

INTRODUZIONE

L'ambizioso intento di questo scritto ben può riassumersi nel tentativo di gettare sull'illecito criminale uno sguardo prospettico, che sia dotato di quella connotazione, efficacemente definita come «coralità»¹ del torto penale. Lungi dal voler accostare sinteticamente, ovvero *asetticamente*, le diverse categorie dogmatiche attorno a cui ruota la figura del reato putativo, invero, si è cercato di metterne a fuoco le variegate declinazioni, troppo a lungo dalla *scientia iuris* taciute. Ciò che fin da subito balza agli occhi del profano è la significativa simbolicità (*rectius*: iconograficità) della figura in esame: in poche battute, essa racchiude imprescindibili assiomi nella duplice direzione dell'elemento obiettivo e di quello soggettivo.

Nondimeno, è oramai un luogo comune, non costituendo più oggetto di discussione alcuna, che la disciplina del reato putativo non sia altro che una mera riproposizione del principio di legalità di cui all'art. 1 dell'attuale codice vigente. A questa radicale affermazione consegue logicamente il delineamento dell'art. 49, comma primo, c.p. come norma deliberatamente pleonastica, pertanto scevra da qualsiasi approfondimento critico. Difatti, la previsione della non punibilità in virtù della «supposizione erronea che esso costituisca reato» costituirebbe un'evidenza nell'ipotesi dell'errore sul precetto, tant'è che gli altri ordinamenti penali non hanno minimamente avvertito la necessità di una sua esplicita disciplina.

Non appena si volge lo sguardo alla seconda ipotesi prevista dall'art. 49, comma primo, c.p., è *ictu oculi* percepibile la ragion d'essere della disposizione. Fonte di inesauribili problemi ermeneutici il reato putativo per errore sul fatto si qualifica per essere un *unicum* nostrano, del tutto sconosciuto nel panorama giuridico europeo. La sua contiguità con gli istituti del reato impossibile e del delitto tentato implica un pesante onere in capo all'interprete, il quale deve farsi strada nell'impervio sentiero della perenne dialettica tra repressione e prevenzione, tra istanze oggettivistiche e

¹ Sic., G. CARUSO, *La cd. causalità della colpa nel prisma dell'offensività del torto penale*, in *Studi in onore di Mauro Ronco*, E. M. AMBROSETTI (a cura di), Torino, Giappichelli, 2017, 229.

soggettivistiche, donde l'importanza cruciale dell'istituto sul piano della rilevanza penale.

Invero, sulla scorta dell'impostazione mista oggettiva-soggettiva² del sistema delineato dal codice del 1930, il legislatore non avrebbe potuto prevedere soluzione normativa differente, pena la sua inammissibilità sul piano della coerenza logico-sistematica. Dichiarare punibile il fatto in cui vi è la confluenza della *voluntas* colpevole di un reato con un sostrato oggettivo del tutto lecito penalmente avrebbe significato mettere in discussione l'intera impalcatura codicistica. Dunque, la chiave di volta per comprendere la pregnanza del reato putativo sta precipuamente nel rilievo che la sua disciplina non sarebbe stata l'unica astrattamente possibile nel ventaglio di soluzioni prospettabili: il riconoscimento della preminenza del dato oggettivo, a discapito della valorizzazione della colpevolezza *in re ipsa*, rappresenta una chiara opzione di politica criminale, della cui portata garantistica non è lecito dubitare. La portata dichiarativa della disposizione non può dunque essere bollata come norma *ad abundantiam*, stanti gli snodi critici appena rilevati.

Al momento di licenziare l'opera sembra profilarsi l'opportunità di riassumerne talune caratteristiche, le quali in gran parte verranno sviscerate lungo i precipui capitoli della trattazione.

Tale è innanzitutto il riguardo dedicato nell'intero primo capitolo ai fondamenti storici dell'istituto del reato putativo, trovante solide basi tanto nel principio di legalità, quanto in quello di materialità. Prima parte della disamina, che non si ponga come un formale esordio di esposizione della materia, ma piuttosto, come culmine di un *iter* storico, nonché storiografico, che permetta di valorizzare le diverse soluzioni di politica criminale apprestate dai sistemi penali nel corso dei secoli. Quando si deve punire? Il vaglio critico delle variegate risposte ad un tale quesito fornisce l'esatta misura dell'importanza dell'istituto in parola.

Che il diritto penale possa essere compreso a pieno solamente attraverso uno scrutinio del passato, non deve esser considerata un'asserzione di convenienza. Gli istituti cardine di politica criminale sono concepibili per il tramite di una lente retrospettiva, giacché essa permette di cogliere il filo continuo delle scelte normative:

² Tale nomenclatura si deve a P. NUVOLONE, *I fini e i mezzi nella scienza penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1948, 50-51. *Conforme*, M. TRAPANI, *La divergenza tra il «voluto» e il «realizzato»*, Torino, Giappichelli, 2003, 5.

a ben vedere, «non v'è spazio né per una tradizione cristallizzata, né per un presente capace di trovare solo al proprio interno la spiegazione del suo essere»³. L'importanza di questo asserto viene spesso dimenticata da chi si accinge allo studio della materia, i quali sembrano affrontare asetticamente la disamina nella norma, dando adito a pensare le origini storiche della stessa siano oramai sprofondate nell'oblio.

La valorizzazione del groviglio concettuale ad essa sotteso avviene, piuttosto, facendo tesoro del proliferato dibattito scientifico che pone le sue fondamenta in tempi molto lontani. Fin dall'epoca dei Romani, periodo storico di cui è rinomata la preminenza privatistica degli affari sociali, ci si domanda quale sia la soglia minima che legittimi l'intervento statale: il *fil rouge* lungo cui scorre la trattazione, inevitabilmente, farà perno sul regime sanzionatorio adottato, nel corso dei secoli, dai vari ordinamenti giuridici con riguardo al conato, la cui disciplina indica chiaramente l'orientamento in senso repressivo o preventivo del sistema a cui appartiene.

Una tale impostazione sembra essere particolarmente soddisfacente sul piano ermeneutico per un duplice ordine di motivi. Da un lato, ci si propone di vivificare la spesso mortificata prospettiva storica, di modo che possa esserle tributata la dovuta preminenza. Dall'altro, un tale approfondimento preliminare si rende propedeutico alla soluzione delle questioni attinenti al diritto positivo vigente e, soprattutto, alla smentita dello scetticismo caratterizzante l'opinione comune sovra esposta.

Il secondo capitolo è deputato ad una preliminare acquisizione di contenuti chiarificatori in ordine alle nozioni, cui si farà riferimento nel cuore della trattazione. *In primis*, ci si soffermerà sul dibattito penalistico nazionale, ma anche internazionale, negli anni che precedettero all'emanazione del codice Rocco, dal quale emerge la tendenza ad un decisivo ampliamento dell'area del penalmente rilevante: tale attitudine trova pieno riscontro nella dilatazione del perimetro di punibilità del tentativo, nel quale viene ricompreso altresì quello inidoneo. La *littera legis* dell'art. 49, comma primo, c.p., ben può essere descritta come frutto delle conclusioni cui era pervenuta la dottrina degli anni '30, dopo aspri dibattiti: sia sufficiente accennare all'originario intendimento del legislatore di sottoporre il reato putativo per errore di fatto alla misura di sicurezza, prevista altresì per la limitrofa figura del reato impossibile.

Tanto basta a rilevare che «la diversa disciplina infine adottata nei primi due

³ In tal senso, S. SEMINARA, *Il delitto tentato*, Milano, Giuffrè, 2012, XXIII.

commi dell'art. 49 c.p. costituisce un'eredità che ancora oggi ci trasciniamo, priva di qualsiasi riscontro a livello internazionale.

Sembrerà lapalissiano rilevare che la disamina del sistema punitivo non possa prescindere dall'insieme dei principi costituzionali che lo governano: per quanto più da vicino ci interessa, viene in rilievo il referente costituzionale del *nullum crimen sine lege ex art. 25 Cost.*, comma secondo, ai sensi del quale la commissione di un fatto che non integra alcuna fattispecie incriminatrice non può portare all'applicazione di una pena, anche laddove l'agente ritenga di aver violato una norma penale. Il singolo consociato, evidentemente, non è dotato di una prodigiosa prerogativa per la quale, sia in grado di trasformare in reato ciò che reato non è.

Nel solco della trattazione non ci si poteva altresì esimere dall'analizzare altresì il postulato fondante la connotazione oggettiva del nostro ordinamento, quello del *cogitationis poenam nemo patitur*, in virtù del quale l'opinione d'illiceità dell'agente circa la corrispondenza del proprio agire ad una fattispecie d'illecito, non può assumere alcuna rilevanza, ove il fatto non presenti il requisito della corrispondenza al tipo, così come delineato, a monte, dal legislatore. Sul fondamento normativo del principio di materialità, come limite negativo per lo Stato nel sanzionare la nuda *cogitatio* malevola, si è a lungo interrogata la dottrina maggioritaria; nel senso di rintracciare nell'architettura costituzionale un valido caposaldo. Anche in tal senso, verrebbe in rilievo il secondo comma dell'art. 25 Cost., il quale richiedendo la commissione di un «fatto» al fine della punibilità dell'agente, obbliga il legislatore, nonché il giudice rispettivamente ad incriminare e sanzionare soltanto i fatti obiettivamente lesivi. Nel reato putativo, i due assiomi sembrano intersecarsi, dando vita a due diverse ipotesi, cui corrisponde una diversa declinazione della volizione dell'agente: la volontà di violare la legge, in realtà inesistente e la volontà di delinquere, ove la proprio condotta non sia sussumibile nelle note costitutive della disposizione penale esistente.

Stante l'ambizioso obiettivo della trattazione consistente in un approfondimento dogmatico dell'istituto, effettuare la disamina da un punto di vista esclusivamente retrospettivo non avrebbe permesso di cogliere la funzione attuale della norma. Donde l'ampliamento del *focus* all'intera portata dell'art. 49 c.p., dalla quale è evincibile la cifra ontologica fondante l'illecito penale: «il criterio cui il

Progetto si ispira nel dettare la nozione di reato è, sostanzialmente, quello realistico: la semplice azione anche dolosa senza un'offesa (danno o pericolo) ad un bene od interesse protetto non è sufficiente a dar vita al reato. Perciò il reato putativo ed il reato impossibile non sono colpiti da pena»⁴.

La parte terza entra nel vivo della fattispecie penale e si articola in due filoni narrativi, dei quali il primo rappresenta la necessaria premessa metodologica ai fini della comprensione del secondo. A ben vedere, l'istituto del reato putativo, con le dovute precisazioni, ben potrebbe delinarsi come «errore inverso» rispetto all'errore sul fatto costitutivo *ex art. 47, comma primo e terzo, c.p.*: sia chiaro, l'irrilevanza penale della figura giuridica discende *hic et nunc* dalla mancata integrazione del fatto illecito sul piano oggettivo, dal momento che lo *status* mentale dell'agente, indipendentemente dalla natura e dall'oggetto sul quale verte, non può in alcun modo incidere sulle conseguenze che il sistema penale prescrive.

Tuttavia, sul versante sistematico, una tale disamina risulterà agevole al delineamento del *distinguo* tra reato putativo per errore sul precetto e reato putativo per errore sul fatto, sebbene ai fini prettamente sanzionatori una tale operazione non ha alcun rilievo pratico. Se per entrambe le ipotesi il legislatore Rocco ha previsto l'applicabilità del disposto dell'art. 49, comma primo, c.p., sembra opportuno ribadire la sostanziale diversità tra le due, dal punto di vista della pericolosità dell'agente, giacché nel reato putativo per errore sul fatto, l'agente «sbaglia su elementi del fatto storico congruente con il modello legale» di talché se non vi fosse «l'erronea interpretazione della realtà storica, il reato sussisterebbe»⁵.

Nell'affrontare la tematica del reato putativo, d'altro canto, si peccherebbe d'incompletezza se si prescindesse dall'affrontare la tematica della divergenza tra il voluto ed il realizzato, in quanto l'art. 49, comma terzo, c.p. disciplina un'ipotesi della stessa, ove costitutivo di una fattispecie oggettiva di reato è solo il fatto voluto.

Da ultimo, il quarto capitolo offre significativi spunti circa la divaricazione tra il piano della tipicità e quello dell'offensività, della quale i primi due commi dell'art. 49 c.p. rappresentano la specifica previsione normativa. Difatti, sgomberato il campo

⁴ Il riconoscimento di un tale ruolo al reato putativo proviene da G. DELITALA, *Le dottrine generali del reato nel codice Rocco*, in *Osservazioni intorno al «Progetto preliminare di un nuovo codice penale (agosto 1927)»*, Milano, Società Editrice Vita e Pensiero, 1928, 69.

⁵ M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, Giuffrè, 2004, vol. I, 431.

dall'ipotesi propugnata dalla dottrina tradizionale, secondo cui il reato impossibile non sarebbe altro che una ipotesi particolare di reato «putativo» per errore di fatto sulla idoneità dell'azione o sulla esistenza dell'oggetto, non rimane che attribuire ad ognuna delle norme un autonomo significato normativo dotato di valenza generale.

La disarmonia esistente tra reato putativo e reato impossibile, di cui esplicita sintomatologia sarebbe l'applicabilità al secondo della misura sicurezza della libertà vigilata, andrebbe invero ricondotta alla concezione realistica del reato. Dunque, nel corso delle pagine ci si è proposti di sfatare la tesi, che ravvisa nell'art. 49, secondo comma, c.p., il mero «doppione» negativo del delitto tentato, riconoscendogli la dignità di vera e propria disposizione codificatrice del principio di necessaria offensività dell'illecito penale. In tal modo, l'art. 49 c.p. riletto alla luce del crinale disegnato tra il comma primo e il comma secondo, imporrebbe una sequenza logico-temporale valevole, in chiave eminentemente interpretativa, ogni talvolta ci si appresti a valutare un fatto illecito.

Esattamente in ciò andrebbe ravvisata la valenza cogente dell'art. 49 c.p.: nella prescrizione del necessario divenire tra conformità al tipo e lesività del bene giuridico, tra aspetto descrittivo e valutativo del fatto di reato che trovi esatta corrispondenza nella cronologia del relativo accertamento. Al differente esito della verifica in questione equivale una diversificazione della risposta penale, a fronte dell'assenza dell'uno o altro piano ontologico: stanti queste conclusioni, potrebbe ancora legittimamente revocarsi in dubbio l'effettiva funzione del reato putativo?

CAPITOLO I

RICOSTRUZIONE STORICO-DOGMATICA DEL REATO SUPPOSTO ERRONEAMENTE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. *Cogitationis poenam nemo patitur*: agli albori del principio di materialità. – 2.1. *Segue*: Prospettive nel diritto penale moderno. – 2.2. *Nullum crimen, nulla poena sine lege*. Questioni sulla legalità e sulla tipicità del reato. – 3. La tradizionale contrapposizione tra teorie oggettive e soggettive.

1. Premessa.

A norma dell'art. 49, primo comma, c.p. «Non è punibile chi commette un fatto non costituente reato, nella supposizione erronea che esso costituisca reato». La disciplina del reato putativo è rimasta inalterata nella sua versione originaria, risalente all'entrata in vigore del Codice Rocco (R.D. 19 ottobre 1930 n. 1398), ed è stata additata da buona parte della dottrina come disposizione superflua: la commissione di un fatto che non integra alcuna fattispecie incriminatrice, infatti, non potrebbe portare all'applicazione di alcuna pena, indipendentemente dal fatto che il soggetto agente ritenga di aver violato una norma penale.

In questi termini, il disposto di cui all'art. 49, primo comma, c.p. sembrerebbe potersi configurare come una mera riproposizione⁶ del principio di legalità di cui all'art. 1⁷ del codice vigente. Proprio citando quale esempio l'art. 49, primo comma, c.p. parte

⁶ In tal senso D. PETRINI, voce *Reato putativo* in *Dig. pen.*, Torino, Utet, 1996, vol. XI, 348 «Riproposizione, con ogni probabilità, del tutto inutile: se, infatti, non esistesse la norma che prevede la non punibilità del reato supposto erroneamente, tutti i casi di scuola che sogliono farsi rientrare nella disciplina del reato putativo resterebbero ugualmente (e giustamente) impuniti».

⁷ A norma dell'art. 1, Libro I, Titolo I («Della legge penale») del R. D. 19 ottobre 1930, n. 1398: «Nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite».

Per la letteratura, con riferimento alla disposizione si veda: G. VASSALLI, voce *Nullum crimen, nulla poena, sine lege*, in *Dig. pen.*, Torino, Utet, 1994, vol. VIII, 278; P. GRASSO, *Il principio «nullum crimen sine lege» nella Costituzione italiana*, Milano, Giuffrè, 1972, 18; M. TRAPANI, voce *Legge penale*, in *Enc. giur.*, Roma, Treccani, 1990, vol. XXI, 1 ss. V. anche A. PALAZZO, voce *Legge penale*, in *Dig. pen.*, Torino, Utet, 1993, vol. VII, 343.

della dottrina sostiene come sia una costante negli ordinamenti penali il contenere delle «disposizioni logicamente superflue»⁸, che non avrebbero altra funzione se non quella di ribadire principi generali particolarmente significativi in un dato sistema.

Scartato un autonomo ambito applicativo, non residuerebbe che la funzione di norma *ad abundantiam*, in quanto «l'art. 1 c.p. vincola l'interprete e il giudice alla regola della corrispondenza dell'azione punibile a quella descritta, con determinati requisiti, dalla norma incriminatrice speciale che configura il tipo di un determinato reato, in tutti i suoi elementi costitutivi»⁹.

Vocazione diversa viene assegnata da altri autorevoli Autori¹⁰, i quali, anziché relegare

⁸ Nella medesima prospettiva D. PULITANO', *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, Giuffrè, 1976, 155 secondo «il quale la disciplina dell'errore dettata dall'art. 47, primo e ultimo comma, c.p. avrebbe la sola funzione di ribadire i principi generali in tema di dolo dettati dall'art. 43 c.p., pertanto non avrebbe un contenuto innovativo». Infatti «il rasoio di Occam non è (ed in parte a ragione) lo strumento preferito dai legislatori storici, e meno che mai dal legislatore penale del 1930», *ivi*, 298-299; D. PULITANO', *Diritto penale. Parte generale*, Torino, Giappichelli, 2019, 190, ove l'Autore ribadisce la sua posizione sull'argomento «Il codice Rocco dedica una disposizione espressa al reato supposto erroneamente, [...]. Si tratta di disposizione logicamente superflua, la quale ha ad oggetto ipotesi nelle quali è stato realizzato un fatto non costituente reato, ma erroneamente creduto tale dall'agente, in conseguenza di un errore di fatto o di diritto. Non essendovi un fatto di reato, la non punibilità del reato putativo è un corollario del principio di legalità». Concorde nella superfluità, differisce nel principio base sotteso G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, Zanichelli, 2019, 402, «Anche in mancanza di una disposizione come quella al 1° comma dell'art. 49, l'esclusione della rilevanza penale del reato putativo sarebbe, dunque, derivata dallo stesso orientamento «oggettivistico» che informa il nostro sistema penale».

⁹ Cfr. C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, Torino, Utet, 2008, 281 ss. «L'opinione dell'agente circa la corrispondenza del proprio fatto ad una ipotesi di reato non può dunque assumere nessuna rilevanza, se il fatto commesso non presenta, in realtà, il requisito della corrispondenza al tipo, che l'art. 1 c.p. esige, nell'ambito di una rigorosa certezza legale che ne assicuri la funzione di garanzia per i destinatari delle norme penali», per poi concludere asserendo lapidariamente come non vi sia alcun dubbio che «se anche il nostro codice non contenesse una disposizione come quella dell'art. 49, primo comma, c.p., il principio *ivi* espresso troverebbe egualmente applicazione, per effetto dello stesso principio di legalità. Così come formulato dall'art.1 c.p.; nello stesso senso A. PAGLIARO – S. ARDIZZONE, *Sommario del diritto penale: parte generale*, Milano, Giuffrè, 2006, 253 ss., i quali collocano il reato putativo all'interno della categoria delle cause di incompletezza del fatto di reato. Esse, infatti, sono caratterizzate dalla mancanza di un qualche elemento positivo richiesto da una norma per integrare il fatto di reato. Conseguenza logica ne sarebbe, dunque, la superfluità della loro presenza all'interno del codice. In detta categoria gli Autori vi ricomprendono le fattispecie *ex artt. 45- 49 c.p.* (Caso fortuito, forza maggiore, costringimento fisico, errore sul fatto, errore determinato dall'altrui inganno, reato putativo e reato impossibile). Da taluno, A. DE MARSICO, *Il reato apparente e l'apparenza nella teoria del reato*, in AA.VV., *Studi in memoria di Arturo Rocco*, Milano, Giuffrè, 1952, vol. I, 322 ss. è stata prospettata anche la figura del reato apparente, che si avrebbe in tutti i casi in cui manca qualche requisito essenziale del reato, sebbene a prima vista il reato appaia completo. Tale nozione sembrerebbe però peccare di utile applicazione pratica in quanto eccessivamente generica e vaga.

¹⁰ Certamente degna di nota è la posizione di G. BETTIOL – L.P. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, Cedam, 1988, 563 ss. ove la *ratio* della disposizione viene enucleata a partire dal diritto come mezzo rivolto ad un fine. Nell'*incipit* si legge «E' chiaro che in una concezione teleologica del diritto penale il reato putativo è un *non* reato. Se una norma penale che tuteli un bene sociale manca,

la norma ad esplicazione di un più generale principio già sancito da altre disposizioni, la eleggono a baluardo dell'attuale sistema penale misto oggettivo-soggettivo, fermi nell'asserire l'assoluta non punibilità del reato supposto erroneamente facendo leva sullo schema del codice del 1930, il quale configura una rilevanza sul piano degli effetti penali solo ove vi sia una «confluenza in una stessa situazione di vita, sia di un momento oggettivo che di uno soggettivo (in senso lato) di un'offesa penalmente rilevante»¹¹. Se si facesse residuare una qualche ipotesi di responsabilità penale, si finirebbe per sanzionare la mera volontà di commettere un reato, una «volontà colpevole»¹² che non andrebbe ad integrare alcun *fatto* di reato. Si tratta dunque di una strada obbligata per qualsiasi legislatore che non voglia peccare di incoerenza rispetto alla propria impostazione codicistica di politica criminale marcatamente oggettivistica. Per di più, cristallizzata in maniera monumentale dalla Costituzione al secondo comma dell'art. 25, recitante «Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del *fatto* commesso».

Il reato consiste innanzitutto in un *fatto* umano, che ha una sua estrinsecazione nel mondo esterno secondo la massima ulpiana *cogitationis poenam nemo patitur* o con quella più moderna *nullum crimen sine actione*: la concezione oggettiva del reato, cardine del liberalismo penale, postula dunque il fatto materiale come «base prima e

vuol dire che sotto il profilo penale la lesione di un tale bene è indifferente, e non può quindi costituire illecito». Sul punto anche F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2003, 505. Autori quali G. SANTUCCI, voce *Errore (dir. pen.)* in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè, 1966, vol. XV, 280 ss., pur con le dovute premesse in ordine alla necessità della norma in parola, le hanno ritagliato uno spazio autonomo sostenendo il fatto che ribadisca il principio secondo cui non esiste reato d'opinione: «La prima parte dell'art. 49, per quanto non assolutamente necessaria¹⁰, non costituisce però una locuzione del tutto pleonastica. In essa si è voluto ribadire il principio che non esiste delitto di opinione, che non è sufficiente punire un semplice convincimento e neppure un proposito di delinquere, occorrendo invece a tal fine la concreta lesione o messa in pericolo di determinati interessi. E un tale intendimento emerge proprio dall'ultima parte dell'art. 49, nella quale si dispone invece la comminatoria di una misura di sicurezza per il «reato impossibile» previsto nel medesimo articolo».

¹¹ Come rilevato da M. TRAPANI, *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, Torino, Giappichelli, 2006, 5.

¹² V. per tutti R. PANNAIN, *Manuale di diritto penale*, Torino, Utet, 1957, 248, il quale nel delineare la *ratio legis* dell'inserimento dell'art. 49 c.p. all'interno del codice rileva come «Ciò, sia per ribadire il principio che per giustificare la penalità occorre la effettiva violazione di un interesse penalmente tutelato, non bastando la intenzione, quand'anche prava e malvagia, sia per affermare la punibilità se concorrono nel fatto elementi costitutivi di un reato diverso, sia per stabilire la diversità di trattamento col reato – *rectius* tentativo – impossibile previsto nel medesimo articolo, che è cosa molto diversa».

imprescindibile di ogni giudizio di disvalore penale, pietra angolare del reato»¹³.

Se l'art. 1 c.p. stabilisce – conclusione fin troppo evidente¹⁴ – che per un fatto non costituente reato non si possa soggiacere ad alcuna pena, l'art. 49, primo comma, c.p. ha la specifica funzione di affermare in modo incontrovertibile come questo assunto non vacilli nel caso di divergenza tra la supposizione dell'agente e la realizzazione concreta del fatto¹⁵.

Si può dunque osservare come l'irrelevanza penale del reato supposto erroneamente derivi dalla scelta di tipologia di sistema¹⁶, quindi dall'opzione di politica criminale adottata dal nostro ordinamento: le considerazioni che precedono ci permettono di asserire che, ai fini della responsabilità (o della maggiore responsabilità) del soggetto, il reale funziona sempre come limite al putativo¹⁷.

Se il reato non si materializza per obiettiva assenza dei suoi estremi materiali, non resta che applicare *sic et simpliciter* i principi generali in materia penale ben noti all'interprete: se, infatti, ogni reato richiede una materialità del fatto in cui si integra l'aspetto obiettivo della fattispecie, logica conseguenza ne è che la mancata integrazione della norma incriminatrice per *error facti* o *error iuris* «non può, attraverso un riflesso meramente subiettivo, avere la potestà taumaturgica di far

¹³ L'attenta riflessione condotta da F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, Cedam, 2017, 119 ss., porta alla definizione del principio di materialità come rappresentante di un'istanza di certezza, pertanto, garante della sicurezza giuridica del singolo. Infatti «Esso dà vita a quella concezione oggettivistica del reato che postula come termine ultimo la lesione del bene giuridico e di cui la materialità del fatto, nella sua triade della azione naturalistica, dell'evento naturalistico, della causalità naturalistica, costituisce il supporto».

¹⁴ Cfr. al riguardo, R. PANNAIN, *Manuale di diritto penale*, cit., 248.

¹⁵ In questi termini, puntualmente, M. TRAPANI, *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, cit., 4 ss., inquadra la disciplina del cd. reato putativo per errore sul fatto nella tematica della divergenza tra il voluto e il realizzato. L'Autore declina la divergenza in tre diverse ipotesi «a seconda che costitutivo di una fattispecie oggettiva di reato sia: a) solo il fatto voluto b) solo il fatto realizzato c) tanto il voluto che il realizzato». Per poi proseguire con la collocazione della fattispecie in parola nella divergenza tra il voluto ed il realizzato in cui uno solo dei termini della relazione – in questo caso il fatto voluto – sia costitutivo di reato. Continua, argomentando «Qui l'agente pone in essere, volendolo, un fatto materiale che non integra l'aspetto oggettivo di alcuna fattispecie criminosa, rappresentandosi tuttavia uno o più elementi ulteriori che, se esistenti in realtà, avrebbero reso quel fatto penalmente illecito».

¹⁶ ID., *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, cit., 8, ove viene correttamente osservato come la disciplina di snodi cruciali quali tutte le ipotesi di divergenza vadano poi a rispecchiare fondamentalmente il «modello» adottato dal legislatore, facendone discendere «Che la soluzione in ordine alla irrilevanza del reato putativo per errore sul fatto dettata dall'art. 49 dipenda fondamentalmente dal «modello» di sistema penale delineato dal nostro codice [...] e sia quindi strettamente legata alle «opzioni» di politica criminale accolte in un dato diritto «positivo», trova un'eloquente conferma nel fatto che in ordinamenti pure culturalmente assai simili al nostro, [...] la punibilità del reato putativo per errore sul fatto, in quanto classificabile come tentativo «inidoneo» sia espressamente sancita».

¹⁷ V. per tutti G. MARINI, *Lineamenti del sistema penale*, Torino, Giappichelli, 1993, 577.

diventare punibile ciò che tale non è e tale non può essere, se non in corrispondenza d'un espresso disposto legislativo che incrimini la condotta di cui è causa»¹⁸.

Il proposito di questo elaborato non è dunque quello di tendere a inutili sforzi interpretativi, finalizzati a ricostruire astrattamente un autonomo significato alla norma attraverso costruzioni formalistiche, non aventi altro scopo se non quello di un'acritica quanto fantasiosa definizione dell'istituto: una indebita forzatura interpretativa, oltre che rea di superficialità, peccherebbe di certo di coerenza interna.

Ecco allora che ci si propone di portare a termine un'analisi approfondita della normativa, partendo da una interpretazione sistematica di tutte le disposizioni coinvolte: si tratta dell'unica via per pervenire ad una soluzione metodologicamente corretta. Punto di partenza di questa dissertazione non potrà essere il *thema demonstrandum*, poiché in questo modo il risultato verrebbe irrimediabilmente viziato sul piano logico: invertire i termini del discorso, infatti, significherebbe svuotare di significato l'intero lavoro¹⁹.

Se i risultati saranno scoraggianti, ci si riserva di emettere l'eventuale "sentenza di inutilità" solo al termine dell'approfondimento delle interrelazioni e dei diversi aspetti problematici sollevati dall'articolo. In particolare, snodi nevralgici essenziali ai nostri fini non potranno che essere l'errore sul fatto, come opposta faccia della medaglia, ed il reato impossibile, coinquilino quasi centenario all'interno dell'edificio *ex art. 49 c.p.*

Come autorevolmente sostenuto, la complessa ars²⁰ dell'interpretazione non si risolve in un mero appiattimento sulla portata evidente del disposto, il quale, come nel nostro caso, non può apparire sovrabbondante: spetta invece al giurista incastonare lo studio del reato supposto erroneamente, soppesando e bilanciando ogni sfumatura del

¹⁸ L'ardito ragionamento si deve a S. PIACENZA, voce *Reato putativo*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, Utet, 1967, vol. XIV, 1003, ove fornisce una definizione generale: «La nostra indagine, comunque si restringe al cosiddetto reato putativo, e cioè all'ipotesi in cui l'agente si ispira ad una persuasione erronea di delinquere, ma il reato non si attua, anzi neppure esiste per obiettiva deficienza degli estremi che lo costituiscono».

¹⁹ Limpidamente, per tutti M. TRAPANI, *La divergenza tra "voluto" e "realizzato"*, cit., 37 «Questo modo di argomentare costituisce tuttavia, a ben vedere, un tipico esempio di metodologia concettualistica: anziché ricavare – come sarebbe corretto – il concetto dogmatico-interpretativo di un fatto giuridico dal complesso della disciplina che lo ha ad oggetto, si muove, viceversa, dal concetto, non basato su dati normativi [...], per ricavarne la regola».

²⁰ Per la riconduzione dell'interpretazione al concetto di arte ci si deve riferire a E. CATERINI, *Il diritto «giurisprudenziale» e l'«arte» del diritto nel pensiero di Francesco Carnelutti*, Napoli, Edizioni Scientifiche Calabresi, 2015, 434-435, «Interpretazione come arte. Ma perché arte? [...]. L'attività interpretativa del giurista ha una funzione propriamente costruttiva, ossia, volta a rivelare ciò che la norma e il fatto non dicono ma che contengono, secondo una coerenza sistematica e valoriale».