

PREMESSA

Il tema dell'errore rappresenta una vera e propria chiave di volta nello studio della sistematica del reato, sulla quale né il legislatore né la dottrina o la giurisprudenza hanno mancato di soffermarsi. Eppure, nell'ambito d'una tematica tanto sconfinata e approfondita quanto storicamente radicata e risalente, emerge ancora oggi con un'evidenza veramente tale la disputa sulla natura dell'errore di diritto.

In particolare, il nocciolo della questione sembra ruotare attorno alla qualificazione, o meglio all'interpretazione, dell'articolo 47, terzo comma, del codice penale, ossia dell'errore su legge extrapenale, vero *enfant terrible* della teoria in questione, come è stato soprannominato. Appare quindi chiaro l'interesse di studio che questo argomento è in grado di suscitare e tuttavia è doveroso ricordare come lo stesso sia stato in parte abbandonato negli ultimi anni, soprattutto – e con una certa rassegnazione – dalla prassi giurisprudenziale. Al tempo stesso è sufficiente uno sguardo d'insieme alle apparizioni di questa problematica negli ultimi sessant'anni per notare come essa sia tornata più e più volte alla ribalta per essere poi accantonata nuovamente, quasi questo fosse il suo destino.

Più semplicemente possiamo però affermare che una delle ragioni di questa ciclicità caratterizzante la situazione italiana può essere ravvisata da un lato nell'inevitabile conflitto tra codice Rocco e Costituzione repubblicana, e

dall'altro nella natura delle soluzioni proposte dalla dottrina, il cui filone più storicamente significativo indirizzò, più o meno consapevolmente, i termini della questione sul crinale incertissimo dell'integrazione della norma extrapenale. Tale situazione, come si cercherà di evidenziare, ha portato l'elaborazione dottrinale ad un livello di complessità e di precisione giuridica estremamente elevato, ma d'altro canto sembra essere stata foriera di incertezza per la giurisprudenza, che non pare essere stata posta nella condizione di disporre di sicuri criteri discernitivi di fronte al terzo comma dell'art. 47 c.p. Posta quindi l'assoluta operatività per il giudice del *non liquet*, si può affermare che i giudici, dinnanzi alla possibilità di applicare l'istituto in questione, hanno statisticamente optato e optano tuttora per la negazione nel caso concreto dello stesso, evidentemente mossi in tale direzione sia dalle difficoltà di motivarne coerentemente l'applicazione, sia dal timore di avallare distorsioni della norma potenzialmente capaci di creare «estese sacche d'impunità», in modo tale che oggi si può affermare la prevalenza pressoché assoluta dell'interpretazione *abrogans* dell'errore su legge extrapenale.

Tuttavia il fatto che il problema sia stato accantonato non significa affatto che sia stato risolto, al contrario è la prova costante della necessità di continuare a studiare il tema, giacché non è immaginabile che un istituto espressamente codificato e posto a garanzia del principio di colpevolezza possa continuare così a lungo a essere ignorato.

Infine appare prudente evidenziare sin da subito che benché ci si riferisca comunemente all'errore su legge extrapenale, tale nomenclatura possiede il pregio della sintesi ma non della chiarezza, poiché la norma positiva assume a rilevanza solamente l'errore su legge extrapenale che causi un errore sul fatto. Si

tratta infatti d'uno snodo lessicale e terminologico che se non tenuto, quasi trattenuto come una fune di sicurezza, bene a mente, rischia costantemente di trarre in inganno.

CAPITOLO I

**GENESI ED EVOLUZIONE
DELLA TEORIA DELL'ERRORE**

1. Rapporti tra l'*ignorantia legis* e l'errore di diritto

Nello studio dell'errore di diritto causante un errore sul fatto, ovvero dell'articolo 47, terzo comma c.p., appare come necessariamente prodromico interrogarsi sui rapporti dello stesso con il più ampio tema e principio dell'*ignorantia legis non excusat*, espresso all'art. 5 c.p. Questo risulta infatti in un certo qual modo assorbente rispetto all'oggetto di questo lavoro e benché l'attuale codice disciplini le due regole in maniera separata e apparentemente autonoma (la prima nel titolo I "Della legge penale" e la seconda nel titolo III "Del reato") non è immaginabile che lo studio del problema possa prescindere totalmente da un'analisi almeno parzialmente congiunta. Se infatti il legislatore in un'ottica semplicisticamente positiva può fare e disfare la realtà apparente, non è però possibile comprendere a pieno la natura dei concetti normativi senza indagarne le interrelazioni logiche e storiche anche al di fuori della mera norma positiva.

Di ciò pare ben consapevole la dottrina penalistica in materia, la quale anche a fronte di tale sistematica codicistica ha sempre posto l'art. 5 c.p. come punto di partenza per lo studio dell'errore sulla legge extrapenale.

Parimenti la stessa Corte Costituzionale, come si vedrà, chiamata a pronunciarsi sulla costituzionalità dell'inescusabilità *ex art. 5 c.p.* dell'ignoranza

di legge, nella celebre sentenza n. 364 del 1988, motivò la propria censura con argomentazioni che vanno ben al di là dei rapporti tra norma di rango inferiore e superiore e che abbracciano piuttosto ragioni di ordine politico e sociologico.

Evidentemente la questione dispone di una portata che travalica i confini del singolo ordinamento, tanto in senso temporale, quanto in quello spaziale, dove in larga parte dei principali autori “moderni” fa sentire tutto il suo peso l'elaborazione di provenienza tedesca¹. Si può quindi affermare di trovarsi a confronto con un vero e proprio principio metagiuridico, con il quale qualunque ordinamento, in modo particolarmente delicato nelle aree del diritto punitivo, deve rapportarsi, e i cui riflessi sul sistema stesso sono il risultato di come questo decida d'imporsi sugli stessi individui a esso sottoposti.

2. Le origini storiche del principio

Come prevedibile, il brocardo *ignorantia legis non excusat* trova la sua origine storica nel diritto romano classico, in particolare in un frammento di Paolo contenuto nel Digesto, il quale recita «*regula est iuris ignorantia cuique nocere*». Tuttavia appare singolare notare come tra gli studiosi della materia si affacci l'ipotesi che la massima derivi da una distorsione di un passo più risalente di Nerazio, realizzatasi in età imperiale allo scopo di legittimare ulteriormente l'idea politica dell'impero.

In ogni caso non si deve credere che il principio fosse realmente assoluto e anzi non sono necessarie ricerche particolarmente approfondite per imbattersi

¹ Particolarmente completa e dimostrativa di tale influenza risulta l'opera di BELFIORE, *Contributo alla teoria dell'errore in diritto penale*, Giappichelli editore, Torino, 1997, per l'intera parte seconda.

in numerose eccezioni elaborate – o forse soltanto rese esplicite – nelle epoche immediatamente successive e riguardanti a titolo d'esempio *rustici, milites e minores*. Analizzare diffusamente le ragioni di queste esclusioni non sarebbe possibile né particolarmente opportuno in questa sede, ma può essere utile notare che tutte erano rivolte a soggetti che si discostavano in qualche modo da quello che potremmo definire, usando una categoria contemporanea, l'“agente modello”.

Infatti le ragioni di tali eccezioni vanno ricercate in una parziale e presunta incapacità di questi stessi soggetti a recepire pienamente il comando della legge; tale incapacità, rendendo inesigibile un comportamento diverso, faceva anche cadere il senso della presunzione di non scusabilità e quindi di una eventuale punizione.

Se può essere considerata corretta tale ricostruzione², allora si può affermare, pur con una forzatura storica, che già alle origini del principio questi fosse legato a doppio filo alle necessità di integrità dell'ordine giuridico da un lato e all'idea di colpa, intesa nel “semplice” significato di rimproverabilità, dall'altro.

Sembra infatti che siano questi i due poli concettuali e ancor più valoriali, in ogni epoca e luogo, sulla direttrice dei quali oscillano le diverse posizioni possibili, in modo tale che le teorie sull'ignoranza e l'errore di legge possono essere tra loro predicate in termini di correttezza soltanto nella misura in cui si pongono nella stessa posizione rispetto ai due estremi sopra evidenziati.

A questo punto è opportuno avvicinarsi speditamente ad un momento storico più vicino e profondamente condizionante le scelte legislative

² Depone certamente in tal senso il fatto che nell'elenco fossero comprese anche le *mulieres*, «*propter sexus infirmitatem*».

dell'attuale codice, ossia la metà del XIX secolo, e in particolare alle riflessioni sul tema svolte dal Carrara.

Tuttavia, prima di volgere direttamente a queste l'attenzione, può risultare utile, alla luce degli sviluppi futuri di questa riflessione, un breve *excursus* su alcune posizioni nel contesto del diritto canonico medievale e dei cosiddetti post-glossatori.

Il diritto canonico dei secoli X e XI utilizzava fundamentalmente il principio di inescusabilità dell'ignoranza, ammettendone però alcuni temperamenti ed eccezioni. Tra queste ultime poteva scusare l'ignoranza delle norme locali vescovili, il che pare interessante, sia perché l'esclusione sembra motivarsi con una situazione oggettiva d'estrema frammentazione geografica delle norme piuttosto che far riferimento a soggetti "deboli", sia perché porta alla memoria alcune pronunce della nostra giurisprudenza in tema di violazioni di norme sul commercio abusivo da parte di ambulanti per così dire transfrontalieri. Tale eccezione trovava però la sua linea di confine – oltre la quale nuovamente vi era l'inescusabilità – nell'«ignoranza crassa e supina» oppure nei casi di ignoranza «*affectata*»³.

L'interesse di questo dato è da individuarsi nel fatto che, una volta isolati e applicati dei casi di esclusione dal principio generale, veniva avvertita nel diritto canonico l'esigenza di introdurre significativi temperamenti, sostanzialmente delle eccezioni alle eccezioni, il che è sintomo non di incoerenza, bensì dei problemi concretamente applicativi di tale situazione. Aperta infatti la porta alla possibilità di sottrarre alcuni casi al dovere assoluto e

³ JASONNI, *Contributo allo studio dell' "ignorantia juris" nel diritto penale canonico*, Giuffrè Editore, Milano, 1983, p. 148.

insuperabile di conoscere la legge, l'elusione della stessa, con sotterfugi leciti e non, diventa – nell'undicesimo secolo come oggi – una facile e praticabile tentazione per gli individui, sicché diventa necessario porvi rimedio con norme e teorie contenitive.

Anche nel periodo dei post-glossatori vigeva la regola «*quaelibet ignorantia etiam iuris excusat a dolo*»⁴ (non quindi dalla colpa *tout court* ma solo dal dolo), salvo però quanto concerneva i delitti dello *ius naturale* ritenuti sempre come da tutti conosciuti; una distinzione, questa, che ci riporta idealmente alla giurisprudenza costituzionale della sentenza 364/1988. I post-glossatori introdussero inoltre lo schema del *dolus praesumptus* per specifici crimini, al fine di giustificare e consentire l'applicazione in tali casi della regola generale.

Le ragioni di tali limitazioni, come si ricordava prima, non sembrano affatto legate alla logica della colpa in senso stretto, soprattutto perché non si riesce a vedere alcun collegamento giuridico diretto tra le teorie che indagano, nel XII secolo come oggi, la sfera psichica interna al soggetto e i modi di formazione dei vari gradi di rappresentazione e volizione con quelle che si occupano invece delle varie classi e specie di crimine. Non si vuole con ciò dire che non si possa immaginare come il tipo di reato influenzi le scelte e le determinazioni anche solo mentali di chi lo compie, tuttavia può essere evidenziato che, secondo il modo in cui oggi – e in questo caso parrebbe anche all'epoca dei glossatori – si concepisce la sistematica del reato, sembra mancare una relazione diretta.

In altri termini, l'idea che si debba anche solo ricorrere a ipotesi di dolo presunto – la quale tra l'altro avrà una discreta fortuna per i molti secoli a

⁴ JASONNI, op. ult. cit.

venire – non può essere *ab origine* giustificata con argomentazioni giuridiche sostanziali, ma deve trovare il suo fondamento in un livello speculativo differente. Quale questo sia, anche solo per esclusione, non è arduo immaginarlo; si tratta evidentemente di questioni di politica criminale, le quali ora come allora postulano che non vengano rese praticabili vie così facili per sottrarsi all'imperatività della legge. Il piano più semplice e naturale sul quale arginare questo pericolo diventa così quello processuale sul quale si opera surrettiziamente attraverso lo strumento delle presunzioni.

Ecco che allora, ammesso che questa ricostruzione possa avere un valore d'esempio per così dire archetipico, si può meglio comprendere perché il tema dell'errore sembri non trovare pace e, al tempo stesso, quale debba essere una delle necessarie prospettive d'analisi: quale che sia la teoria dominante e recepita dal diritto positivo, non può mai essere del tutto composta la frattura tra l'esigenza di protezione dell'ordinamento e delle sue leggi e la coerenza del sistema giuridico stesso. Accogliendo presunzioni di conoscenza nell'ambito della colpa, non può essere messa a tacere la sensazione che si stia sacrificando la giustizia sostanziale alle esigenze probatorie processuali.

Appare quindi chiaro come l'errore sulla legge penale (ed extrapenale) e la sua ammissibilità nonché onere probatorio siano in grado di produrre problemi esponenzialmente maggiori in un sistema penale e soprattutto costituzionale quale il nostro, permeato di valori post-illuministici di garanzia per l'indagato-imputato sulla base della presunzione di non colpevolezza.

Fissata quindi anche questa matrice interpretativa, si può affrontare direttamente il ragionamento sul tema svolto dal Carrara, poiché talune argomentazioni dell'illustre penalista possono aiutare a esplicitare e a rendere

per esteso alcuni principi fondamentali, intuibili istintivamente ma non per questo scontati.

In particolare celeberrima e centrale risulta l'affermazione per cui non sarebbe ammissibile ammettere la scusabilità dell'ignoranza della legge penale «senza esporre a ruina tutto lo edificio del giure punitivo»⁵. Ammettendo infatti la rilevanza della ignoranza, secondo l'Autore la legge diverrebbe «condizionale», ossia subordinata alla cognizione stessa o ancor prima alla diligenza dei singoli che «se ne tenesse[ro] per trascuranza o malizia all'oscuro»⁶. Ciò risulterebbe particolarmente pericoloso nel momento in cui lo Stato è chiamato a svolgere nel campo della giurisdizione il compito più alto non tanto per dignità, quanto per il peso specifico dei beni giuridici in gioco. Tuttavia mentre è condivisibile la preoccupazione per la situazione di stallo che si verrebbe a creare se al soggetto sottoposto allo *ius dicere* fosse consentito sottrarsi all'imperatività del comando, o meglio del precetto, non altrettanto si può dire dell'idea che lo Stato debba prevalere in quanto tale di fronte all'individuo-cittadino. Benché a pieno titolo Carrara sia infatti annoverato tra i “liberali” in senso classico del diritto, non stupisce che questa sua impostazione sia stata abbracciata con convinzione dai compilatori del codice Rocco – come si comprende facilmente dalla relazione del Guardasigilli stesso – cosicché correttamente questa visione viene ricompresa nella cosiddetta teoria autoritaria.

Ad ogni modo si ha la sensazione che le posizioni dell'Autore di cui sopra

⁵ CARRARA, *Dell'ignoranza come scusa*, in *Opuscoli di diritto criminale*, VII, V ed., Firenze, 1911, pp. 388 ss.

⁶ CARRARA, op. ult. cit.

siano state da quest'ultimo indirizzo dottrinale e politico strumentalmente isolate da un contesto ben più ampio, nel quale le inferenze logiche non sono necessariamente le stesse che *ictu oculi* appaiono da quanto sopra riportato.

Infatti questo apparente rigore scema di molto nel pensiero dell'illustre Autore quando l'ignoranza, o semplicemente l'errore, si proietta su quello che per il momento si può chiamare un «elemento normativo diverso»⁷ anziché cadere sulla norma incriminatrice.

3. La prudenza di Carrara tra *error facti* ed *error iuris*

Il pensiero giuridico del Carrara risulta legato alla rigida dicotomia tra errore di fatto ed errore di diritto, considerati come assolutamente distinti ontologicamente e quindi anche distinguibili dall'interprete.

Mentre al secondo non si riconosce rilevanza in termini di scusabilità poiché vi è alla sua base una presunzione, o meglio un dovere di conoscenza, al primo tale via è non solo aperta ma anzi naturale e doverosa. D'altronde non si vede come in tal caso l'ignoranza d'un elemento del fatto, cioè d'una circostanza concreta, possa essere in grado – sempre a condizione che non sia artificiosa – di apportare un serio *vulnus* alla maestà dello Stato. Sviluppando questa affermazione si può infatti ritenere che mentre l'errore, e peggio l'ignoranza, sulla norma incriminatrice svilisce per così dire un elemento necessario, potenzialmente immutabile nel tempo e uguale per tutti i consociati, l'inconsapevolezza del fatto o meglio d'una parte di esso, pur presentandosi nei vari casi con forme più o meno simili in relazione al singolo tipo di reato, è

⁷ Mette in luce ed esplicita tali sviluppi del pensiero Carrariano BELFIORE, op. ult. cit.