

Parliamo del saggio di Roxin , è una parte distaccata del programma ma allo stesso tempo è una parte contestualizzata con lo stesso, perché serve per la comprensione del libro del professore e dello stesso manuale! Perché studiate questo saggio? Perché rappresenta, l'elaborazione più compiuta e l'espressione più compiuta di un metodo che è il cd. Metodo teleologico e cioè il metodo della ricostruzione del sistema penale e della soluzione dei problemi posti dagli istituti del diritto penale alla luce di telò di riferimento e cioè di "fini" di riferimento che sono i fini che il diritto penale deve perseguire dal punto di vista politico-criminale ; quindi lo studio, la ricostruzione del sistema penale, non in sé considerato, considerato in maniera avulsa da valutazioni di altro tipo come quelle storiche, politiche, sociologiche, criminologiche etc, come studio della mera norma positiva, ma uno studio critico di analisi delle norme vigenti, e anche di prospettive di lege ferenda, quindi di creazione di nuove norme, alla luce di quelli che sono i fini che il diritto penale è chiamato a perseguire nell' ordinamento storicamente dato ne quale si trova inserito, dal punto di vista politico criminale. Questo saggio rappresenta l'elaborazione più compiuta di un metodo teleologico di un sistema orientato ai fini di politica criminale e affonda le sue radici in tempi più risalenti solitamente per opinione generalizzata si ritiene che questo metodo abbia avuto origine grazie ai neocantiani in germania intorno al 1930. Il prof. Moccia fa cominciare questo alla fine del 700 e all'inizio dell'800. I neocantiani guardavano al diritto penale come una scienza da studiare in maniera tecnica indipendentemente dalla politica criminale. I neocantiani ricominciarono a ricostruire il sistema alla luce di telò di riferimento riguardo alla funzione della pena ma questa funzione era di carattere non vincolante. Ma le loro argomentazioni pur essendo coerenti non avevano capacità di imporsi su altre argomentazioni. Roxin vuole dimostrare che i fini di riferimento sono differenti e derivano dalla costituzione e dai principi in essa impliciti che non ha valenza generale ed astratta assoluta ma sono valide per un determinato periodo. Questi principi invece sono capaci di imporsi con carattere di vincolatività fino ad arrivare alla spiegazione di una pena che voglia raggiungere fini di integrazione sociale e mette in luce il carattere politico criminale. La critica rivolta ai neocantiani è quella della vincolatività e quella di aver creato l'involuzione del regime nazista ma ciò non è esatto perché loro sono responsabili del contenitore ma non del contenuto perché ciò che venne creato era soltanto un problema di politica criminale e non delle loro teorie. Quindi non era un problema di metodo. Il testo del professore Moccia è stato fatto alla luce del metodo di Roxin per rendere chiaro il significato del programma e rappresenta una versione italiana del metodo teleologico. Il prof. Sostiene che le tre categorie di riferimento interagiscono e fa un passo in più e in più, il telos principale è il fatto che la pena abbia una funzione che sia quella di integrazione sociale. Quindi conferimento ai principi della Costituzione italiana del metodo teleologico, anzi, se, come vedremo, Roxin si sofferma in particolare sulle 3 funzioni politico criminali delle 3 categorie del reato, riconoscendone, appunto, una per ogni categoria del reato, il prof Moccia fa un passo ulteriore, ritendendo che queste 3 funzioni politico criminali in realtà interagiscono all'interno di ciascuna delle 3 categorie e che comunque il *telos* principale da assumere a riferimento per la ricostruzione del sistema penale, quel principio che ha una sua centralità teleologica, nella ricostruzione del sistema penale, proprio perché il diritto penale è caratterizzato dalle sanzioni, che impone per la violazione dei comandi e dei divieti posti, con le norme, appunto, di diritto penale, sia la funzione della pena. Sul presupposto del metodo teleologico in riferimento ai principi di politica criminale e a stato sociale di diritto, attraverso l'individuazione di quei principi, nelle norme della nostra costituzione, che si

impongono con carattere di vincolatività e sul presupposto che le 3 funzioni che individua Roxin interagiscono in realtà all'interno di ognuna delle 3 categorie, senza rimanere divise, diciamo così, e assegnate rispettivamente ad una singola categoria, il prof Moccia dice che tra tutte queste, però, la funzione della pena è quel principio che ci deve orientare nella costruzione del sistema penale, e per questa ragione, in apertura del saggio, trovate un'elaborazione volta all'individuazione di quella che è la funzione della pena che può rappresentare nel nostro ordinamento il telos di riferimento per la ricostruzione del sistema. Quindi trovate l'analisi dei modelli teorici delle diverse funzioni della pena, che sono state elaborate nel corso del tempo, e quindi parlando di retribuzione e di prevenzione generale e speciale, positiva e negativa, studiate i modelli teorici di riferimento della pena, fino ad arrivare ad accertare se questi siano compatibili con le nostre norme costituzionali. Attraverso l'analisi delle diverse norme che incidono sulla definizione della pena, legittimamente perseguibile nel nostro ordinamento penale, quello che viene fuori è che la funzione della pena legittima, tale da poter rappresentare il telos per la ricostruzione del sistema, è quella che viene definita la funzione della pena come integrazione sociale, è cioè un concetto che assomma in sé gli aspetti positivi della prevenzione generale e della prevenzione speciale, con in più, esclusivamente, quella quota di deterrenza, che è ineliminabile dalla minaccia e dall'applicazione di una sanzione penale. Chiarito questo, il saggio prosegue attraverso l'analisi di: funzione della pena in tipicità, funzione della pena in anti-giuridicità, la terza categoria del reato rappresenta il collante dell'intero saggio, nella misura in cui è quella che è la sede sistematica dal punto di vista politico criminale della funzione della pena. Quindi l'analisi delle norme vigenti e dei problemi posti dalle norme vigenti, sotto il profilo della legittimità e della conformità ai principi, alla luce della funzione della pena come integrazione sociale. Voi studiate il principio di offensività e studiate che le norme che incriminano fatti inoffensivi si pongono in contrasto con la funzione della pena come integrazione sociale, perché un soggetto che pone in essere un fatto inoffensivo, è un soggetto che non è bisognoso di rieducazione. Studiate la responsabilità oggettiva e studiate che questa si pone in contrasto, tra l'altro, con la funzione della pena come funzione sociale, perché un soggetto che realizza un fatto senza voler causare con colpa conseguenze tipiche di quel fatto di reato, è un soggetto che non è bisognoso di rieducazione. Studiate il problema degli elementi soggettivi nelle cause di giustificazione e studiate che chi pone in essere un fatto in presenza di soli elementi oggettivi di una scriminante è un soggetto che con la sua condotta desta allarme sociale ed è bisognoso di rieducazione perché agisce per un fine che è diverso da quello tipico della causa di giustificazione. Detto questo sul collegamento tra le diverse parti del programma, passiamo in particolare ad esaminare il saggio di Roxin.

Roxin parte dall'affermazione di Franz Von Litsz secondo la quale il diritto penale è l'insormontabile limite della politica criminale, Von Litsz diceva anche che il diritto penale è la Magna Charta del delinquente. Von Litsz, attraverso queste affermazioni, esprimeva di fatto quella che era la duplice natura del diritto penale, come scienza giuridica e come scienza sociale, che però i positivisti mantenevano distinta e separata. Secondo quello che è l'indirizzo positivista, di cui è espressione Von Litsz, e che viene superato dal metodo teleologico, diritto penale e politica criminale dovevano essere tenuti distinti, e segnatamente, mentre al diritto penale, inteso come sistema di norme positive e lo studio di quelle norme, come scienza del diritto penale, dovevano essere riconosciuti gli scopi propri dello stato di diritto, vale a dire gli scopi di tutela della libertà dell'individuo che delinque,

per questo magna charta del delinquente. Cioè il diritto penale è la creazione di un sistema di norme positive tali da individuare in maniera certa e determinata i comandi e i divieti sanzionati penalmente, doveva servire a realizzare le garanzie proprie dello stato di diritto, e cioè in qualche modo a rappresentare una cornice all'interno della quale soltanto veniva esercitato il potere punitivo, una garanzia rispetto all'esercizio del potere punitivo statale dello stesso individuo che delinque, tale da porlo nella condizione di sapere o di poter sapere, a quali condizioni, in quali casi e in che modo, può essere perseguito penalmente. Tutte le valutazioni concernenti il tipo storico, filosofico, sociologico, tutte le valutazioni concernenti lo scopo del diritto penale, in quanto collegate alle esigenze dello stato sociale di diritto, e quindi quelle esigenze di tutela della collettività nei confronti dell'individuo che delinque, dovevano essere di pertinenza della politica criminale, in quanto scienza sociale. Quindi secondo i positivisti da una parte stava il diritto penale come sistema di norme, e studio di quel sistema di norme, come scienza del diritto penale che doveva interessarsi del dato strettamente tecnico giuridico, che doveva assicurare la tutela dell'individuo nei confronti dell'esercizio del potere punitivo, separatamente, dall'altra parte stava la politica criminale come scienza sociale, alla quale rimettere le esigenze di garanzia della collettività nei confronti dell'individuo che delinque, dunque il perseguimento di quegli scopi del diritto penale come ascesa sociale e come espressione appunto dello stato sociale: la lotta alla criminalità. Tutte le valutazioni concernenti la lotta alla criminalità dovevano riguardare la politica criminale.

Il metodo teleologico, e soprattutto per quello che ci interessa il saggio di Roxin, supera questa impostazione, in quanto riconosce che se è vero che il diritto penale rappresenta l'insormontabile limite della politica criminale, vuol dire che le scelte di politica criminale non possono travolgere il dato positivo, e cioè che il fatto che debbano esistere delle norme chiare, determinate, tassative, preesistenti rispetto al fatto commesso, esso rappresenta un baluardo alla possibilità che il potere punitivo venga esercitato in maniera tale da perseguire esclusivamente delle esigenze politico criminali, pensiamo ad esigenze di forte deterrenza o anche di prevenzione generale-speciale negativa che potrebbero portare a strumentalizzare l'individuo, ad irrogare delle pene esemplari indipendentemente dall'offensività del singolo fatto che si va a punire rispetto al mero perseguimento di esigenze politico criminali che sarebbe imponderabile e che potrebbe potenzialmente travolgere anche, appunto, lo stesso individuo, strumentalizzandolo in vista del perseguimento delle stesse finalità, l'esistenza del diritto penale come norma positiva, come sistema di norme positive, rappresenta appunto L'INSORMONTABILE LIMITE DELLA POLITICA CRIMINALE, cioè le esigenze di politica criminale devono cmq essere contenute nella cornice del dato positivo ...questo diceva Fon Liszt.

Roxin dice ...attenzione non è vero solo che il dp è l'insormontabile limite della politica criminale, quindi qst rapporto tra diritto penale e politica criminale non si svolge solo in qst direzione ma anche nella direzione inversa, cioè se è vero che il dp è il limite della politica criminale è anch vero che la politica criminale deve orientare il diritto penale e che il dp deve rappresentare la concretizzazione di quelle scelte politico criminali che siano legittime in un certo ordinamento storicamente dato, perché solo se la norma positiva è elaborata in riferimento alle funzioni politico criminali che è chiamata a svolgere in quell'ordinamento storicamente dato alla luce dei principi che fondano quell'ordinamento giuridico, il dp può essere un sistema normativo EFFICACE E COERENTE. EFFICACE perché realmente funzionale alla tutela dei valori fondamentali di una certa società, in un certo momento storico e dunque capace di adeguarsi ai mutamenti di quella realtà sociale e COERENTE

,perché coerente con quegli scopi di politica criminale che definiscono l'identità giuridica e culturale di un certo ordinamento storicamente dato. Allora ,se qst è vero,STATO DI DIRITTO E STATO SOCIALE ,dice Roxin, non sono 2 entità che devono essere mantenute separate e distinte ma confluiscono ad un'unità nello STATO SOCIALE DI DIRITTO, così come esigenze di garanzia dell'individuo ed esigenze solidaristiche di tutela della collettività rispetto all'individuo k delinque devono stare insieme, devono contemperarsi. Questo è tanto vero che la stessa struttura del reato può essere analizzata alla luce della funzioni politico criminale che le categorie del reato sono chiamate a svolgere in un certo ordinamento giuridico. Si potrebbe,quindi, dire che non è Roxin che assegna a ciascuna categoria del reato una funzione politico criminale, ma mette in evidenza quella funzione politico criminale che quella categoria è chiamata a svolgere in uno STATO SOCIALE DI DIRITTO ,diversamente sarebbe se si ragionasse in riferimento ad un altro tipo di ordinamento. Allora ,dice Roxin,dal punto di vista politico criminale ciascuna delle 3 categorie del reato è chiamata a svolgere una funzione coerente con le esigenze dello stato sociale di diritto,quindi non basta che diciamo che un fatto per costituire reato deve essere tipico ,cioè deve essere conforme alla descrizione del reato elaborata dal legislatore ,non basta che diciamo che un fatto per costituire reato oltre ad essere tipico deve essere anche antiggiuridico,cioè realizzato in assenza di cause di giustificazione e che il soggetto autore di quel fatto tipico e antiggiuridico deve essere colpevole, cioè devono essere presenti i presupposti di ordine soggettivo necessari all'irrogazione della pena ... ma... dobbiamo domandarci PERCHE' dal punto di vista politico criminale,a quali esigenze dello stato sociale di diritto corrisponde la necessità che il fatto sia tipico ,antigiuridico e che cosa può fondare dal punto di vista politico criminale la colpevolezza dell'autore del fatto tipico ed antiggiuridico.

La funzione politico criminale della categoria della **TIPICITA'**(= corrispondenza del fatto storico al modello di reato descritto dal legislatore in via generale ed astratta) in uno stato sociale di diritto si collega alle esigenze di tutela della libertà individuale...in pratica in questa categoria si assommano le esigenze di garanzia di stato di diritto che,come prima abbiamo detto, i positivisti riferivano in maniera esclusiva al diritto penale e cioè le esigenze di tutela della libertà individuale rispetto a possibili arbitri o abusi nell'esercizio del potere punitivo ,perché questa esigenza venga assolta è necessario che le norme penali siano redatte in modo tassativo e determinato, quindi non è k la funzione politico criminale della tipicità sia la determinatezza-tassatività ma la determinatezza-tassatività è una conseguenza naturale del fatto che la tipicità deve assolvere funzioni di tutela della libertà individuale, nel senso che solo norme redatte in modo chiaro e tali da riuscire a vincolare realmente il giudice in sede di loro applicazione, possono tutelare l'individuo rispetto all'esercizio di un potere punitivo che non sia arbitrario ,che non sia realizzato in modo abusivo e che sia cetro ed eguale per tutti i consociati. ROXIN si sofferma poi sul modo in cui sono redatte nell'ordinamento vigente (il ragionamento logicamente riguarda l'ordinamento tedesco ma può valere anche per l'ordinamento italiano) le fattispecie per verificare se, di fatto ,queste soddisfino la garanzia k la tipicità è chiamata a tutelare ,cioè quella della libertà individuale ... se cioè il modo in cui la fattispecie è redatta possa incidere sul livello di tutela della libertà individuale, sprttt tenuto conto di alcuni problemi che si pongono in materia di teoria del reato ,cm ad ex il problema dell'indeterminatezza k riguarda I REATI OMISSIVI IMPROPRI e la DISTINZIONE TRA AUTORI E PARTECIPANTI all'interno del concorso di persone nel reato.

Ricapitoliamo...ROXIN chiarisce la funzione politico criminale della tipicità , poi va ad esaminare come sono redatte le norme incriminatrici vigenti per andare ulteriormente ad

accertare se la tipologia di norma incriminatrice così come redatta dal legislatore può incidere in riferimento ad alcuni problemi, in particolare 2 : REATI OMISSIVI IMPROPRI e CONCORSO DI PERSONE NEL REATO, in particolare la distinzione tra autori e partecipi . Da un'analisi empirica, cioè riguardante le norme vigenti ,quindi non si tratta di una classificazione teorico- formale k inventa Roxin, ma che verifica da un dato positivo ... Roxin dice le norme incriminatrici si possono distinguere in : norme che incriminano REATI DI OBBLIGO e norme che incriminano REATI DI AZIONE ,cioè le fattispecie corrispondono o alla struttura del reato di obbligo o alla struttura del reato di azione . Per **REATO DI AZIONE** = intendiamo il reato descritto dal legislatore attraverso il riferimento puntuale alle modalità esecutive di realizzazione del fatto e cioè solo il fatto che si è realizzato secondo le modalità descritte in modo puntuale dalla norma può essere ritenuto corrispondente a quella fattispecie incriminatrice, ad ex nel nostro ordinamento la **TRUFFA**: chiunque mediante artifici o raggiri inducendo taluno in errore procura a sé o ad altri un ingiusto profitto con danno altrui è punito... qui devono essere presenti nel rispetto del principio di legalità e tipicità tutti gli elementi k la norma richiede : gli artifici o raggiri, l'induzione in errore , l'ingiusto profitto, il danno altrui... mancasse anche uno solo di qst elementi non potrebbe dirsi k il fatto storico corrisponde alla fattispecie di truffa. Per certi versi possiamo dire che i reati d'azione siano fattispecie a forma vincolata = cioè tra tutte le modalità di aggressione di un determinato bene giuridico assumono rilevanza penale solo quelle descritte nella norma.

I REATI DI OBBLIGO sono invece quei reati le cui fattispecie sono strutturate ,sono incentrate sull'inadempimento di un obbligo k si impone al soggetto agente in ragione del ruolo sociale che qst svolge, cioè quello k conta per k si possa dire realizzato quel fatto di reato è k il sog, il quale è investito di un determinato ruolo sociale che gli impone l'adempimento di un certo obbligo, non adempia a quell'obbligo indipendentemente dal modo in cui qst avvenga. ad ex **L' INFEDELE PATROCINIO** k rappresenta l'inadempimento dell'obbligo k si impone all'avvocato di tutelare e patrocinare gli interessi del proprio assistito ,si realizza quando qst obbligo ,che è definito altrove, non nella norma penale ,ma nel regolamento di deontologia professionale resta inadempito, indipendentemente dal fatto k qst si sia realizzato da parte dell'avvocato, ad ex non producendo entro i termini perentori un documento fondamentale per tutelare gli interessi del proprio assistito o viceversa producendo un documento k contravviene agli interessi del proprio assistito . **LA PROCURATA EVASIONE** da parte del custode al quale si impone l'obbligo di custodire il detenuto si realizza quando qst obbligo resta inadempito indipendentemente dal fatto che il custode abbia aperto la cella o abbia ommesso di chiuderla. Possiamo dire, quindi, k le fattispecie dei reati di obbligo, in un certo qual modo, sono fattispecie a forma aperta nella misura in cui ciò k conta è l'inadempimento dell'obbligo e non il modo in cui qst si realizza .

A qst punto Roxin ,chiarita la distinzione tra le fattispecie vigenti ,affronta il problema dell'indeterminatezza dei **REATI OMISSIVI IMPROPRI**... cioè di quelle omissioni penalmente rilevanti, la cui rilevanza penale si fonda sulla "clausola generale dell'equivalenza causale" e cioè l'equivalenza tra l'agire e l'omettere, che trova nel nostro ordinamento previsione espressa nell'art 40 comma 2 : **non impedire un evento k si ha l'obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo**. Nel nostro ordinamento la categoria dei reati omissivi impropri si fonda sull'interazione tra qst clausola generale e le singole fattispecie di parte speciale che incriminano, invece, reati di tipo commissivo. L'art 40 comma 2 funziona nel senso di estendere la tipicità, cioè di rendere penalmente rilevanti condotte k altrimenti non lo sarebbero dal momento che le norme incriminatrici di parte

speciale incriminano solo un agire positivo, mentre l'art 40 comma 2 consente di ritenere realizzato il fatto tipico di quei reati descritti con riguardo ad un agire positivo anche quando si sia realizzata un'omissione, purchè si sia prodotto in dipendenza causale da qst omissione l'evento tipico di quel determinato reato e purchè il soggetto avesse un obbligo giuridico di agire per impedirlo e cioè si trovasse in una posizione di garanzia. Qui si pone, come del resto per tutte le clausole generali, un problema di determinatezza e tassatività perché di fatto non esiste una norma che espressamente incrimina quell'omissione, ma la rilevanza penale di quell'omissione viene ricavata dal collegamento tra art 40 comma 2 e norme con le quali il legislatore ha inteso incriminare solo condotte di tipo commissivo, collegamento che è rimesso al giudice del caso concreto, quindi di fatto è il giudice che crea quel reato omissivo ponendo in relazione 2 norme: il 40 comma 2 e la norma incriminatrice di parte speciale con la quale il legislatore ha svolto una scelta di incriminazione che espressamente riguarda solo l'agire positivo. Ora se qst crea problemi di determinatezza e quindi di tutela della libertà individuale rispetto a possibili arbitri o abusi nell'esercizio del potere punitivo nel nostro ordinamento dove almeno esiste l'art 40 comma 2, per cui qst operazione che compie il giudice del caso concreto trova almeno un fondamento normativo nel codice, a > ragione qst problema di determinatezza si pone nell'ordinamento tedesco dove una norma come quella dell'art 40 comma 2 non esiste, anzi non è proprio prevista una disciplina espressa della causalità, quindi di fatto la categoria dei reati omissivi impropri in Germania è una categoria di creazione giurisprudenziale e qst contravviene alle esigenze di tutela della libertà individuale a cui la categoria della tipicità è funzionale o deve essere funzionale in uno stato sociale di diritto dal punto di vista politico criminale.

A qst punto Roxin dice: la distinzione tra reati di azione e reati di obbligo può rilevare in riferimento al problema della determinatezza nella cd categoria dei reati omissivi impropri o in relazione all'operatività della clausola dell'equivalenza causale tra l'agire e l'omettere, perché, se ci riflettiamo, dire che l'agire equivale ad omettere pone problemi sotto il profilo della determinatezza e della tutela della libertà individuale rispetto all'esercizio del potere punitivo, in maniera più evidente e >, solo rispetto ad una delle categorie di reati, mentre nell'altra non si pongono qsti problemi. Il problema che va risolto è quello dell'operatività di qst clausola con riferimento a quelle tipologie di reati che sono costruite secondo qst struttura di fattispecie che desta > problemi.

Ora... dire che l'agire equivale ad omettere pone > problemi sotto il profilo del rispetto della determinatezza-tassatività e quindi della tipicità in riferimento ai reati di obbligo o ai reati di azione?

Nei Reati di azione, perché nei reati di obbligo dire che l'agire equivale ad omettere non forza il dato positivo, non forza la scelta di incriminazione espressa dal legislatore, perché il legislatore si è disinteressato di come avviene l'inadempimento dell'obbligo, non prescrive un determinato comportamento come necessario perché si realizzi quel fatto di reato, mentre nei reati di azione il legislatore dice solo la condotta che si realizza in qst modo è condotta tipica di qsto determinato reato... allora nei reati di azione dire che l'agire equivale ad omettere significa forzare il dato positivo, perché poniamo sullo stesso piano l'azione o l'omissione laddove il legislatore ha voluto incriminare solo l'azione.

Allora... dice Roxin per risolvere qst problema andrebbero risolti i casi nei quali la clausola dell'equivalenza causale viene ad essere utilizzata più spesso con riferimento ai reati di azione. Il problema si pone per i reati di azione e se svolgiamo un'indagine empirica relativa alla giurisprudenza, quindi ai casi nei quali i giudici più spesso utilizzano la clausola dell'equivalenza causale in riferimento a fattispecie strutturate come reati di azione, ci accorgiamo che qst avviene in particolare in riferimento ad un numero chiuso di fattispecie

,che sono quelle poste a tutela di beni fondamentali come la vita,l'incolumità individuale e l'incolumità pubblica .Ciò k andrebbe fatto nel rispetto del principio di legalità e per salvaguardare la tutela della libertà individuale rispetto ad arbitri ed abusi nell'esercizio del potere punitivo è riformare quelle norme k incriminano reati di azione k più spesso vanno incontro all'applicazione congiunta ,alla clausola dell'equivalenza causale in modo da prevedere espressamente accanto alla rilevanza penale dell'azione ank la rilevanza penale dell'omissione e le condizioni di tale rilevanza.

Il problema non si pone per quei reati k vengono definiti **REATI IMPROPRI DI AZIONE O D'OBBLIGO MASCHERATI**: cioè reati nei quali apparentemente si ha a k fare con un reato di azione ma ciò k conta per la rilevanza penale della condotta è l'inadempimento dell'obbligo sotteso a quella condotta.Il caso classico di scuola è quello della madre k omette di allattare il proprio bambino... in qst caso non c'è bisogno di una norma k appositamente incrimini l'omissione ,perk quello k conta ai fini della rilevanza penale di qst condotta è l'inadempimento dell'obbligo che si impone alla madre di tutelare la salute del figlio <,quindi è indifferente k qst obbligo venga disatteso con un agire positivo o negativo,in ogni caso il fatto è riconducibile all'omicidio,al cagionare la morte.

Per quanto riguarda il CONCORSO DI PERSONE nel reato : la questione è la distinzione tra autori e partecipi. Come si fa a stabilire quando nella realizzazione di un reato in via concorsuale un soggetto sia autore e quando sia partecipe? Si tratta di una distinzione k nell'ordinamento tedesco ha particolarmente rilievo sotto il profilo della tutela della libertà individuale e quindi della funzione politico criminale della tipicità, perk mentre nel nostro ordinamento vige un MODELLO INDIFFERENZIATO DI INCRIMINAZIONE DEL CONCORSO ,per cui tutti coloro che concorrono rispondono al medesimo titolo ,salvo il recupero di una diversificazione di trattamento attraverso il sistema delle circostanze aggravanti ed attenuanti ,nell'ordinamento tedesco il sistema di incriminazione del concorso di persone è quello DIFFERENZIATO ,da noi vigente col codice Zanardelli,cioè con previsione tipica delle singole condotte di concorso e quindi con diversificazione già in via generale ed astratta del trattamento sanzionatorio previsto per l'autore rispetto a quello previsto per le diverse tipologie di partecipe ... quindi stabilire se un soggetto è autore o partecipe ha una rilevanza consistente sotto il profilo della tutela della libertà individuale,perk a seconda che si sia riconosciuti autori o partecipi muta la cornice di riferimento a prescindere dalle circostanze attenuanti o aggravanti... muta già la pena base. Roxin dunque dice se abbiamo presente la distinzione tra reati obbligo e reati di azione dovremmo dire che nel caso dei r.obbligo che poiché l'incriminazione è incentrata sull'inadempimento dell'obbligo, autore potrà essere soltanto il titolare dell'obbligo inadempito e partecipi saranno tutti gli altri a prescindere dal fatto che sia anche l'esecutore materiale del reato. Diversamente nei r.azioni perk ciò che conta è lo svolgimento della condotta nel modo previsto dal legislatore, autore sarà chi ha il dominio finalistico sull'agire delittuoso a prescindere che sia esecutore materiale del fatto e tutti gli altri saranno partecipi. Sulla categoria dell'antigiuridicità bisogna dire che, sulla base della teoria tripartita del reato, è una categoria nella quale trovano sede sistematica le cause di giustificazione cioè quella categoria in cui si svolge quel giudizio di illiceità del fatto commesso. Se un fatto pur essendo tipico – corrispondendo al modello prescritto dal legislatore – è realizzato in presenza di c.giustificazione si ritiene che sia permesso dall'ordinamento e quindi non è illecito non solo per il d.penale, ma per tutto l'ord.giuridico in quanto non può andare in contro ad alcun tipo di sanzione. Roxin sostiene che la funzione politico criminale di questa categoria è la regolazione socialmente giusta di interessi

contrastanti, cioè di interessi individuali o collettivi tra loro collidenti. Rispetto a questa collisione di interessi le c.giustificazione intervengono a dare una soluzione conforme ai principi dell'ordinamento attraverso l'operatività di un numero chiuso di principi ordinatori che sono a loro fondamento. Innanzitutto Roxin sostiene che l'antigiuridicità è la categoria tramite cui i mutamenti della realtà sociale penetrano nella struttura del reato perché le c.giustificazione, esprimendo la non disapprovazione o il permesso addirittura di compiere quell'azione in tutela di un interesse prevalente, si intendono non strettamente penali. Perciò esse possono provenire non solo dal d.penale, ma anche da altri rami dell'ord. giuridico o proprio dai mutamenti propri della realtà sociale che ritiene che il fatto non rappresenti un disvalore sociale tale da richiedere l'intervento delle sanzioni penali. Perciò dice Roxin è necessario che le valutazioni concernenti l'antigiuridicità devono essere più elastiche rispetto a quelle concernenti la tipicità laddove si esprimono valutazioni del d.penale dove vige quel p.legalità. Dunque anche il discorso della determinatezza e tassatività deve essere più elastico, ma non deve mancare. A differenza di quanti sostengono che le c.giustificazione possa ammettersi l'analogia in bonam partem perché norme non penali, Roxin sostiene che non è vero perché è vero che la determ e la tassatività sono + elastiche, ma una quota di queste deve essere conservata anche nell'antigiuridicità perché le norme scriminanti contribuiscono comunque a definire dall'esterno la liceità delle condotte. Quindi l'analogia non si applica nemmeno alle c.giustificazione. Compito della scienza penale in merito all'antigiuridicità è individuare i principi fondamento delle cause di giustificazione che consentono la regolazione dei conflitti tra interessi collidenti per verificare se quei principi possono usarsi per disciplinare anche quei casi non espressamente disciplinati. Es = la legittima difesa che è una causa giustificazione che, ad es. nell'omicidio, regola l'interesse alla vita dell'agredito e l'interesse alla vita dell'aggressore. L'interesse alla vita dell'aggressore viene sacrificato, viene dunque leso il bene giuridico vita dell'aggressore, quindi, avremo un fatto tipico ma non antigiuridico perché il disvalore del fatto realizzato è compensato dal valore della scriminante. La dott. Elem. Negativa direbbe che questo non è un fatto tipico, perché l'antigiuridicità viene intesa a presupposto della tipicità. Questo però significa disconoscere che un bene giuridicamente rilevante è stato leso. Questo conflitto di interesse viene risolto a favore dell'agredito perché questi è stato aggredito stante il requisito della proporzione cioè questo conflitto di interessi è regolato dai principi che operano a fondamento della l.difesa che sono essenzialmente 3: autotutela, difesa diritto e proporzione. Per autotutela si intende tutela del proprio interesse individuale rispetto all'aggressione ingiusto. La difesa del diritto sta ad indicare non la difesa del proprio diritto, difesa del diritto va inteso come difeso del diritto in senso oggettivo, difesa dell'ordinamento giuridico. Il soggetto che si difende dalla persona ingiusta non solo tutela il proprio interesse individuale ma ristabilisce il rispetto nell'ordinamento giuridico leso dalla persona. Quindi autotela : tutela del proprio interesse individuale. Difesa del diritto : ristabilimento del rispetto nell'ordinamento giuridico violato dall'aggressore. Il tutto ovviamente temperato dal principio di proporzione tra offesa e difesa.

Questi principi che operano a fondamento della legittima difesa possono valere a risolvere un caso che non è espressamente regolato e che molto ha impegnato dottrina e giurisprudenza e cioè quella dell'offesa proveniente da un minore o da un incapace. Quindi se l'offesa proviene da un minore o da un incapace opera la legittima difesa laddove il soggetto appunto si difenda ledendo un interesse dell'aggressore ?

Roxin risolve la questione sulla base dei principi che operano a fondamento della legittima

difesa dicendo in realtà: se andiamo a guardare questi principi ci rendiamo conto che in questi ipotesi c'è uno dei principi della legittima difesa che non opera, che non può funzionare che è quello della difesa del diritto trattandosi del minore e dell'incapace, di soggetti che non sono motivabili attraverso le norme, soggetti nei confronti dei quali, non essendo imputabili, l'ordinamento non pretende l'osservanza delle norme, il principio della difesa del diritto nei loro confronti non potrebbe operare. Perché la legittima difesa sarebbe pertanto monca di uno dei principi che ne determina il funzionamento l'agredito deve preferire la fuga, ovviamente sempre nel rispetto dei due principi quali l'autotutela e la proporzione. (Se il minore punta un'arma carica all'adulto non per questo deve voltare le spalle e andarsene esponendo il proprio interesse ad un rischio ancora maggiore ma dovrà comunque scegliere tra tutte le forme di difesa possibili, quella che sia lesiva in maniera minore dell'interesse dell'aggressore non motivabile attraverso le norme.

Per quanto riguarda l'ultima categoria del reato Roxin definisce la terza categoria di reato in termini di responsabilità, quindi non di colpevolezza come tradizionalmente avviene ma di responsabilità. e questo concetto di responsabilità attribuisce un ruolo peculiare alla colpevolezza e cioè: posto che la colpevolezza per sua origine culturale è la colpevolezza intesa in senso psicologico e cioè come dolo o colpa in quanto forme della colpevolezza e soprattutto è una colpevolezza che si lega alla concezione retributiva della pena teoria per la quale la pena deve rappresentare un'espiazione del male rappresentato dal delitto quindi la pena deve essere rigidamente ancorata alla misura della colpevolezza senza possibilità di valutare circostanze ulteriori che incidono sulla determinazione della pena. - la misura della colpevolezza in quanto misura del male commesso deve vedere la diretta e rigida corrispondenza della misura della pena perché la pena deve rappresentare compensazione ed espiazione di quel male.

Dice Roxin: posto questo, noi non possiamo accogliere in un ordinamento laico, di stato sociale di diritto che deve interessarsi della legalità dei comportamenti e non della moralità, questa connotazione di tipo etico della colpevolezza tanto meno questa rigida corrispondenza della pena alla misura della colpevolezza. È anche vero però che questo modo di intendere la colpevolezza legata ad una teoria retributiva della pena ci fornisce un indispensabile meccanismo di garanzia che è quello della garanzia in quanto evita che possano irrogarsi pene sproporzionate. Pene ad esempio che strumentalizzano l'individuo in modo da applicare una pena eccedente la misura della sua colpevolezza.

Detto questo Roxin dice che l'unico aspetto della colpevolezza che possiamo mantenere in riferimento ad uno stato sociale di diritto che rifiuta valutazioni di tipo etico e che comunque è collegato ad una previsione di una pena speciale preventivo di segno preventivo, è la garanzia della proporzione. Pertanto se la terza categoria del reato è quella in cui svolgiamo le valutazioni concernenti i presupposti di ordine soggettivo che consentono di applicare all'autore di un fatto tipico e antigiuridico la categoria della responsabilità, da un punto di vista politico criminale deve ritenersi composta di due elementi. Da una parte la colpevolezza intesa però in senso deonticizzato esclusivamente come limite garantistico all'intervento punitivo statale e cioè come misura massima della pena irrogabile. Misura oltre la quale la pena non può andare per ragioni collegate ad esigenze politico criminali. ma tanto non basta. La colpevolezza così intesa, è presupposto necessario ma non sufficiente a fondare dal punto di vista politico criminale la responsabilità dell'autore del fatto tipico e antigiuridico perché occorre altresì la valutazione di quelle esigenze politico criminali che si collegano alla funzione della pena in termini di prevenzione generale e prevenzione speciale positiva; e cioè quelle esigenze politico criminali che possono indurre a graduare la pena all'interno di quel limite massimo. Quindi mai andare oltre, ma laddove il soggetto non

manifesti un particolare bisogno di rieducazione o laddove il fatto da lui realizzato non desti particolare allarme sociale, la pena non dovrà necessariamente corrispondere alla misura massima collegata a questo concetto di colpevolezza deeticizzato perché altrimenti torneremmo alla teoria retributiva della pena. Dovrà invece essere graduata sulla base di queste esigenze di politica criminale evidentemente con la possibilità di essere graduata solo verso il basso stante il limite garantistico della colpevolezza. Quindi responsabilità come categoria fondata da un punto di vista politico criminale su 2 componenti : la colpevolezza inteso in senso deeticizzato come limite garantistico all'intervento punitivo statale e come garanzia di proporzione della pena. E dall'altro le esigenze di prevenzione generale speciali collegate alla funzione della pena in uno stato sociale di diritto.

A questo proposito. Il Prof Moccia parla di un superamento della colpevolezza (testo diritto penale tra essere e valore) collegate alla parte sulla responsabilità del saggio di Roxin a quello che Moccia definisce il superamento della colpevolezza.

Moccia parte dal presupposto della condivisione del discorso che fa Roxin in ordine alla impossibilità di accogliere in un ordinamento laico da stato sociale di diritto valutazioni di tipo etico e in ordine al tempo stesso alla irrinunciabilità della garanzia della proporzione. Però dice : a questo punto, posto che il concetto di colpevolezza è in sé collegato ad una teoria retributiva della pena e a valutazioni di tipo etico per cui non è facile deeticizzare questo concetto così come dice Roxin, e posto che nel nostro ordinamento il principio di proporzione ha fondamento costituzionale nell'art 3 possiamo superare il concetto di colpevolezza e sostituirlo con quello laico della proporzione. Cioè nella categoria della responsabilità, che abbiamo detto Roxin vede composta dal punto di vista politico criminale da colpevolezza deeticizzata e esigenze di prevenzione collegate alla funzione della pena, il prof Moccia nello stesso concetto di responsabilità sostituisce a quello di colpevolezza quello di proporzione fondato sull'art 3 cost e operante, giacché la proporzione è un meccanismo che mette in relazione 2 termini, quindi dobbiamo chiarire a cosa deve essere proporzionata la pena il prof Moccia dice che la pena deve essere proporzionata al disvalore complessivo del fatto realizzato inteso come disvalore di azione, di evento tenendo conto della rilevanza del bene giuridico offeso, della dannosità sociale, delle circostanze entro le quali si agisce, tenuto conto però della possibilità di graduare la pena sulla base delle esigenze di prevenzione generale e speciale positiva che fondano la funzione della pena come integrazione sociale. Questo, il superamento della colpevolezza, consente che il meccanismo di garanzia dato dalla proporzione operi anche con riferimento a soggetti non imputabili i quali non sono capaci di colpevolezza. Quindi laddove il meccanismo di proporzione si ancorasse alla colpevolezza sarebbero tagliati fuori da tale meccanismo di garanzia con il risultato che soltanto per questi soggetti varrebbero esclusivamente le ragioni di prevenzione generale e speciale. Quindi quei soggetti potrebbero essere neutralizzati, strumentalizzati per esigenze di politica criminale a differenza dei soggetti imputabili per i quali varrebbe il meccanismo di proporzione. Cose che di fatto avviene con le misure di sicurezza attualmente. Diversamente dice il prof Moccia se ancoriamo la garanzia della proporzione all'art 3 cost e parliamo di responsabilità come categoria del reato alla quale riferire le funzioni di politica criminale di integrazione sociale legate alla pena, questo meccanismo di garanzia varrà anche per il soggetto non imputabile. Soggetto non imputabile al quale non si applicano pene ma si applicano le misure di sicurezza come sanzioni fortemente afflittive nei confronti del soggetto perché tali da restringere la libertà personale anche per un periodo indeterminato (es: ospedale psichiatrico giudiziario). Allora il fatto che il soggetto abbia agito con dolo o con colpa, se assumiamo secondo la dottrina dell'illecito personale che dolo e colpa fanno parte del fatto tipico prima ancora che della

terza categoria del reato, significa diversificare la risposta sanzionatoria anche in riferimento al soggetto non imputabile in ragione del diverso disvalore dell'azione da questi realizzata. Se invece parliamo di proporzione ancorata alla colpevolezza evidentemente tagliamo fuori questi soggetti appunto dalla garanzia della proporzione ; per questo si parla di superamento della colpevolezza.