

46

INCLUYE ACCESO  
A LA VISUALIZACIÓN  
ONLINE DEL FONDO  
COMPLETO DE  
LA REVISTA

IN S PRAE IDE ET PRO

# Revista

Julio 2020

46

Revista Penal

# Penal

Julio 2020



tirant  
lo blanch



tirant  
lo blanch



# Revista Penal

Número 46

## Sumario

---

### Doctrina:

- ¿Una medición de la pena más uniforme y transparente a través de lineamientos para la medición de la pena? Las Sentencing Guidelines inglesas como objeto de investigación valioso, por *Kai Ambos*..... 5
- Luces y sombras de la transposición al ordenamiento español de la directiva 2008/99/CE, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal, por *María Ángeles Fuentes Loureiro* ..... 17
- Delitos de odio, Discurso del odio y Derecho penal: ¿hacia la construcción de injustos penales por peligrosidad estructural?, por *Alfonso Galán Muñoz* ..... 41
- El uso de ordenadores personales y de material informático por los internos en un centro penitenciario, por *Pablo García Molina*..... 67
- Tutela penal de la intimidad y grabación de la conversación por uno de los interlocutores, por *José Luis González Cussac* ..... 95
- Documento, fotocopia y falsedad, por *Rubén Herrero Giménez*..... 109
- La “corrupción entre particulares”. Análisis crítico de la regulación italiana, por *Alessandro Melchionda*..... 127
- La difusa frontera entre la vida y la muerte. Reflexiones sobre el objeto material de los delitos contra la vida humana independiente, por *Clara Moya Guillem* ..... 141
- El tratamiento penal del blanqueo urbanístico en tiempos de crisis económica, por *Miguel Ángel Núñez Paz*
- Las definiciones auténticas de la imprudencia en el ámbito de la seguridad vial, por *Inés Olaizola Nogales*.. 157
- España y Europa frente al discurso del odio: una aproximación comparativa a los límites a la libertad de expresión en la jurisprudencia española y en la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por *Marta Rodríguez Ramos* ..... 169
- Crisis y transformación de los sistemas penales en Europa en el ámbito de la lucha contra el terrorismo internacional, por *Francesco Rossi*..... 190
- Neuroprevención: un nuevo paradigma para el estudio de la reincidencia delictiva, por *Aura Itzel Ruiz Guarneros* y *José M. Muñoz*..... 207
- Política criminal de exclusión: aporofobia y plutofilia, por *Juan M. Terradillos Basoco* ..... 221

**Sistemas penales comparados:** La detención preventiva (*Pre-trial detention*)..... 230

**Especial:** Sul fondamento della responsabilità giuridica dell’estraneo che partecipi a reati propri nel pensiero di Aldo Moro, por *Marianna Pignata* y *Antonio Tisci*..... 312

### Bibliografía:

- Recensión: “Delitos Acumulativos”, de Miguel Bustos Rubio (Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017), por *Adrián Viejo Mañanes* ..... 317

\* *Los primeros 25 números de la Revista Penal están recogidos en el repositorio institucional científico de la Universidad de Huelva Arias Montano:* <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/11778>

---



Universidad  
de Huelva



UNIVERSIDAD  
DE SALAMANCA



UCLM  
UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA



UNIVERSIDAD  
PABLO DE OLAVIDE

am Arias Montano  
Repositorio Institucional  
de la Universidad de Huelva

tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca,  
Castilla-La Mancha, y Pablo Olavide de Sevilla

### **Dirección**

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva  
jcferrreolive@gmail.com

### **Secretarios de redacción**

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide  
Miguel Bustos Rubio. Universidad Internacional de La Rioja

### **Comité Científico Internacional**

Kai Ambos. Univ. Göttingen	José Luis González Cussac. Univ. Valencia
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Enzo Musco. Univ. Roma
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P. Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecasas. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Vicente Gimeno Sendra. UNED	John Vervaele. Univ. Utrecht
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume I <sup>o</sup>	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla	Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío

### **Consejo de Redacción**

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Carmen González Vaz (Universidad Complutense) Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Nacional Andrés Bello de Chile), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

### **Sistemas penales comparados**

Martin Paul Waßmer (Alemania)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Alexis Couto de Brito (Brasil)	Blanka Julita Stefańska (Polonia)
Jiajia Yu (China)	Frederico de Lacerda da Costa Pinto (Portugal)
Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)	Svetlana Paramonova (Rusia)
Elena Valentini (Italia)	Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)	Pamela Cruz y Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

[www.revistapenal.com](http://www.revistapenal.com)

© TIRANT LO BLANCH  
EDITA: TIRANT LO BLANCH  
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia  
TELF.: 96/361 00 48 - 50  
FAX: 96/369 41 51  
Email: [tlb@tirant.com](mailto:tlb@tirant.com)  
<http://www.tirant.com>  
Librería virtual: <http://www.tirant.es>  
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997  
ISSN.: 1138-9168  
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.  
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: [atencioncliente@tirant.com](mailto:atencioncliente@tirant.com). En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en [www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa](http://www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa) nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCtirant.pdf>



## *Sul fondamento della responsabilità giuridica dell'estraneo che partecipi a reati propri nel pensiero di Aldo Moro\**

Marianna Pignata\*\*

Antonio Tisci\*\*\*

Revista Penal, n.º 46. - Julio 2020

1. “A novanta anni dalla nascita dello statista pugliese, la recente pubblicazione (2005)... delle Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale tenute da Aldo Moro nella Facoltà di Scienze Politiche dell'Università di Roma<sup>1</sup>, appare densa di significati e di riflessi, che trascendono il mero piano storico. Come viene osservato nella limpida e ricca presentazione di Giuliano Vassalli<sup>2</sup>, ... la pubblicazione di queste lezioni universitarie si rivela di sicuro interesse per gli studiosi di diritto penale, nella misura in cui consente di ‘conoscere con maggior completezza e nella totale autenticità il pensiero penalistico di un grande cultore della materia’... Se, come è stato rilevato da Bettiol, il diritto penale nasce storicamente come filosofia, nel pensiero moroteo il presupposto per la conoscenza e per la soluzione dei problemi penalistici è, per l'appunto, il ‘benefico bagno nella filosofia del diritto’<sup>3</sup>. La formazione filosofica giovanile aveva avvicinato lo statista al tema dell'illecito

giuridico sulla base di premesse teoriche e di ideali filosofici, che ritornano e riemergono nell'insegnamento della materia penale”.

Le parole di Alberto Gargani, nel saggio pubblicato nei Quaderni fiorentini<sup>4</sup> sulle *Lezioni di istituzioni di diritto e procedura penale* di Aldo Moro, consentono di introdurci alla comprensione della cifra articolata dell'impostazione filosofica e giuridica di Moro, ci consentono di interpretare l'‘incisività’ e l'‘originalità’ delle sue riflessioni, di intuire compiutamente il rapporto fra individuo, società, reato e pena nel pensiero penalistico del Nostro e soprattutto di tentare, in questa sede, a glossare — nella produzione scientifica morotea — uno ‘scritto minore’<sup>5</sup> in materia di responsabilità dell'*extraneus* nel reato proprio<sup>6</sup>, che raccoglie tutta la modernità di “una personalità che aveva saputo fondere e armonizzare la multiformità e la ricchezza della propria esperienza umana, politica e scientifica,

\* Il presente saggio è frutto di uno studio congiunto di entrambi gli autori. Tuttavia, ai fini della ripartizione dei paragrafi, si precisa che il paragrafo 1 va attribuito ad Antonio Tisci mentre il paragrafo 2 a Marianna Pignata.

\*\* Prof. Associato di Storia del diritto penale nell'Università degli Studi della Campania “Luigi Vanvitelli” - Dipartimento di Giurisprudenza.

\*\*\* Ricercatore di Storia delle Istituzioni politiche nell'Università degli Studi della Campania “Luigi Vanvitelli” - Dipartimento di Scienze Politiche “Jean Monnet”.

1 A. Moro, *Lezioni di istituzioni di diritto e procedura penale*, raccolte e curate da F. Tritto, Bari 2005.

2 G. Vassalli, *Presentazione*, in A. Moro, *ivi*, p. 34 ss. (pubblicata, anche, in “Riv. it. dir. proc. pen.”, 2005, 780 ss.)

3 G. Bettiol, *La concezione della pena in Aldo Moro*, in Aa.Vv., *Aldo Moro e il problema della pena*, Bologna 1982, p.71.

4 A. Gargani, *Diritto penale e verità morale. Una teleologia della ‘vita sociale’ (a proposito delle Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale di Aldo Moro)*, in “Quaderni fiorentini”, XXXV(2006), T. II, Milano 2006, p. 997.

5 A cui si aggiungono due saggi in materia di delitti contro l'onore: Osservazioni sulla natura giuridica dell'‘*exceptio veritatis*’ e Ancora sulla natura giuridica della ‘*exceptio veritatis*’, pubblicati rispettivamente in “Riv. it. dir. proc. pen.”, 1954, p. 3 ss. e in “Arch. pen.”, 1955, p. 23 ss., ed ancora *Rapporti tra tutela civile e tutela penale in materia di inosservanza di norme disciplinanti i rapporti di lavoro*, in “Giust. pen.”, 1943

6 A. Moro, *Sul fondamento della responsabilità giuridica dell'estraneo che partecipi a reati propri*, in “Giur. it.”, 1948, IV, pp. 25 ss.. Sulla produzione scientifica di Aldo Moro in materia penale, e in particolare sugli studi monografici, v. Vassalli, *L'opera penalistica*, in Aa.Vv., *Cultura e politica nell'esperienza di Aldo Moro*, a cura di P. Scaramozzino, Milano, 1982, pp. 23 ss.; Id., *L'opera penalistica di Aldo Moro*, in Aa.Vv., *Crisi o collasso del sistema penale?*, (Atti del convegno Cassino 29 maggio 1998), a cura di F.S. Fortuna e F. Tritto, Cassino, 2002, pp. 21ss.

in un unitario, elevato, impegno esistenziale”<sup>7</sup>. Non è questa la sede per raccontare la vicenda scientifica del giurista salentino<sup>8</sup>, il profondo ascendente che ebbe su di lui Biagio Petrocelli, il Maestro penalista della scuola tecnico-giuridica<sup>9</sup> che, con la sua indole “inclina a prendere e difendere strenuamente posizioni nette, concedendo poco a sofismi”, nei perenni colloqui culturali, voleva infondere, non solo su Moro ma anche sullo stuolo di giuristi da lui direttamente allevati<sup>10</sup>, la passione per una “scienza illuminante” come il diritto penale: da insegnare con “lucida coerenza” e “forte impegno morale”<sup>11</sup>. E l’allievo dal carattere “pacato e dialogante” non ebbe timore a raccogliere l’insegnamento del suo mentore, a confrontarsi con l’autorevole maestro e a discostarsene riguardo ad uno dei temi più controversi della dottrina giuridica, vale a dire alla concezione etico-reativa della pena “che per il suo carattere afflittivo può, ma solo esteriormente, assomigliare alla vendetta ma se ne distingue perché la pena è misurata, equilibrata, umana nelle sue finalità”<sup>12</sup>. Ed al di sotto di questa visione, come tra le righe di tutto il pensiero moroteo, circola suggestiva e determinante la definizione di reato:

“Non può esservi dunque reato senza conflitto di interessi, perché il reato è appunto conflitto in atto. E non può esservi soggetto possibile autore di reato che non abbia interesse da opporre ad altro, una volontà da realizzare in conflitto con altra e con un contenuto arbitrario e socialmente incompatibile”.

Ed in questa definizione vi è, nel particolare che qui ci riguarda, la sua opinione di reato proprio:

“Il reato proprio è, a nostro avviso, particolare espressione di un fenomeno generale che di regola resta ignorato e nei casi invece che corrispondono a reati propri appare in piena luce, figurando naturalmente come una anomalia nel sistema. Si tratta della rilevanza del soggetto che commette il reato sotto il profilo degli interessi (illeciti) dei quali è portatore e che nell’attività delittuosa indebitamente prevalgono sugli interessi protetti dalla norma penale”<sup>13</sup>,

dove precisava (in una nota) che l’utilizzo del termine “interessi” era per “comodità di espressione e senza negare il significato di valore delle posizioni umane giuridicamente rilevanti”. In quella puntualizzazione si raccoglie la pregnante inclinazione del giurista che vuole rivisitare il diritto penale in chiave di moderno umanesimo<sup>14</sup>:

7 Gargani, *ivi*, p.999.

8 Per una bibliografia su Aldo Moro che viene aggiornata, all’incirca con scadenza semestrale, si rinvia ai seguenti indirizzi web: <http://www.archiviofamigni.org/doc/bibliografia-aldo-moro.pdf>; <https://independent.academia.edu/FrancescoMariaBiscione>.

9 Aa.Vv., *Studi in onore di Biagio Petrocelli*, Milano 1972, in tre tomi. Raguagli biografici potranno rinvenirsi in F. Angioni, Petrocelli, Biagio (*ad vocem*), in *Dizionario Biografico dei giuristi italiani*, vol. II, Bologna 2013, pp.1562-65.

10 Tra cui spiccano i nomi di Aldo Santamaria, Angelo Raffaele Latagliata, Michele Massa, Vincenzo Scordamaglia, Andrea Dalia e Antonio Pecorara Scanio (Cfr. F. Mastroberti, *Aldo Moro e la Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Bari nella transizione dal regime fascista alla Repubblica*, in Aldo Moro e l’Università di Bari fra storia e memoria, a cura di Angelo Massafra, Luciano Monzali, Federico Imperato, Bari 2016, p. 59)

11 F. Mastroberti, *ivi*, p. 60), nel delineare i momenti peculiari della formazione dello statista pugliese riporta le parole dello stesso Aldo Moro (in *Ricordo di un allievo*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Biagio Petrocelli*, cit., t. I, p. XXV): “Innanzitutto un ricordo. È il ricordo degli anni, nei quali, giovanissimo, mi affacciavo con grandissima curiosità intellettuale alla vita universitaria. Ho ancora viva la sensazione di lucida coerenza e di forte impegno morale, che era destata in me dallo svolgimento del corso del Prof. Petrocelli, che io seguivo assiduamente. In tanta parte quelle lezioni hanno affinato il mio spirito critico e sollecitato all’amore di una scienza illuminante; ricca cioè di chiarezza intellettuale e di palpiti morali. Quel primo contatto non si è poi mai interrotto. Il rapporto maestro-discepolo è continuato in modo sempre più ricco e vivo. Ne è nata una consuetudine comune di lavoro e di ricerca, in una profonda solidarietà umana, a partire dalla elaborazione della mia tesi di laurea, pubblicata per affettuoso intervento del Petrocelli, fino alla libera docenza e alla cattedra di Bari, che Egli aveva così degnamente occupato”.

12 G. Bernini, *Sul pensiero penalistico di Aldo Moro*, “Sintesi dialettica per l’identità democratica”, rivista on-line, n. 4 (2007), *Il populismo*.

13 A. Moro, *Sul fondamento della responsabilità*, cit., p. 25.

14 Una interessante lettura della centralità della persona umana nei contributi scientifici di Aldo Moro è in P. Troncone (*L’umanesimo penale di Aldo Moro*, in <https://www.federalismi.it/>, n.3/2017): “Si tratta di una decisa uscita dall’angolo in cui il diritto penale era stato relegato dal tecnicismo giuridico che nella sua interpretazione più esasperata mirava a sviluppare soltanto la perfezione stilistica degli istituti giuridici e un sistema normativo come ineccepibile costruzione da un punto di vista tecnico-formale, prescindendo da contenuti, da valori e dal ruolo della persona come autore di reato”, p. 6. Notevoli anche i saggi di F. Tritto, *Il valore della persona umana nel pensiero giuridico di Aldo Moro*, in *Crisi o collasso del sistema penale?*, (a cura di Francesco Saverio Fortuna e Francesco Tritto), Università degli studi di Cassino 2002, pp. 37-73; D. Asteri, *Persona, società e Stato nel pensiero politico giovanile di Aldo Moro*, in *Crisi o collasso*, *ivi*, pp. 139-164; G. Contento, *Il volto umano del diritto penale nel pensiero di Aldo Moro*, in Università degli studi di Bari. Convegno di studi in memoria di Aldo Moro nel ventennale della sua scomparsa. Bari, 28 maggio 1998, Bari 2001, pp. 35-46 ([uniba.it/ateneo/editoria-stampa-emedial/linea-editoriale/quaderni-di-ateneo/quaderno2.pdf](http://uniba.it/ateneo/editoria-stampa-emedial/linea-editoriale/quaderni-di-ateneo/quaderno2.pdf)).

“Il reato è fenomeno umano e nasce là dove è l'uomo nella pienezza delle sue risorse spirituali. L'uomo non è soltanto il soggetto di una volontà libera e responsabile, ma pure di una volontà ricca di contenuto. È soggetto che si propone scopi concreti, è sospinto da interessi, prende posizione di fronte ai valori della vita umana e sociale. Senza questa tensione del volere, senza questa, diciamo pure, appartenenza al mondo umano e sociale reato non è possibile”<sup>15</sup>.

Una simile idea-forza serve a Moro per mettere a fuoco il rapporto dialettico fra diritto naturale e diritto positivo, e tra diritto e morale, ma anche per liberarsi dall'astrazione del diritto naturale e per ricollocare il diritto nella società, in un ordinamento giuridico che “appresti le sue difese in quelle direzioni nelle quali si profilano pericoli per i beni giuridici che si vogliono proteggere”<sup>16</sup> perché:

“La mancanza di una simile direttiva in azione, di una tale individuazione dei soggetti dai quali l'offesa può essere temuta e nei cui confronti la difesa è apprestata, implicherebbe un modo di procedere irrazionale contrastante con la natura del diritto”<sup>17</sup>.

2. Da queste definizioni, che sono le premesse all'analisi del *fondamento della responsabilità giuridica dell'estraneo che partecipi a reati propri*, Moro imprime la funzione del diritto i cui comandi devono essere “strumento efficace di difesa offerto ai beni giuridici”, contro l'attacco di soggetti capaci di offendere con un'iniziativa personale e responsabile i beni esposti all'azione illecita. Da qui la necessità del giurista

di precisare, soprattutto per chiarire la differenza tra reato proprio e reato comune e per evidenziare la “suggerimento dogmatica” di tale distinzione, che vi sono beni giuridici “chiusi o riservati”: vale a dire “offeriti all'attacco di alcuni consociati soltanto”, beni che portano a distinguere la “capacità sociale” da quella “etico-giuridica”<sup>18</sup>. Ed è proprio quest'ultima capacità che è ricollegabile soltanto ad una categoria di soggetti connessi, per la loro posizione giuridica o di fatto, ad una situazione sociale ben definita. Il discorso di Moro è pertanto complesso e corre su due piani: quello della tutela generale del bene giuridico —che ha un obiettivo immediato— contro gli attacchi di tutti i consociati indistintamente, e quello della tutela speciale (che ha un presupposto di “discriminazione subiettiva”) di fronte ad un fenomeno che è:

“quello del reato proprio, che ha la sua più evidente manifestazione in una particolare incidenza degli imperativi, in una precisa sfera dei destinatari, ma che si risolve in una specialità dei beni in gioco, in un particolare atteggiarsi degli interessi giuridici che possono essere lesi dal reato speciale”<sup>19</sup>.

Il discorso di Moro vuole chiarire se al reato proprio debba essere data una sistemazione soggettiva od oggettiva sebbene sia convinto che il fenomeno abbia sia riflessi soggettivi che oggettivi poiché, pur non avendo anomalie di struttura rispetto ai reati comuni, l'elemento dell'antigiuridicità<sup>20</sup> “ha in sé qualche cosa di caratteristico in vista della natura speciale dei beni di cui concreta l'impedimento o la lesione”, ed è su questo obiettivo che richiama le riflessioni di Bettiol e Golds-

15 A. Moro, *ivi*, p.26.

16 Così Gargani, (*Diritto penale*, cit.) riprende la visione morotea (*Intorno al fondamento del diritto*, in *Lezioni di Filosofia del diritto tenute presso l'Università di Bari. Il Diritto (1944-1945)*, Bari 1978, p. 53): “In questo contesto di rinnovamento, l'emersione di nuove esigenze morali viene salutata come ‘una vibrazione’, un ‘fermento di eticità’, un ‘avanzamento di vita civile’, un ‘trionfo di vita morale’, destinato, quale nuovo diritto naturale, a intaccare e a sostituire il diritto positivo, a riprova del respiro universale dello spirito umano (‘così il diritto naturale è un diritto che nasce e che avanza: quello positivo, sempre, in qualche modo, un diritto che muore. Non v'è sistema di diritto positivo nel quale non vada sorgendo un diritto nuovo, naturale, che lo corrode’”, p.1005.

17 A. Moro, *ibidem*. Vale la pena di riportare le osservazioni di L. R. Perfetti che, in occasione del quarantennale della morte di Aldo Moro nel rilevare il ‘primato della persona’ nella costruzione del diritto e delle istituzioni nel pensiero moroteo, afferma: “La persona viva in concreto, nelle sue relazioni ed aspettative di pienezza è anche la radice dell'intera elaborazione penalistica. Pur risentendo della stagione in cui è stato scritto, il libro *La subiettivazione della norma penale* (Moro, 1942, da 45 a 64) è coerente nel vedere nell'interesse protetto dal diritto penale non quello dello Stato all'osservanza della legge, quanto quello della società colta nella sua interezza (sicché la pena sarà solo fatto valere da organi dello Stato, agendo l'interesse della società) e proprio nella protezione della collettività si spiega il quid di tutela in più del diritto penale rispetto a quella assicurata da altri tecniche giuridiche” (cfr. *Sul valore normativo della persona. Appunti su Aldo Moro giurista nel quarantennale dell'omicidio*, in *P.A. Persona e Amministrazione. Ricerche giuridiche sull'amministrazione e l'economia* (pubblicazione dell'Università di Urbino), 2018, n.1, pp. 225-237).

18 A proposito di capacità etico-giuridica si rinvia a N. Bobbio, *Diritto e stato negli scritti giovanili*, in *Cultura e politica nell'esperienza di Aldo Moro*, (a cura di Pasquale Scaramozzino), Milano 1982, pp.7ss., ove si osserva che “Moro può scrivere che la persona è il principio e fine dell'esperienza giuridica’ perchè ha una concezione etica del diritto. Proprio questa concezione etica del diritto, questa riduzione del diritto all'etica, o meglio della filosofia del diritto alla filosofia della morale, per parafrasare un celebre titolo, caratterizza la sua filosofia”.

19 A. Moro, *ivi*, p.27

20 Sull'antigiuridicità si rinvia a A. Moro, *L'antigiuridicità penale*, Palermo 1947

chmidt<sup>21</sup> e si contrappone alle posizioni di Beling<sup>22</sup> e Carnelutti<sup>23</sup>, riprendendo le opinioni di Nagler<sup>24</sup>. Se infatti, nella disputa sulla responsabilità penale dell'estraneo nei reati propri, il giurista salentino ci appare teso, dopo una rapida esposizione, a demolire, nello specifico, le posizioni del Beling che confermava il carattere accessorio della partecipazione:

“...è indifferente che il partecipe sia o meno in condizione di commettere il reato quale autore. Come la presenza degli elementi altamente personali del *Tatbestand* nel partecipe non toglie che essi si debbano riscontrare nell'autore principale, così l'assenza di essi, purchè sussistano in quello, non impedisce la punibilità del partecipe. In sostanza l'antigiuridicità dell'azione di partecipazione consiste tutta nel dare incremento all'altrui agire antigiuridico”<sup>25</sup>;

occorrerà leggere quelle sue riflessioni con una disponibilità a coglierne la dimensione concreta e ad intuirne la complessità poiché il confronto intrapreso sulla responsabilità dell'estraneo non è contro il principio dell'accessorietà ma contro il principio della partecipazione nella struttura dell'istituto del concorso:

“noi riteniamo che le azioni di partecipazione abbiano una loro autonoma incidenza nel mondo dei valori giuridici”

La concezione morotea corre su una linea metodologica ben chiara: separare il principio di accessorialità dall'azione di partecipazione nel concorso, renderli due concetti comunicabili, senza un legame funzionale che li unisca. A tal proposito, sul piano oggettivo dell'antigiuridicità, sia l'azione principale che l'azione di partecipazione si presentano uguali nei confronti del bene che tendono illecitamente a conseguire:

“si tratta di un interesse che, conservando inalterato il suo contenuto oggettivo, in certo modo si riproduce per quanti sono i soggetti che entrano in collegamento con il bene,

dando diversi contributi all'unica realizzazione delittuosa. È la comune causalità che, senza escludere una differenziazione formale delle azioni e, sotto questo profilo, un rapporto da principale ad accessorio, postula la generale incidenza obiettiva delle azioni, il comune scopo illecito da esse perseguito”<sup>26</sup>;

mentre il concorso come istituto giuridico prevede una serie di azioni la cui incidenza è negativa nel mondo dei valori giuridici dove l'azione principale ne è il *centro polarizzatore*. Pertanto, se si vuole dare fondamento alla responsabilità penale dell'estraneo nel reato proprio è giusto, riprendendo le posizioni del Nagler, che l'estraneo entri in contatto di beni giuridici preclusi e ponga in essere un'azione avente quel contenuto oggettivo di antigiuridicità che deve ricorrere in tutte le azioni del concorso<sup>27</sup>:

“è indispensabile perciò tener conto della situazione di concorso, la quale sola permette di stabilisca un rapporto tra l'estraneo ed il bene giuridico “riservato”. Si utilizza perciò la interdipendenza e la reciproca integrazione degli elementi che entrano a comporre il concorso, con che si supplisce al mancato collegamento diretto...il fatto del concorso dunque fa dell'estraneo un soggetto pericoloso per l'ordinamento, nell'atto che esso opera con la caratteristica integrazione della cooperazione delittuosa”<sup>28</sup>.

Il discorso moroteo arriva dunque ad una conseguenza logica che porta, per una situazione di concorso, ad equiparare l'estraneo all'intraneo e che spinge l'ordinamento giuridico ad allargare la sua sfera di azione degli imperativi anche sugli estranei concorrenti:

“...pur senza assumere la qualifica che spetta esclusivamente agli obbligati in modo originario, l'estraneo viene ad essi assimilato in via di fatto...è, se non originario e normale, temporaneo ed incidentale portatore di un interesse, nei

21 G. Bettiol con Goldschmidt (in *Contributo alla sistematica della teoria generale del reato*, in “Riv.it.dir.pen.”, 1934, pp. 308-309; *Sul reato proprio*, Milano 1939, pp. 38-39) sostiene che la legittimazione è inseparabile dalla forma “strettamente collegata con il conflitto d'interessi nel quale si risolve il reato”.

22 Il Beling (*Die Lehrevom Verbrechen*, Tübingen 1906, ff. 239) distingue i reati propri in 1) *Tatbestandliche Sonderverbrechen* e 2) *Sondernormverbrechen*, nei primi: il *Tatbestand* può essere realizzato dagli appartenenti ad una determinata classe; nei secondi: chiunque può essere autore dal punto di vista del *Tatbestand*, mentre solo gli appartenenti ad una determinata categoria agiscono antigiuridicamente. In entrambi gli autori rilevante è la realizzabilità concreta della fattispecie a prescindere dalla sussistenza della qualifica che comporta l'attribuzione delle conseguenze giuridiche.

23 Carnelutti (*Teoria generale del reato*, Padova 1933, pp.118-119) distingue “i casi di legittimazione da quelli di pseudo legittimazione. Quando infatti la posizione dell'agente costituisce un vero elemento formale del reato...il fenomeno riguarda la forma del reato. Quando invece la posizione è isolabile dall'azione, la quale può essere commessa da chiunque...si può parlare di un requisito subbietivo del reato”.

24 J. Nagler, *Die Teilnahme am Sonderverbrechen*, Leipzig 1903, pp. 108 ss.

25 E. Beling, *ivi*, ff. 421

26 A. Moro, *Sul fondamento della responsabilità*, cit., p. 30.

27 Nagler, *Die Teilnahme*, cit., p. 110.

28 A. Moro, *Sul fondamento della responsabilità*, cit., p. 31.

cui confronti il diritto appresta una difesa considerandone illecita la realizzazione”<sup>29</sup>.

Nella disputa contro le posizioni di Beling<sup>30</sup>, Moro rimarca che la posizione dell'estraneo nei confronti del reato proprio è irrilevante finché si resti fuori del concorso perché:

“il fatto del concorso crea un interesse e determina l'obbligo correlativo dell'estraneo concorrente...intanto c'è responsabilità per l'estraneo, in quanto esso sia un partecipe nel senso completo della parola; ma l'estraneo neppure sarebbe partecipe, se il concorso non gliene offrisse il modo”.

e contesta così “il richiamo all'esigenza di difesa del bene giuridico come fondamento dell'estensione all'estraneo dell'obbligo di non cooperare”. Tutto ciò in uno spirito dialettico rivolto, quasi ossessivamente,

a contestare anche soltanto provvisoriamente, il fatto di reato nella sua componente meramente obbiettiva, “nella perenne preoccupazione di non disperdere, di non trascurare, la dimensione personale dell'illecito”:

“Chi riduce l'imputazione del fatto al paradigma della responsabilità obbiettiva segue —secondo Moro— concezioni meccaniche ed esteriori del diritto, che, smorzando e deformando il volto umano del reato, rimangono all'involucro, alla superficie, non toccando “il profondo della coscienza umana. Da qui l'esigenza prioritaria di salvaguardare il profilo della rimproverabilità, dell'antidoverosità, quale corollario del collegamento del fatto illecito alla personalità morale del soggetto, alla sua libertà e capacità di determinazione”<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> *Ibidem*

<sup>30</sup> Sull'ostilità di Moro nei confronti della nozione oggettiva e avalutativa di tipicità elaborata da E. Beling, cfr. G. Vassalli, *Presentazione*, cit., p. 29.

<sup>31</sup> Così Gargani, (*Diritto penale*, cit., p. 1007, n.46) che rileva come: In questa posizione Moro sembra risentire dell'impostazione del proprio maestro, Petrocelli, secondo cui la pena avrebbe come fine primario quello di restaurare l'ordine morale mediante il soddisfacimento del sentimento di giustizia (v. Vassalli, *Funzioni e insufficienze della pena*, in “Riv. it. dir. e proc. pen.”, 1961, p. 314, il quale, in senso critico, osserva che “la reintegrazione dell'ordine morale, quando questo sia stato violato, avviene per effetto della reintegrazione dell'ordine giuridico che ha fatto proprie quelle istanze morali traducendole in norme giuridiche, e la soddisfazione del sentimento di giustizia si opera merce' l'applicazione del diritto”).