, Horst, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 27. Auflage, München, 2006.

SCHRÖDER, Friedrich Christian, *Vorsatz und Schuld*, in MDR 50, pagg. 650 ss.

SGUBBI, Filippo, *Il reato come rischio sociale*, Bologna, 1990.

SPASARI, Mario, *Diritto penale e Costituzione*, Milano, 1966.

STORTONI, Luigi, *L'introduzione nel sistema penale dell'errore scusabile di diritto: significati e prospettive*, in Riv. it. dir. proc. pen. 1988, pagg. 83 ss.

SVAMPA, Alfonsina, *L'articolo 5 c.p.: recenti orientamenti giurisprudenziali*, in Arch. Pen. 1995, Ed. Scientifiche Italiane, Napoli, pag. 47.

TARTARA, Valeria, *Commento all'art. 19 l. 194/1978*, in DOLCINI-MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, vol. II, II ed., Milano, 2006, pagg. 5295 ss.

TASSINARI, Davide, *Note a margine del principio di scusabilità/inevitabilità dell'ignoranza della legge penale a venti anni dalla sua introduzione ad opera della Corte costituzionale*, in DE FRANCESCO-PIEMONTESE-VENAFRO (a cura di), *La prova dei fatti psichici*, Torino, 2010.

TISCHLER, Werner Georg, *Verbotsirrtum und Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, Dogmengeschichte eines Abgrenzungsproblems*, Berlin, 1984.

TORRE, Giovanna, *Errore sul precetto e Verbotsirrtum: un'uguale disciplina? (Analisi dell'errore sul divieto nel codice penale tedesco)*, in *Indice Penale 1996*, pagg. 186 ss.

TRÖNDLE, Herbert - FISCHER, Thomas, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 54. Auflage, München, 2007.

UCCELLA, Fulvio, *L'ignoranza inevitabile in diritto penale: note minime sulle prime applicazioni della Corte di Cassazione*, in *CP 1993*, pagg. 1721 ss.

VALERIUS, Brian, *Das globale Unrechtbewusstsein. Oder: zum Gewissen in Internet*, in *NStZ 2003*, pagg. 341 ss.

VASSALLI, Giuliano, *L'inevitabilità dell'ignoranza della legge penale come causa generale di esclusione della colpevolezza (nota a C. Cost., 24.3.1988 n. 364)*, in *GCost 1988, II*, pagg. 3 ss.

ID., *Sulla legittimità costituzionale della responsabilità penale obiettiva per fatto proprio* (nota a C. Cost., 8.7.1957 n. 107), in *GCost* 1957, pagg. 1005 ss.

VINCIGUERRA, Sergio (a cura di), *Il codice penale tedesco*, II ed. aggiornata al 1. gennaio 2003, in *Casi, fonti e studi per il diritto penale*, Serie II, *Le fonti*, volume XXI, Padova, 2003.

VIZZARDI, Matteo, *Ignoranza dell'età della persona offesa e principio di colpevolezza* (nota a C. Cost., 24.7.2007 n. 322), in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2008, fasc. 3, pagg 1351 ss.

VOGEL, Joachim, § 17 *Verbotsirrtum*, in *Leipziger Kommentar, StGB-Grosskommentar*, herausgegeben von Laufhütte, Rissing-Van Saan, Tiedemann, 12. Auflage, Band I, Einleitung §§ 1-31, Berlin, 2006.

VOLTERRA, Edoardo, *Osservazioni sull'ignorantia iuris nel diritto penale romano*, in *BIDR* 1930, 38, pagg. 75 ss.

VON LISZT, Franz, *Lehrbuch des deutschen Strafrecht*, XXIII ed., Leipzig, 1921.

WELZEL, Hans, *Das deutsche Strafrecht*, 10. Auflage, Berlin, 1967.

ZABEL, Benno, *Aktuelle Begründungs-und Anwendungsprobleme in der Dogmatik zu § 17 StGB*, in *GA* 2008, pagg. 33 ss.

ZAGREBELSKY, Vladimiro – MANES, Vittorio, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, in *Quaderni di diritto penale comparato, internazionale ed europeo*, Milano, 2011.

ZILLETI, Ugo, *La dottrina dell'errore nella storia del diritto romano*, Milano, 1961.