

Ma mi pare di aver dato persuasivi esempi non solo dell'applicabilità dei criteri positivisti nell'interpretazione della legge penale vigente; ma anche, e soprattutto, della loro effettiva e frequente applicazione da parte dei magistrati e specialmente della Corte di cassazione. Almeno, per quanto si può sapere dalla pubblicazione delle sentenze; giacchè io so di molte e frequenti sentenze di Tribunali e di Corti, che restano ignorate perchè non pubblicate nelle raccolte di giurisprudenza, ma che tuttavia quasi ogni giorno fanno applicazione equa e serena di questa o di quella teoria positivista.

Questo sia detto a conforto nostro, a lode meritata della magistratura più intelligente ed a dimostrazione dell'errore di coloro, che dubitano o dicono di dubitare della feconda vitalità teorica e pratica, della Scuola positiva.

#### La teorica positivista del dolo e la Cassazione.

Malgrado lo spiritualismo delle sue dottrine, la scuola classica criminale non ha dato del dolo, come elemento giuridico del reato, un'analisi psicologica ben precisa, divagando piuttosto nelle distinzioni in gran parte formali tra le diverse qualità del dolo.

L'elemento psicologico del reato è invece un insieme molto complesso di disposizioni intellettuali dell'agente e se non si analizza con precisione, permette e fomenta nella dottrina e soprattutto nella giurisprudenza molti dissensi, provenienti solo dalla diversità di questo o quell'elemento del dolo, che più direttamente sia preso di mira dall'attenzione del teorico o del giurisperito.

Nel dolo io distinsi altrove i tre elementi psicologici della *volontà*, dell'*intenzione* e dello *scopo*, dimostrando come l'espressione generica di *dolo* li contenga tutti tre e tutti tre siano necessari per avere il dolo punibile; con questo però, che fra essi il più caratteristico e quindi il più importante per determinare l'indole sociale o antisociale dell'atto e dell'agente è propriamente lo scopo (1).

E per dimostrare, come nella pratica giudiziaria sia appunto lo scopo propostosi dall'agente, quello che più influisce sul magistrato, anche quando questo scopo non è espressamente contemplato nell'articolo di legge, io raccolsi (nel saggio precedente) una serie di sentenze della Cassazione per dimostrare, come questa implicitamente accogliesse ed applicasse la teorica positivista del dolo nella decisione di delicate controversie giuridiche.

Credo utile ricordare qui altre sentenze della Cassazione, per confermare come nel giudicare se una data azione sia punibile come reato oppure no o si debba punire sotto una od altra figura criminosa, ogni incertezza scompare quando si abbandoni la nozione

(1) *Sociologia criminale*, 3ª edizione, pag. 492 e segg. e nel saggio precedente su *La cosiddetta volontarietà nelle contravvenzioni*, pag. 402.

vaga e generica del *dolo*, per fissare la propria attenzione sull'elemento caratteristico di esso, che è lo *scopo* propositosi dall'agente, oltre la *volontà* di compiere una data azione con una *intenzione* offensiva.

Così la sentenza 22 febbraio 1894, Conti, esaminata pure dall'Olivieri nel *Massimario critico* della *Scuola Posit.*, 15 marzo 1894, pag. 195 stabilì che « l'incetta di monete è reato solo allorchando è fatta *a scopo* di produrre aumento dell'aggio e l'aumento sia effetto dell'incetta medesima ».

Colla nozione generica del dolo, che l'art. 45 del Codice penale ha ridotto così malamente al criterio insufficiente e incompleto della volontarietà, si potrebbe dire che chi fa incetta di monete, per lucrare sulla differenza del loro valore al di là dei confini dello Stato compie *volontariamente* un'azione preveduta dall'espressione generica dell'art. 293 Codice penale e la compie con un'*intenzione* lesiva degli interessi dello Stato medesimo e quindi potrebbe anche giudicarsi che sia azione punibile.

Per decidere invece, con sicurezza positiva, se tale atto abbia la natura criminosa colpita dall'art. 293 bisogna vedere quale fosse lo *scopo* propositosi dall'agente: se esso era il solo lucro personale poichè questo nel mondo presente è la regola sovrana della vita sociale, non si può punire come reato; se invece lo scopo era l'aumento artificiale dell'aggio e quindi il diretto danno del pubblico, allora l'atto diviene antisociale e punibile. Così decise la Cassazione e decise bene, attenendosi al criterio positivo dello scopo.

In tema di *porto d'armi*, sebbene la Cassazione troppe volte ceda ad un rigorismo puramente fiscale, tuttavia non vi è altro criterio per decidere quando l'atto, sia pure volontario, di portare un'arma sia punibile come contravvenzione oppur no, che quello di guardare allo scopo di chi porta l'arme stessa.

O egli la tiene sopra di sè, in modo e collo scopo di poterne usare alla prima occasione, ed allora si ha la vera contravvenzione punibile, il vero *porto* d'armi. O egli invece non fa che trasportarla da un luogo ad un altro, in modo che essa sia inservibile (fucile smontato o scarico, rivoltella chiusa in una valigia, ecc.), e quindi senza lo scopo di servirsene al primo incontro, ed allora applicare la pena dell'art. 464 del Codice penale è fare della giustizia a scopo fiscale, ma contro ogni ragione di difesa sociale e di buon senso.

Ed ecco come la Cassazione abbia negato ogni valore alla distinzione fra *porto* e *trasporto d'armi* quando il più delle volte si è fermata alla sola materialità del fatto (V. Stoppato, nella *Temì Veneta*,

3 dicembre 1893, pag. 637) ed abbia invece data un'interpretazione più razionale della legge, quando, più o meno esplicitamente, anche per questo reato ha cercato la guida allo scopo dell'agente, che secondo me deve avere influenza decisiva anche in tema di contravvenzioni, se il capoverso dell'art. 45 ammette la possibilità della prova « di non avere voluto commettere un fatto contrario alla legge », solo esonerando l'accusa dall'obbligo della prova contraria.

Così la sentenza 15 marzo 1893, ric. Borda, est. Bovenzi, giudicò che « il fatto del trasporto materiale dalla ferrovia all'albergo di un bastone animato *non costituisce* il porto d'arme insidiosa, mancando l'elemento essenziale del reato, cioè la possibilità (e quindi lo scopo) di attentare alla pubblica incolumità » (1).

Egualmente per decidere se le percosse date ad uno della propria famiglia costituiscano il reato di *lesione personale* (art. 372) o quello di *maltrattamenti in famiglia* (art. 391) più volte la Cassazione ricorse al criterio dello scopo propositosi dall'agente, così come lo scopo dell'agente è il criterio migliore per giudicare se lo schiaffo debba costituire ingiuria o lesione personale.

La sentenza 24 novembre 1893, conflitto in causa *Di Franco*, rel. Canonico, decise appunto che « commette lesione volontaria a danno del genitore, e non maltrattamento in famiglia, il figlio che, *a solo scopo* di sfogare un transitorio dispetto, vuole e cagiona lesioni al proprio genitore ».

La *Cassazione unica* (V. 150) in una nota a questa sentenza ricorda come i commentatori ricorrono per questa distinzione alla teorica della prevalenza, che è puramente empirica, e rileva come la sentenza invece delinea la differenza fra due specie di reato, desumendola dalla loro natura intima..... cioè dallo scopo dell'agente, che solo può determinare il carattere morale e quindi giuridico dell'atto materiale.

Infatti soggiungeva anche più chiaramente la sentenza 1° dicembre 1893, conflitto in causa *Proietti*, rel. Canonico, « il reato di maltrattamenti presuppone il proposito (o più precisamente lo scopo) di abusare della patria potestà e le lesioni arrecate costituiscono un mezzo onde attuare il proponimento. Ma se desso *fine* manca, l'abuso della patria potestà non costituisce che un aggravante delle lesioni stesse » (*Cassazione unica*, V. 262).

La distinzione fra deturpamento di cose immobili (art. 430

(1) Analoga sentenza diede il pretore di Appiano, 28 settembre 1893, causa Piatti. Vedi *Cassazione unica*, v. 142, che riassume la diversa giurisprudenza in proposito.

Cod. pen.) e danneggiamento (art. 434) fu fatta pure dalla Cassazione col criterio dello scopo, nella sentenza 16 luglio 1894; ric. *Tamburino*, rel. *Barletti*, stabilendo che « bene è applicata la figura del deturpamento aggravato dal numero delle persone, al fatto di coloro, che in numero maggiore di dieci, al fine di fare sfregio anzichè di danneggiare, lanciano pietre contro il portone di una casa » (*Cassazione unica*, VI, 36).

Esplicitamente poi riconobbe l'importanza di questo criterio psicologico dello scopo, la sentenza 9 aprile 1895, ricorso *Caniglia*, rel. *Perfumo*, la quale giustamente stabiliva che « se nei reati di dolo imperfetto (trattavasi di lesione tentata e il ricorrente invocava l'impunità per mancanza di danno) si determina questo dall'evento, non ne segue che alla sussistenza di essi occorra necessariamente che un evento si verifichi in guisa che, esso mancato, debba mancare la fisionomia del reato, resa palese dalla manifestazione del fine propostosi senza potersi dar luogo a diversi gradi del conato. La questione sta nella prova del fine propostosi ed il criterio differenziale non può essere quello empirico ed accidentale, insinuato dal ricorrente, e cioè che in tema di lesioni volontarie, fallito il colpo, possa tutt'al più darsi luogo ad altra figura di reato (minaccia) e non mai ad un tentativo di lesione; poichè in tal modo si viene a conoscere l'elemento fondamentale del reato, che è il fine propostosi dall'agente nel consumarlo » (*Cassazione unica*, VI, 818).

Tralascio di insistere ora sopra altre sentenze, che viceversa, giustamente decisero che il fine antisociale o immorale propostosi dall'agente valeva non già a scusarlo, ma a renderlo punibile, che è appunto la teorica positivista da noi messa a base della responsabilità penale.

Così la sentenza 14 settembre 1894, ric. *Mestroianni*, rel. *Perfumo*, decise che « l'introduzione di un estraneo nella camera della domestica arbitrariamente per fine carnale non può non costituire il reato di violazione del domicilio del padrone della casa ed un fine come quello non vale certo ad eliminare il reato » (*Cassazione unica*, VI, 213).

E la sentenza 10 ottobre 1894, ric. *Sonnenfeld*, rel. *Nazari*, con giusto rigore decise, che « commette il delitto di oltraggio al pudore (art. 338) e non la contravvenzione prevista dall'art. 490, la guardia di pubblica sicurezza, che in una via pubblica si presta a che una meretrice compia su di lui atti di libidine, sia pure allo scopo di coglierla in contravvenzione ed arrestarla » (*Cassazione unica*, VI, 74).

Perchè è davvero immorale ed antisociale che i pubblici fun-

zionari (guardie di finanza, di pubblica sicurezza, ecc.) si facciano essi provocatori di contravvenzioni, per esercitare poi il loro ufficio, coi relativi lucri, a danno dei cittadini così ingannati.

Chiudo questa breve rassegna, ricordando a cagion di onore, un'altra sentenza, che nel contestato tema della diffamazione si allontanò dal criterio materiale e irrazionale della volontarietà, ammettendo che « nella diffamazione il fine giustificato da necessità di difesa esclude il proponimento criminoso » (*Cassazione unica*, VI, 851, ric. *Cerbo*, rel. *Perfumo*).

È questo un riconoscimento troppo autorevole, per quanto parziale, di quella « teoria psicologica della diffamazione » che col'opera del Florian la Scuola criminale positiva ha così validamente sostenuta, perchè non dovessimo noi invocarla qui, come documento prezioso di quella progrediente influenza delle teoriche positiviste nell'amministrazione della giustizia penale, che attesta così la loro vitalità scientifica come la loro utilità pratica.

### Volontarietà e ricettazione.

Una sentenza della Corte d'appello di Lucca (1° agosto 1891), mi dà il modo di ribadire la critica che, nei saggi precedenti, ho fatto al criterio della cosiddetta volontarietà, come condizione di responsabilità penale. E vi ritorno, perchè è una questione della massima importanza per l'interpretazione ed applicazione del Codice penale.

La critica da me fatta a questa « volontarietà » nel reato è duplice :

I. Che essa è un criterio eclettico fra la teoria classica e quella positivista della responsabilità ;

II. Che essa è insufficiente o superflua, perchè basta ne' casi evidenti in cui non c'è bisogno di dire in un articolo di legge che l'uomo risponde solo delle azioni, che sono l'effetto della *sua* attività e personalità ; e non basta invece ne' casi più complicati, perchè la volontarietà non è che uno (e il meno importante) fra i tre elementi psicologici del reato.

La *Rivista penale* del giugno 1891 (pag. 603) dopo una serqua di quelle che essa stessa poi chiamò « male parole » e delle quali non mi curo, dà alle mie critiche la risposta che riproduco testualmente in tutto il suo esilarante sussiego accademico :

Le mie critiche rimangono tal quali : anzi si ribadiscono per nuove conferme :

« Il Ferri vi pubblica un articolo sulla « cosiddetta volontarietà nelle contravvenzioni » in cui, con la leggerezza che gli è connaturale (1) discorre in poche pagine di tutta la teoria dell'imputabilità (facendo le solite riserve di

(1) Orrore ! ammette dunque delle tendenze ed attitudini *congenite* ! Dunque può anche esistere il delinquente-nato ? !

trattare poi più di proposito questo o quel punto) per combattere la dottrina che ritiene necessario e sufficiente quale caposaldo dell'imputabilità *morale*, l'estremo della volontarietà. La chiama ibrida ed eclettica ; e gli offriamo un soldo (1) se ci saprà dire quale contributo è venuta a chiedere alle dottrine della « nuova scuola » che non ammette affatto... la imputabilità *morale*, come lo stesso autore ricorda. E quindi, con una delle *solite* (2) incoerenze poco stante « afferma che oltre la volontarietà (che dice « insufficiente o superflua » perchè altri elementi si richiedono a integrare il reato — bella novità ! — laonde nel difetto di alcuno di essi, pur essendo volontario il fatto, si esclude l'imputabilità o la responsabilità del reato) « vi è l'intenzione, vi è lo scopo » dacchè « l'elemento psicologico (voleva dire psichico) del reato non è costituito soltanto dalla *volontarietà* semplice » (chi mai vi appiccicò questo attributo ?) E soggiunge (udite !) che « il Codice penale di questi tre elementi psicologici (psichici) della determinazione (o di che dunque ?) criminosa non ne conosce che uno ; e in ciò sta (voleva dire stanno) l'errore e l'equivoco ». Ma pare a noi che stia l'errore e l'inganno del nostro autore quando non sa o fa vista di non sapere che nell'art. 45 si parla di volontarietà del *fatto* e che *fatto*, se non lo spiegasse espressamente la Relazione al Re, lo fanno intendere centinaia di disposizione del Codice, vuol dire tutto il materiale del reato, considerato sabbiettivamente e obbiettivamente, nell'azione e nella lesione, nella causa e negli effetti, compresi gli scambievoli legami e rapporti, onde appunto si evincono l'intenzione e il motivo e lo scopo che *il più delle volte si identificano con l'elemento della volontarietà* e quando devono avere un valore e un apprezzamento proprii e distinti, il Codice (senza punto essere andato a « scuola » dal signor Ferri e da' suoi correligionari) ne fa speciale menzione, come nel « fine di uccidere » e nello scopo di lucro la cui enunciazione l'autore trova o finge trovare (con altra classica incoerenza) esorbitanti di fronte all'art. 45 ».

I. Il criterio della volontarietà è ibrido ed eclettico (e l'avevo già detto, ma non c'è peggior sordo di chi non vuol sentire), perchè fra la scuola classica che fonda la punibilità sulla responsabilità *morale* derivante dal libero arbitrio e la scuola positiva che la fonda sulla responsabilità *sociale* o giuridica del delinquente, senza libero arbitrio, il Codice, mentre seguita, colla teoria classica, a tenere la responsabilità o imputabilità *morale* come condizione di punibilità, cedendo poi alle critiche della scuola positiva, abbandona il criterio del libero arbitrio. Sicchè ne è venuto fuori quel mostriciattolo psicologico e giuridico di una « imputabilità *morale* senza libero arbitrio ». E la Relazione Ministeriale (I, 163) ripete l'osservazione da me fatta nei *Nuovi Oriczonti* (II ediz., pag. 46), però senza citarmi (ed io ne fui addoloratissimo, ah ! sì...) che non si può fondare la responsabilità penale sul libero arbitrio o libera volontà, perchè questo è un criterio troppo discusso e contestato anche da alcuni *irrego-*

(1) Quanta eleganza di polemica ha mai la *Rivista penale* !...

(2) Ah, ma allora ci sono anche i delinquenti *abituali*.

lari della filosofia spiritualista. Ma poi non ha il coraggio, una volta escluso (almeno a parole) il libero arbitrio, di giungere alle conseguenze logiche e perciò radicali di escludere anche la responsabilità *morale* come condizione di punibilità.

Questo è dunque dell'eclettismo ed ibridismo, ed io così ho guadagnato il soldo elegantemente promessomi dalla *Rivista penale*. Ma perchè non mi si appioppi qualche « fine di lucro » lo destino sin d'ora come prima oblazione per un istituto di ortopedia... logica, a favore della « *bête noire* »;

II. Chiamai *semplice* la volontarietà dell'art. 45, appunto perchè separata cerveloticamente dagli altri elementi (intenzione e scopo) che costituiscono l'elemento psicologico del reato o determinazione criminosa o dolo (1).

La *Rivista penale* risponde: questi elementi (*intenzione* e *scopo*) o si identificano il più delle volte colla *volontarietà*, o quando non si identificano, il Codice ne fa speciale menzione.

Rispondo: è errore grossolano ed è prova di vera insipienza psicologica il dire che nella volontarietà si identificano il più delle volte l'intenzione e lo scopo (a cui la *Rivista penale* aggiunge, con nuovo errore, il *motivo* che altro non è se non lo scopo). In ogni azione umana, sempre, per giudicarne il lato psicologico, bisogna tener separati la volontarietà — l'intenzione — lo scopo. Nelle azioni indifferenti questo esame non si fa, perchè per solito si bada allo scopo, che è l'elemento più caratteristico; ma nei delitti era invece necessaria tale distinzione... appunto perchè il Codice si dimentica molte volte di far menzione dell'intenzione e dello scopo, oltre la volontarietà inodore dell'art. 45.

Nel mio primo scritto contrapposi appunto la menzione del « fine di uccidere » fatta per l'omicidio, al silenzio del Codice in fatto di diffamazione; mentre in questo reato appunto è immorale le severità del Codice, che trascura lo scopo che avea il diffamatore e punisce, per la sola volontarietà della diffamazione, tanto chi ha lo

(1) Perciò il § 32 del Codice di Zurigo, che la Relazione ministeriale cita insieme al § 75 del Codice ungherese, come precedente nella trovata magnifica della *volontarietà*, dà invece ragione a noi, perchè esso dice: « Le pene stabilite in questo Codice sono applicabili solamente ai fatti commessi con *dolo* ». A parte la limpida chiarezza di queste parole, in confronto alla contorta fraseologia scolastica del « Monumento » che solo di mattonella arriva a dire che « nessuno può essere punito per un *delitto* se non ha voluto il *fatto* che lo costituisce ». A parte ciò, ma altro è *dolo* ed altro è *volontarietà*; e « *dolo* » appunto, se non esprime sempre, in tutti gli autori, la volontà, l'intenzione, lo scopo, almeno è più comprensivo della cosiddetta *volontarietà*.

scopo, veramente biasimevole, di dare sfogo a rancori personali, quanto chi ha lo scopo di svelare, per il bene sociale, gli atti ignominiosi di qualche farabutto, che scrocca la fama di galantuomo e dà querela... ma senza accordare la prova dei fatti (1).

Ora la sentenza di Lucca mi offre un altro esempio di questa dimenticanza del Codice.

Si trattava di un oste imputato di ricettazione (art. 421) per aver comprato del vino, che poi si scoperse rubato. L'oste questo vino lo comprò *volontariamente*, eppure non lo comprò *dolosamente*, ossia con intenzione antiggiuridica nè per scopo di lucro illecito. E perciò la Corte di Lucca assolse per inesistenza di reato e fece bene... pur dando una tiratina di orecchi al « montimento »..... del signor *Chiunque*.

Perchè questo, all'art. 421 punisce « chiunque fuori del caso previsto dall'art. 225 acquista, riceve o nasconde danaro o cose (forse il danaro non è una cosa!) provenienti da un delitto o si intromette in qualsiasi modo nel farle acquistare, ricevere o nascondere, senza essere concorso nel delitto medesimo ».

E quindi per la ricettazione, non essendo fatta menzione del fine di lucro od altro, parrebbe che bastasse la *volontarietà* dell'acquisto. Infatti, se per es., nel magazzino di un *Chiunque*, a sua insaputa, dei ladri nascondono cose furtive, allora il possesso di queste cose non è *voluto*, e perciò (anche senza bisogno dall'articolo 45) quel *Chiunque* non sarebbe punibile come ricettatore. Ma allora, la conseguenza logica dell'art. 45, poichè l'art. 421 non fa speciale menzione dello scopo di lucro o d'altro, sarebbe appunto che nella ricettazione l'intenzione e lo scopo si identificano colla volontarietà e quindi dovrebbe bastare l'acquisto *volontario* perchè ci fosse ricettazione punibile.

Difatti dice la Relazione Ministeriale (II, CLXXV): « Una sola discordanza esiste intorno ad un punto: se, cioè, sia o no da indicarsi come estremo necessario nella ricettazione il *fine di lucro*

(1) Me ne ha fornito or ora un esempio eloquente la *Tribuna* di Roma.

Avendo essa rivelato che un prete, per raggiri ignobili, induceva una ragazza a farsi monaca, il prete dava querela di diffamazione, accordando la prova dei fatti. La *Tribuna* istruiva un processo per conto proprio e raccoglieva le prove evidenti del fatto e pertanto della propria buona fede. Venuti al dibattimento, il prete querelante odorando il vento infido ritirò la *concessione della prova dei fatti*, e così il gerente del giornale fu condannato a 10 mesi di reclusione per diffamazione! Ecco adunque, come col nuovo Codice si proteggono i farabutti a danno degli onesti.