SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA
CCXXXV

ROCCO ALAGNA

**TIPICITÀ
E RIFORMULAZIONE
DEL REATO**

Bononia University Press

Opera realizzata con il contributo di

FONDAZIONE
CASSA DI RISPARMIO
IN BOLOGNA

1473
Fondazione
del Monte
DI BOLOGNA E RAVENNA

Bononia University Press
Via Zamboni 25, 40126 Bologna
tel. (+39) 051 232 882
fax (+39) 051 221 019

www.buonline.com
e-mail: info@buonline.com

© 2007 Bononia University Press
Tutti i diritti riservati

ISBN 978-88-7395-249-7

Impaginazione: Gianluca Bollina

Stampa: Officine Grafiche Litosei

Prima edizione: agosto 2007

*A Roberta,
e alla vita che donandosi
trasforma la storia*

PREFAZIONE

Il titolo, *Tipicità e riformulazione del reato*, contiene i due riferimenti principali della ricerca. La riformulazione del reato è assunta come contesto problematico, la tipicità è il “soggetto” che s’inserisce direttamente nella “questione di contesto” tentandone una chiarificazione.

Il termine “tipicità” è inteso in senso lato, come insieme degli elementi che implicano la punibilità, come referente privilegiato del principio di legalità. Il riferimento alla tipicità è in primo piano, sia poiché si è voluta evidenziare la prospettiva dalla quale la ricerca guarda al tema della riformulazione, prospettiva che rivela la vicinanza alle teorie strutturali d’individuazione della continuità normativa, sia in quanto vuole richiamare il saggio, *Tipicità e successione di leggi penali*, con cui Padovani ha impostato i paradigmi della stessa teoria strutturale riscrivendo le linee problematiche della questione.

Il termine “riformulazione” vuole, da un lato, restringere il campo d’indagine alle ipotesi di modifica diretta della fattispecie, con o senza preventiva abrogazione; dall’altro lato, sottolineare come il lavoro non riguardi il tema della *ratio* della disciplina della successione di leggi penali, bensì indagli le condizioni di persistenza della funzione precettiva e sanzionatoria della fattispecie penale originaria.

L’indagine si è diretta verso lo studio dei rapporti tra fattispecie astratta e fatto concreto, allo scopo di comprendere la dimensione epistemologica del concetto di sottofattispecie penale, che è l’elemento centrale dell’approccio strutturale. In primo piano si è posto il concetto di concretizzazione della fattispecie astratta, attraverso la modulazione della gravità del reato secondo le circostanze proprie e improprie del reato. Questa tensione concretizzatrice è stata collocata nella più ampia prospettiva delle concezioni gradualistiche del reato. Infine, si è individuata la forma concettuale della fattispecie penale, che è una for-

ma tipologica peculiare, dove convivono un'anima classificatoria e una ordinale. Questo percorso ha evidenziato l'esistenza di "stratificazioni" della fattispecie penale, strutturantesi secondo la combinazione della norma di parte speciale con le norme sulle circostanze. La sottofattispecie, declinata seguendo la morfologia delle circostanze, sarebbe, così, una mera stratificazione, egualmente tipica e formale, della fattispecie ch'esprime il precetto più generale. Si è tentato, in tal modo, di fondare epistemologicamente il concetto di sottofattispecie e, quindi, di consolidare l'approccio strutturale all'individuazione delle condizioni di persistenza della funzione incriminatrice della fattispecie originaria.

* * *

La monografia non avrebbe potuto costruirsi nel tempo senza il sostegno finanziario dell'Alma Mater Studiorum-Università di Bologna, del Dipartimento di Scienze Giuridiche "A. Cicu" di Bologna, del Polo Scientifico-Didattico di Ravenna, della Fondazione "Marino Golinelli" di Bologna e della *Max-Planck-Gesellschaft* di Monaco di Baviera.

La ricerca sarebbe stata inimmaginabile senza le intuizioni, il sostegno costante, le indicazioni e le critiche del mio maestro, il prof. Filippo Sgubbi. A lui tutta la riconoscenza per avermi dato opportunità straordinarie di crescita intellettuale e umana, accogliendomi in un contesto di ricerca rigoroso e libero.

Sono profondamente grato all'avv.ssa Alessandra Albertazzi per aver scandito il mio percorso con le sue sollecitazioni e i suoi incoraggiamenti.

Ringrazio la prof.ssa Désirée Fondaroli per avermi instancabilmente indirizzato e sostenuto in questi anni di ricerca.

Il lavoro ha beneficiato della generosità con cui il dott. Attilio Nisco ha messo a disposizione le sue preziose doti intellettuali. Grazie.

Esprimo la mia gratitudine al prof. Luigi Stortoni e al prof. Gabriele Fornasari per i suggerimenti illuminanti e le critiche costruttive alla versione provvisoria della monografia.

Per le indicazioni, desidero ringraziare i professori Massimo Donini, Albin Eser, Wolfgang Frisch, Günther Jakobs, Hans Heinrich Jescheck, Manfred Maiwald e la dott.ssa Lucia Parlato.

Tanti sono i debiti di riconoscenza contratti negli anni di ricerca a Freiburg: con il prof. Klaus Tiedemann, già direttore dell'*Institut für Kriminologie und Wirtschaftsstrafrecht*, con il prof. Albin Eser, già direttore del *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht*, e, per l'ospitalità sempre amichevole di questi anni, soprattutto, con il prof. Ulrich Sieber, attuale direttore del MPI. Al MPI ho conosciuto la competenza e la disponibilità del Dr. Christoph Grammer, di Frau Dr. Konstanze Jarvers e di Frau Dr. Johanna Rinceanu, che ringrazio insieme con Frau Hilde Kreuzkamp, la mia carissima ospite friburghese.

Il ricordo va a mia madre, Enza; un grazie affettuoso a mio nonno Rocco e a mio padre, Giuseppe. In questi anni di lavoro, con Roberta, mia moglie, e le nostre figlie, Rita e Caterina, abbiamo condiviso sacrifici e doni. Insieme ringraziamo i suoi genitori, Grazia e Maurizio, per la cura amorevole e la fiducia, e mons. Stefano Ottani per l'amicizia e la testimonianza.

PARTE PRIMA

**RIFORMULAZIONE DEL REATO
E INERZIA ESISTENZIALE
DELLA FATTISPECIE INCRIMINATRICE**

CAPITOLO I

RIFORMULAZIONE DEL REATO E DINTORNI

1. *La riformulazione del reato come espressione del diritto penale della “seconda modernità”: degenerazioni palesi e razionalità celate*

Negli ultimi due decenni, le norme penali sostanziali e processuali si sono contraddistinte per un’inusitata dinamicità e instabilità delle prescrizioni e delle discipline. Le ricerche sociologiche hanno, d’altro canto, evidenziato un mutamento nell’epifania giuridico-istituzionale¹. Alla certezza del diritto, alla solidità “panottica” delle istituzioni giuridiche, sembra succedere l’esigenza della “garanzia del cambiamento”, del continuo rifacimento delle strutture esistenti². Si passa dalla prima modernità a un’altra moderni-

---

¹ La bibliografia è incontenibile, qui si rinvia alle opere più significative e recenti: M.R. FERRARESE, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, 2002; ID., *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna, 2000; U. BECK, *Il lavoro nell’epoca della fine del lavoro. Tramonto delle sicurezze e nuovo impegno civile*, Torino, 2000; ID., *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, 2000; Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, Roma-Bari, 2002; ID., *La società dell’incertezza*, Bologna, 1999. Nell’ottica tradizionale di approccio ai presupposti e alle conseguenze del capitalismo si vedano i classici: M. WEBER, *L’etica protestante e lo spirito del capitalismo*, Firenze, 1977; J.A. SCHUMPETER, *Capitalismo, socialismo e democrazia*, Milano, 1964; J. HUIZINGA, *Homo ludens*, Torino, 1949; R. SENNETT, *L’uomo flessibile. Le conseguenze del nuovo capitalismo sulla vita personale*, Milano, 2000.

² Per dipingere il passaggio da un modo di essere all’altro del concetto di modernità, Ferrarese ricorre alla suggestiva immagine di una signora matura, la “prima modernità”, che, sebbene vanti un passato rivoluzionario, è soprattutto preoccupata dei suoi eredi, e una giovane donna, la “seconda modernità”, che in preda al suo delirio di onnipotenza giovanile, vuole assaporare tutti i rischi e le opportunità del momento, senza preoccuparsi troppo del futuro, così, M.R. FERRARESE, *Il diritto al presente*, cit., pp. 53-54.

tà (*auf dem Weg in eine andere Moderne*, sottotitola Ulrich Beck), la seconda³.

Simbolo di questa “modernità altra”, è il concetto di tempo. Mentre nel sistema panottico la temporalità viene ignorata, poiché nella solidità dell’istituzione tutto è immutabile, la fenomenologia post-panottica si caratterizza per il dominio dei cambiamenti portati dal tempo⁴, per la sostituzione della solidità dello spazio (normativo) con la “leggerezza” e la precarietà delle modifiche legislative⁵.

Abbandonato il normativismo tradizionale, basato su prescrittività, prevedibilità e sicurezza, si approda a una realtà in cui sono sfumati i confini stessi tra lecito e illecito, tra sacro e profano⁶. La denormativizzazione non porta solo alla riduzione della stabilità del diritto e delle istituzioni, ma implica anche un *deficit* di prescrittività, di capacità sanzionatoria nei confronti delle deviazioni dal modello: è lo stesso modello a essere più sfumato. La sfumatura deriva, anche, dall’elevata capacità di modificazione del modello entro intervalli di tempo sempre più brevi. *Deficit* di nitore, che viene rilevato quando si prende come riferimento il frangente nel quale il nuovo modello si sostituisce al predecessore. In una realtà a forte dimensione temporale, all’incertezza della percezione immediata, cioè alla domanda “cos’è?”, si aggiungono le questioni relative al “cosa fosse”, alla ragione del mutamento, alla verifica di una modifica reale, e, infine, alla riflessione sul collegamento tra vecchio e nuovo modello⁷.

³ Si vedano gli esaustivi riferimenti contenuti nelle opere citate e in particolare in *ibidem*, pp. 40 e ss., 53 e ss. Il sottotitolo cui si fa riferimento è quello dell’edizione originale tedesca de *La società del rischio* di Beck.

⁴ Sullo stadio postpanottico nella storia della modernità, si veda, Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, cit., p. XVIII.

⁵ Bauman riprende l’espressione «fondere i corpi solidi» dal *Manifesto del partito comunista* come esempio dello spirito esuberante di una società che voleva cambiare i «vecchi corpi solidi» e sostituirli con nuovi e migliori, si veda, anche per la metafora di solido-liquido tra spazio e tempo, Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, cit., pp. VI-VIII, 122 e ss. Espressione non molto diversa da quella di «distruzione creatrice» utilizzata da J.A. SCHUMPETER, *Capitalismo, socialismo e democrazia*, cit., pp. 59 e ss., 77.

⁶ Si veda, M.R. FERRARESE, *Il diritto al presente*, cit., p. 46.

⁷ Si rinvia ancora a *ibidem*, p. 54; sebbene l’A. non parli espressamente dell’incertezza dei modelli istituzionali stessi, le argomentazioni poste a fondamento della ricostruzione sociologica sembrano indirizzarsi proprio verso tale esito, evidenziandosi più volte l’alto grado d’irrequietezza dei modelli istituzionali.

La peculiarità non è, tuttavia, soltanto nell'instabilità del modello normativo, ma anche nelle caratteristiche dei modelli riformulati⁸. Due su tutte: da un lato, la diminuzione della prescrittività della norma, a favore della valorizzazione liceizzante delle caratteristiche dei fatti sociali⁹; dall'altro, l'intenzione che questa modifica sia irreversibilmente discontinua rispetto al passato¹⁰. Se l'emblema della precarietà temporale del modello può essere il reato di abuso d'ufficio¹¹, simbolo di queste singolari caratteristiche della riformulazione è, senza dubbio, la fattispecie di false comunicazioni sociali¹².

La modifica del reato di falso in bilancio è espressione dell'«istituzionalizzazione delle esigenze privatistiche»¹³. Con essa, il legislatore ha realizzato una normazione penale che si adatta alla realtà criminologica, non per meglio prevenirla, ma per abbattere il modello di disvalore, liceizzando ciò che prima era penalmente rile-

---

⁸ Ad esempio si può citare una ricerca che ha evidenziato come oggi l'attività del legislatore tedesco sia quasi esclusivamente votata alla modifica della normazione precedente, nel quadriennio 1978-1982 il 64% delle norme hanno modificato disposizioni già esistenti, quando, invece, tra il 1878 e il 1882 erano solo il 18,5%, si veda, T. BRANDNER, *Gesetzesänderung*, Berlin, 2004, p. 2.

⁹ Che è quello che in un contesto diverso Bauman chiama «colonizzazione degli spazi pubblici operata da fini, interessi e timori privati», cfr., Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, cit., p. 33.

¹⁰ Si sostiene che il sistema di potere implicito nella forme moderne di flessibilità consista di tre elementi: a) reinvenzione discontinua delle istituzioni (che è il carattere cui si fa riferimento nel corpo del testo); b) specializzazione flessibile della produzione (che implicando la disponibilità sul mercato di «più prodotti, più variati e più in fretta», ricorda un certo tipo di legislazione simbolica e, si potrebbe aggiungere, anche «situazionale», sulla legge come «prodotto», F. SGUBBI, *Presentazione*, in G. INSOLERA (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Padova, 2006, pp. XI, XII); c) concentrazione di potere senza centralizzazione. Questi sono i caratteri individuati da R. SENNETT, *L'uomo flessibile*, cit., p. 46 e ss.

¹¹ Per una visione delle riformulazioni della fattispecie di abuso di ufficio come indebolimento del presidio penalistico contro la conflittualità di interessi, cfr., R. ALAGNA, *Note sul concetto penalistico di conflitto di interessi*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2003, p. 743 e ss.

¹² Il percorso e la struttura di queste riformulazioni sono oggetto dei paragrafi 6 e 9 del capitolo successivo.

¹³ Questo processo tipico delle società globalizzate è studiato da M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, cit., p. 114 e ss. L'A. distingue tra processi di istituzionalizzazione delle imprese, che sono legate al bisogno di profitti da cui dipende la loro stessa esistenza, e processi di istituzionalizzazione delle ONG *non profit* legati, invece, alla necessità di rappresentare istanze di pubblico interesse a livello mondiale.

vante. Il diritto penale, in questo caso, si è modulato secondo la realtà criminale non più, o non tanto, per imporle un ordine, una prescrizione, ma per diventare maggiormente fattuale¹⁴, diminuendo la sanzionabilità e legittimando, così, “nuove istituzioni”¹⁵. L’allocazione dell’illiceità penale nasce qui dalla pressione di gruppi sociali per ottenere una quota di immunità penale¹⁶. La legislazione penale è stata, allora, pragmatica, non ha precluso forme e modalità dell’essere, ma è divenuta “inclusiva” di nuove possibilità d’azione¹⁷.

Le false comunicazioni sociali sono, così, l’emblema della fluidificazione del modello punitivo, simbolo dell’abbandono del carcere e della fabbrica come metafore del controllo istituzionale¹⁸, e della nuova capacità del diritto di conformarsi alla realtà, stigma del rinnovato rapporto, di cui il diritto è mediatore, tra potere e società, in cui a dominare è, evidentemente, la società¹⁹.

La riformulazione dei reati societari indica un ulteriore elemento della modernità “altra”. Infatti, nessuna fattispecie penale è altrettanto capace di avverare la profezia di chi ha sottolineato come il concetto di cambiamento sia oggi legato alla volontà di una rottura irreversibile con il passato, sia connesso all’eliminazione di ogni continuità con la regolamentazione precedente, porti a «reinventare le istituzioni in modo decisivo ed irrevocabile, in modo che il presente diventi discontinuo rispetto al passato»²⁰. La discesa rapida

¹⁴ Cfr., *ibidem*, p. 110 e ss.

¹⁵ Ancora, ID., *Il diritto al presente*, cit., p. 57.

¹⁶ Sul punto, F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, Bologna, 1990, pp. 26 e ss., 33.

¹⁷ Passaggio logico delineato ancora da M.R. FERRARESE, *Il diritto al presente*, cit., pp. 58-59.

¹⁸ I classici sul tema sono, D. MELOSSI, M. PAVARINI, *Carcere e fabbrica*, Bologna, 1977, p. 31 e ss.; e D. MELOSSI, *Istituzioni di controllo sociale e organizzazione capitalistica del lavoro: alcune ipotesi di ricerca*, in «La questione criminale», 1976, pp. 293 e ss., 310 e ss.

¹⁹ Cfr., M. HARDT, A. NEGRI, *Impero. Il nuovo ordine della globalizzazione*, Milano, 2002, p. 306.

²⁰ Così, R. SENNETT, *L'uomo flessibile*, cit., p. 47; che riprende la distinzione che si fa in antropologia tra cambiamenti che mantengono continuità con il passato, e trasformazioni che tendono, invece, a una rottura irreversibile con la precedente fisiologia; questo è il cuore del saggio di E. LEACH, *Two essays concerning the symbolic representation of time*, in *Rethinking anthropology*, London, 1968, p. 124 e ss.

da una visione del mondo come dovrebbe essere, a una del mondo com'è, determina questa rottura nella continuità tra passato e presente, e tra presente e futuro²¹. Le istituzioni non garantiscono più una stabile identità, ma l'identità stessa diviene scopo, compito da perseguire²².

Come s'intuisce, e come è stato già affermato, questo diritto *à la carte*, che si pone e tenta di risolvere solo problemi specifici relativi a esigenze di singole forze sociali, incrementa la centralità della magistratura²³. Essa non è solo chiamata ad applicare i nuovi modelli, ma anche a verificare le condizioni per l'effettiva disapplicazione dei vecchi, a certificare l'esito di questo programma politico di discontinuità rispetto al passato, e, in questo senso, a confrontarsi con lo stesso legislatore. Nel momento in cui le istanze privatistiche, e personali, diventano legge, si manifesta, infatti, un fenomeno singolare. L'universalità della legge potrà, forse, sterilizzare la privatezza dell'istanza originaria, non riesce, però, a mantenere "astratto" il ruolo del legislatore. "Esso" diventa "egli", si personifica, si contestualizza, si concretizza, viene identificato, persino, con un nome²⁴. Questa "realizzazione", in senso letterale, del legislatore, scatena il confronto con la magistratura²⁵. Non è più la legge prodotto di un procedimento costituzionalmente identificato a dialogare con il magistrato.

---

²¹ Nella dottrina costituzionalistica viene utilizzato il concetto di proporzionalità della legge, inteso, proprio rispetto all'ambito della successione nel tempo di normative differenti (il riferimento non è direttamente al diritto penale) come passaggio graduale, senza soluzione di continuità tra una normativa e l'altra, così, A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001, p. 192 e ss.

²² Straordinario esempio dell'applicazione del concetto d'identità come compito da realizzare, si trova nel bel libretto di F. LABARTHE-LACUE, J.L. NANCY, *Il mito nazi*, Genova, 1992. Per quanto concerne specificamente il punto di vista sociologico, si veda, Z. BAUMAN, *La società individualizzata: come cambia la nostra esperienza*, Bologna, 2002, p. 177 e ss., oltre che Id., *Modernità liquida*, cit., p. 23, dove si riferisce al processo di individualizzazione che trasforma l'identità da "cosa data" in un "compito", e, ancora, Z. BAUMAN, *La società dell'incertezza*, cit., in particolare 27 e ss., anche se il tema fa capolino sin dalle prime pagine del libro.

²³ Si veda, M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, cit., p. 52.

²⁴ Cfr., E. DOLCINI, *Leggi penali "ad personam", riserva di legge e principio costituzionale di eguaglianza*, in G. INSOLERA (a cura di), *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, Bologna, 2005, p. 65 e ss.

²⁵ A parlare di un legislatore alla «rincorsa della magistratura», è F. SGUBBI, *Presentazione*, cit., p. XVI.

È un legislatore storico e personificato che sintetizza norme la cui efficacia deve essere ponderata dal giudice. Questa condizione contribuisce a generare tensioni istituzionali, le quali, tramite l'interpretazione, rendono il diritto ancora più precario e fragile²⁶.

Queste espressioni "inclusive" e lassiste del diritto penale contrastano, tuttavia, con un generale accoglimento delle istanze repressive che la legislazione simbolica traduce nel diritto penale comune²⁷. Se i sociologi parlano della scomparsa delle classi sociali a fronte della permanenza delle disuguaglianze nelle opportunità e nel livello di rischio assunto²⁸, una certa legislazione penale tenta di riproporre il modello discriminatorio del «vecchio, buon diritto penale liberale»²⁹. Le infrazioni dei gentiluomini, da un lato, quelle dei delinquenti comuni, dall'altro³⁰. I primi votati alla professione, inte-

²⁶ Provocatoriamente, si potrebbe fare riferimento al passaggio indicato da Foucault, dall'intellettuale universale, che porta i valori di tutti, all'intellettuale specifico, che affronta solo problemi specifici attraverso "lotte locali", per indicare questa figura di legislatore che nella normazione non coordina la norma singola con l'ordinamento, facendogli, così, perdere razionalità e coerenza. Per i riferimenti a Foucault si veda, ancora, M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, cit., p. 49.

²⁷ Questo stacco tra lassismo specialistico e repressione generalizzata contribuisce a irrobustire il concetto di giurisdizione come «tentare la sorte» ben rappresentato da J. HUIZINGA, *Homo ludens*, cit., p. 108. Sul diritto penale simbolico, si vedano le incisive considerazioni di S. BONINI, *Quali spazi per una funzione simbolica del diritto penale?*, in «L'indice penale», 2003, p. 491 e ss.

²⁸ Si veda l'analisi di U. BECK, *La società del rischio*, cit., p. 112 e ss., p. 117 e ss.

²⁹ L'espressione, colorata di un'impronta critica che si è cercato di riprodurre e riferita al contesto storico-politico e non tanto a quello dogmatico, è stata utilizzata da G. FIANDACA, *Relazione introduttiva*, in M. DONINI (a cura di), *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare*, Atti del Convegno, Modena, 14-15 dicembre 2001, Milano, 2003, pp. 15-16. Questa impronta viene compresa solo se si considera come, almeno rispetto ad alcune importanti categorie di reati, specialmente contro il patrimonio, si sia già da tempo rintracciata una discrasia, una divaricazione funzionale tra la forma della tutela penale, orientata liberalticamente alla difesa del diritto soggettivo di proprietà, e la sostanza della tutela penale orientata alla protezione della proprietà intesa come fonte di rapporti sociali di predominio di classe. In sostanza, solo la forma della tutela penale è liberale. Per queste considerazioni si rinvia a F. SGUBBI, *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio*, Milano, 1980, pp. 34, 125 e ss., 255.

³⁰ Si vedano, per tutti, F. SGUBBI, *Presentazione*, cit., p. XVI; D. PULITANÒ, *La riforma del diritto penale societario, fra "dictum" del legislatore e ragioni del diritto*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2002, pp. 972-973; e A. ALESSANDRI, *La riforma dei reati societari: alcune considerazioni provvisorie*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2002, p. 1024.

sa come vera e propria “vocazione” (la radice etimologica del termine tedesco *Beruf*, cioè professione, è *Ruf*, vocazione)³¹, “chiamata” che si può realizzare pienamente solo se l’attività economica d’impresa è svincolata da «pastoie etiche» e normative³². I secondi, privi di questa “missione superiore”, senza questa “meta suprema”, possono, e devono, “migliorarsi”, invece, attraverso la “riflessione” sul rimprovero e sulla pena³³.

Uscendo dall’analisi emblematica, ma solo settoriale, della riforma dei reati societari, e tornando a una visione complessiva sulle riformulazioni di questi anni, non si può negare che l’irrequietezza legislativa rende “sfumato” il modello istituzionale applicabile al caso concreto. Ciò non tanto per la minore definitezza delle nuove istituzioni penalistiche, quanto poiché, di fronte alla rapidità del mutamento, l’interprete, con l’occhio rivolto all’art. 2 c.p., non può fare a meno di meditare la storia evolutiva della norma.

La “temporalità” si aggiunge, così, alla serie di caratteri che implicano una deriva verso l’incertezza del diritto penale³⁴: scomparsa della legge astratta e generale, atomizzazione della riserva di legge, “deframmentazione” dei poteri “divisi”³⁵. Fondamento dell’incertezza da riformulazione è, spesso, la scelta verso la discontinuità del presente rispetto al passato. Su questa tendenza incide il fatto che una società multiculturale, multipolare, socialmente disomogenea e, a tratti, plutocratica, non è substrato idoneo all’affermazione di una legge certa e stabile. D’altra parte, proprio la miscellanea di valori che essa esprime impone al giudice una «decisione senza verità», fondata su di un’etica situazionale³⁶. Condi-

---

³¹ Si veda, M. WEBER, *L’etica protestante e lo spirito del capitalismo*, cit., p. 138 e ss.

³² Ancora *ibidem*, p. 99 e ss., ripreso da Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, cit., pp. VIII-IX.

³³ Su questa “schizofrenia antropologica” nell’approccio giuridico a due tipi diversi di attori sociali si vedano le considerazioni e i riferimenti svolti al termine del paragrafo 9 del capitolo II, parte I.

³⁴ Primi tra tutti, i conflitti di interessi sull’allocazione della responsabilità penale, cfr., F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, cit., pp. 33, 51 e ss.

³⁵ Cfr., ID., *Il diritto penale incerto ed efficace*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2001, p. 1193 e ss.

³⁶ Ancora, *ibidem*, p. 1195.

zione che porta, spesso, alla mancata saldatura tra la tensione di discontinua del legislatore, e l'interpretazione continuista degli operatori del diritto³⁷.

Le suggestioni “in negativo” ispirate da alcune riformulazioni, e, più in generale, la considerazione che l'intensificazione delle modifiche legislative accentua precarietà e incertezza del diritto penale, devono, tuttavia, essere accompagnate da uno sforzo volto ad analizzare le riformulazioni, per tentare di coglierne una razionalità che forse sfugge a un'analisi concentrata su singole fattispecie. Un'analisi che ricerchi le “costanti” della riformulazione, e si sforzi di estrarne un significato razionale, meriterebbe uno studio a sé. Eppure, anche in un contesto volto all'analisi dogmatica dei legami tra fattispecie originaria e riformulata, e degli effetti della riformulazione, è utile una, pur superficiale, considerazione di queste linee generali di *Umformulierung* del reato.

Oggetto di questa breve disamina sono le fattispecie la cui riformulazione è approdata al giudizio “a Sezioni unite” della Corte di Cassazione³⁸. Con riguardo al reato di abuso d'ufficio, si può vedere che nelle due tappe di riformulazione, 1990 e 1997³⁹, è stato prima introdotto il fine di ingiusto vantaggio non patrimoniale o di danno ingiusto ad altri⁴⁰; e, successivamente, la fattispecie è stata fortemente specializzata, da un lato, con l'indicazione delle condotte abusive, e dall'altro, con l'introduzione di un dolo intenzionale, dell'evento di ingiusto vantaggio patrimoniale e di danno ingiusto ad altri⁴¹.

---

³⁷ Legislatore che, in ogni caso, non prevedendo discipline transitorie *ad hoc* non prende interamente la responsabilità della discontinuità, e che, d'altronde, vive al suo interno profonde spaccature d'intenzione che si riflettono non solo nella mancanza del diritto intertemporale specifico, ma anche nell'ambiguità del testo legislativo.

³⁸ Un'analisi di queste fattispecie e delle decisioni a Sezioni unite della Cassazione è contenuta ai paragrafi 6 e 9 del capitolo successivo.

³⁹ Sulle esigenze e sul percorso verso la riforma del 1997, si veda, per tutti, V. MANES, *Abuso d'ufficio e progetti di riforma: i limiti dell'attuale formulazione alla luce delle soluzioni proposte*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1997, p. 1202 e ss.

⁴⁰ Con un'aggravante a efficacia speciale nel caso in cui il vantaggio anelato fosse di natura patrimoniale.

⁴¹ Su questi temi, G. FIANDACA, *Questioni di diritto transitorio in seguito alla riforma dei reati di interesse privato e abuso innominato di ufficio*, in «Il foro italiano», 1990, II, c. 637 e ss.; T. PADOVANI, *Commento all'art. 20 l. 26/4/1990 n. 86*, in

Allo stesso modo, con la riforma dei reati tributari, l'abrogazione della fattispecie di utilizzazione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti ha preceduto l'introduzione del reato di dichiarazione fraudolenta, caratterizzato dalla limitazione del concetto di «uso» alla mera indicazione in dichiarazione. Una forte specializzazione ha subito anche la fattispecie di omessa dichiarazione: introduzione di un dolo specifico e di soglie quantitative di punibilità⁴².

Anche la riforma dei reati societari conferma questa tendenza alla riformulazione specializzante delle fattispecie penali. Il reato di false comunicazioni sociali sperimenta una riduzione delle comunicazioni sociali rilevanti ai fini dell'integrazione della fattispecie, si concentra su fatti materiali non rispondenti al vero, si caratterizza per l'idoneità a indurre in errore, sulla situazione economica e finanziaria della società, i destinatari della comunicazione, viene specializzato dal dolo specifico di ingannare soci o pubblico, e di trarre ingiusto profitto, e, soprattutto, viene limitato da soglie di punibilità. La fattispecie di bancarotta impropria, allo stesso modo, perde la

---

«La legislazione penale», 1990, p. 350 e ss.; A. MANNA, *Luci ed ombre nella nuova fattispecie di abuso d'ufficio*, in «L'indice penale», 1998, p. 13 e ss.; C. PIEMONTESE, *Un nuovo caso di successione di leggi nella turbolenta esistenza dell'art. 323 c.p.*, in «Cassazione penale», 1999, p. 2376 e ss.; E. INFANTE, *Disciplina intertemporale delle fattispecie di abuso d'ufficio*, in «L'indice penale», 1998, p. 831 e ss.

⁴² Cfr., P. ARDIA, *La riforma dei reati tributari e la nuova figura di frode in dichiarazione: riflessioni sul problema della continuità normativa tra fattispecie incriminatrici*, in «Cassazione penale», 2002, p. 400; M.N. MASULLO, *Le questioni intertemporali diventano di attualità anche per l'illecito penale tributario: alcune riflessioni sulla giurisprudenza delle sezioni unite*, in «Il foro italiano», 2001, II, c. 323 e ss.; A. MELCHIONDA, *Nota a Cassazione Sezioni unite, 13 dicembre 2000*, in «Il foro italiano», 2001, II, c. 142; D. MICHELETTI, *I nessi tra politica criminale e diritto intertemporale nello specchio della riforma dei reati societari*, in «Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia», 2003, p. 1113; Id., *La riformulazione del reato tributario di omessa dichiarazione. A proposito della distinzione tra "abolitio criminis" e "abrogatio sine abolitio"*, in «Cassazione penale», 2001, p. 2643; M. MUSCO, *L'"abolitio criminis" dell'omessa presentazione della dichiarazione annuale di cui al previgente art. 1 comma 1 l.n. 516/82: la svolta delle Sezioni unite in tema di successione di leggi penali*, in «Cassazione penale», 2001, p. 2059 e ss.; Id., *La riformulazione dei reati tributari e gli incerti confini dell'"abolitio criminis"*, in «Cassazione penale», 2001, p. 458 e ss.; M. ROMANO, *Irretroattività della legge penale e riforme legislative: reati tributari e false comunicazioni sociali*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2002, p. 1248.

sua natura acausale, dato che il legislatore la riformula mediante un nesso tra reato presupposto e dissesto⁴³.

Fatta questa sintetica disamina, emerge un dato. La quasi totalità delle modifiche introdotte mediante riformulazione della fattispecie penale è orientata alla specializzazione del reato e, elemento interessante, risulta inquadrabile tra i criteri di commisurazione della pena. Gli scopi, i motivi, le intenzioni, la patrimonialità o l'ingiustizia del vantaggio o del danno, la verifica di un evento di danno in un reato "di condotta", il superamento di determinate quantità o qualità di lesione del bene giuridico, non possono che considerarsi, in quanto tali, o criteri di commisurazione della pena o, in alcuni casi, circostanze del reato⁴⁴.

Nel tentativo di una valutazione complessiva delle costanti di queste riformulazioni, si profila un loro particolare significato. Che le riforme tendano alla specializzazione delle fattispecie mediante un processo di emersione, a livello della norma incriminatrice, di elementi che altrimenti sarebbero stati criteri di commisurazione, in senso lato, della pena, può incidere sul concetto di modernizzazione del diritto penale⁴⁵. L'idea che si profila è che, proprio mediante questo scorrimento dei criteri "determinati" di commisurazione della pena, dalla fase giudiziale a quella della legislazione, ci si intenda allontanare da profili penali maggiormente ritagliati sulla prevenzione generale, volendosi dirigere verso

---

⁴³ Oltre alle opere già indicate, si veda, T. PADOVANI, *Bancarotta fraudolenta impropria e successione di leggi: il bandolo della legalità nelle mani delle Sezioni unite*, in «Cassazione penale», 2003, p. 3328; ID., *Il cammello e la cruna dell'ago. I problemi di successione di leggi penali relativi alle nuove fattispecie di false comunicazioni sociali*, in «Cassazione penale», 2002, p. 1598; oltre che, D. PULITANO, *La riforma del diritto penale societario, fra dictum del legislatore e ragioni del diritto*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2002, p. 934 e ss.; ID., *Legalità discontinua? Paradigmi e problemi di diritto intertemporale*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2002, p. 1270; M. DONINI, *"Abolitio criminis" e nuovo falso in bilancio. Struttura e offensività delle false comunicazioni sociali (artt. 2621 e 2622 c.c.) dopo il d.lg. 11 aprile 2002, n.61*, in «Cassazione penale», 2002, p. 1240; ID., *Discontinuità del tipo di illecito e amnistia. Profili costituzionali*, in «Cassazione penale», 2003, p. 2859 e ss.

⁴⁴ L'effetto di queste considerazioni viene articolato nella sezione III, capitolo IV, parte II.

⁴⁵ Su questo concetto e sui rischi di un'arbitraria utilizzazione, si vedano, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Perdita di legittimazione del diritto penale?*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1994, pp. 23, 24, 35.

nuovi schemi punitivi orientati e concepiti già più aderenti a un'offesa caratterizzata dal particolare disvalore soggettivo e oggettivo del reato, cioè più prossimi a sensibilità e funzionalità specialpreventive⁴⁶. Schemi di qualificazione⁴⁷ dotati di una maggiore impronta del reo, che esigono già una relazione intensa tra soggetto e fatto, che sintetizzano, già rispetto al "reo astratto", un rimprovero sagomato sull'individualizzazione⁴⁸.

Questa ricollocazione degli elementi di gravità del reato in condizioni di accesso alla punibilità segnala, sin da ora, quel legame tra riformulazione e tipicità della fattispecie penale che è la prospettiva dogmatica sulla quale si è articolata la ricerca.

2. *La questione: riformulazione del reato e inerzia esistenziale della fattispecie penale*

Al tempo giuridico, concetto particolarmente sollecitato dal diritto penale della seconda modernità, manca il carattere unidimensionale del tempo effettuale, il primo vive, infatti, sia di reversibilità che d'irreversibilità, i suoi schemi di qualificazione sono bidimensionali⁴⁹. Diversamente dal tempo effettuale, il tempo del diritto non è "verso una fine" ma è astratto, non postula cambiamenti spontanei, la sua validità è, almeno teoricamente, per sempre⁵⁰. Questa sepa-

---

⁴⁶ Sui rapporti tra forma concettuale della fattispecie penale e funzioni della pena, si rinvia alla sezione II, del capitolo IV, parte II.

⁴⁷ Termine utilizzato da G. CAPOZZI, *Temporalità e norma nella critica della ragione giuridica*, Napoli, 2000, p. 77.

⁴⁸ Si rinvia al capitolo III della parte II per un approfondimento sulla capacità della fattispecie di individualizzarsi mediante modulazione gradualistica.

⁴⁹ Si veda, G. CAPOZZI, *Temporalità e norma*, cit., p. 9.

⁵⁰ Così, G. HUSSERL, *Recht und Welt. Rechtsphilosophische Abhandlungen*, Frankfurt am M., 1964, p. 79; Capozzi usa il termine *intemporalità*, G. CAPOZZI, *Temporalità e norma*, cit., pp. 257-260; Gerhart Husserl parla di *Entzeitung*, sul punto si veda G. STELLA, *I giuristi di Husserl. L'interpretazione fenomenologica del diritto*, Milano, 1990, pp. 162 e ss., 187. Sul concetto di tempo nel diritto, si vedano anche, G.M. CHIODI, *Tempo della legge e tempo della storia*, Napoli, 1999, pp. 7 e ss., 125 e ss., p. 167 e ss.; BA. ROMANO, *Il senso esistenziale del diritto nella prospettiva di Kierkegaard*, Milano, 1973, p. 277 e ss.; in generale, sul concetto di tempo anche, C. PIZZI, *La logica del tempo*, Torino, 1974, e K. ENGISCH, *Die Zeit im Recht*, in *Vom Weltbild des Juristen*, Heidelberg, 1965, p. 67 e ss., dove alla nota 154 di pagina 68 si trova un'accurata bibliografia.

ratezza tra norma e realtà, specchio dei rapporti tra diritto e tempo, impone all'ordinamento di predisporre processi di riavvicinamento allo scopo di realizzare la funzione di "governo della società"⁵¹. Semplificando, ciò può avvenire in due modi: da un lato, dotando la norma penale di una certa elasticità intrinseca, tramite l'utilizzo di concetti normativi, di rinvii a norme esterne alla fattispecie o riferimenti a concetti di per sé elastici e temporalizzati⁵². Dall'altro lato, il legislatore può modificare l'enunciato normativo riadattandolo e modernizzandolo a seconda delle evenienze ed esigenze politico-criminali. Tale possibilità d'inserimento delle norme e del loro tempo astratto nel flusso della storia⁵³ è il contesto in cui si colloca la riformulazione del reato⁵⁴.

Nel momento in cui il "governo della società" richiede una riforma, i due tempi astratti, quello della norma originaria e quello della

⁵¹ Cfr., P. BAUMEISTER, *Das Rechtswidrigwerden von Normen*, Berlin, 1996, p. 23.

⁵² Si pensi al concetto di "osceno", e, in senso lato, alle «fattispecie che contengono valvole respiratorie», così, G. FORNASARI, *Brevi note sul metodo interpretativo del giudice penale e sulla funzione dogmatica della giurisprudenza*, in A. STILE (a cura di), *Le discrasie fra dottrina e giurisprudenza nel diritto penale*, Napoli, 1991, p. 247; ancora, con una sottolineatura dei concetti di inesigibilità e di adeguatezza sociale, si veda, G. FORNASARI, *Riflessioni sui principi sovralegali del diritto penale*, in *Studi in memoria di Renato Dell'Andro*, Bari, 1994, vol. I, p. 350 e ss.; con riferimento all'ordinamento tedesco e alla scelta di lasciare lacune per rendere maggiormente elastica l'applicazione del diritto penale, ancora, G. FORNASARI, *Diritto giurisprudenziale e cause di giustificazione nell'esperienza tedesca. A margine, alcune considerazioni su interpretazione giudiziale e dogmatica giuridica*, in G. FIANDACA, (a cura di), *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, Padova, 1997, p. 21 e 44. Per la questione della successione delle leggi integratrici di norme penali, si vedano, per tutti, D. MICHELETTI, *Legge penale e successione di norme integratrici*, Torino, 2006; L. RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, Milano, 2004, p. 225 e ss.

⁵³ Cfr., P. BAUMEISTER, *Das Rechtswidrigwerden von Normen*, cit., p. 24.

⁵⁴ Come si è osservato dal punto di vista sociologico, il "tempo odierno" è caratterizzato da una marea legislativa, di cui solo in parte c'è effettivo bisogno. Se da un lato, infatti, i cittadini mostrano sempre crescenti aspettative rispetto al legislatore e gli stili di governo sono spesso populistici e "sensibili" a queste esigenze, crescono gli ambiti a forte componente tecnica e gli *input* in ordine all'europeizzazione del diritto penale sono sempre più marcati. Non si può nascondere che l'ipertrofia legislativa sia connessa a un certo bisogno dello stato sociale del tardo capitalismo di dimostrare e rinforzare la sua legittimazione. Si veda, sul punto, T. BRANDNER, *Gesetzesänderung*, Berlin, 2004, p. 2.

norma successiva, si toccano. Da questa contiguità scaturiscono le questioni intertemporali, che hanno lo scopo di verificare quale tra due norme succedutesi nel tempo regola un determinato fatto storico⁵⁵, che, da parte sua, potrebbe essere oggetto di entrambe le discipline⁵⁶. È l'art. 2 del codice penale a presiedere questa funzione d'individuazione della norma applicabile al rapporto diacronico tra le fattispecie. Utilizzando una lettura trasversale delle norme enunciate nell'art. 2 c.p., si riconosce, da un lato, il principio dell'irretroattività della legge sfavorevole, sia essa nuova o solo modificatrice, dall'altro lato, la regola della retroattività della legge penale più favorevole, sia essa abrogatrice o modificatrice, nel primo caso senza limitazione, nel secondo con il vincolo di rispettare il giudicato⁵⁷.

Norma che da sempre è stata oggetto di tentativi di ideologizzazione⁵⁸, l'art. 2 c.p. vede conteso il suo fondamento tra un approccio che privilegia il principio di certezza delle relazioni giuridiche, e un'impostazione che pone a fondamento del diritto transitorio italiano il principio del *favor rei*⁵⁹. L'autorevole dottrina che ha sostenuto la *ratio* di certezza evidenzia il fatto che la disciplina intertemporale è espressione dell'esigenza di garantire la sicurezza del cittadino di fronte al potere punitivo, tramite la stabilità della valutazione giuridica: da qui, il divieto di retroattività sfavorevole⁶⁰. Altra parte della

---

⁵⁵ Nella letteratura tedesca si è utilizzata la dizione «der zeitliche Geltungsbereich», si veda, F.C. SCHROEDER, *Der zeitliche Geltungsbereich der Strafgesetze*, in *FS für P. Bockelmann*, München, 1979, p. 786.

⁵⁶ Cfr., C. PODO, *Successione di leggi penali*, in «Novissimo digesto italiano», vol. XVIII, Torino, 1971, p. 648.

⁵⁷ Per i rapporti tra disciplina costituzionale e ordinaria sull'irretroattività delle leggi penali, si veda E.R. BELFIORE, *Giudice delle leggi e diritto penale*, Milano, 2005, p. 146 e ss.

⁵⁸ Si veda quanto affermato da A. CADOPPI, *Il principio di irretroattività*, in G. INSOLERA, N. MAZZACUVA, M. PAVARINI, M. ZANOTTI, *Introduzione al sistema penale*, vol. I, Torino, 2000², p. 172.

⁵⁹ Per un'analisi e una valutazione critica dell'impostazione di chi, come Micheleletti, ritiene che la funzione del diritto penale intertemporale sia fluidificare e assecondare le linee di riforma espresse dalla legislazione, si rinvia al paragrafo 10 del capitolo successivo.

⁶⁰ Cfr., F. BRICOLA, sub Art. 25, 2° e 3° comma, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione, Artt. 24-26, Rapporti civili*, Bologna-Roma, 1981, pp. 232-233; e, ancora, F. BRICOLA, F. SGUBBI, N. MAZZACUVA, *Dispensa per il corso di istituzioni di diritto penale*, Bologna, 1994, p. 196 e ss. 199, 200. Sebbene con

dottrina sottolinea, invece, il profilo garantista del *favor libertatis* o del più generico *favor rei*⁶¹.

La *ratio* di certezza pare, tuttavia, più idonea a cogliere il fondamento dell'art. 2 c.p. Essa spiega efficacemente non solo l'irretroattività della legge sfavorevole, ma anche la *ratio* della successione di leggi. Le certezze fornite dal codice sono così articolate: certezza di non essere incriminati per un fatto lecito; certezza di non subire conseguenze penali per un fatto divenuto lecito; certezza di poter beneficiare della legge più mite, qualora dovesse mutare la valutazione e la disciplina di un determinato fatto⁶². A queste certezze *in favor rei*, però, si affiancano, contemperandole, anche certezze *in favor societatis*: certezza che il giudicato impedisce alla mutata valutazione del fatto di spiegare efficacia, e certezza che la presenza di una legge diversa al momento del giudizio può comportare una continua responsabilizzazione penale⁶³.

Cuore della questione intertemporale è capire, dunque, quando la modifica di una norma penale determini un'abolizione del reato, la cessazione della pena e di ogni effetto penale, anche di-

---

una sfumatura garantista più accentuata, sposa questa lettura anche, A. CADOPPI, *Il principio di irretroattività*, cit., p. 175. Sull'autonomia tra legalità e retroattività si veda, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 1999, p. 10 e ss.

⁶¹ In questo senso, si vedano: F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2001⁴, p. 85; A. PAGLIARO, voce *Legge penale nel tempo*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIII, Milano, 1973, p. 1064; M. SINISCALCO, *Irretroattività delle leggi in materia penale*, Milano, 1969, pp. 96-97; C. PODO, *Successione di leggi penali*, cit., p. 655. Del fondamento garantista del divieto di retroattività delle legge sfavorevole, ma anche del principio di uguaglianza come *ratio* della successione di leggi, parla, S. DEL CORSO, *Successione di leggi penali*, in «Digesto delle discipline penalistiche», vol. XIV, Torino, 1998, p. 89 e ss.

⁶² Tra la dottrina che esclude la costituzionalizzazione della retroattività *in favor rei*: F. BRICOLA, *Art. 25, 2° e 3° comma*, cit., p. 286; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 88; M. ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., p. 44; D. PULITANÒ, sub art. 2, in *Commentario breve del codice penale*, Padova, 1999, p. 19; G. VASSALLI, «*Abolitio criminis*» e principi costituzionali, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1983, p. 377.

⁶³ Per alcuni dubbi sulla costituzionalità della disciplina enunciata ora al comma 4 dell'art. 2 del codice penale, cfr., L. STORTONI, *Profili costituzionali della non punibilità*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1984, p. 648, nota 71.

nanzi a una condanna passata in giudicato, e quando, invece, la modifica di una fattispecie implichi una mera diversità tra norme, che non elimina la funzione incriminatrice della norma trasgredita. Tale diversità fa scattare la regola del quarto comma dell'art. 2, ovvero l'applicazione della legge più favorevole in concreto, la quale comporta una continua punibilità anche dinanzi all'abrogazione formale della norma in forza della quale il fatto è stato considerato reato⁶⁴. Per dirla con Lowe e Varzi, il cuore del problema è individuare una «misteriosa legge di inerzia esistenziale» della norma incriminatrice, che spieghi a quali condizioni una fattispecie formalmente abrogata continui a produrre effetti, e, quindi, a esistere⁶⁵. Gli effetti possono spiegarsi direttamente, se essa è applicabile poiché più mite; ovvero indirettamente, qualora si permet-

---

⁶⁴ Una costante, rintracciabile sia nella letteratura tedesca che in quella italiana, è che la valutazione sulla maggiore favorevolezza della norma deve essere fatta in concreto e non in astratto. Prendendo le mosse da un intervento di J.F.H. ABEGG, *Ueber das Verhältnis neuer Gesetze zu früher vorgekommen Handlungen im Criminalrecht*, in «Archiv des Criminalrechts», 1850, p. 50; questa consapevolezza si è andata radicando nella letteratura tedesca e non. Si veda, per la dottrina tedesca, W. HASSEMER, sub §2, in *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Neuwied-Darmstadt, 1990, p. 174 e ss.; H.H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, Berlin, 1996, pp. 140-141; P. MAZUREK, *Zum Rückwirkungsgebot gemäss § 2 Abs. 3 StGB*, in «Juristenzeitung», 1976, p. 234; H.J. RUDOLPHI, sub §2, in *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Frankfurt am M., 1997, p. 20 e ss.; H. TRÖNDLE, sub § 2, in *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, I, Berlin-New York, 1985¹⁰, p. 67; A. ESER, sub §2, in A. SCHÖNKE, H. SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München, 2006²⁷, p. 57; G. DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, Tübingen, 1993, p. 501 e ss. Diversi autori parlano del §2/3 dello StGB, come norma di vigenza o reviviscenza della fattispecie modificata e non indicativa di un mero rinvio alla disciplina, si veda, K. TIEDEMANN, *Zeitliche Grenzen des Strafrechts*, cit., pp. 202-203. Sostiene la teoria dell'abrogazione della legge modificata ancora nella seconda edizione del manuale e rifacendosi anche al dettato costituzionale, H.H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 1972², p. 109; si veda anche, G. JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1993², p. 93.

⁶⁵ Cfr., A. VARZI, *Parole, oggetti, eventi e altri argomenti di metafisica*, Roma, 2001, p. 104, che riprende E.J. LOWE, *Substance, Identity and Time*, in «Proceedings of the Aristotelian Society», Supplementary volume, 62, p. 61 e ss.; allo stesso modo, il BGH parla di *Nachleben* della punibilità, del giudizio di disvalore sul fatto, si vedano sul punto le considerazioni di K. MOHRBOTTER, *Garantiefunktion und zeitliche Herrschaft der Strafgesetze am Beispiel des § 250 StGB*, in «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», 1976, p. 926.

tesse l'applicabilità di un'altra legge penale più favorevole, diversa dalla sostituita, che, in questo modo, porterebbe a compimento la "funzione" della norma formalmente abrogata, determinando la responsabilizzazione per il fatto⁶⁶.

Come si vedrà più oltre, questo tema ha avuto nella letteratura italiana un percorso anomalo. È stato ignorato dalla giurisprudenza sino agli anni Novanta, quando, di fronte alla riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione, le Sezioni unite hanno sancito la continuità tra la normativa precedente e il nuovo reato di abuso d'ufficio. Il tema era stato analizzato dalla dottrina nel 1982, quando appare il saggio *Tipicità e successione di leggi penali*, che rivoluziona, problematizzandola, l'intera concezione del diritto penale intertemporale. La limitata attenzione della letteratura italiana era dovuta al fatto che la rilevanza di tale questione, pur dogmaticamente immanente, mostra incidenza pratica solo in periodi di «intenso rivolgimento normativo; momenti che solo l'esperienza giuridica più recente ha abituato a considerare come il modo normale di svolgersi dell'evoluzione legislativa»⁶⁷. E questi si intensificarono proprio con quella lunga stagione di riforme: reati contro la pubblica amministrazione, reati tributari, reati sessuali, reati societari, solo per citarne alcune.

Diverso fu, tuttavia, l'itinerario che la questione visse all'interno della letteratura tedesca, dove, a fronte di un approccio pionieristico

---

⁶⁶ La fattispecie incriminatrice vigente al momento della commissione del fatto è integrata dall'art. 2/4 del codice penale. In particolare, il diritto che si applica in quanto *mitior* a seguito di una modifica legislativa non è mai "diritto nuovo", almeno non in senso stretto. Ciò in quanto già al momento del fatto la norma incriminatrice conteneva in potenza una modifica, ipotizzata dal comma 4 dell'art 2 c.p. che, appunto, la integra. A venire applicata è, in questo senso, sempre la prima norma, quella del momento del fatto, sebbene si serva della struttura e dell'esistenza della norma sopravvenuta. È un "avvertimento mite" quello dell'art. 2/4 c.p.: dice al reo che se commetterà il fatto e la norma dovesse venire in seguito modificata, egli sarà comunque punito, sebbene con la pena più mite.

⁶⁷ Così, T. PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali. La modificazione legislativa degli elementi della fattispecie incriminatrice o della sua sfera di applicazione, nell'ambito dell'art. 2, 2° e 3° comma, c.p.*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1982, pp. 1355-1356.

al problema e di intuizioni davvero suggestive⁶⁸, si sono avuti contributi tendenzialmente meno significativi⁶⁹.

Con alle spalle identiche direttive costituzionali⁷⁰, le letterature e le giurisprudenze di Italia e Germania si sono dovute confrontare, così, con il tema della continuità normativa. D'ostacolo a una problematizzazione unitaria non sono certo alcune differenze nella disciplina positiva ordinaria del diritto penale intertemporale. Il codice tedesco non contiene una disciplina specifica per l'abolizione del reato, che viene a essere inquadrata come un caso particolare di difformità tra la legge della "consumazione del fatto" e quella vigente al momento della sentenza⁷¹. Mancando una separazione tra l'ipotesi dell'abolizio-

---

⁶⁸ Si rinvia al paragrafo 8 del capitolo successivo.

⁶⁹ La distinzione tra la modifica e l'abrogazione di una fattispecie caratterizza l'ordinamento tedesco già da più di un secolo (il riferimento è a F.C. OPPENHOFF, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, Berlin, 1901, p. 30). Sebbene ci sia stata una reviviscenza del problema attorno agli anni Settanta, in occasione di una rivalutazione critica operata da Tiedemann dell'orientamento ottocentesco, non si è, tuttavia, pervenuti ad analisi che siano andate al di là della mera ricognizione risolutiva del problema. Lo stesso concetto di *Unrechtskontinuität*, tanto abusato nella letteratura tedesca, non è delineato scientificamente, e viene per lo più identificato come il tema oggetto della ricerca, e non come un criterio di soluzione, cfr., G. DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, cit., p. 502. Certo, la dottrina si muove, adesso, entro paletti costituzionali, ma anche in questo caso la Costituzione è brandita come se fosse un contenitore vuoto, e le intenzioni non approdano a letture condivise del dettato costituzionale.

⁷⁰ Nella Germania riunificata vigono principi costituzionali che, riguardo alla disciplina della legge penale nel tempo, sono assimilabili a quelli italiani. Ecco che l'art. 103 secondo comma del *Grundgesetz* sancisce il divieto di retroattività: «eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde», ovvero «un fatto può venire punito soltanto quando la punibilità era stata legislativamente stabilita prima della commissione del fatto stesso»; sul punto, si veda, G. FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, Padova, 1993, p. 23 e ss. Come nell'ordinamento italiano, il codice penale tedesco contiene ai paragrafi 1 e 2 il risvolto "ordinario" dell'enunciazione costituzionale. Ecco che il §2/3 dello *Strafgesetzbuch* prevede che «Wird das Gesetz, das bei Beendigung der Tat gilt, vor der Entscheidung geändert, so ist das mildeste Gesetz anzuwenden»; ovvero «quando prima della decisione viene mutata la legge in vigore al momento del fatto si deve applicare la legge più mite». L'identità di principi tra i due ordinamenti si manifesta essenzialmente nel divieto di retroattività delle legge penale sfavorevole, e nella possibilità che ci sia la retroattività della norma penale favorevole, nel caso di una difformità tra la norma applicabile al momento del giudizio e quella vigente al momento del fatto.

⁷¹ Cfr., P. MAZUREK, *Zum Rückwirkungsgebot*, cit., p. 234.

ne del reato e quella della mera successione più favorevole, tra di esse non c'è alcuna differenziazione nella disciplina. Non esiste, quindi, il problema della sopravvivenza o meno del giudicato⁷², tutte le sentenze definitive di condanna vengono ritenute "non tollerabili" di fronte a una modifica legislativa, sebbene tale modifica comporti solamente una diversa valutazione del medesimo fatto criminale.

Tali differenze non possono avere, tuttavia, alcun effetto inibitorio della comparazione tra le letterature dei due ordinamenti. Infatti, l'importanza della distinzione sta nella diretta differenza fenomenologica inerente la persistenza o meno di un'incriminazione nell'ordinamento penale, il suo valore consiste nello stabilire quando, e perché, una modifica normativa faccia persistere la funzione precettivo-sanzionatoria, e quando, invece, essa inibisca lo spiegamento della forza incriminatrice della fattispecie modificata⁷³.

---

⁷² Modificata di recente in Italia con la previsione della possibilità di incidenza sul giudicato nel caso in cui la legge posteriore avesse sostituito la pena detentiva con una pecuniaria, *ex* nuovo art. 2/3 del codice penale, sul punto si veda F. SGUBBI, *Presentazione*, cit., p. XIII.

⁷³ Non sono emersi in Germania problemi relativi alla modifica della sentenza passata in giudicato, tuttavia anche in questo caso, l'effetto dell'iperretroattività della nuova legge può essere una mera modifica del giudicato o un suo completo annullamento. Ricalcando in questo modo l'alternativa che si pone per i reati *sub iudice* tra abolizione del reato e mera modifica *in melius* della sua disciplina. Allo stesso modo si può affermare che il problema rimane identico nella legislazione di molti paesi europei, nonostante delle differenze nelle discipline costituzionali e ordinarie, relative per lo più alla costituzionalizzazione della retroazione della norma favorevole e all'efficacia limitativa del giudicato sulla modifica normativa *ex post factum*. Si vedano le analisi di, G. FORNASARI, *Il principio di legalità*, in G. FORNASARI, A. MENGHINI, *Percorsi europei di diritto penale*, Padova, 2005, p. 22 e ss.; e G. DODARO, *Principio di retroattività favorevole e "termini più brevi" di prescrizione dei reati*, in «Giurisprudenza costituzionale», 6, 2006, p. 4 e ss. del dattiloscritto. In particolare, si sottolinea come le legislazioni europee adottino tutte il principio d'irretroattività della legge sfavorevole e di retroattività di quella favorevole. Alcune differenze ci sono con riguardo alla fonte del principio di retroattività in *favor rei*, per alcuni fondata costituzionalmente, Portogallo e Spagna, per altri solo attraverso la legge ordinaria, Italia, Francia, Belgio, Germania. Inoltre, differenze si rilevano nella capacità di resistenza del giudicato alla retroazione della legge più mite, resistenza assoluta per Francia e Belgio, differenziata tra abolizione e successione per Italia e Portogallo, azzerata, invece, in Spagna e Germania. Sui diversi "modelli" penalistici dell'irretroattività si veda anche, G. LICCI, *Modelli nel diritto penale. Filogenesi del linguaggio penalistico*, Torino, 2006, p. 254 e ss.

La coppia concettuale che dialoga in questo contesto è quella retroattività-irretroattività. È necessario comprendere quando, nell'incriminazione di un fatto commesso sotto il vigore di una norma diversa da quella vigente al momento del giudizio, si violi il principio d'irretroattività della legge penale scolpito all'art. 25/2 della Costituzione italiana, e all'art. 103/2 del *Grundgesetz* tedesco⁷⁴. Bisogna individuare le condizioni che permettono il rispetto della disciplina costituzionale anche di fronte alla continuità normativa, qualora una norma abrogata continuasse ad avere effetto, a esistere e a essere valida per tramite della disciplina dettata in ordine alla *lex mitior*⁷⁵.

La questione si manifesta nell'individuazione di quella "essenza" della norma penale che deve rimanere intonsa, affinché si possa legittimare l'eccezione al divieto di ultrattività della norma abrogata⁷⁶. Come si vedrà nel capitolo successivo, la ricerca di quest'essenza che certifica la continuità nella trasformazione è stata condotta da prospettive molto diverse⁷⁷: dominio e centralità del fatto storico⁷⁸, approcci fondati sulla "sostanza" che pongono al centro dell'analisi il concetto di bene giuridico⁷⁹, dottrine che, invece, ritengono di trovare il criterio di continuità nel rapporto strutturale tra norme pena-

---

⁷⁴ Per un'analisi del concetto di retroattività dal punto di vista della teoria del diritto pubblico, e per una distinzione tra retroattività propria e impropria, si veda, H. W., SCHEERBARTH, *Die Anwendung von Gesetzen auf früher entstandene Sachverhalte*, Berlin, 1961, p. 5 e ss.

⁷⁵ Il concetto di validità è tra i più studiati nella teoria del diritto, ci si limita a rinviare a R. SCHREIBER, *Die Geltung von Rechtsnormen*, Berlin-Heidelberg-New York, 1966, p. 58 e ss.; e T. SHILLING, *Rang und Geltung von Normen in gestuften Rechtsordnungen*, Berlin, 1994, pp. 159-161.

⁷⁶ Si esprime in termini simili, K. MOHRBOTTER, *Garantiefunktion*, cit., p. 945.

⁷⁷ Una dottrina ha persino utilizzato, per individuare un'abrogazione totale di fattispecie, il parametro della modifica dei valori etici che fondano l'incriminazione, ci si riferisce a H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, Berlin, 1969¹¹, p. 25 e ss. *Contra*, K. TIEDEMANN, *Zeitliche Grenzen des Strafrechts*, cit., p. 195, che vede nel *Sittengesetz* soltanto una *Vorwirkung* delle norme giuridiche e mai il fondamento stesso della loro validità; egli contesta a tale dottrina, tra l'altro, la potenziale applicazione liberticida e in spregio al divieto di retroattività, che potrebbe essere fatta legando la validità della legge a valutazioni di ordine etico.

⁷⁸ Si rinvia al paragrafo 1 del prossimo capitolo.

⁷⁹ Si rinvia al paragrafo 3.1 di questo capitolo e ai paragrafi 2, 3, e 7, del prossimo capitolo.

li astratte, nella “struttura”⁸⁰; infine, diverse influenze “trasversali” esercitate dalle prospettive politico-criminali sensibili all’intenzione del legislatore⁸¹.

Tra queste maglie dogmatiche si sviluppa la questione della riformulazione del reato. Concetto che, in senso tecnico, non solo esprime l’avvicendamento tra abrogazione della norma previgente e sua riscrittura⁸², ma che può essere utilizzato anche per indicare una mera modifica diretta della fattispecie. Accanto a questi ambiti “ordinari”, tuttavia, possono essere individuati settori estremi, extra-ordinari, di applicazione del concetto di riformulazione. Contesti in cui “riformulare” non significa riscrivere dopo aver cancellato o semplicemente modificare, ma indica, ad esempio, un’ulteriore formulazione, caratterizzata dalla permanenza e contiguità di fattispecie su livelli normativi differenti. Oppure contesti in cui la modifica o la riscrittura delle fattispecie incriminatrici assumano caratteristiche talmente ampie e incontenibili, in quantità e qualità, da rivelarsi non confrontabili con la singola riformulazione di fattispecie penali, da coinvolgere lo stesso concetto di reato.

3. *Due casi extra-ordinari di riformulazione delle fattispecie penali: a) la “lista” del mandato d’arresto europeo*

A proposito di ipotesi eccentriche di riformulazione del reato, il pensiero corre, da un lato, alla disciplina comunitaria e nazionale del mandato d’arresto europeo⁸³, e, dall’altro, alle vicende

---

⁸⁰ L’analisi è sviluppata ai paragrafi 4, 5, 6, 8, 9, 10 e 11 del capitolo II, parte I.

⁸¹ Questa trasversalità è evidenziata ai paragrafi 5, 6, 7, 9 e 10 del capitolo successivo.

⁸² La riformulazione intesa in questo senso nasce spesso dalle numerose modifiche che si vogliono apportare alla fattispecie, di talché appare più facilmente praticabile un’abrogazione con seguente ri-formulazione della norma penale, si veda, T. BRANDNER, *Gesetzesänderung*, cit., p. 65.

⁸³ Anche lo Statuto della Corte Penale Internazionale contiene un’elencazione di fattispecie che si incrocia, in parte, con quelle nazionali, la cui rilevanza pratica è, ancora, decisamente inferiore a quella della riformulazione eccentrica del mandato di arresto europeo.

intertemporali che sono seguite alla riunificazione tra la Repubblica Democratica Tedesca e la Repubblica Federale Tedesca. La prima, conosce una stratificazione delle fonti, la seconda un'integrale sostituzione dell'ordinamento giuridico, nel passaggio dal sistema socialista di stampo sovietico a un ordinamento democratico-occidentale.

Conteso tra letture sostanzialistiche e processualistiche, tra obiezioni d'illegittimità e affermazioni sulla necessità di limitazione della sovranità nazionale a fini di cooperazione giudiziaria⁸⁴, il mandato d'arresto europeo previsto dalla Decisione quadro 2002/584/GAI, impone agli stati membri dell'UE procedure d'esecuzione, di un provvedimento restrittivo della libertà personale, semplificate rispetto all'*iter* ordinario dell'extradizione⁸⁵.

---

⁸⁴ Molto critici sono V. CAIANIELLO, G. VASSALLI, *Parere sulla proposta di decisione sul mandato d'arresto europeo*, in «Cassazione penale», 2002, p. 462 e ss.; su questa linea, si vedano, M. DEL TUFO, *La doppia punibilità*, in G. PANSINI, A. SCALFATI, (a cura di), *Il mandato d'arresto europeo*, Napoli, 2005, p. 119 e ss.; A. BONDI, *Il mandato d'arresto europeo*, in E. ROZO ACUÑA (a cura di), *Il mandato di arresto europeo e l'extradizione*, Padova, 2004, p. 67. Sulla lettura "tenue" del mandato di arresto, ovvero sulla sottolineatura della valenza esclusivamente processuale delle sue disposizioni, senza incidenza sul potere punitivo statale, optando, così, per la piena legittimità della procedura, si veda, L. PICOTTI, *Il mandato d'arresto europeo tra principio di legalità e doppia incriminazione*, in M. BARGIS, E. SELVAGGI, (a cura di), *Mandato d'arresto europeo. Dall'extradizione alle procedure di consegna*, Torino, 2005, p. 35 e ss., il quale sottolinea come questa procedura non violi il principio di legalità dato che il criterio della doppia incriminazione non vive sul piano sostanziale del reato, per cui la sua esclusione deve essere vista come un effetto tipico della cooperazione internazionale, che *ex art. 11 Cost.*, non rivela illegittimità costituzionale. Nello stesso senso, anche, M. ANGELINI, *Legalità e parametri di selezione nei casi di consegna obbligatoria*, in G. PANSINI, A. SCALFATI, (a cura di), *Il mandato d'arresto europeo*, cit., p. 125 e ss.

⁸⁵ A seguito del Consiglio di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999, la Commissione UE si è impegnata a superare la disciplina dell'extradizione e a favorire la creazione di uno spazio giuridico europeo. I fatti dell'11 settembre 2001 hanno solo di poco accelerato l'emanazione della Decisione quadro 2002/584/GAI che dispone il mandato di arresto europeo, ovvero una disciplina volta al superamento, per gli stati membri dell'Unione, delle procedure di estradizione, eliminando peraltro l'intervento dell'organo politico, attraverso una procedura molto più snella per la consegna di coloro che sono colpiti da condanna definitiva o da provvedimenti cautelari, per una serie di 32 categorie di reati, tra i quali spiccano fattispecie di terrorismo e criminalità organizzata (per un'introduzione si veda, B. PIATTOLI, *Cooperazione giudiziaria e pubblico ministero europeo*, Milano, 2002, pp. 108-115).

Questa peculiare riformulazione nasce dall'elenco di 32 categorie di reati per le quali viene meno l'obbligo di verifica della doppia incriminazione del fatto⁸⁶. Se il fatto storico fosse riconducibile sotto una di queste categorie, non sarebbe necessaria una sua rilevanza penale anche nello Stato d'esecuzione, che, dunque, avrebbe l'obbligo di consegna⁸⁷. Tuttavia, l'"originale" legge italiana d'attuazione della Decisione quadro, complica lo scenario⁸⁸. Il legislatore italiano, infatti, inserisce nell'attuazione della Decisione un'ulteriore anomala riformulazione, nella misura in cui cerca di specificare la lista dei 32 reati, inserendo alcuni elementi tipici delle fattispecie dell'ordinamento italiano⁸⁹.

Disciplina della cooperazione giudiziaria che trova come referente immediato l'Accordo bilaterale tra Italia e Spagna che per i reati in tema di terrorismo, criminalità internazionale, traffico di armi e stupefacenti, tratta di persone e abuso sessuale di minori, prevedeva, già nel novembre del 2000, procedure prive della verifica della doppia incriminazione del fatto. Sul punto si vedano, L. SALAZAR, *La lunga marcia del mandato d'arresto europeo*, in M. BARGIS, E. SELVAGGI, (a cura di), *Mandato d'arresto europeo*, cit., pp. 6-7; e L. PICOTTI, *Il mandato d'arresto europeo tra principio di legalità e doppia incriminazione*, ivi, p. 51.

⁸⁶ Elenco di cui all'art. 2 n. 2 della Decisione quadro 2002/584/GAI.

⁸⁷ Sul punto si vedano le considerazioni svolte da A. DI MARTINO, *La frontiera e il diritto penale*, Torino, 2006, p. 284 e ss.

⁸⁸ Perplesità già per il testo non definitivo sono manifestate da M. PEDRAZZI, *Considerazioni introduttive*, in M. PEDRAZZI (a cura di), *Mandato d'arresto europeo e garanzie della persona*, Milano, 2004, p. 8 e ss. per un quadro che non nasconde riserve sulla legge di attuazione, si veda, M. DEL TUFO, *La doppia punibilità*, in G. PANSINI, A. SCALFATI, (a cura di), *Il mandato d'arresto europeo*, Napoli, 2005, p. 111 e ss.; per una critica serrata si veda L. PICOTTI, *Il campo di applicazione del mandato di arresto europeo: i reati "in lista" e "fuori lista" e la disciplina della legge italiana di attuazione*, in M. BARGIS, E. SELVAGGI, *Mandato d'arresto europeo. Dall'estradizione alle procedure di consegna*, Torino, 2005, p. 137 e ss.

⁸⁹ Non solo contraddicendo la portata normativa della Decisione, ma frustrando anche ogni logica giuridica, dato che ne viene fuori una casistica più restrittiva di quella che sarebbe stata dedotta tramite il requisito della doppia incriminabilità, cioè tramite la procedura di estradizione. Per una panoramica della Decisione e della legge 69/2005 che attua la Decisione quadro, per tutti, L. PICOTTI, *Il mandato d'arresto europeo*, cit., p. 62 e ss.; sulla legge d'attuazione con precisi rilievi critici ID., *Il campo di applicazione del mandato d'arresto europeo*, cit., p. 137 e ss. Per un'esemplificazione dei problemi scaturenti da questa doppia riformulazione anomala basata sul reato di riciclaggio si veda, M. ANGELINI, *Legalità e parametri di selezione*, cit., pp. 133-136.

Sono riconoscibili, così, due livelli di riformulazione estrema. Da un lato, la lista di fattispecie categorizzate sinteticamente dalla Decisione, dall'altro, la specificazione di queste indicazioni sintetiche da parte della normativa italiana. L'anomalia di questa riformulazione è evidente. I primi sono meri titoli di fattispecie penali, rappresentano un'elencazione di "rubriche penali in bianco": non c'è condotta, non c'è sanzione, ma solo il generico *nomen iuris*. Le seconde, invece, contengono un «moncone di condotta»⁹⁰, la quale non corrisponde esattamente a quella della fattispecie nazionale. Con queste modalità di disciplina e riformulazione, si perpeisce più il precipitato morale ed etico delle condotte, che non la loro rilevanza come fattispecie penali⁹¹.

Così, la questione centrale, d'individuare la fattispecie penale della cui sanzione si chiede l'esecuzione, viene affrontata senza relazione tra fattispecie. A essere rapportati sono esclusivamente criteri di selezione avulsi dalla forma tipica della fattispecie; i primi ne ricordano il *nomen*, i secondi parte della struttura precettiva. Paradossalmente, dunque, questa riformulazione è caratterizzata da "deformulazioni", da meri "estratti della fattispecie", la cui combinazione permette l'esecuzione all'estero di un provvedimento nazionale di restrizione della libertà personale.

Omologa rimane, tuttavia, la questione concettuale di quale entità deve permanere affinché diverse fattispecie possano essere inserite in una categoria generale, ovvero affinché da una fattispecie possa essere estratta un'essenza che ne esprima il carattere peculiare nel rapporto con le incriminazioni simili degli altri Stati dell'Unione. Gli oggetti di queste verifiche sono degenerazioni di fattispecie pe-

---

⁹⁰ Così, L. PICOTTI, *Il campo di applicazione del mandato di arresto europeo*, cit., p. 151.

⁹¹ Questa è l'impressione che si avverte scorrendo una disciplina di cooperazione giudiziaria non fondata su fattispecie penali, ma su sezioni di fatti penalmente rilevanti, su meri "racconti brevi" di comportamenti riprovevoli e immorali. Si legge questa *ratio* tra le righe di un provvedimento che impone di eseguire un ordine di limitazione della libertà personale emesso da un organo di un altro Stato nazionale, ma ritenuto non penalmente rilevante sul proprio territorio. Quale altro presupposto del "Mandato" se non proprio una presunta condivisione dei valori e della morale in tutti gli Stati dell'Unione?

nali, qui il concetto di riformulazione giunge ai limiti estremi delle sue possibilità espressive⁹².

3.1. (Segue) b) la riformulazione “estrema” nata con la Riunificazione tedesca

Accanto a quest’ipotesi estrema fondata sulla stratificazione delle fonti, c’è quella nata dalla sostituzione integrale dell’ordinamento giuridico. Quest’ipotesi extra-ordinaria di riformulazione del reato segue alla riunificazione tra la Repubblica Democratica Tede-

⁹² Anche laddove non si rinuncia alla doppia incriminazione, cioè per i reati fuori dalla “lista dei 32”, non pare possibile un vero e proprio rapporto tra fattispecie. Qui, infatti, si precisa come questa (facoltativa) relazione d’incriminazione doppia, si debba fondare sulla mera rilevanza penale del fatto, al di fuori di qualsiasi riferimento alla qualificazione giuridica e agli elementi della fattispecie (così stabilisce l’art. 2 n. 4 della Decisione 2002/584/GAI), fondato cioè sulla connessione scaturita dal mero fatto storico, dalla doppia punibilità astratta del fatto storico senza vincoli di qualificazione. È facile segnalare la contraddizione di un legame solo storico e accidentale tra le fattispecie che riescono a sussumere il fatto concreto. Sul punto, N. BARTONE, *Mandato di arresto europeo e tipicità nazionale del reato*, Milano, 2003, p. 56 e ss.; e R. MANZANARES CATILLEJO, *El objetivo de la orden europea de detención. El principio de doble incriminación*, in E. ROZO ACUÑA (a cura di), *Il mandato di arresto europeo e l’extradizione*, Padova, 2004, p. 121.

⁹³ L’Accordo di unificazione tra i due Stati al capitolo I prevede i *Länder* dello Stato unificato e la data della Festa dell’Unità tedesca il 3 ottobre di ogni anno. Il capitolo II si occupa dell’estensione e delle modifiche della Costituzione federale tedesca ai nuovi *Länder* della Germania orientale. Il capitolo III disciplina, invece, l’assimilazione della legislazione già vigente nei due paesi sotto il triplice aspetto della estensione generalizzata, della legislazione della Repubblica Federale, del mantenimento in vigore, sotto varie condizioni, del diritto dei *Länder* tedesco-orientali e dell’estensione dell’efficacia degli accordi comunitari. Il IV capitolo concerne i trattati internazionali sottoscritti in passato dalle due repubbliche e il capitolo V i problemi dell’amministrazione pubblica e quelli dell’amministrazione della giustizia. L’art. 17 sotto il titolo “riabilitazione” prevede che sia creata una base legale per la riabilitazione di tutte le persone vittime di misure persecutorie motivate da ragioni politiche (c.d. vittime del regime della SED, *Sozialistische Einheitspartei Deutschlands*) o da una decisione giudiziaria contraria allo Stato di diritto o alla Costituzione. L’art. 18 prevede, poi, la perdurante validità delle decisioni giudiziarie. Le sentenze o i provvedimenti giudiziari emanati prima dell’entrata in vigore dell’accessione possono venire adeguati al diritto federale ai sensi dell’art. 8; norma che prevede l’estensione del diritto della Repubblica Federale Tedesca ai 5 nuovi *Länder* della ex-DDR o, altrimenti, essere eseguite

sca (DDR) e la Repubblica Federale Tedesca (BRD)⁹³. Qui, l'ordinamento giuridico della BRD entra in vigore nei territori che sono stati riuniti alla Repubblica Federale Tedesca, sostituendo quello della ex-DDR⁹⁴.

Tale peculiare, se non unica, modalità di riformulazione delle fattispecie, mostra e determina tutta una serie di questioni decisamente atipiche rispetto alle modifiche ordinarie della legge penale. Lo "scioglimento", tramite accessione del relativo territorio, di un ordinamento giuridico in un altro preesistente è, in quantità e qualità, una tappa eccezionale nel percorso del concetto, della storia e delle idee sulla riformulazione del reato. Oltre alla mole delle modifiche, forte è anche il senso politico del passaggio, che esige una rivisitazione della tutela di determinate istituzioni, rivisitazione che va necessariamente a incidere sui profili intertemporali⁹⁵.

Significativamente, sono le modifiche della parte generale a collocarsi, spesso, al centro delle questioni nate dalla riformulazione per estensione dell'ordinamento tedesco occidentale ai territori della ex-DDR. Si evidenzia, così, quel ruolo nascosto, ma fondamentale, che la parte generale riveste nell'identificazione del concetto

---

anche ai sensi del diritto previgente, cioè il diritto della DDR, che continua ad avere validità sotto le condizioni previste dall'art. 9. Viene poi anche disposto un riesame della compatibilità delle decisioni e della loro esecuzione con i principi dello Stato di diritto. In ogni caso, viene assicurato il giudizio di legittimità per le sentenze pronunciate dalla magistratura della DDR.

⁹⁴ Con la *Wiedervereinigung* ci fu una disciplina positiva legata alla riunificazione dei due Stati. Ci si riferisce all'Accordo del 31 agosto 1990 e ai suoi Allegati, tra questi fondamentale soprattutto l'Allegato I contenente modifiche e integrazioni all'art. 315 EGSStGB entrato in vigore il 3 ottobre del 1990. Il richiamo della disciplina transitoria al §2 del codice penale tedesco, pone la questione della punizione retroattiva dei crimini della SED e, in particolare, quella dei c.d. *Mauerschüsse*, degli spari al muro di Berlino.

⁹⁵ In realtà ci furono due momenti di mutamento del diritto penale della Repubblica Democratica Tedesca. Circa un anno prima della Riunificazione, infatti, ebbe inizio un periodo di sostanziali e consistenti riforme nell'ordinamento giudicio della DDR, riforme effettuate con lo sguardo rivolto al momento della riunificazione. Certamente allo scioglimento della DDR, l'*Einigungsvertrag* completò lo scopo riformatore del *Strafänderungsgesetz-DDR*, e, in particolare, del suo art. 6.

Per un'analisi del ruolo della Corte Costituzionale italiana come giudice nel passaggio dallo "Statuto" alla Costituzione repubblicana, si veda, A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, cit., p. 233.

d'illecito, la sua funzione di collettore delle istanze politiche e politico-criminali dello Stato. Ruolo tale per cui la causa della modifica di fattispecie può risiedere proprio nel mutamento di una norma di parte generale⁹⁶.

Oltre a ciò, bisogna sottolineare che per determinate fattispecie penali della ex-DDR, riformulate tramite il meccanismo di estensione dell'ordinamento della BRD, è avvenuta un'integrale ed esclusiva modificazione del bene tutelato a fronte della permanenza inalterata della condotta aggressiva. Si tratta, per lo più, di reati contro la personalità dello Stato, contro organi e istituzioni della DDR⁹⁷.

In questo contesto, si nota una vera e propria soluzione di continuità rispetto al percorso complessivo delle teorie sulla riformulazione. L'alternativa tra sostanza e struttura sfuma nella costante ricerca della razionalità implicita ed essenziale della norma, nel tentativo di sintesi di un senso che vada oltre il linguaggio e l'architettura normativa, verso il rintracciamento di uno spazio di confronto politico, quasi filosofico, tra i due ordinamenti⁹⁸.

---

⁹⁶ Si rinvia a L. STORTONI, *La parte speciale tra codificazione e decodificazione*, in T. PADOVANI, L. STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose*, Bologna, 1991, p. 15 e ss.

⁹⁷ In questi casi, si pose l'alternativa tra lasciare impuniti i fatti commessi contro uno Stato giuridicamente non più esistente, o permettere allo Stato che estendeva la sua sovranità sui nuovi territori di punire i fatti commessi in danno dell'altro. Seguendo questa seconda possibilità, l'art. 325/1 prima parte EGStGB prevede la dilatazione retroattiva della tutela penale che la BRD apprestava per certe categorie di reati. Dilatazione solo teorica, dato che è chiaro che anche l'art. 315 EGStGB deve rispettare il disposto costituzionale che impone il divieto di retroattività, cfr., G. DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, cit., p. 516.

⁹⁸ Una valutazione attendibile sulle differenze tra i due ordinamenti non è semplice. Questa disamina si può spiegare su due piani diversi: quello della propaganda politica e quello dell'analisi scientifica. Non esiste alcun dubbio sul fatto che sul piano politico e propagandistico i due sistemi sono agli antipodi. Nei manuali ufficiali della DDR è ripetuto più volte che il diritto penale socialista è nuovo e migliore rispetto al diritto penale borghese, sul punto, J. LEKSCHAS, E. BUCHHOLZ, *Strafrecht der DDR. Lehrbuch*, Berlin, 1988, p. 17 e ss. Il sistema penale socialista avrebbe colto l'essenza vera delle illiceità penali, e ne avrebbe dato una disciplina sostanzialmente diversa da quella tipica degli ordinamenti capitalisti.

In realtà, se si abbandona il piano della propaganda, ci si accorge che questa analisi del diritto penale socialista tedesco è piuttosto il frutto di una caricatura della realtà a scopi politici. Da qualche tempo, infatti, si torna a sperimentare

La gestione intertemporale della Riunificazione glissa il normale percorso delle dottrine sulla riformulazione del reato, non vive la dialettica tra approccio strutturale e sostanziale, che caratterizza, invece, l'interpretazione delle ipotesi ordinarie di modifica della fattispecie. Qui emerge come unico criterio ermeneutico quello del bene giuridico⁹⁹, rivelando già quelle incertezze interpretative che si evidenzieranno meglio nel prosieguo¹⁰⁰.

Il bene giuridico, dunque, anima in modo fortemente problematico tutte le discussioni attorno alla successione nella tutela delle oggettività giuridiche elette dalla DDR, e con soluzioni che non sempre rivelano coerenza e certezza del diritto. La giurisprudenza, per vero, ha tracciato un principio che vorrebbe essere generale, principio per cui ci sarebbe continuità normativa nel caso di tutela di beni individuali, la cui titolarità è in capo a quelli che furono i cittadini della ex-DDR, mentre discontinuità di tutela, ovvero non punibilità, rispetto ai beni giuridici superindividuali. Ma diverse, e di segno opposto, sono state le eccezioni. Da un lato, ad esempio, i reati concernenti gli stupefacenti vengono considerati alla stregua di beni individuali e puniti anche dopo la Riunificazione, sebbene la "salute del

---

la "normalità" del diritto penale socialista tedesco, si rinvia a J. ARNOLD, *Normales Strafrecht der DDR?*, in J. ARNOLD, *Die Normalität des Strafrechts der DDR. Gesammelte Beiträge und Dokumente*, Freiburg im Br., 1995, pp. 1-7. Una normalità che certo non coinvolgeva, e forse non avrebbe mai potuto coinvolgere, la tutela diretta e indiretta degli interessi politici dello Stato, ma che era approdata, tuttavia, a conquiste inequivocabilmente importanti. Non ci si riferisce soltanto al principio di legalità, ma soprattutto alla funzione che veniva affidata al diritto penale: la funzione di comporre i conflitti sociali e di prevenire la criminalità, di combatterla anche educando i trasgressori a un comportamento compatibile con la comunità sociale, cfr., J. LEKSCHAS, E. BUCHHOLZ, *Strafrecht der DDR*, cit., p. 18. Certo, pare un po' azzardato affermare che, eliminata la componente politica del diritto penale della Repubblica Democratica, la parte residua avesse assunto una connotazione simile a quella dei codici borghesi, tuttavia, non è eretico sostenere una parziale normalità del diritto penale socialista tedesco, affermazione del resto caldeggiata da J. ARNOLD, *Normales Strafrecht der DDR?*, cit., pp. 1-7.

⁹⁹ Nemmeno le modalità di condotta trovano degno spazio nelle analisi sulla fase transitoria del diritto penale della Repubblica Democratica Tedesca. È il solo bene giuridico a guidare la fase ermeneutica più delicata del passaggio di ordinamento.

¹⁰⁰ In particolare, ai paragrafi, 2, 3 e 7, del capitolo II, parte I.

popolo” sia un bene superindividuale¹⁰¹. Dall’altro lato, la stessa eccezione non è stata accordata per i reati ambientali, che la giurisprudenza, contro la dottrina dominante, ritiene non più punibili¹⁰².

Il paradigma della tipologia, individuale o superindividuale, del bene giuridico si presta, così, a diverse forzature. Un’altra testimonianza scaturisce dal trattamento intertemporale dei delitti contro l’amministrazione della giustizia. L’interpretazione maggioritaria è favorevole alla successione di leggi nel caso dei reati contro organi e istituzioni della ex-DDR¹⁰³. Questa linea interpretativa accentua il carattere soggettivo della tutela delle istituzioni, ritenendo che mol-

¹⁰¹ Cfr., G. DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, cit., pp. 516, 517; J.B. LIEBIG, *Anwendbarkeit bundesdeutschen Strafrechts und Ordnungswidrigkeitenrechts auf Alttaten in der DDR*, in «Neue Zeitschrift für Strafrecht», 1991, p. 374 e ss.; T. VORMBAUM, *Probleme der Strafrechtsanwendung im vereinigten Deutschland*, in «Strafverteidiger», 1991, p. 179; di diversa opinione è E. SAMSON, *Die strafrechtliche Behandlung von DDR-Alttaten nach der Einigung Deutschlands*, in «Neue Juristische Wochenschrift», 1991, p. 338 e ss.; questo autore fa cenno a una trentina di fattispecie della DDR la cui corrispondente tutela attraverso il codice penale federale si riferisce a beni giuridici collettivi della BRD. Tra queste, la rivelazione di un segreto di ufficio, la violazione del segreto professionale, l’evasione fiscale, i delitti contro l’ambiente, la *Wahlfälschung*, la *Rechtsbeugung*, i delitti di corruzione e simulazione di un reato.

¹⁰² Cfr., T. ELSNER, *Das intertemporale Strafrecht und die deutsche Wiedervereinigung*, Aachen, 2000, p. 198.

¹⁰³ Cfr., J. ARNOLD, M. KÜHL, *Zur strafrechtlichen Beurteilung von Wahlfälschungen in der DDR*, in «Neue Justiz», 1992, pp. 476, 479. In dottrina, tra gli altri, si vedano, S. HÖCHST, *Unrechtskontinuität zwischen ost- und bundesdeutschen Strafnormen?*, in «Juristische Rundschau», 1992, pp. 360, 363; K. WEBER, *Die Verfolgung des SED-Unrechts in den neuen Ländern*, in «Goldammer’s Archiv für Strafrecht», 1993, pp. 195, 206; e anche S. BANDEL, *Anmerkung zum Urteil des BGH vom 13.12.1993- 5 StR 76/93*, in «Neue Zeitschrift für Strafrecht», 1994, p. 439; G. BEMMAN, *Zu aktuellen Problemen der Rechtsbeugung*, in «Juristenzeitung», 1995, pp. 123, 124; T. HILLENKAMP, *Offene oder verdeckte Amnestie über Wege strafrechtlicher Vergangenheitsbewältigung*, in «Juristenzeitung», 1996, pp. 179, 182; K.H. LEHMANN, *Recht muss Recht bleiben. Zur Verurteilung eines Richters des Obersten Gerichts der DDR durch Richter des BGH*, in «Neue Justiz», 1996, pp. 561, 563; K. LETZGUS, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Richtern, Staatsanwälten und Untersuchungsorganen der ehemaligen DDR wegen Rechtsbeugung*, in *FS für H. Helmrich*, München, 1994, pp. 73, 78; J.B. LIEBIG, *Anwendbarkeit bundesdeutschen Strafrechts*, cit., pp. 372, 375; M. MAIWALD, *Rechtsbeugung im SED-Staat*, in «Neue Juristische Wochenschrift», 1993, 1881, 1884; ID., *Anmerkung zum Urteil des BGH vom 16.11.1995- 5 StR 747/94*, in «Juristenzeitung», 1996, p. 866, p. 867; E.C. RAUTENBERG-G. BURGESS, *Anfangsverdacht wegen Rechtsbeugung*

te fattispecie, tra le quali la *Rechtsbeugung*¹⁰⁴, tutelino interessi non solo collettivi, ma anche individuali¹⁰⁵.

Tuttavia, l'impressione è che la gestione intertemporale della riformulazione dei reati della ex-DDR sia guidata da una certa precomprensione giuridica, politica e istituzionale, orientata all'opportunità, o meno, di continuare a perseguire giudizialmente fattispecie penali vigenti sotto il regime della SED. Infatti, stabilito il parametro e le sue eccezioni, la giurisprudenza, e con essa buona parte della dottrina, si avventura in una ricerca "in concreto" dei motivi di continuità normativa, glissando del tutto l'individualità o superindividualità del bene giuridico tutelato dalle fattispecie della DDR. In una famosa sentenza, ad esempio, la continuità tra le due fattispecie di *Rechtsbeugung* viene sancita attraverso la rilevazione di una certa "neutralità" dimostrata dalla magistratura della Repubblica Democratica Tedesca¹⁰⁶. Neutrali-

---

gegen Staatsanwälte und Richter der früheren DDR- ein Beitrag zum Meinungsstand in der Praxis, in «Deutsch-Deutsche Rechts-Zeitschrift», 1993, pp. 71, 72 e ss.; H. ROGGMANN, *Richterstrafbarkeit und Wechsel der Rechtsordnung*, in «Juristenzeitung», 1994, pp. 769, 772; F. SCHOLDERER, *Rechtsbeugung in demokratischen Rechtsstaat*, Baden Baden, 1993, p. 502; A. SCHOREIT, *Anmerkung zum Urteil des BGH vom 6.10.1994- 4 StR 23/94*, in «Strafverteidiger», 1995, p. 195; F.C. SCHROEDER, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit für die Ausübung politischer Straffjustiz in der ehem. DDR*, in E.-J. LAMPE, *Deutsche Wiedervereinigung, Die Rechtseinheit, Arbeitskreis Strafrecht*, Bd. II, *Die Verfolgung von Regierungskriminalität nach der Wiedervereinigung*, Köln, 1993, p. 112 s.; Id., *Der Rechtfertigungsgrund der Entscheidung von Rechtssachen*, in «Goldammer's Archiv für Strafrecht», 1993, pp. 389, 402; L. SCHULZ, *Rechtsbeugung und Missbrauch staatlicher Macht*, in «Strafverteidiger», 1995, pp. 206, 208; G. SPENDEL, *Der Bundesgerichtshof zur Rechtsbeugung unter der SED-Regime*, in «Juristische Rundschau», 1994, pp. 221, 222; P. STANGLOW, *Rechtsbeugung in der DDR?*, in «Juristische Schulung», 1995, p. 971, p. 974.

In giurisprudenza, sulla *Rechtsbeugung*: BGH, 13.12.1993, in «Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen», 40, pp. 30, 34 e ss.; BGH, 09.05.1994, *ivi*, pp. 169, 176; BGH, 06.10.1994, *ivi*, pp. 272, 275; BGH, 05.07.1995, *ivi*, 41, pp. 157, 160; BGH, 15.09.1995, *ivi*, pp. 247, 248; BGH, 16.11.1995, *ivi*, pp. 317, 320.

¹⁰⁴ Sulla fattispecie di *Rechtsbeugung* dell'ordinamento tedesco federale, si veda, S. BOLDRINI, *Il processo al giudice Schill: la norma penale sull'abuso del diritto in Germania*, in «L'indice penale», 2005, p. 1217 e ss.

¹⁰⁵ Cfr., G. BEMMANN, *Zu aktuellen Problemen der Rechtsbeugung*, cit., p. 123, p. 124; K. LETZGUS, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Richtern*, cit., pp. 73, 78; J.B. LIEBIG, *Anwendbarkeit*, cit., pp. 372, 375; L. SCHULZ, *Rechtsbeugung und Missbrauch*, cit., pp. 206, 208.

¹⁰⁶ Il riferimento è a BGH, 13.12.1993, in «Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen», 40, pp. 30, 39 e ss.

tà che permetterebbe di ritenere l'amministrazione della giustizia nella DDR meritevole di continuativa tutela anche dopo l'entrata in vigore dell'ordinamento tedesco occidentale. Allo stesso modo, dovendo giudicare della continuità normativa delle fattispecie a tutela del corretto svolgimento delle elezioni, l'impostazione dominante ritenne di poter ritrovare, nella legislazione e nella prassi della DDR, quella potenziale libertà di azione che permetterebbe di rilevare la continuità tra le fattispecie a tutela della genuinità degli esiti elettorali¹⁰⁷. In questi casi, sono valutazioni in concreto spinte da opportunità politico criminali a guidare la gestione intertemporale della Riunificazione¹⁰⁸.

Il tentativo evidenziato di scendere dalla tipologia del bene, individuale o superindividuale, sino alla ponderazione della funzione concreta degli organi e delle istituzioni della DDR nei rapporti con le funzioni degli omologhi della Repubblica Federale Tedesca rivive anche nella valutazione dei casi di opposizione al regime della SED. I casi sono noti, e riguardano la resistenza al pubblico ufficiale nel tentativo di fuga dalla DDR, la *Rechtsbeugung* di magistrati a favore dei diritti umani, la falsa testimonianza di coloro che intendevano proteggere, e proteggersi, dal regime liberticida socialista¹⁰⁹. Ancora una volta, qui si sottolinea come l'accesso alla continua punibilità dipenda da una sovrapponibilità tra le "funzioni concrete" svolte dalle norme penali, cioè da una medesima meritevolezza di pena dei comportamenti. Meritevolezza che in questi casi sarebbe assente, data la "concreta" differenza che assume il concetto di illecito penale rispetto a tali vicende. Non è possibile, così, continuare a punire.

---

¹⁰⁷ Su questo aspetto e per approfondimenti relativi alle questioni intertemporali della Riunificazione si rinvia a T. ELSNER, *Das intertemporale Strafrecht*, cit., p. 206; M. KRAKOWSKY, *Die Aufarbeitung des SED-Unrechts durch BGH und Literatur-ein Vergleich*, Aachen, 2001, p. 236 e ss.; V. KÄSEWIETER, *Der Begriff der Rechtsbeugung im deutschen Strafrecht*, Aachen, 1999, p. 96 e ss.

¹⁰⁸ I fautori della non punibilità, invece, ritengono che l'ambito di protezione accordato tramite la tutela delle istituzioni e degli organi della DDR sia assimilabile a quello dei delitti contro lo Stato, sul punto per tutti, G. DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, cit., p. 519 e ss.; T. VORMBAUM, *Probleme der Strafrechtsanwendung*, cit., p. 176, p. 179; Id., *Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit von DDR-Richtern wegen Rechtsbeugung*, in «Neue Justiz», 1993, pp. 212, 213.

¹⁰⁹ Si veda, K. LÜDERSEN, *Zu den Folgen des "Beitritts" für die Strafjustiz der Bundesrepublik Deutschland*, in «Strafverteidiger», 1991, pp. 482, 484.

Non si utilizzerebbe, infatti, la stessa concezione di illecito penale e di reato¹¹⁰. È la modifica della parte generale che induce uno studio in concreto, cioè funzionale, dell'architettura istituzionale della ex-DDR.

Sfiorata la tematica della riformulazione estrema, e prima di giungere all'esame delle teorie che hanno cercato di spiegare come sia possibile differenziare la riformulazione che elimina la punibilità astratta di una fattispecie previgente dalla riforma che mantiene, invece, una parte della funzione incriminatrice della norma modificata, si deve indugiare ancora un momento nei dintorni del tema, facendo cenno all'impatto che la frequenza e il tipo delle modifiche della fattispecie hanno sul processo penale.

4. *I riflessi processuali della riformulazione delle fattispecie penali*

Il mutamento della fattispecie penale porta a interrogarsi sui criteri che permettono di capire quando la riformulazione implica una vera e propria abolizione del reato, e quando, invece, non elimina la rilevanza penale del fatto. La riformulazione, tuttavia, incide profondamente anche sul "processo" di verifica dell'ipotesi accusatoria. La modifica del paradigma astratto di valutazione del fatto deve ripetersi, infatti, nel processo penale.

Per giungere al discernimento della situazione giuridica si deve passare, allora, dall'analisi della fattispecie legale astratta a quella della fattispecie giudiziale, dai presupposti di sopravvivenza sostantiva del fatto di reato alle condizioni processuali di registrazione di tale sopravvivenza¹¹¹. Le fasi sono chiare: si va dalle indagini preliminari strutturate dalla c.d. "imputazione preliminare", all'udienza preliminare, al dibattimento, si prosegue, poi, in sede d'impugnazione e di giudizio di legittimità, per giungere in sede d'esecuzione, do-

---

¹¹⁰ Cfr., T. ELSNER, *Das intertemporale Strafrecht*, cit., pp. 204, 205.

¹¹¹ Stimolanti riflessioni epistemologiche sul concetto di fatto nel processo penale sono avanzate da C. PIZZI, *Oggettività e relativismo nella ricostruzione del fatto: riflessioni logico-filosofiche*, in G. UBERTIS (a cura di), *La conoscenza del fatto nel processo penale*, Milano, 1992, pp. 200-201.

ve si valuta la possibilità di pronunciare un'abolizione del reato, e, quindi, di far cessare la pena e gli effetti penali della condanna¹¹².

Il "fatto giudiziale" non partecipa della genericità del fatto tipo né dell'imperscrutabilità dei fatti reali, il processo d'accertamento si ferma ogni volta nel momento in cui il livello di avanzamento della dimostrazione supera quello richiesto dalla fattispecie astratta¹¹³. Questo rapporto tra fattispecie astratta, fatto storico e fatto giudiziale, comincia con l'acquisizione della notizia di reato e prosegue sino alla cristallizzazione della relazione astratto-concreto nella sentenza passata in giudicato¹¹⁴.

Dalla notizia di reato sino al decreto che dispone il giudizio, l'ipotesi accusatoria ha ampie possibilità di venire modificata. Differente è, invece, la registrazione delle variazioni intertemporali in dibattimento, dove specifiche formalità gestiscono la sensibilità dell'imputazione al mutamento della fattispecie, e, più in generale, alla difformità tra il fatto reale e il fatto imputato. Con l'apertura del dibattimento inizia la fase di fluidità dell'imputazione in senso stretto

¹¹² Parla di imputazione preliminare, M. NOBILI, *La nuova procedura penale*, Bologna, 1989, p. 330 e ss.

¹¹³ Interessanti spunti di ordine generale sono forniti da G. UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano, 1979.

¹¹⁴ L'ipotesi accusatoria prende le mosse dalla notizia del reato che contiene solo un'ipotesi generica di un fatto di reato, quindi un'indicazione normativa non necessariamente corredata dalla presenza di un soggetto indagato. Questa situazione descrittiva migliora nel momento in cui s'invia l'informazione di garanzia che deve contenere, ex art. 369/1 c.p.p., anche luogo e tempo del fatto. Il fatto comincia a prendere la sua forma con la richiesta a presentarsi per rendere interrogatorio al soggetto indagato, qui, infatti, ex art. 375/3 c.p.p., è necessaria una sommaria enunciazione del fatto. La mera enunciazione diventa, poi, descrizione sommaria del fatto ex art. 292/2 lett.b, nel momento in cui il giudice delle indagini preliminari emette ordinanza di custodia cautelare. L'imputazione appare a chiusura delle indagini preliminari come atto d'inizio dell'azione penale ex art. 405 c.p.p. Il fatto emerge nella sua dignità concettuale per la prima volta nel decreto che dispone il giudizio che contiene ex art. 429 c.p.p., l'enunciazione chiara e precisa del fatto, delle circostanze aggravanti e delle condizioni che possono portare all'applicazione di una misura di sicurezza. Per una disamina del concetto di fatto nel nuovo codice di rito, L. CARLI, *Fatto e verità nell'ideologia della riforma e della controriforma della procedura penale (le ragioni dei pratici)*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1995, p. 241 e ss.; G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia*, Milano, 1955; si veda, anche, E. LEMMO, *L'accusa suppletiva nel dibattimento penale*, Milano, 1972.

e del fatto *ivi* descritto. Si schiudono, allora, tutte le problematiche inerenti la “novità” e “diversità” del fatto¹¹⁵.

Nella misura in cui il processo è un divenire, una stratificazione di una serie di atti che definiscono, precisandoli, i contorni penalmente rilevanti del fatto storico, si deve evitare la cristallizzazione del fatto su di un’ipotesi non coerente rispetto a ciò che si è realmente verificato¹¹⁶. Nel caso in cui emerga la diversità del fatto imputato rispetto a quello storico, il pubblico ministero deve parzialmente sostituire l’imputazione e procedere a una nuova contestazione della circostanza omessa dall’ipotesi accusatoria¹¹⁷.

---

¹¹⁵ La disciplina delle modalità di registrazione delle difformità tra il fatto imputato e il fatto storico deve temperare diverse esigenze. Da un lato, c’è la necessità di specificare il fatto tipo legislativo e renderlo adeguato allo scopo del processo, che non è quello di accertare un mero fatto, ma quello di vagliare un’ipotesi accusatoria formulata imputando del fatto un soggetto specifico, che avrebbe commesso un fatto specifico, in un luogo determinato e con modalità, effetti e colpevolezza determinati. Dall’altro lato, è impossibile una ricostruzione calligrafica degli eventi (della necessità di analizzare il problema della correlazione tra accusa e sentenza in concreto e non in astratto riferisce G.D. PISAPIA, *Contestazione di nuovi fatti e correlazione tra accusa e sentenza: in tema di concubinato e di violazione degli obblighi di assistenza coniugale*, in «Rivista italiana di diritto penale», 1951, p. 127), essa, infatti, deve selezionare tra le infinite sfumature del fatto storico, solo quelle che funzionalmente corrispondono al processo, e, dunque, quelle che individuano la responsabilità in capo a una persona, si veda, T. RAFARACI, *Le nuove contestazioni*, Milano, 1996, pp. 18-19.

¹¹⁶ Cfr., T. RAFARACI, *Le nuove contestazioni*, cit., pp. 7-8.

¹¹⁷ *Ibidem*, pp. 5-6. Nella fase dibattimentale questa ipotesi è disciplinata dall’art. 516 c.p.p., mentre, all’udienza preliminare la stessa capacità di adattamento della imputazione è data dall’art. 423 c.p.p. Nel caso in cui, invece, la difformità consista in un’integrazione dell’ipotesi iniziale, o in una sua mera estensione, cioè in un aggravamento dell’ipotesi iniziale, che però rimane ferma nella sua struttura essenziale, si procede, ex art. 517 c.p.p., alla contestazione di queste ipotesi suppletive, che sono tassativamente: un reato connesso, cioè in concorso formale o in continuazione, e le circostanze aggravanti, cfr., *ibidem*, pp. 43-44. Se al dibattimento emergono circostanze tali da sostenere un’ipotesi accusatoria autonoma e non incompatibile con quella dell’imputazione, l’art. 518 c.p.p. dispone che si avvii normalmente l’azione penale, tranne nei casi in cui, a determinate condizioni, non sia possibile un accrescimento consensuale dell’ipotesi accusatoria che viene a essere affiancata da questo fatto nuovo. Sul punto si veda *ibidem*, p. 51 e ss. Ancora diverso è il caso in cui, fermi restando i contenuti del fatto come ricostruiti al processo, il giudice ritenga erronea, applicando il principio *iura novit curia*, la sola qualificazione giuridica del fatto, che, pur ricostruito esattamente e, quindi, essendoci corrispondenza tra il fatto accertato e il fatto imputato, non è stato altrettanto precisamente qualificato dal pubblico ministero nell’imputazione. In questi casi, l’art. 521 c.p.p.

Il problema che dottrina e giurisprudenza hanno affrontato è quello della distinzione tra fatto nuovo e fatto diverso¹¹⁸. Questione già dibattuta sotto il vigore del codice del 1930, divide la let-

---

dispone che il giudice possa autonomamente modificare la qualificazione giuridica dei fatti senza dover trasmettere gli atti al pubblico ministero. Si veda ancora, *ibidem*, p. 591 e ss. e, sull'art. 423 c.p.p., L. PARLATO, *Modifica dell'imputazione e contestazione di fatti già conosciuti in sede di indagini preliminari*, in «Cassazione penale», 1999, p. 251 e ss.

¹¹⁸ Qui, infatti, la diversità del fatto comportava il regresso del processo attraverso la trasmissione degli atti al pubblico ministero. La dottrina aveva già da tempo potuto confrontarsi con il tema dell'identificazione delle condizioni di diversità del fatto nel processo penale. (Nella letteratura tedesca si veda: per una teoria di stampo soggettivistico dell'identità del fatto, M. BERNER, *Der Grundsatz des ne bis in idem im Strafprozess*, Leipzig, 1891; per una teoria di stampo oggettivistico sull'identità del fatto processuale si veda, F. BORGMANN, *Die Identität der That*, Göttingen, 1891, p. 58; per una rassegna molto ricca di bibliografia, si veda, K. PETERS, *Strafprozess*, Heidelberg, 1985⁴, p. 278 e ss.; si veda anche C. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, München, 1987, pp. 117 e ss., 197 e ss.). Molto diversificate erano le posizioni dottrinali. Alcuni sostenevano che per identificare il concetto di "fatto diverso" fosse necessaria una totale diversità degli elementi formali o dell'interesse leso (G. BETTIOL, *La correlazione tra accusa e sentenza nel processo penale*, Milano, 1936, p. 81); da altre parti si riteneva, invece, che determinasse diversità non solo la modifica degli elementi di fattispecie, ma anche il mutamento di circostanze accidentali, come tempo, luogo, mezzo criminoso e oggetto materiale (A. GIARDA, sub art. 477, in G. Conso, V. Grevi (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, Padova, 1987, p. 1224) altri ancora, consideravano la modifica di qualsiasi entità già rilevante per la trasmissione degli atti (G. SPANGHER, *Fatto e qualifica giuridica nell'imputazione per reato colposo*, in «Rivista di diritto processuale», 1970, pp. 304, 310); da altre parti, invece, si disegnava una differenziazione tra elementi rilevanti cioè incidenti sulla fattispecie e sui suoi effetti, ed elementi irrilevanti cioè non incidenti neanche sulla sanzione (G. LEONE, *Manuale di diritto processuale penale*, Napoli, 1986¹², p. 566; A. PAGLIARO, voce *Fatto* (dir. proc. pen.), in *Enciclopedia del diritto*, XVI, Milano, 1967, p. 963).

Nella letteratura tedesca, si veda, M. GRÜNHUT, *Begriffsbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht*, Tübingen, 1926, p. 13; K. LIU, *Der Begriff der Identität der Tat im geltenden deutschen Strafprozessrecht*, Frankfurt am M., 1927, pp. 37, 57. Altri parlavano, poi, di diversa rappresentazione di uno stesso fatto (così, F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1987⁹, p. 436). Un'altra dottrina ancora, partendo dal presupposto che devono essere contestati tutti gli elementi del fatto, giungeva ad affermare che lo scopo sarebbe stato proprio quello di non avere fatti diversi successivi e non contestati (G. DE LUCA, *Considerazioni intorno all'art. 477 c.p.p. (1930)*, in «La scuola positiva», 1964, p. 238). Trasversalmente veniva indicata, poi, la condotta come contenente gli elementi minimi che caratterizzano il fatto. Qui c'è ancora una divergenza. Da taluni, infatti, il concetto di condotta è inteso in senso naturalistico (F. CORDERO, *Considerazioni sul principio di identità del fatto*,

teratura in due orientamenti¹¹⁹, i quali corrispondono alle diverse letture dell'identità del fatto rispetto all'istituto del *ne bis in idem*¹²⁰. Una parte della dottrina individua, quindi, il limite tra fatto nuovo e fatto diverso nella compatibilità in astratto dei due enunciati attraverso due imputazioni cumulabili¹²¹. Un'altra parte della dottrina, invece, riscontra il criterio distintivo nella diversità della condotta naturalistica¹²². Di recente, una posizione in un cer-

---

in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1958, p. 943; adotta una concezione naturalistica di fatto e di identità anche L. SANSÒ, *La correlazione tra imputazione contestata e sentenza*, Milano, 1953, p. 148.), da altri, è inteso come elemento della fattispecie giudiziale, G. SPANGHER, *Fatto e qualifica giuridica*, cit., p. 302). La giurisprudenza, dal canto suo, teneva un'interpretazione sminuente dell'abrogato art. 477 c.p.p. In sostanza, nel momento in cui rintracciava la *ratio* della disciplina nelle esigenze di difesa dell'imputato, evitava la trasmissione degli atti e, quindi, l'accertamento del fatto diverso in tutti i casi in cui l'imputato avesse avuto la concreta possibilità di difendersi sul punto, e fosse stato garantito, quindi, il contraddittorio (si veda Cass., 5.2.1993, Langella, in «La giustizia penale», 1993, III, p. 431). Per vero, la giurisprudenza che applica la disciplina del nuovo codice non pare assolutamente essersi distaccata da questa consuetudine ermeneutica, si veda, I. CALAMANDREI, *Diversità del fatto e modifica dell'imputazione nel codice di procedura penale del 1988*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1996, p. 642 nota 22. Essa esclude, infatti, la nullità della sentenza pronunciata, che è la sanzione prevista per la violazione delle norme sulle nuove contestazioni, senza rilevare la diversità del fatto, e, quindi, la necessità di modificare l'imputazione, se, in concreto, non ci sia stato pregiudizio per la difesa, e anche quando l'imputato si sia difeso contro una circostanza non contestata, così, Cass. 5 febbraio 1993, Langella, in *Giust.pen.*, 2003, III, p. 431.

¹¹⁹ Cfr., T. RAFARACI, *Le nuove contestazioni*, cit., p. 11 e ss.

¹²⁰ Si veda in generale oltre alla manualistica e alle opere già citate, P. RIVELLO, *Analisi in tema di "ne bis in idem"*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1991, p. 502.

¹²¹ Cfr., G. FOSCHINI, *La litispendenza*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1965, p. 22; ID., *La reigiudicanda*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1954, p. 45.

¹²² Nella misura in cui, infatti, nel mondo fisico le cose succedono una sola volta, condotte identiche non possono che implicare, si dice, una diversa descrizione dello stesso fatto, così F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1995, pp. 432, 1048-1049. Per una critica al concetto di fatto in senso naturale si veda, A. BARATTA, *Natura del fatto e diritto naturale*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 1959, pp. 202, 222. Qui si sconta quell'incertezza tra condotta in senso naturalistico e condotta come elemento della fattispecie giudiziale, come non cumulabilità della *reigiudicanda*, che determina una rilevante differenza ai fini applicativi soprattutto rispetto al tema del concorso formale eterogeneo di reati, sul punto ancora, T. RAFARACI, *Le nuove contestazioni*, cit., pp. 13-14. La giurisprudenza è molto

to senso mediana¹²³ ritiene che l'identità del fatto non sia data né da un criterio meramente normativo di rispondenza alla medesima fattispecie, né da un parametro puramente naturalistico, e propone un paradigma che tiene conto della struttura e della funzione della reigiudicanda¹²⁴. Con queste premesse, il fatto sarà diverso, e quindi non nuovo, quando nel dibattimento si siano registrate variazioni di note fattuali che mutano la stessa fattispecie astratta, o che, lasciandola immutata, riguardano la tipizzazione storica degli elementi di fatto che integrano, in concreto, la struttura costitutiva della fattispecie astratta o la sua punibilità¹²⁵.

La questione della riformulazione si sposta, dunque, dal diritto al processo. L'*impasse* sostanziale diventa processuale nella misura in cui si è incerti sulla qualificazione della modifica normativa: se è fatto nuovo bisognerà procedere in separata sede¹²⁶, se è, invece, variazione della sola descrizione del fatto, si dovrà contestarla e procedere alla verifica della fondatezza dell'assunto accusatorio¹²⁷.

In questo secondo caso, si pone la questione della flessibilità dell'imputazione, non solo in fase di cognizione, ma anche in sede di giu-

---

restrittiva nell'interpretazione dell'identità del fatto nel divieto di secondo giudizio e, quindi, anche nell'interpretazione della novità del fatto nelle "nuove contestazioni". Si ritiene, normalmente, che sia sufficiente una diversa qualificazione giuridica del fatto materiale e, quindi, si è propensi ad accettare il secondo processo per un fatto in concorso formale eterogeneo con uno già giudicato, si veda, Cass., 8.3.1994, Targhetta, in «La giustizia penale», 1995, III, c. 36.

¹²³ Il riferimento è alla più volte citata monografia di Tommaso Rafaraci.

¹²⁴ Essa sarebbe, infatti, un giudizio storico orientato dalla rilevanza penale del fatto scaturita dalla fattispecie astratta.

¹²⁵ Modalità dell'azione, nesso causale, evento, elemento soggettivo, presupposti del reato e condizioni di punibilità determinano una mera diversità del fatto. Esso sarà ancora diverso per modifiche significative del tempo e del luogo del commesso reato, nella misura in cui esse non incidono sugli elementi essenziali della fattispecie, così, T. RAFARACI, *Le nuove contestazioni*, cit., p. 20 e ss.

¹²⁶ Cosa che nel caso del fatto intertemporale significherebbe abbandonare l'azione penale.

¹²⁷ A diminuire la problematicità teorica contribuisce, tuttavia, la giurisprudenza che, nel caso della distinzione tra fatto nuovo e fatto diverso, richiede l'eterogeneità essenziale per ritenere violato il dovere di nuova contestazione del fatto diverso, mentre, nel caso del doppio giudizio, adotta una soluzione che tiene conto anche della diversa qualificazione giuridica per sancire una non identità del fatto.

dizio d'esecuzione¹²⁸. Passata la fase fluida delle indagini preliminari e dell'udienza preliminare, l'ultimo momento utile per modificare l'imputazione al dibattimento è la fine dell'istruzione probatoria¹²⁹. La modifica è necessaria, infatti, solo correlativamente a una scoperta inerente il fatto, per cui esauritesi le possibilità di conoscerlo, vengono meno anche quelle di modificazione dell'assunto accusatorio¹³⁰.

---

¹²⁸ Proprio la connessione possibile di alcune tipologie di riformulazione con il concetto di fatto diverso e di modifica dell'imputazione può spiegare effetti interessanti anche in sede di giudizio di legittimità.

¹²⁹ T. RAFARACI, *Le nuove contestazioni*, cit., pp. 129-131.

¹³⁰ Delle eccezioni si pongono con la possibilità di interruzione della discussione finale, in caso di assoluta necessità, allo scopo di acquisire nuove prove (cfr., *ibidem*, pp. 129-131), cui viene connessa la ricostituzione del potere modificatorio sul fatto imputato. Analogamente, le nuove contestazioni sarebbero in linea di principio escluse dopo la chiusura del dibattimento, ma fa eccezione il caso di sospensione della deliberazione per assumere nuovi mezzi di prova ex art 525/3 c.p.p. Questi possono, infatti, a loro volta, implicare la necessità di modifica dell'imputazione, e, quindi, di nuove contestazioni, cfr., *ibidem*, p. 133. L'ultimo momento, con effetti più radicali, di affermazione della fluidità del fatto è nella sentenza. Qui se il giudice accerta una difformità tra il fatto storico conosciuto al processo e l'imputazione del pubblico ministero, eventualmente più volte modificata e ricontestata, deve trasmettere gli atti al pubblico ministero e non ha l'obbligo di decidere mancando una correlazione tra accusa e sentenza, si veda ancora, *ibidem*, p. 252. La possibilità di modificare l'imputazione rimane anche in fase di impugnazione a seguito di un'integrazione istruttoria, in particolare della rinnovazione dell'istruzione dibattimentale ex art. 603 c.p.p. Oltre il giudizio di primo grado sono inammissibili delle nuove contestazioni, cfr., *ibidem*, p. 455 e ss. La ragione sta nel fatto che il giudizio d'appello è un giudizio d'impugnazione, ricalca le movenze del primo grado non comportando in sé la necessità di modifica dell'imputazione che, dal canto suo, dovrebbe essere già sufficientemente definita, dato che in primo grado le parti hanno le più ampie possibilità di esprimersi. Seppure limitati al devoluto, il giudice d'appello ha, tuttavia, pieni poteri cognitivi *ex actis* e quindi può, anzi deve, dedurre la mancata correlazione tra accusa e sentenza. Ecco che accanto all'ipotesi di integrazione istruttoria, c'è il caso in cui la diversità potrebbe essere insita già negli atti devoluti. Qui la sentenza di primo grado sarebbe nulla e il giudice d'appello dovrebbe trasmettere gli atti al pubblico ministero o, come sostiene Rafaraci per ragioni di economia processuale, direttamente al giudice di primo grado, v. *ibidem*, p. 459 e ss. Il pubblico ministero deve effettuare nuove contestazioni nel caso in cui sia emerso un profilo di diversità del fatto e, nella misura in cui tale atto non viene espletato, il giudice, non potendo decidere sull'accusa, in quanto difforme dalle risultanze probatorie, deve trasmettere gli atti al pubblico ministero o al giudice primo grado (pp. 459-460), senza potere contestare, in nessun caso, delle nuove circostanze aggravanti (p. 468 e ss.). Essendo l'imputazione "più rigida" in sede di impugnazione, nel caso in cui l'elemento specializzante della riformulazione non fosse stato contestato già al primo grado, diventa più difficile una contestazione in appello e si apre concretamente la possibilità di una "retrocessione" del processo.

Ancora più delicata è la questione della riformulazione del reato rispetto al tema dei poteri del giudice di legittimità e del giudice dell'esecuzione. Come si vedrà, le Sezioni unite hanno escluso un rinvio meramente esplorativo, ovvero indirizzato alla sola verifica della ricorrenza, nel fatto storico, degli elementi specializzanti contenuti nella fattispecie riformulata, riaffermando, invece, il dovere di pronunciare immediatamente la causa di estinzione del reato *ex art. 129 c.p.p.*¹³¹. Tuttavia, nella misura in cui la riformulazione della fattispecie postuli l'evenienza di un "fatto diverso"¹³², anche la recente chiusura da parte delle Sezioni unite potrebbe essere superata. Ci si riferisce in particolare, a quella dottrina che sostiene la rilevanza del "fatto diverso" anche in sede di legittimità, tramite l'utilizzo dei criteri dell'illogicità della motivazione e della mancata assunzione di prove decisive. Entro questi limiti, la Corte di Cassazione potrebbe annullare la sentenza e rinviarla al giudice competente¹³³.

Ancora più complessa è la questione dei "poteri" di fluidificazione del fatto giudiziale in sede di giudizio d'esecuzione. Sebbene il fatto si cristallizzi definitivamente con il consolidamento del giudicato, anche in questi casi è possibile una sua "rivalutazione" a fronte di un mutamento legislativo, onde individuare se lo schema astratto di qualificazione sia stato abolito. Da un lato, pare sufficientemente pacifica l'ipotesi in cui ci sia stata una secca abrogazione della fattispecie ai sensi della quale è stato dato titolo per la condanna passata in giudicato¹³⁴. In questi casi, il giudice dell'esecuzione dovrà limitarsi a prendere atto dell'intervenuto effetto abolitivo e procedere a dichiarare la cessazione della pena e degli effetti penali¹³⁵. Qui, in sostanza, non c'è una di-

---

¹³¹ Si veda anche Cass., 05.04.2004, Mazzoleni, in «Cassazione penale», 2004, p. 4051; a favore, I. SCHETTINO, *La riformulazione del reato di omessa dichiarazione: ambiguità del sistema e soluzioni interpretative*, in «Cassazione penale», 2001, p. 3362 e ss.; critico T. PADOVANI, *Il cammello e la cruna dell'ago. I problemi di successione di leggi penali relativi alle nuove fattispecie di false comunicazioni sociali*, in «Cassazione penale», 2002, p. 1608.

¹³² Questa è la posizione di T. PADOVANI, *Il cammello e la cruna dell'ago*, cit., p. 1607.

¹³³ T. RAFARACI, *Le nuove contestazioni*, cit., p. 472 e ss.

¹³⁴ Alle condanne si affiancano anche le pronunce di non luogo a procedere per fatti estintivi o per mancanza dell'imputabilità.

¹³⁵ La revoca non travolge, invece, la confisca che trasferendo la proprietà a titolo originario tutela pienamente l'affidamento del terzo, sul punto, A. CASELLI LAPESCHI, sub art. 673, in G. CONSO. V. GREVI, *Commentario breve al codice di procedura penale*, Padova, 2005, p. 2305.

scussione né intorno alla ricostruzione materiale del fatto, né sulla sua qualificazione giuridica. La questione vera concerne l'abrogazione con successiva reintroduzione della fattispecie modificata, ovvero l'ipotesi classica di riformulazione del reato¹³⁶.

Le esigenze da contemperare sono due: si deve rispettare l'esaurimento della giurisdizione cognitiva e deve essere valutata la presenza di elementi, prima inespressi, divenuti rilevanti per la punibilità a seguito della modifica della fattispecie. Il limite all'attività di cognizione in sede esecutiva sta nella stessa funzione del giudicato che porta con sé l'impossibilità di sindacare i risultati raggiunti nei gradi del giudizio, che impone la tutela della *quaestio facti* giudicata¹³⁷. Nella misura in cui, infatti, le circostanze su cui verte la sopravvenuta liceità sono state valutate dal giudice di cognizione, la valutazione del fatto è inamovibile¹³⁸.

La dimensione del problema muta, invece, quando la ricostruzione il cui esito è passato in giudicato non ha implicato l'analisi delle circostanze che conducono, nella nuova formulazione, alla non punibilità¹³⁹. La questione è relativa al grado di approfondimento del controllo sul giudicato, e la direzione di questi poteri è quella del rintracciamento di elementi inespressi nella ricostruzione processuale della fattispecie. In particolare, di quelle dimensioni ine-

---

¹³⁶ Si è dinanzi a un'alternativa: interpretare la dizione "abrogazione" contenuta nell'art. 673 c.p.p. in senso formale, ovvero intenderla in senso sostanziale, Si veda, G. DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, Torino, 2004, p. 62. Nel primo caso, ogni abrogazione formale è vista come realizzazione del presupposto per la revoca della sentenza in esecuzione, È la posizione di A. GAITO, *Abrogazione della norma incriminatrice e revoca della condanna in esecuzione*, in «Giurisprudenza italiana», 1993, II, p. 92. Posizione che è semplicistica nelle premesse, paradossale negli effetti, e che oscura tutto il mondo di problemi che si pone a fondamento della distinzione tra abrogazione per riformulazione, e abolizione del reato. Il termine, allora, si deve interpretare in senso sostanziale, ovvero per abrogazione si deve intendere abolizione del reato, eliminazione del disvalore penale del fatto storico. Detto questo, il problema si manifesta nel caso in cui bisogna stabilire se il fatto giudicato ricada o meno sotto la copertura delle ipotesi liceizzate. Il problema investe l'abolizione parziale e in specie la riformulazione specializzante. Qui nasce la questione dell'estensione dei poteri in *executivis* del giudice.

¹³⁷ A. SCALFATI, *La pronuncia di "abolitio criminis" nel vigente assetto dell'esecuzione penale*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1997, p. 202.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 203.

¹³⁹ Ancora, *ibidem*.

spresse della fattispecie che sono divenute, successivamente alla riformulazione, elementi della norma incriminatrice, condizioni di accesso alla punibilità del fatto¹⁴⁰.

Considerato che il fatto accertato e cristallizzato nel giudicato è intangibile, non essendo ammissibili forme surrettizie d'impugnazione volte a riesaminarne il merito, ci si deve chiedere quali sono gli strumenti dell'accertamento necessario ai sensi dell'art. 673 c.p.p. Il punto di partenza minimo è, chiaramente, la motivazione della sentenza. Discussa, invece, l'appartenenza agli strumenti di accertamento degli atti contenuti nel fascicolo del dibattimento¹⁴¹, e, soprattutto, delle nuove istruzioni probatorie *ex art.* 666 comma 5 c.p.p.¹⁴². La Cassazione oscilla, infatti, tra la limitazione dell'esame della motivazione e la sua estensione, col sostegno di parte della dottrina, anche agli atti processuali della sentenza¹⁴³.

Quest'apertura dei poteri del giudice dell'esecuzione è l'unica posizione idonea alla gestione delle questioni intertemporali. È necessario colmare le lacune della cognizione, rispetto alle nuove sollecitazioni derivanti dalla modifica normativa, facendo riemergere dal quadro probatorio già acquisito, gli elementi trascurati dalla sentenza ma rilevanti a fronte del diritto sopravvenuto. Questa necessità spinge all'ulteriore giurisdizionalizzazione della fase esecutiva¹⁴⁴,

¹⁴⁰ Proprio con riferimento a queste dimensioni inesprese, le Sezioni unite hanno sostenuto, nel caso dell'abrogazione del reato di oltraggio a pubblico ufficiale, che il giudice dell'esecuzione non ha il potere di riqualificare il fatto in ingiuria aggravata dalla qualifica del soggetto passivo, Cass., Sez. un., 27.06.2001, Avitabile, in «Cassazione penale», 2002, pp. 486-487.

¹⁴¹ In senso positivo, Cass., 24.05.2002, Mazzuocollo, in «Cassazione penale», 2003, 1971-1972; oltre che Cass., 10.03.2003, Di Nardo, in «Cassazione penale», 2004, p. 2859; sul punto L. KALB, *I poteri del giudice dell'esecuzione in materia di revoca per "abolitio criminis": un'occasione perduta dalla Corte Costituzionale*, in «Giurisprudenza costituzionale», 2002, p. 358.

¹⁴² Come affermato da Cass., 06.11.2002 (11.03.2003), n. 11345, Dell'Utri, in «Cassazione penale», 2003, p. 2267.

¹⁴³ Sul punto si rinvia a A. CASELLI LAPESCHI, *sub art.* 673, cit., p. 2304 e ss.

¹⁴⁴ Si veda, L. KALB, *I poteri del giudice dell'esecuzione*, cit., p. 355; G. DEAN, *Ideologie e modelli*, cit., p. 12 e ss.; F. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, Torino, 1992, 49; si veda anche F. RESTA, *La nuova disciplina delle false comunicazioni sociali: diritto intertemporale e paradigmi ermeneutici*, in «L'indice penale», 2003, p. 1288.

già manifestatasi di recente con l'affermazione del potere di concessione della sospensione condizionale in *executivis*¹⁴⁵, e che porta alla valorizzazione dello schema procedimentale d'integrazione delle prove, di cui all'art. 666/5 del codice di procedura penale¹⁴⁶.

La difficoltà di un processo che deve "inseguire" le modifiche legislative della fattispecie condizionandone pesantemente l'efficacia è aggravata, come subito si vedrà, da una storia dogmatica particolarmente tormentata delle dottrine che distinguono tra mera modifica di una fattispecie che implica la continua punibilità del fatto, e vera e propria abolizione del reato.

---

¹⁴⁵ Copiosa ormai la giurisprudenza sul punto: Corte Cost., ord., 26.05.2005 (23.05.2005), in «Diritto penale e processo», 2005, p. 819; che nel dichiarare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 673 c.p.p., sottolinea come, in presenza di orientamenti contrapposti, si può già allinearsi a quello che tutela i valori costituzionali, senza la necessità che sul punto ci sia una pronuncia della Consulta. La sentenza Cass. Sez., Un., 20.12.2005 (06.02.2006) n. 4687, che riconosce il potere del giudice dell'esecuzione di concedere la sospensione condizionale della pena. Ancora Cass., 06.11.2002 (11.03.2003), n. 11345, Dell'Utri, in «Cassazione penale», 2003, p. 2268. In dottrina, si veda, M. PISANI, *"Abolitio criminis" e sospensione condizionale della pena in sede esecutiva*, in «Cassazione penale», 2004, p. 2177 e ss.

¹⁴⁶ Cfr., Cass., 7.6.1994, Zanichelli, in «Archivio della nuova procedura penale», 1995, p. 301; Cass., 8.6.1994, Macchia, *ivi*, 1994, 846; Cass., 13.9.1994, Stivala, *ivi*, 1995, p. 302; Cass., 21.11.1994, Comite, *ivi*, 1995, p. 674; per un'analisi del quadro probatorio, anche Cass., 7.3.1994, Arietti, in «Giurisprudenza italiana», 1994, II, 707; per il richiamo all'integrazione istruttoria, si veda, Cass., 7.6.1994, Imperato, in «Archivio della nuova procedura penale», 1995, p. 301. L'evidenziazione di questa necessità di un'estensione dei poteri del giudice dell'esecuzione, non rappresenta in alcun modo un rischio per la stabilità dell'accertamento passato in giudicato. Come già detto, la statuizione inerente le questioni di merito trattate in sede di cognizione è inamovibile. Il giudice dell'esecuzione interviene solo in maniera integrativa rispetto a temi che non furono ritenuti rilevanti al momento del giudizio di merito. Certo l'interpretazione del giudicato è un momento molto delicato, e tali indagini sono ritenute legittime dalla dottrina solo nella misura in cui non coinvolgono soluzioni probatorie su temi pertinenti il fatto ricostruito in giudizio, cfr. A. SCALFATI, *La pronuncia di "abolitio criminis"*, cit., pp. 203-204.

CAPITOLO II

LA “FENOMENOLOGIA INERZIALE” NELLE LINEE INTERPRETATIVE ITALIANE E TEDESCHE

1. *Il fatto storico come criterio ermeneutico: dallo schema logico al paradigma giuridico*

Lo studio delle condizioni di persistenza della funzione incriminatrice di una legge penale riformulata incominciò a presentarsi in Germania tra la fine dell'Ottocento e la prima parte del ventesimo secolo. Il primo criterio per la soluzione del problema fu posto alla fine del XIX secolo dalla giurisprudenza¹ e fu approvato anche dalla dottrina². Si sosteneva allora: «Gleichgültig ist es, ob die Straftat nach dem neuen Gesetz unter dieselbe oder unter eine andere Kategorie strafbarer Handlungen gehört, als nach dem alten Gesetz»³. La semplice struttura logica del ragionamento era particolarmente votata all'applicazione concreta e il paradigma riscosse un notevole credito. Il canone logico della doppia sussumibilità in concreto era considerato vero garante dell'immutabile connessione tra fatto e

---

¹ Per la giurisprudenza si veda una pronuncia dell'*Obergericht (Wolfenbüttel)* ducale del Brunswick, in «Stengleins Zeitschrift für Gerichtspraxis und Rechtswissenschaft in Deutschland», I, 1872, p. 216 e ss.; citata da K. TIEDEMANN, *Zeitliche Grenzen des Strafrechts*, cit., p. 203; tuttavia, c'è chi segnala la presenza di sensibilità diverse nella giurisprudenza dell'epoca, si veda, U. SOMMER, *Das mildeste Gesetze*, cit., pp. 138-140.

² Il riferimento è a F.C. OPPENHOFF, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, Berlin, 1901, p. 30; le stesse considerazioni erano presenti già nella tredicesima edizione del manuale datata 1896.

³ Ovvero, si dice, è indifferente che il fatto valutato dalla norma previgente sia successivamente ancora punibile per mezzo della stessa o di diversa fattispecie, cioè ad avere importanza è solo la possibilità di una ripetizione del giudizio di rilevanza penale, al di là degli strumenti normativi che lo consentono. Così, *ibidem*, p. 30.

norma; duplice sussunzione che riconduceva la modifica legislativa a un mutamento esclusivamente terminologico⁴.

Lo schema logico del fatto in concreto è giunto alla dottrina attraverso una versione sillogistica, «vorher strafbar, nachher strafbar, also strafbar», ovvero, prima punibile, dopo punibile, quindi punibile⁵: la mera sussumibilità dell'azione sotto la disposizione previgente e quella successiva implicava l'applicabilità della legge più mite e, dunque, la continua punibilità dei fatti commessi sotto il vigore della prima. L'insidiosità del paradigma veniva in un certo senso edulcorata grazie al fatto che a garanzia della bontà del criterio c'era l'autorevolezza del concetto di sussunzione⁶.

Alla base di questa concezione è rintracciabile l'azione combinata di due fattori. Da un lato, la funzione di garanzia riconosciuta alla norma penale è limitata all'aspetto sanzionatorio dell'incriminazione e non alla selettività e frammentarietà degli elementi del fatto-tipo. Questo ritardo nel riconoscimento della funzione di garanzia della tipicità ha certamente determinato la concentrazione interpretativa sui soli effetti giuridici, che, potendo esclusivamente subire modifiche mitigatrici, non fornivano ulteriori spunti problematici. Si frappose, così, un diaframma tra questioni intertemporali, da un lato, e la meditazione sui valori e disvalori espressi dalla fattispecie nel suo complesso, dall'altro⁷.

---

⁴ Si è parlato a proposito di questo legame tra fatto e norma di *sachliche Reichweite der Norm*, della portata fattuale della norma, così, U. SOMMER, *Das mildeste Gesetze*, cit., pp. 142-143.

⁵ Ci si riferisce a K. TIEDEMANN, *Der Wechsel von Strafnormen und die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes*, in «Juristenzeitung», 1975, p. 693; l'A., nonostante il riconoscimento di grande forza applicativa alla teoria ottocentesca, non le risparmia critiche, soprattutto per la visione di fondo basata sulla lettura in chiave garantista dei soli profili sanzionatori della norma incriminatrice, e non anche di quelli inerenti la tipicità del fatto.

⁶ Sottolinea quest'aspetto, G. DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, cit., p. 502.

⁷ Lo stesso concetto di fatto tipo, da poco tempo aveva iniziato il definitivo distacco dogmatico dalla nozione di *corpus delicti*, a questo proposito, si veda, A. GARGANI, *Dal "corpus delicti" al "Tatbestand". Le origini della tipicità penale*, Milano, 1997; riguardo alla storica incoscienza da parte della dottrina tedesca della funzione garantista del fatto di reato si vedano: K. TIEDEMANN, *Zeitliche Grenzen des Strafrechts*, cit., p. 203; G. DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, cit., p. 502. Una eco di tale preconcetto storico è riscontrabile nello stesso §2 StGB, relativamente al secondo comma, che fa espressamente riferimento alla sanzione edittale.

Il secondo fattore dipende dalla teoria generale del diritto di matrice kelseniana⁸. Hans Kelsen sostiene, infatti, che il dovere di punire, formatosi in capo allo Stato al momento della commissione di un fatto di reato, è assoluto. Tale assolutezza si manifesterebbe, appunto, con il necessario spiegamento di efficacia sanzionatoria per i fatti futuri⁹. Il dovere si forma, dunque, al momento della consumazione e impone d'applicare la norma vigente durante la realizzazione del fatto, di ripristinare proprio il precetto che ha subito la violazione diretta¹⁰.

L'interazione sinergica di questi due fattori, insieme con la tensione culturale a evitare lacune nell'applicazione del diritto penale¹¹, determinò il successo del paradigma interpretativo della doppia sussumibilità del fatto in concreto. La fortuna del criterio fondato sul fatto storico, almeno nella sua versione tradizionale, si arresta, però, a partire dagli anni Sessanta quando la giurisprudenza tedesca, cambiando registro ermeneutico, preferirà fondare le decisioni di continua punibilità a seguito di riformulazione del reato, su considerazioni direttamente inerenti la dimensione assiologica della fattispecie penale¹². Questo mutamento, indice di una novizia sensibilità per la portata tutoria delle incriminazioni, e abbrivio per le teorie della continuità del tipo di illecito, non consentirà più alcun ritorno al parametro del fatto concreto.

⁸ Così, H. Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Aalen, 1984, p. 291 e ss.; per una visione opposta, si veda, K. Binding, *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, Bd. I: *Normen und Strafgesetze*, 3^o Aufl., Leipzig, 1916, p. 167 e ss.

⁹ A meno che la retroazione non fosse espressamente prevista dal legislatore, si veda ancora, H. Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, cit., p. 291 e ss.

¹⁰ Già nelle “bozze” del 1913, al §2 III 1, e del 1919, al § 6 III, era espressamente sostenuta la tesi che una norma vigente al momento del fatto ma abrogata al momento della condanna non sarebbe più applicabile. Più di recente, ritorna il concetto di ultrattività della norma, sebbene legato a presupposti diversi da quelli kelseniani, nell'idea della *Nachwirkung* della norma penale, cfr. H. Schröder, sub § 2 in A. Schönke, H. Schröder, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München, 1972¹⁶, p. 67 e ss.; ultrattività che viene, però, ed è questa la vera conquista, ammessa solo alle condizioni dipendenti dalla visione globale del problema intertemporale, e, quindi, differenziandosi tra teorie dell'*Unrechtskern*, della *Kontinuität* e della *Identität*.

¹¹ Sul punto, K. Tiedemann, *Zeitliche Grenzen des Strafrechts*, cit., p. 203.

¹² Si rinvia alla giurisprudenza citata al paragrafo successivo.

Negli anni a seguire, infatti, gli autori che si sono riconosciuti nella struttura della soluzione codificata da Oppenhoff hanno integrato lo strumento del fatto storico con considerazioni inerenti i valori e l'illecito. Il paradigma perde, così, il suo caratteristico "buon senso extragiuridico" e si propone come criterio fondato su argomentazioni prettamente tecniche. Nella letteratura tedesca prima e in quella italiana poi, si sottolinea come la dinamica del paradigma dipenda da come si selezionano le particolarità del caso concreto ai fini del giudizio di doppia sussumibilità¹³. È il processo d'applicazione della norma a svelare quali elementi rilevano ai fini della verifica della doppia punibilità in concreto¹⁴. Solo se il fatto concreto viene selezionato secondo elementi d'illiceità già presenti nella relazione con la norma modificata, e che persistono anche dinanzi al vigore della norma successiva, è possibile sancire la continua punibilità del pregresso fatto storico ai sensi della nuova norma penale¹⁵.

Con Pagliaro, la rivisitazione della teoria del fatto concreto assume una veste sistematica attraverso l'incardinamento sulla teoria bipartita del reato¹⁶, dove non esiste fatto obiettivo che non sia espressione d'illiceità¹⁷. Ancora l'illiceità, dunque, arricchisce, mo-

¹³ Il riferimento è alla monografia di U. SOMMER, *Das "mildeste Gesetz"*, cit., p. 163 e ss.; e ai contributi di A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003⁸, pp. 118-119; ID., *La legge penale tra irretroattività e retroattività*, in «La giustizia penale», 1991, II, c. 1 e ss.

¹⁴ Ancora U. SOMMER, *Das mildeste Gesetz*, cit., p. 174.

¹⁵ In questo modo, Sommer cerca di connettere la trattazione in chiave di fatto concreto alla garanzia del divieto di retroattività: il fatto storico garantisce, se fondato su elementi rilevanti già allora, la prevedibilità della rilevanza penale del fatto e della sua continuità, si veda ancora, *ibidem*, pp. 164, 189, 192.

¹⁶ Accanto a Pagliaro, nella rivalutazione della teoria del fatto concreto anche M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, I, *La legge penale*, Torino, 1999, p. 123 e ss.; R. RAMPIONI, *L'abuso di ufficio*, in F. Coppi (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, 1993, p. 123 e ss.; S. VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano. Concetto, fonti, validità, interpretazione*, vol. I, 1999, p. 335 e ss.; e Bartolomeo Romano di cui si dirà oltre; di recente, sebbene con argomentazioni differenti, F.M. IACOVIELLO, *Bancarotta fraudolenta e successione di leggi: la scelta tra sano pragmatismo e cattiva metafisica*, in «Cassazione penale», 2003, p. 621 e ss., che distingue tra doppia sussumibilità in astratto e in concreto; e G. RUGGIERO, *La successione di leggi penali fra principio di specialità e teoria del bene giuridico*, in «Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia», 2004, p. 342 e ss.

¹⁷ Cfr., A. PAGLIARO, *La legge penale tra irretroattività e retroattività*, cit., c. 4; e R. RAMPIONI, *L'abuso di ufficio*, cit., p. 125, p. 126.

dernizzandolo, il parametro del fatto concreto¹⁸. Corroborata da tale innovazione, la dottrina del fatto concreto cerca allora di affrontare la questione della retroattività¹⁹.

Cambia la prospettiva: non è più la portata fattuale della norma a rimanere immutata nonostante la modifica dei referenti terminologici, ma a persistere è l'impronta illecita. Quest'impronta lasciata dal fatto storico deve permanere quando si effettua il giudizio di doppia sussunzione in concreto²⁰. Nella misura in cui essa permane c'è continuità normativa.

Il parametro diviene, così, più duttile e si riescono a espungere alcune linee applicative di dubbia ragionevolezza²¹. Non si può non riconoscere, quindi, l'attenzione profusa alla riabilitazione del cri-

¹⁸ Simile è il tentativo di un'altra dottrina che seleziona il fatto storico attraverso gli elementi legali rilevanti per entrambe le norme. Questo criterio porta, infatti, a ritrovare un'antigiuridicità parzialmente sovrapponibile, ci si riferisce a B. ROMANO, *Il rapporto tra norme penali. Intertemporalità, spazialità, coesistenza*, Milano, 1996, p. 88 e ss.

¹⁹ Da un'ottica strutturale, critici, F.C. SCHROEDER, *Der zeitliche Geltungsbe- reich*, cit., p. 797; G. JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin-New York, 1991, p. 102 e ss.; H.J. RUDOLPHI, sub §2, in *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Frankfurt am M., 1997, p. 20 e ss.; T. PADOVANI *Tipicità e successione di leggi penali*, cit., p. 1354 e ss.; da un'ottica più valutativa, critici, K. TIEDEMANN, *Zeitliche Grenzen des Strafrechts*, cit., p. 203 e ss.; M. DONINI, "Abolitio criminis" e nuovo falso in bilancio. *Struttura e offensività delle false comunicazioni sociali (artt. 2621 e 2622 c.c.) dopo il d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61*, in «Cassazione penale», 2002, p. 1266; M. ROMANO, *Irretroattività della legge penale e riforme legislative: reati tributari e false comunicazioni sociali*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2002, p. 1254; M. MUSCO, *La riformulazione dei reati. Profili di diritto intertemporale*, Milano, 2000, p. 54 e ss.; obiezioni persino da chi condivide la stessa ispirazione della dottrina in esame, si veda B. ROMANO, *Il rapporto tra norme penali*, cit., p. 82 e ss.

²⁰ Si veda, A. PAGLIARO, *La legge penale tra irretroattività e retroattività*, cit., c. 4; ID., *Principi di diritto penale*, cit., p. 119; come pure R. RAMPIONI, *L'abuso di ufficio*, cit., p. 125, p. 126; Pagliaro fa l'esempio del passaggio dall'art. 209/3 TULPS all'art. 6 l.17/82. Qui non ci può essere successione, secondo Pagliaro, contrariamente a quello che affermano i detrattori della teoria del fatto in concreto. La condotta suscumbibile in entrambe le norme è, infatti, il dirigere un'associazione, condotta in sé lecita e che non può determinare la successione di leggi.

²¹ Nel caso della modifica del reato d'inottemperanza all'ordine d'informazione sui componenti del sodalizio, ad esempio, si dice che il dirigere un'associazione, condizione che fa scattare il reato in caso di inottemperanza, e substrato comune anche alla successiva fattispecie di associazione segreta, è attività in sé lecita. Ragione per cui, la suscumbibilità doppia, e quindi la continua punibilità, sarebbe solo

terio ottocentesco. Ma questo riconoscimento non può nascondere la debolezza di alcune asserzioni dinanzi all'impianto critico eretto, durante diversi decenni, per arginare il dilagare del fatto concreto, a tutela non solo del principio di legalità, ma anche di una certa istanza di modernizzazione sorta dalla dottrina penalistica. Sostenere che astrattezza significa riconoscibilità *a priori* di quali fatti storici pregressi vengono puniti dalla norma successiva è uso improprio del concetto di astrazione²². Ricondurre un fatto storico qualunque, già penalmente rilevante, sotto la copertura di una norma successiva può essere un'operazione assolutamente arbitraria. Non è sussumendo un fatto storico, infatti, che si soddisfano i nuovi criteri, che si utilizza un approccio astratto. Ciò è possibile esclusivamente trovando una relazione che veda come primo termine, l'insieme composto dal fatto storico e dalla valutazione in termini di tipicità astrattezza compiuta su di esso al momento della consumazione, e, come secondo riferimento, la fattispecie riformulata. Segmenti storici e termini tipici dialogano soltanto in fase d'applicazione della norma; nel procedimento di ricerca della norma applicabile, e, in ogni caso,

---

apparente (si veda, A. PAGLIARO, *La legge penale tra irretroattività e retroattività*, cit., c. 4). Ci sarebbe, in realtà, una fattispecie eterogenea a imporre l'*abolitio criminis* del reato previgente. In questo caso non entrano in gioco, per Pagliaro, le funzioni preventive dell'ordinamento e, quindi, la *ratio* stessa della successione di leggi. Qui c'è, allora, completa *abolitio criminis*. In definitiva, Pagliaro tenta di aggirare le critiche facendo dipendere la mancata adeguatezza del criterio dalla cornice sistematica e dogmatica in cui esso viene fatto operare, e non dall'inettitudine del criterio stesso. Non è chiaro, per vero, perché sia proprio questa condotta a dover essere selezionata. Essa è lecita già per il primo reato. Solo l'inottemperanza all'ordine di diffusione di informazioni la rende illecita. Questo diverso segmento del fatto storico sarebbe, per vero, rilevante in entrambi i casi. Quali siano i parametri per selezionare le fasi illecite della condotta rimane oscuro. Critico, tra gli altri, E. INFANTE, *Disciplina intertemporale delle fattispecie di abuso d'ufficio*, in «L'indice penale», 1998, p. 839 e ss., che poi aderisce alla teoria strutturale (842 e ss.).

²² Cfr., A. PAGLIARO, *La legge penale tra irretroattività e retroattività*, cit., c. 5; l'A. sostiene, infatti, che anche la teoria del fatto in concreto, a dispetto del *nomen*, si impenna su fattispecie astratte. Ricorrendo alla matematica degli insiemi, ritiene che sia possibile stabilire *a priori* se e quali fatti rientranti sotto la vecchia norma siano ancora punibili ai sensi della nuova. Tale procedimento avrebbe come risultato un insieme-intersezione tra le condotte del primo insieme e quelle del secondo. Così, *ibidem*, p. 5. Tuttavia, l'utilizzo degli insiemi di fatti è appunto uso di un parametro concreto, evitabile solo ragionando in termini di tipicità di fattispecie.

quando si vuole sottolineare l'astrattezza del metodo comparativo, è permessa soltanto l'interazione tra norme, tra fattispecie, tra ipotesi di tipicità, tra precetti custoditi dalla punibilità.

Sulla stessa linea infeconda rimane il tentativo di superare l'obiezione di applicazione del *versari in re illicita*, sostenendo che un fatto che nasce illecito e colpevole rimane comunque tale se la prospettiva sanzionatoria nella continua punibilità è solo *in melius*²³. La norma sopravvenuta, infatti, non incide solo sulla sanzione ma, in primo luogo, sul precetto, sulla regola di tipizzazione della rilevanza penale del fatto. Rispetto alla norma, alla regola, al precetto, si costruisce non solo il rimprovero della colpevolezza ma anche il mero nesso psichico col fatto. Non viene dimostrata, tuttavia, la capacità della teoria di fondare il giudizio di colpevolezza su elementi riconoscibili e motivanti. In un'impostazione strutturale e astratta non possono dialogare termini eterogenei, storici e tipici, men che meno per fondare la colpevolezza. Questa deve essere il testimone scambiato tra due elementi “estetici”, nel senso di percepibili, e intelleggibili, nel senso di motivanti l'azione. Al di fuori di questi schemi, c'è solo un fatto concreto, solo un fenomeno irrilevante e accidentale, nessuna astrattezza e nessuna colpevolezza.

Diverso impatto hanno, invece, le considerazioni sulla *ratio* dell'irretroattività che sarebbe circoscritta alle ipotesi di retroazione sfavorevole²⁴. Questa delimitazione ottiene ottimi riscontri da parte della dottrina e certamente contribuisce a porre in luce l'effettiva dimensione dei problemi scaturenti dalla riformulazione del reato²⁵. Eppure anche in questo caso il ragionamento è viziato dal tentativo di eludere la necessità di rinvenimento di un criterio che relazioni fattispecie penali e non semplici episodi della vita umana.

Non si può certo negare la buona capacità euristica del criterio del fatto storico, ma esso rappresenta l'indice rivelatore di un problema piuttosto che un paradigma di soluzione delle questioni inter-

²³ Così, *ibidem*, c. 5.

²⁴ Ancora, *ibidem*.

²⁵ Concordano, tra gli altri, T. PADOVANI, *Bancarotta fraudolenta impropria e successione di leggi*, cit., p. 3330 e M. ROMANO, *Irretroattività della legge penale*, cit., p. 1248.

temporali²⁶. Il riposizionamento sistematico e dogmatico del parametro del fatto concreto non riesce a risolvere l'antinomia tra concreto e astratto, e aggiunge al già noto carattere meccanicistico del criterio, l'incertezza, prima estranea, nascente dalle modalità di selezione di una condotta "già in sé" illecita²⁷.

2. L' "Unrechtskern" come intuizione sostanziale

Prima della riforma dei reati contro la pubblica amministrazione e degli importanti studi dottrinali apparsi a partire dagli anni Ottanta, la giurisprudenza italiana affrontava le vicende relative alla successione di leggi penali in maniera piuttosto semplicistica²⁸. Tutte le modifiche della fattispecie erano pacificamente considerate ipotesi di successione di leggi penali, di continua punibilità. Non venivano addotte

---

²⁶ La buona capacità euristica del criterio del fatto storico è riconosciuta da molti in dottrina, si vedano ad esempio, M. DONINI, *"Abolitio criminis" e nuovo falso in bilancio*, cit., p. 1266; M. ROMANO, *Irretroattività della legge penale*, cit., p. 1254; B. ROMANO, *Il rapporto tra norme penali*, cit., p. 82 e ss.; K. TIEDEMANN, *Zeitliche Grenzen des Strafrechts*, cit., p. 203 e ss.; G. DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, cit., p. 501 e ss.

²⁷ Le stesse obiezioni si possono avanzare all'evoluzione dell'impostazione di Pagliaro promossa da Benedetto Romano. L'A. prende spunto dalla precisazione di Pagliaro in ordine al concetto di fatto da ritenere funzionale al tema della successione di leggi, per avanzare un criterio basato sulla persistenza dell'illecito. Il punto di partenza è la necessità di qualificare il fatto come illecito in base a entrambe le norme succedutesi nel tempo. Tutto il meccanismo si fonda sulla "cristallizzazione" della vicenda storica alla stregua della fattispecie astratta. Tale cristallizzazione avverrebbe mediante la selezione degli elementi, e solo degli elementi, che sono giuridicamente rilevanti ai sensi della fattispecie previgente. Tutti gli altri elementi concreti devono venire scartati. Proprio la cristallizzazione giuridicamente rilevante della condotta viene rapportata alla fattispecie successiva, e, nella misura in cui sia possibile scorgere una persistenza dell'illecito anche nella seconda fattispecie, si aprirebbe alla successione. Detto momento di cristallizzazione è rintracciabile nel processo penale a opera della contestazione del capo d'imputazione. Così, in sintesi, B. ROMANO, *Il rapporto tra norme penali*, cit., p. 88 e ss.; per una critica si veda, E.M. AMBROSETTI, *"Abolitio criminis" e modifica della fattispecie*, Padova, 2004, p. 61 e ss.

²⁸ Una breve rassegna, che conferma come fino alla riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione ogni modifica del tipo era considerata ipotesi pacifica di successione di leggi penali, è redatta da M. VESSICHELLI, *Nota a Sezioni Unite*, 20.06.1990, in «Cassazione penale», 1990, 1905-1906.

argomentazioni che potessero assimilarsi al parametro tedesco della doppia sussumibilità e men che meno al canone del bene tutelato. Ad esempio, in occasione dell'introduzione della legge Merlin, la Corte di Cassazione²⁹ si limitò a sostenere che le modifiche delle modalità del fatto rientravano nella disciplina della successione di leggi penali³⁰. Ancora, in occasione di una decisione di qualche anno successiva, in tema di lesioni personali a danno di congiunti, la Corte ha modo di precisare che tutti i casi di modifica della fattispecie rientrano nella successione di leggi penali, salvo l'ipotesi in cui il precetto è stato integralmente abrogato oppure il caso in cui la legge successiva incrimini un comportamento radicalmente nuovo³¹.

Questa era la situazione ancora negli anni Settanta quando una dottrina si muove a favore dell'abolizione del reato, volendo relegare la successione di leggi penali entro le sole ipotesi di modifiche alla sanzione, alle circostanze e agli istituti che incidono sulla sua applicazione³².

Contemporaneamente, in Germania, la giurisprudenza si sforzava di motivare più congruamente le decisioni, comunque orientate alla successione di leggi penali³³. Il primo vero superamento

²⁹ Che dovette decidere della sorte dei fatti pregressi di «adescamento al libertinaggio», puniti ai sensi dell'art. 208 del TULPS, poi modificati sia nella sanzione che per l'introduzione di elementi della condotta prima assenti, come “l'invito al libertinaggio in modo scandaloso o molesto”, oppure “l'inseguimento per strada per l'invito al libertinaggio”.

³⁰ Si veda, Cass., Sez. III, 13.05.1958, Maraucci, in «La giustizia penale», II, 1958, c. 1061-1062.

³¹ Così, Cass. Sez. I., 22.06.1964, Gastic, in «La giustizia penale», II, 1965, c. 205-206.

³² Un quadro della dottrina dominante, tutta a favore dell'estesa applicazione della successione di leggi penali, corredato da note critiche è in C. PODO, *Successione di leggi penali*, in «Novissimo digesto italiano», vol. XVIII, Torino, 1971, pp. 670, 674; e ancora ID., *Successione di leggi penali*, in «Novissimo digesto italiano», Appendice, vol. VII, Torino, 1987, p. 613; sul punto si vedano anche le considerazioni di F. BRICOLA, F. SGUBBI, N. MAZZACUVA, *Dispensa per il corso di istituzioni di diritto penale*, cit., p. 199; taluno riconosce che la mera modifica della sanzione è l'ipotesi più tradizionale di modifica della norma e di relativa successione di leggi penali, si veda U. SOMMER, *Das mildeste Gesetze*, cit., p. 135.

³³ A segnalare che un *obiter dictum* di una sentenza inedita del *Grossersenenat* del BGH parli di rilevanza delle sole modifiche della parte sanzionatoria della fattispecie è, U. SOMMER, *Das mildeste Gesetze*, cit., p. 141.

della prospettiva ottocentesca venne effettuato, così, dal *Bundesgerichtshof* in una sentenza concernente un reato politico³⁴. Nel 1968 fu abrogata la fattispecie posta a protezione della “sicurezza esterna dello Stato” che puniva la propalazione di segreti di Stato, il §100e StGB. Il BGH ritenne che i fatti commessi sotto il vigore di tale disposizione potessero in seguito essere puniti in forza del §99 StGB riformulato, poiché, sebbene ci fosse solo una parziale identità di scopo tra le due disposizioni, colui che si arruola in un servizio segreto straniero porrebbe in essere, ai sensi del nuovo §99 StGB, una condotta prodromica alla lesione dei segreti dello Stato³⁵. In sostanza, viene riconosciuta la successione tra le due norme poiché il riformulato §99 StGB avrebbe anche lo scopo di proteggere i segreti dello Stato federale³⁶. Questa decisione, che ha ricevuto implicito avallo dalla Corte Costituzionale tedesca³⁷, contiene in forma embrionale la vera novità dell’impostazione. La giurisprudenza prende consapevolezza della necessità di trovare un parametro che giustifichi l’applicazione continua del diritto penale. Questo parametro sa-

---

³⁴ Ci si riferisce alla sentenza del BGH dell’8.7.1969, inedita. Il caso fu reso noto da K. TIEDEMANN, *Zeitliche Grenzen des Strafrechts*, cit., p. 206; ma, tra gli altri, è citato anche da H. BLEI, *Strafrecht I, Allgemeiner Teil*, München, 1977¹⁷, pp. 48-49; G. DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, cit., p. 503. Altri esempi del genere sono forniti dal diritto penale dell’economia. Si ricordano non solo i mutamenti delle tasse sull’olio minerale e, in genere, il diritto penale delle tariffe, ma anche le modifiche dell’usura. Si vedano BGH, 02.11.1951, in «Neue Juristische Wochenschrift», 1952, p. 72 e ss.; BGH, 27.11.1964, in «Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen», 20, p. 116; inoltre RG, 06.07.1917, in «Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen», 51, p. 150 e ss.; e RG., 11.03.1927, in «Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen», 61, p. 130 e ss.

³⁵ Cfr., K. TIEDEMANN, *Zeitliche Grenzen des Strafrechts*, cit., p. 206; e G. DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, cit., p. 503.

³⁶ Di fronte a tale interpretazione si ponevano altre vie ermeneutiche. Da un lato, il Rapporto del *Sonderausschuss* parlava espressamente del § 98 come successore del vecchio § 100e, e, dall’altro lato, sia la giurisprudenza che la dottrina vedevano la possibilità che a succedere alla previgente disposizione fossero i paragrafi 98 e 99 assieme: si veda BGH, 05.07.1972, in «Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen», 24, p. 369; e E. DREHER, sub. §§ 98 e 99, in *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, München, 1972³³, p. 507 e ss.

³⁷ Così, BverfG., 15.04.1970, in «Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts», 28, p. 189 e ss.; a cui si riferisce anche G. DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, cit., p. 503.

rebbe dato dalla parziale sovrapponibilità del bene giuridico, condizione che individuerrebbe uno stesso “nucleo illecito”.

La decisione da cui scaturirono la maggior parte delle riflessioni sul tema del trattamento intertemporale della riformulazione fu pronunciata, però, il 10 luglio del 1975 dal *Grosser Senat* del BGH nell’ormai noto caso della rapina aggravata, §250 StGB³⁸. Sull’ascendenza dottrinale di questa decisione non ci sono idee chiare e, peraltro, quest’incertezza genealogica è tipica delle sentenze sulla riformulazione del reato³⁹. Se da un lato, dunque, parte della dottrina tedesca tra le righe della motivazione legge un chiaro riferimento alla paradigmatica del fatto concreto⁴⁰, la sentenza apre, invece, a parametri valutativi. Essendo rimasto identico il reato base, è su quest’identità che si decide la successione tra le due ipotesi di aggravanti, esplicitamente il BGH si riferisce al concetto di *Unrechtskern* per giustificare la continuità normativa⁴¹.

Nel caso oggetto della decisione, il *Landgericht* di Francoforte aveva condannato due persone per concorso in rapina aggravata dalla consumazione su una pubblica via, commessa il 21 giugno 1972 utilizzando una pistola ad aria compressa e una a gas⁴². La fattispecie applicabi-

³⁸ La sentenza è BGH GSSt n.1/1975, in «Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen», 26, p. 167 e ss.

³⁹ Si pensi, per tutte, alla Sezioni unite sulla riformulazione dell’abuso d’ufficio, e alle sentenze sulla riforma dei reati tributari.

⁴⁰ Ritengono che ci sia stata tale influenza sia K. TIEDEMANN, *Der Wechsel von Strafnormen*, cit., p. 693; che G. DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, cit., p. 503 e ss.

⁴¹ Ancora, BGH, 10.07.1975, in «Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen», 26, 171 e ss.; sulla decisione del BGH si veda, U. SOMMER, *Das mildeste Gesetz*, cit., p. 145; sul punto anche G. GRIBBOHM, sub §2 in *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Berlin, 2003¹¹, p. 129.

⁴² Ci sono stati due casi decisi dal BGH sulla rapina nella versione riformulata, oltre alla sentenza in commento, un altro interessante caso, BGH., 23.09.1975, in «Juristenzeitung», 1975, p. 702, in cui l’imputato ha perpetrato la rapina di notte in un’abitazione entrando con scasso, poi, trovando una scacciacani sul comodino munita di caricatore, ha usato la pistola per minacciare una donna. Ne riferisce, H. BLEI, *Das Problem: Von den alten zur neuen Fassung des §250 StGB*, in «Juristische Arbeitsblätter für Ausbildung und Examen», 1976, 23. La dottrina si è anche chiesta se un’arma apparente, *Scheinwaffe*, potesse integrare il requisito previsto dall’aggravante. La giurisprudenza riconosce pacificamente questa possibilità sebbene in contrasto con una parte della dottrina tedesca. Per una rassegna di decisioni del BGH sul tema, si veda J. KNUFFER, *Rechts(un)sicherheit durch Rechtsfortbildung? - dargestellt an der “Scheinwaffenproblematik” bei §250 Abs. 1 Nr. 2 StGB*, in G. DUTTGE, *Freiheit und Verantwortung in schwieriger Zeit*, Baden-Baden, 1998, p. 123 e ss.

le era l'allora numero 3 del §250/1 dello StGB. Tuttavia, qualche mese prima della decisione, nel gennaio del 1975, viene riformulata la fattispecie dello *Strassenraub* e sostituita l'aggravante già contestata con quella del porto d'armi⁴³. La Corte si pronunciò a favore della permanenza del disvalore qualificato⁴⁴, escludendo l'applicazione del mero reato base di rapina, lettura avallata, invece, dalla dottrina⁴⁵.

C'è qualche osservazione da fare. Da un lato, la sentenza non motiva in ordine ai criteri di successione di leggi, si ritiene, infatti, che la mera modifica di una circostanza sia solo questione di tecnica legislativa non toccando la fattispecie in sé⁴⁶. Dall'altro lato, essa

⁴³ Tutto l'*iter* è ripercorso dalla citata sentenza, in «Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen», 26, p. 168.

⁴⁴ In questa direzione interpretativa molte delle sentenze della V sezione penale del BGH, 5 StR 483/74; 703/74; 716/74; 18/75; 76/75. Su questa linea anche la già citata sentenza del BGH., 23.09.1975, edita anche in «Neue Juristische Wochenschrift», 1975, 2303, su un caso in cui la rapina ai sensi della nuova formulazione era stata commessa con "arma apparente" cioè non carica, qualificazione introdotta solo successivamente al fatto, commesso, invece, sotto la qualificazione della rapina notturna poi abrogata. Espresso riferimento alla sentenza del *Grosser Senat* fu fatto anche da una sentenza del 1991 sul rapporto tra il reato di lesioni personali previsto dal codice penale della Repubblica Democratica Tedesca, e il reato di lesioni personali previsto dal codice federale e, successivamente alla riunificazione, esteso anche alla ex-DDR; questa sentenza è pubblicata in «Neue Juristische Wochenschrift», 1991, p. 1242 e ss.; con nota di F.C. SCHROEDER, in «Juristische Rundschau», 1991, p. 335 e ss.

⁴⁵ Si vedano: C. ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, I, München, 1997⁵, p. 123; H.H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, Berlin, 1996⁵, pp. 140-141; G. DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, cit., p. 503 e ss.; K. TIEDEMANN, *Der Wechsel von Strafnormen*, cit., p. 693; R. MAURACH, H. ZIPF, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1, Heidelberg, 1992⁸, p. 162; A. ESER, *sub* §2, in A. SCHÖNKE, H. SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München, 2006²⁷, p. 64 e ss.; G. JAKOBS, *Strafrecht*, cit., p. 102; P. MAZUREK, *Zum Rückwirkungsgebot*, cit., p. 235; K. MOHRBOTTER, *Garantiefunktion und zeitliche Herrschaft der Strafgesetze*, cit., 1976, p. 923 e ss., p. 942; B. SCHÜNEMANN, *Nulla poena sine lege? Rechtstheoretische und verfassungsrechtliche Implikationen der Rechtsgewinnung im Strafrecht*, Berlin-New York, 1978, p. 27, il quale parla astrattamente di violazione del divieto di retroattività. Dannecker, in particolare, sostiene che bisogna ragionare come se tra abrogazione e introduzione della nuova aggravante ci fosse stato un certo lasso temporale, ipotesi per cui non si potrebbe mai sostenere la colpevolezza in ordine alla nuova ipotesi di aggravamento, si veda G. DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, cit., pp. 515-516.

⁴⁶ Nell'ordinamento tedesco le circostanze aggravanti vengono chiamate *Qualifikationen* e accedono, si dice, direttamente al fatto di reato. Non esiste, quindi, un catalogo generale. Sul punto si veda, per tutti, A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato. Origine sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Padova, 2000, p. 315 e ss.

spiega, *ad abundantiam*, che la diversità dei nuclei d'illecito impedisce il confronto tra le norme in successione temporale⁴⁷. Il BGH utilizza un parametro talmente ampio da poter essere connotato solo in negativo. Questa connotazione consisterebbe nella mancanza di una completa ridescrizione del nucleo illecito. Il limite alla successione tra leggi sarebbe, dunque, l'accertamento di un *Unrechtskern* completamente nuovo (*völlig neuer Unrechtskern*). Sostenere il contrario violerebbe, secondo la Corte tedesca, non solo il divieto di retroattività ma anche il principio di tassatività⁴⁸.

La questione assume, dunque, queste movenze. Mutando solo alcune qualificazioni del reato base, c'è continuità nella misura in cui la tipicità nuova e la precedente vengono forgiate dallo stesso contenuto illecito (*in einem inneren Zusammenhang des Unrechtsgehalt*)⁴⁹. Quest'espressa necessità di rintracciare un nucleo comune tra le fattispecie astratte è una notazione che va al di là dell'evidenziata genericità del parametro⁵⁰. La Corte indica, sebbene sotto forma di *obiter dictum*, anche un ulteriore criterio per rintracciare l'unità illecita: l'impossibilità della corretta formazione del dolo e della coscienza dell'illiceità rispetto al fatto concreto rapportato alla nuova norma⁵¹.

Se per certi versi è sensibile alle argomentazioni meccanicistiche di Oppenhoff, la sentenza pare decisamente andare oltre. Il criterio

⁴⁷ Sul punto, ancora, BGH., 10.07.1975, in «Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen», 26, p. 170 e ss. Si vedano, inoltre, in dottrina, C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 123; H.H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., p. 141; G. DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, cit., p. 503 e ss.; K. TIEDEMANN, *Der Wechsel von Strafnormen*, cit., p. 693.

⁴⁸ BGH., 10.07.1975, in «Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen», 26, p. 171 e ss.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 171 e ss.

⁵⁰ Taluno dice che il BGH confronta elementi che non sono confrontabili. La prima *Qualifikation* tutelerebbe la sicurezza stradale, la seconda aggravante, invece, la salute e la vita. Non si potrebbero rintracciare, in sostanza, differenze nel bene giuridico. Si appiattirebbe, così, l'interpretazione sul mero reato base, si veda K. MOHRBOTTER, *Garantiefunktion und zeitliche Herrschaft der Strafgesetze*, cit., pp. 949-951.

⁵¹ Cfr., BGH., 10.07.1975, in «Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen», 26, p. 171 e ss.; in argomento anche, G. DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, cit., p. 505.

dell'*Unrechtskern* viene utilizzato secondo due direttive. In primo luogo, si dice che un "nucleo illecito" completamente differente determina una discontinuità tra le fattispecie⁵². In secondo luogo, si afferma che una parziale differenza non rileverebbe a nulla dal punto di vista intertemporale, avendo l'unico potenziale effetto d'impedire la formazione corretta, quindi penalmente rilevante, dell'elemento soggettivo⁵³.

Secondo la Corte le aggravanti⁵⁴, i criteri di commisurazione della pena e i *Regelbeispiele* sarebbero soltanto espressione di una diversa tecnica legislativa che non implica di per sé nuove fattispecie autonome⁵⁵. Il mutamento delle aggravanti della rapina non interromperebbe la coerenza interna nei rapporti tra le "Qualifikationen" della rapina. La questione viene ridotta, così, a un problema di tecnica normativa e non di forma del diritto⁵⁶.

Questa concezione estensiva del concetto di *Unrechtskontinuität*, cioè di "non totale differenza" dell'*Unrechtskern*, ha trovato un'altra verifica nel caso dell'utilizzo abusivo degli assegni (*Scheckkartenmissbrauch*)⁵⁷. La seconda legge per la lotta contro la criminalità economica introdusse nel codice penale il reato di cui al § 266b StGB, che punisce l'uso abusivo di assegni e carte di credi-

---

⁵² Vedi ancora, BGH., 10.07.1975, in «Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen», 26, p. 172.

⁵³ *Ibidem*, p. 171.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 173, che ritiene queste figure omogenee nella natura e differenti solo nella tipologia di incidenza sulla pena. La Corte fa una breve ma interessante disamina in ordine alle evenienze fattuali che sono talora indicate dal legislatore come criteri di commisurazione della pena, specificazione della generica dizione "in casi particolarmente gravi"; in altre occasioni, la stessa condizione fattuale è, invece, strutturata in una vera e propria fattispecie qualificata, cioè aggravata.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 174.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 171 e ss.; sul punto concernente il riferimento alla distinzione tra elementi del fatto e criteri di commisurazione della pena come un problema di mera tecnica legislativa, è durissimo K. TIEDEMANN, *Der Wechsel von Strafnormen*, cit., p. 693.

⁵⁷ Si veda, BGH., 13.06.1985, in «Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen», 33, p. 244; con nota di K.H. LABSCH, *Der Kreditkartenmissbrauch und das Untreuestrafrecht*, in «Neue Juristische Wochenschrift», 1986, p. 104; H. OTTO, *Anmerkung zu BGH Urteil vom 13.6.1985*, in «Juristenzeitung», 1985, p. 1008.

to. Fino a tale novazione legislativa, la fattispecie concreta di abuso di carta di credito veniva ricondotta dalla giurisprudenza, contro la dottrina dominante⁵⁸, al reato di truffa⁵⁹. La Corte d'Appello di Hamm e il BGH applicarono, così, la nuova legge ai sensi del § 2/3 StGB come legge più mite⁶⁰, nonostante il § 266b StGB contenesse modalità di lesione assolutamente differenti rispetto al § 263 StGB. Mentre quest'ultimo, infatti, protegge dalle aggressioni di un estraneo che attacca il bene tramite un inganno, il § 266 StGB sulla *Untreue*, escludendo rapporti con terzi, punisce chi ecceda dai propri poteri esterni o superi i propri doveri interni⁶¹. Ancora una volta la decisione si fonda sul rintracciamento di un comune nucleo illecito.

3. L'“*Unrechtskontinuität*” come riarticolazione dell'intuizione sostanziale

Le sentenze della giurisprudenza tedesca che applicarono il criterio dell'*Unrechtskern*, tramite un'interpretazione minima limitata a una parziale corrispondenza degli scopi di tutela, vennero aspramente criticate dalla dottrina. Tale acredine si concentrò attorno alla mancata considerazione delle modalità di condotta come criteri

⁵⁸ Si vedano, per tutti, T. LENCKNER, W. PERRON, sub § 266b, in A. SCHÖNKE, H. SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, cit., p. 2347 e ss.

⁵⁹ Ad esempio, BGH., 26.07.1972, in «Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen», 24, p. 386; oltre che, BGH., 13.06.1985, in «Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen», 33, p. 244.

⁶⁰ Si veda, KG., 27.11.1986, in «Juristische Rundschau», 1987, p. 257; oltre che OLG Hamm, 10.12.1986, in «Monatsschrift für deutsches Recht», 1987, p. 514; e BGH., 18.11.1986, in «Neue Zeitschrift für Strafrecht», 1987, p. 120.

⁶¹ Ancora, BGH., 18.11.1986, in «Neue Zeitschrift für Strafrecht», 1987, p. 120; e OLG Hamm, 10.12.1986, in «Monatsschrift für deutsches Recht», 1987, p. 514; e KG., 27.11.1986, in «Juristische Rundschau», 1987, p. 258; concorda U. WEBER, *Probleme der strafrechtlichen Erfassung des Euroscheck- und Euroscheckkartenmissbrauchs nach Inkrafttreten des 2. WiKG*, in «Juristenzeitung», 1987, p. 215 e ss.; ancora, Id., *Konkurrenzprobleme bei der strafrechtlichen Erfassung der Euroscheck- und Euroscheckkartenkriminalität durch das 2. WiKG*, in *Recht und Rechtsbesinnung, GS für G. Küchenhoff*, Berlin, 1987, p. 485; sul punto anche, G. KÜPPER, *Die Kreditkartenentscheidung des BGH unter Geltung des § 266 b StGB n.F.*, in «Neue Zeitschrift für Strafrecht», 1988, p. 60 e ss.

d'individuazione dell'essenza illecita del reato. La funzione di garanzia della fattispecie, infatti, non sarebbe solo concentrata, si sostiene, nella sanzione e nella direzione di tutela, ma anche e soprattutto nelle modalità aggressive⁶².

È stato Klaus Tiedemann con un notissimo saggio, in diversi punti rivoluzionario⁶³, a riportare il pensiero penalistico tedesco⁶⁴, e non solo⁶⁵, a riconsiderare il problema del tempo della legge penale⁶⁶. Accentuando la sensibilità alle garanzie costituzionali, egli assume due posizioni decisamente peculiari, l'una concernente il tema del tempo del commesso reato, l'altra lo studio della differenziazione tra continuità e discontinuità normativa.

Sul primo versante, si introduce il concetto rivoluzionario per cui il tempo del commesso reato non è quello del fatto ma quello del giudizio. Sarebbe la sentenza a stabilire la commissione del reato, quello sarebbe il diritto da applicare. Non potendo vivere il diritto penale fuori dal processo, applicare una conseguenza giuridica senza la copertura di una norma vigente significherebbe applicare un

---

⁶² Per primo, K. TIEDEMANN, *Der Wechsel von Strafnormen*, cit., p. 693; a seguire K. MOHRBOTTER, *Garantiefunktion und zeitliche Herrschaft der Strafgesetze*, cit., p. 942; Tiedemann fa l'esempio della differenza tra furto e danneggiamento, differenza che non permetterebbe la successione tra le due leggi poiché, appunto, le modalità di lesione, sebbene rivolgentesi contro lo stesso bene, non sono identiche. Un furto accompagnato da distruzione della cosa non potrebbe essere punito, così, dopo l'abrogazione del *Diebstahl* (furto) e l'introduzione della *Sachbeschädigung* (danneggiamento). Su questa impostazione anche, C. SCHRÖDER, *Zur Fortgeltung und Anwendbarkeit des Tatzeitrechts trotz Rechtsänderung*, in «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», 2000, p. 59.

⁶³ Sulla rivoluzionaria teoria tiedemanniana per cui il tempo del commesso reato è sempre quello in cui esso viene accertato, cioè quello della sentenza, si veda D. MICHELETTI, *Legge penale e successione di norme integratrici*, cit., p. 266 e ss.

⁶⁴ Era dalla fine della prima guerra mondiale, cioè dall'abrogazione del diritto penale militare di guerra che il pensiero penalistico tedesco non si affacciava al problema del "tempo". Per uno sguardo alle teorizzazioni di inizio del XX secolo, si veda, E. MEZGER, *Die zeitliche Herrschaft der Strafgesetze*, in «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», 1921, p. 348 e ss. Anche Schroeder parte dalla posizione di Tiedemann, F.C. SCHROEDER, *Der zeitliche Geltungsbereich der Strafgesetze*, cit., p. 795 e ss.

⁶⁵ È, insieme con la teoria di Schroeder, l'oggetto privilegiato della critica di Padovani, che introduce la sintesi del paradigma strutturale; si veda, T. PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali*, cit., p. 1360 e ss.

⁶⁶ Ci si riferisce ovviamente a K. TIEDEMANN, *Zeitliche Grenzen des Strafrechts*, cit., p. 193 e ss.

Nichtrecht, un “non diritto”⁶⁷. Già a livello normoteoretico si dovrebbe applicare la norma vigente al momento del giudizio⁶⁸, salvo comunque il privilegio per la legge più mite⁶⁹.

Sul secondo versante, emerge che la portata garantistica della legge non è solo funzione della sanzione penale ma anche delle modalità di condotta. Se una fattispecie viene mutata negli elementi di tipicità, non è possibile, secondo Tiedemann, applicare retroattivamente, seppure in *bonam partem*, la nuova disposizione ai fatti pregressi. Ne deriverebbe la compromissione della prevedibilità delle conseguenze del fatto⁷⁰. Si impone, così, un nuovo criterio, che permetta, nel rispetto dell’art. 103 GG., di stabilire il limite tra l’abolizione del reato che rende il fatto pregresso non punibile, e la mera modificazione di leggi che implica una punibilità mitigata ma continua⁷¹. Il criterio per stabilire il rispetto della disposizione normativa, quindi la condizione affinché possa applicarsi la legge vigente al momento della commissione del fatto (*Beendigung*), è che rimanga intatta la tipizzazione dell’illecito, l’*Unrechtstypisierung*, che la nuova *Typisierung* permanga all’interno della funzione di garanzia prevista dall’art. 103/II del *Grundgesetz*⁷². A queste condizioni, la lacuna scaturita dall’abrogazione formale di una norma⁷³ verrebbe colmata attraverso la disposizione sulla retroazione della *lex mitior*,

⁶⁷ *Ibidem*, p. 197.

⁶⁸ Ancora, *ibidem*, p. 197; sul punto anche C. SCHRÖDER, *Zur Fortgeltung und Anwendbarkeit des Tatzeitrechts*, cit., p. 49.

⁶⁹ Così, K. TIEDEMANN, *Zeitliche Grenzen des Strafrechts*, cit., pp. 197-198; condivisibilmente critico è D. MICHELETTI, *Legge penale e successione di norme integratrici*, cit., p. 269 e ss., in particolare pp. 274-275.

⁷⁰ Si concentra criticamente sulla connessione tra prevedibilità e divieto di retroattività, F.C. SCHROEDER, *Der zeitliche Geltungsbereich der Strafgesetze*, cit., pp. 795-796; oltre che U. SOMMER, *Das mildeste Gesetz*, cit., p. 146.

⁷¹ Per una rassegna problematica sull’ermeneutica dell’art. 103 GG, si veda, W. LANGER, *Gesetzlichkeitsprinzip und Strafmilderungsgründe*, in *FS für H. Dünne-bier*, Berlin-New York, 1982, p. 421 e ss.; e le considerazioni di G. DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, cit., p. 249 e ss.

⁷² K. TIEDEMANN, *Zeitliche Grenzen des Strafrechts*, cit., p. 204.

⁷³ *Ibidem*, pp. 202-203; sostiene la teoria dell’abrogazione della legge modificata ancora nella seconda edizione del manuale e rifacendosi anche al dettato costituzionale, H.H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 1972², p. 109.

che non viene vista come norma di mera disciplina intertemporale ma inerente piuttosto alla vigenza stessa del diritto⁷⁴.

La funzione di garanzia dell'art. 103 GG. sarebbe salvaguardata, dunque, nella misura in cui rimanessero identici non solo i beni giuridici tutelati ma anche le modalità aggressive contro le quali essi sono protetti⁷⁵. Mutamenti che possono essere anche meramente formali e persino solo sistematici⁷⁶. A fondamento c'è un motivo chiaro. Nell'opera *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, Tiedemann studia la relazione tra forma e contenuto della fattispecie. La forma, dice, è mera concretizzazione ed esteriorizzazione del contenuto precettivo del diritto penale⁷⁷. Essendo immagine, la forma non garantisce in sé, ma solo nella connessione con il nucleo d'illecito⁷⁸. La forma in sé è garanzia, dunque, solo se avvinta al contenuto, non c'è, allora, possibilità alcuna di divaricare bene giuridico e modalità tipiche della condotta rimanendo, allo stesso tempo, dentro l'ambito garantistico della Costituzione⁷⁹.

⁷⁴ Cfr., ancora, K. TIEDEMANN, *Zeitliche Grenzen des Strafrechts*, cit., p. 201.

⁷⁵ Si vedano, *ibidem*, p. 205; e P. MAZUREK, *Zum Rückwirkungsgebot*, cit., p. 235.

⁷⁶ Se i delitti contro la morale pubblica venissero trasposti in delitti contro la libertà individuale, come proponeva il "progetto alternativo" di codice, ci sarebbe, si dice, abolizione per diversità del bene giuridico, si veda, K. TIEDEMANN, *Zeitliche Grenzen des Strafrechts*, cit., p. 205. Certo, il rischio è che ci siano degli eccessi. Mohrbotter, ad esempio, interpreta questa connessione tra forma e sostanza in maniera rigida. Partendo dalla metodologia giuridica di Walter Burckhardt, che vede nel contenuto del diritto sia forma che materia (si veda W. BURCKHARDT, *Methode und System des Rechts*, Zürich, 1936, p. 104 ss), egli lega il tema della continuità normativa a un parametro logico-semantico per vero piuttosto rigido, cfr., K. MOHRBOTTER, *Einige Bemerkungen zum Verhältnis von Form und Stoff bei der Änderung strafrechtlicher Rechtssätze (§2 StGB)*, in «Juristenzeitung», 1977, pp. 54-55.

⁷⁷ Così, K. TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht. Untersuchungen zu einem rechtsstaatlichen Tatbestandsbegriff, entwickelt am Problem des Wirtschaftsstrafrechts*, Tübingen, 1969, pp. 70-79.

⁷⁸ Cfr., Id., *Tatbestandsfunktionen*, cit., p. 208; che riprende le linee essenziali di quest'impostazione dal famoso saggio di Sax, ovvero, W. SAX, *Grundsätze der Strafrechtspflege*, in K. BETTERMANN, N.H. NIPPERDEY e U. SCHEUNER, *Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, tomo III, vol. II, Berlin, 1959, p. 909 e ss., p. 1001 e ss.

⁷⁹ Così, ancora K. TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, cit., pp. 206-207.

Seguendo i dettami di questa teorica si dimostrerebbe errata la decisione del BGH nel caso del reato *ex* §100e StGB poi sussunto sotto il nuovo §99 StGB⁸⁰. L'esito interpretativo del *Bundesgerichtshof* contrasterebbe con la differente tipizzazione delle modalità di realizzazione del fatto⁸¹: il vecchio §100e StGB prevedeva un pericolo per la sicurezza dello Stato mediante la diffusione di segreti, mentre il nuovo §99 StGB richiede semplicemente l'arruolamento nei servizi segreti esteri⁸². Il passaggio dalla dizione *Staatsgeheimnisse* (segreti di Stato) del §100e StGB a quella di *Tatsachen, Gegenständen ed Erkenntnissen* (fatti, oggetti o conoscenze) *ex* §99 StGB, implicherebbe un'estensione qualitativa che porta il bene giuridico a tramutarsi nel «rischio che Stati nemici possano ottenere informazioni sulle infrastrutture della Germania Federale, mettendo in pericolo la sua posizione di potere nella comunità internazionale»⁸³.

Anche la sentenza del BGH nel caso della rapina aggravata viene duramente criticata⁸⁴. L'errore principale della Cassazione tedesca sarebbe stato quello di sancire la continuità del tipo d'illecito nonostante la relazione tra fattispecie mostrasse divergenti inclinazioni assiolo-

⁸⁰ Ci si riferisce alla sentenza del BGH dell'8.7.1969, inedita.

⁸¹ Questa decisione è approvata dall'autore nella misura in cui richiede anche la parziale identità dei beni giuridici, ma è ritenuta troppo limitante quando non prevede che anche le modalità di condotta debbano essere tenute presenti allo scopo di determinare la continuità del tipo di illecito. In questo senso, è da leggere la precisazione di K. TIEDEMANN, *Der Wechsel von Strafnormen*, cit., p. 693.

⁸² Si veda, Id., *Zeitliche Grenzen des Strafrechts*, cit., p. 207.

⁸³ Oltre all'ultima opera citata di Tiedemann, anche U. SOMMER, *Das “mildeste Gesetz”*, cit., p. 143.

⁸⁴ BGH., 10.07.1975, in «Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen», 26, p. 167 e ss.; Per alcune delle critiche, si vedano, dalla prospettiva della continuità del tipo di illecito, K. TIEDEMANN, *Der Wechsel von Strafnormen*, cit., p. 693; P. MAZUREK, *Zum Rückwirkungsgebot*, cit., p. 235; K. MOHRBOTTER, *Garantiefunktion*, cit., p. 949 e ss.; Id., *Einige Bemerkungen*, cit., p. 53; A. ESER, sub §2, in A. SCHÖNKE, H. SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München, 2006²⁷, p. 64; H. TRÖNDLE, T. FISCHER, sub §2, in *Strafgesetzbuch*, München, 2007⁵⁴, p. 21; H. BLEI, *Das Problem*, cit., p. 25 e ss.; per una ricostruzione critica nella più ampia prospettiva del commento alla fattispecie, si veda, G. HERDEGEN, sub § 250, in *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, Berlin, 2005¹¹, p. 164 e ss.; da prospettive diverse anche F.C. SCHROEDER, *Der zeitliche Geltungsbereich der Strafgesetze*, cit., p. 793 e ss.; W. HASSEMER, sub §2, in *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Neuwied-Darmstadt, 1990, pp. 183-184; e H.J. RUDOLPHI, sub §2, in *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 6 Aufl., Frankfurt am M., 1997, p. 26.

giche: la prima norma era a tutela della sicurezza del traffico pubblico, mentre la seconda è parametrata sulla particolare pericolosità delle armi⁸⁵. Essendo quest'ultima norma espressione di un "tipo" interamente nuovo, non sarebbe possibile la successione tra le due norme⁸⁶.

Solo nella misura in cui le modifiche alla fattispecie non fossero essenziali, quindi risultassero compatibili con la *ratio* dell'art. 103 GG, si potrebbe evitare la lacuna del diritto e congelare l'operatività del divieto di retroattività⁸⁷. Quando le modifiche incidono sulla tipicità implicano, invece, un mutamento delle forme di aggressione, facendo venire meno il parametro, ritenuto fondamentale, della permanenza delle modalità aggressive della condotta, che, come si è visto, deve necessariamente aggiungersi all'identità del bene giuridico⁸⁸. L'interpretazione del BGH violerebbe, così, l'art. 103 GG⁸⁹ già nella misura in cui ritiene inalterato il nucleo illecito della fattispecie, modificato, invece, proprio dalla diversa tipizzazione del fatto⁹⁰.

⁸⁵ Ancora, K. TIEDEMANN, *Der Wechsel von Strafnormen*, cit., p. 693.

⁸⁶ La Corte tedesca, in realtà, motiva la sua decisione argomentando sul fatto che le qualificazioni aggravanti non riguarderebbero la tipicità, quindi non implicherebbero una modifica nella struttura base del reato, che rimane quella della rapina semplice. Anzi, espressamente la Corte riduce la questione a una mera scelta tecnica tra "qualificazioni" e criteri di commisurazione della pena. Durissima su questo fronte è la dottrina. Tiedemann, ad esempio, sostiene che tale argomentazione non solo aprirebbe prospettive dogmatiche inedite per la tipicità, ma contrasta apertamente anche con l'antinomia tra forma e tecnica, tipica della teoria generale del diritto, secondo cui la forma appartiene al contenuto, per cui la sua modificazione dona al principio giuridico nuova materialità, la tecnica, invece, determina la mera possibilità di esprimere in modo diverso lo stesso contenuto (*ibidem*, p. 693). Per l'A., invece, l'esistenza delle "Qualificazioni" serve a evitare una moltiplicazione delle fattispecie di parte speciale. Un cambiamento delle qualificazioni modifica direttamente la stessa valutazione di meritevolezza di pena (*ibidem*, p. 693). Sul tema del rapporto tra tecnica e forma del diritto, si veda, W. BURKHARDT, *Methode und System des Rechts*, cit., p. 105 e ss.; P. NOLL, *Gesetzgebungslehre*, Reinbek bei Hamburg, 1973, p. 208 e ss.; si veda anche, K. TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, cit., p. 70 e ss.

⁸⁷ K. TIEDEMANN, *Der Wechsel von Strafnormen*, cit., p. 694.

⁸⁸ Cfr., *ibidem*, p. 693; Contesta l'interpretazione delle qualificazioni come estranee alla tipicità, tra gli altri, K. MOHRBOTTER, *Garantiefunktion*, cit., p. 923 e ss.

⁸⁹ Così, K. TIEDEMANN, *Der Wechsel von Strafnormen*, cit., p. 693; oltre che B. SCHÜNEMANN, *Nulla poena sine lege?*, cit., p. 27.

⁹⁰ Il BGH argomentò anche rispetto al fatto che lo *Strassenraub* fosse ormai divenuto la normale forma di rapina, perdendo quindi la funzione selettiva tipica della Qualificazione.

La dottrina della continuità interpreta, dunque, il tipo d'illecito come contemporanea presenza di stesse modalità di offesa e del medesimo bene giuridico tutelato⁹¹. Al di fuori di queste ipotesi, il diritto previgente non potrebbe applicarsi, le fattispecie non potrebbero essere poste in relazione reciproca, e l'art. 103 GG imporrebbe la non punibilità⁹².

Le valutazioni critiche concernenti quest'orientamento sono notissime e attengono alla violazione dell'irretroattività, alla genericità dei parametri utilizzati e all'assenza d'indicazioni sulla loro reciproca ponderazione⁹³. Qui si può solo sottolineare come, in realtà, la posizione di Tiedemann prima e dei sostenitori della continuità del tipo di illecito poi, ponga il problema senza risolverlo⁹⁴. Se la dottrina del fatto concreto delinea un parametro che è indice di una problematica vicenda intertemporale, la teoria della continuità del tipo di illecito formula, sebbene in modo generico, gli obiettivi della ricerca scientifica. Accanto al grande merito di porre la tipicità come strumento di garanzia, Tiedemann individua la questione problematica e descrive, con la sua richiesta d'identità tra i beni e tra le modalità di condotta, l'obiettivo dell'indagine sulla riformulazione del reato, ovvero lo studio delle condizioni che permettono una continuità assiologica e “tipologica”. Non si evince, tuttavia, quali siano le condizioni di questa continuità⁹⁵. Non c'è una vera teorizzazione solutoria, solo indizi, scopi, questioni da vagliare.

---

⁹¹ Curioso pare, però, che prima di fondare la teoria della continuità del tipo d'illecito motivandone l'abrogazione su parametri indeterminati, come bene giuridico e modalità di lesione, Tiedemann precisi che le disposizioni sulla vigenza del diritto devono essere chiare e precise, e che tale chiarezza può essere garantita solo da un'espressa previsione, e non da interni criteri di ragione o di scopo, che ne limitino o ne estendano la portata, cfr., K. TIEDEMANN, *Zeitliche Grenzen des Strafrechts*, cit., p. 202. Quando disposizioni chiare vengono interpretate tramite parametri ambigui, infatti, la loro nitidezza non può sortire alcun effetto.

⁹² Evidente è la prospettiva costituzionale in G. DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, cit., pp. 508, 509.

⁹³ Per tutti, si veda T. PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali*, cit., p. 1362.

⁹⁴ Più edulcoratamente, ma con lo stesso spirito, U. SOMMER, *Das mildeste Gesetz*, cit., pp. 143-144.

⁹⁵ Così, *ibidem*, pp. 155-156.

4. L'intuizione strutturale

Non tutta la giurisprudenza tedesca si assesta, però, su posizioni “assiologiche”. Alcune sentenze anticipano le stesse argomentazioni strutturali della dottrina, rintracciando la continuità normativa tramite una forma embrionale di relazione tra le fattispecie astratte. In questo solco si muove la sentenza che il BGH ha pronunciato il 23 agosto del 1978 sancendo, in conformità alla dottrina dominante⁹⁶, la continuità normativa tra l’abrogazione del § 239/1 della legge fallimentare tedesca e il nuovo § 283/1 n.1 del codice penale⁹⁷.

Il caso è noto. Un imprenditore beneficia di un prestito di 1,5 milioni di marchi tedeschi allo scopo di investirli nel rilancio dell’azienda. Tuttavia, solo metà del denaro viene destinato a investimenti, mentre l’altra parte viene dirottata su conti della società⁹⁸. Scatta, così, l’imputazione per truffa dal *Landgericht* di Mannheim. Alla richiesta di ulteriori garanzie per il credito divenuto esigibile fa seguito quella di rientro del prestito. Mentre l’imputato provvedeva ad assicurarsi il valore di alcuni immobili posti a garanzia del credito sottraendoli al creditore, la società, non avendo le risorse sufficienti per estinguere il debito, è nella situazione di fallimento imminente (*drohender Konkurs*⁹⁹). L’imputazione è bancarotta ai sensi del §239 della legge fallimentare tedesca, norma sostituita prima del giudizio dal §283 dello StGB.

In punto di diritto la Corte fa delle affermazioni interessanti. Dopo aver accertato che l’alienazione degli immobili avrebbe integrato anche il §283/1 n.1 e §283/3 StGB, e considerata integrata la situazione di insolvenza imminente, *drohende Zahlungsunfähigkeit*, il BGH ritiene applicabile la norma del codice in quanto «tutti i casi di riferimento della nuova norma erano già sussumibili sotto la norma abrogata». La Corte continua sostenendo che proprio que-

---

⁹⁶ Si veda, per tutti, A. ESER, sub §2, in A. SCHÖNKE, H. SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, cit., p. 64.

⁹⁷ BGH, 23.08.1978, in «Juristenzeitung», 1979, p. 75 e ss.; su tale argomento si veda anche K. TIEDEMANN, *Grundfragen bei der Anwendung des neuen Konkursstrafrechts*, in «Neue Juristische Wochenschrift», 1977, p. 777 e ss.

⁹⁸ La sentenza precisa che se il mutuante avesse conosciuto la vera intenzione del mutuatario, non avrebbe prestato mutuo.

⁹⁹ BGH, 23.08.1978, in «Juristenzeitung», 1979, p. 76.

sta relazione di genere a specie impedisce di considerare l'applicazione degli elementi nuovi come violazione della legalità e della colpevolezza: solo la formulazione dell'*Unrechtstyp* è mutata, identico sarebbe rimasto, invece, il contenuto illecito¹⁰⁰. Sebbene ancora in parte misto a suggestioni dell'impostazione di Oppenhoff, la sentenza contiene in nuce quell'interesse per il concetto di specialità che contraddistinguerà tutto il percorso della teoria strutturale.

Le esigenze che portano sino alla sintesi di un primo approccio di tipo strutturale sono essenzialmente di due specie¹⁰¹. Da un lato, c'è la consapevolezza della consistente incertezza di cui è portatrice la teoria dell'*Unrechtskern*; incertezza incrementata dall'impostazione di Tiedemann che aggiunge al bene giuridico il criterio delle modalità di condotta¹⁰². Dall'altro lato, invece, c'è l'intima convinzione che solo un ragionamento sulle norme astratte, cioè incentrato sui rapporti tra fattispecie, riesce a spiegare quando due norme diverse debbano essere considerate “come la stessa norma” ai fini della successione di leggi¹⁰³.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 77.

¹⁰¹ Tale tesi è stata proposta in prima istanza da F.C. SCHROEDER, *Der zeitliche Geltungsbereich der Strafgesetze*, cit., p. 796 e ss.; e fu approfondita e riorganizzata da G. JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, cit., p. 101 e ss.; poi seguita anche da W. HASSEMER, sub §2, in *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Neuwied-Darmstadt, 1990, p. 185; si vedano, anche le considerazioni di B. SCHÜNEMANN, *Nulla poena sine lege?*, cit., p. 26 e ss. Invece, U. SOMMER, *Das mildeste Gesetz.*, cit., p. 163, pare più vicino a un'argomentazione in termini di fatto concreto, anche se arricchita da considerazioni sul confronto tra fattispecie che potrebbero far pensare diversamente. Jakobs poi ritiene troppo restrittiva l'interpretazione di Sommer che parla di identità solo quando entrambe le leggi si riferiscono ai medesimi elementi di fatto. Affermazione forse incoerente, dice Jakobs, con la considerazione del «succedere tipico globale» o della «descrizione tipica» (G. JAKOBS, *Strafrecht*, cit., p. 191 e ss.). Ogni norma, secondo l'A., regola un insieme di fatti. I fatti appartenenti allo stesso insieme rimangono intatti quando una legge generalizza e quindi si riferisce a un numero minore di caratteri, e tale insieme di fatti rimane intatto anche quando la legge estrae solo qualcuno di quei fatti, cioè quando specializza, quindi richiede più caratteristiche.

¹⁰² Tuttavia, se intesa letteralmente come vera identità di bene giuridico e modalità di lesione, diviene inutile poiché troppo restrittiva. Sul punto, T. PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali*, cit., p. 1361; e G. DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, cit., p. 509.

¹⁰³ Su questo approccio, si veda anche C. SCHRÖDER, *Zur Fortgeltung und Anwendbarkeit des Tatzeitrechts*, cit., p. 59.

Le linee concettuali sono, nonostante l'obiettivo di certezza, tutt'altro che chiare. Il concetto cardine, usato per lo più pedissequamente, s'incentra sulla locuzione, *völlig enthalten in einem alten Tatbestand*, vale a dire, «pienamente contenuto nella fattispecie precedente»¹⁰⁴. Il riferimento della locuzione è la nuova fattispecie. Ci sarebbe continuità e successione di leggi penali quando la nuova fattispecie è pienamente contenuta nella precedente. Il significato comune che questa affermazione esprime è legato al concetto di specialità: la norma successiva speciale è pienamente contenuta nella precedente generale. Così è orientata, non senza alcune perplessità¹⁰⁵, la migliore dottrina italiana¹⁰⁶. Senonché nella redazione del primo saggio tedesco in tema strutturale sono contenute una serie di contraddizioni, di passaggi oscuri e di esempi poco felici, che inducono a un ripensamento.

In primo luogo, F.C. Schroeder e Rudolphi, non invece Hassemer¹⁰⁷, utilizzano in associazione alla locuzione «pienamente contenuta» anche il concetto per cui la fattispecie contenuta sarebbe un'estensione della precedente, «also blossen Erweiterung des alten Tatbestands»¹⁰⁸. Ora, che una fattispecie contenuta sia l'estensione della

¹⁰⁴ Introdotto da F.C. SCHROEDER, *Der zeitliche Geltungsbereich der Strafgesetze*, cit., p. 798; poi riportato da H.J. RUDOLPHI, sub §2, in *Systematischer Kommentar*, cit., p. 27; seguito anche da W. HASSEMER, sub §2, in *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, cit., p. 185.

¹⁰⁵ Scrive, infatti, Padovani a proposito della interpretazione del pensiero di Schroeder e sulla dizione *völlig enthalten*, «Il fenomeno *dovrebbe* verificarsi regolarmente al sopravvenire di una fattispecie configurabile come speciale» così, cautamente, e in modo che poi si rivelerà perplesso, T. PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali*, cit., p. 1364.

¹⁰⁶ Oltre a Padovani, citato alla nota precedente, per tutti, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2006, p. 79.

¹⁰⁷ Citato, invece, a sostegno da Rudolphi, subito dopo aver proclamato che la piena continenza si verifica con l'estensione della fattispecie, sebbene Hassemer non faccia nessun riferimento all'estensione, ma soltanto alla piena continenza; H.J. RUDOLPHI, sub §2, in *Systematischer Kommentar*, cit., p. 27; invece, W. HASSEMER, sub §2, in *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, cit., p. 185.

¹⁰⁸ Così, H.J. RUDOLPHI, sub §2, in *Systematischer Kommentar*, cit., p. 27, e anche F.C. SCHROEDER, *Der zeitliche Geltungsbereich der Strafgesetze*, cit., p. 798, che dice precisamente: «Eine Verurteilung bleibt danach nur dann möglich, wenn ein neuer Tatbestand völlig in einem alten enthalten war, beispielsweise die Strafbarkeit der Homosexualität wieder auf Opfer unter 21 Jahren erweitert oder die Strafbarkeit der Schwangerschaftsunterbrechung tatbestandsmäßig wieder erweitert würde».

precedente, appare a prima vista piuttosto paradossale: se la norma specializza, tutti i casi di questa sono contenuti nella precedente, ma essa non estende la punibilità; allo stesso modo, se la norma successiva estende la punibilità, ci saranno dei casi che non possono essere *völlig enthalten* (pienamente contenuti) nella precedente.

L'unica possibilità reale, ma non priva di aporie, di coordinazione tra le due affermazioni è l'ipotesi di estensione della punibilità per mezzo della limitazione o restringimento di un elemento di esclusione della rilevanza penale¹⁰⁹. Il passaggio da una norma che punisce i rapporti sessuali consenzienti con i minori degli anni sedici a quella che estende la punibilità agli atti sessuali con minori degli anni diciotto, è allo stesso tempo una modifica che estende la punibilità, poiché sono divenuti punibili atti con persone d'età compresa tra i sedici e i diciotto che prima erano leciti, e vi si può riscontrare un'ipotesi di specializzazione se si considera che tutti i maggiori di diciotto anni sono anche maggiori di sedici anni¹¹⁰.

Se quest'interpretazione è corretta, allora l'originario profilo della dottrina della piena continenza tedesca è limitato alle sole ipotesi di estensione della punibilità tramite specializzazione di un elemento di riduzione della rilevanza penale¹¹¹. Inoltre, affermando che la successione si ha solo quando una norma speciale successiva estende la punibilità, si misconosce che la logica vorrebbe *a fortiori* la continuità nel

¹⁰⁹ In questo senso, anche G. JAKOBS, *Strafrecht*, cit., p. 101; che è determinante per chiarire il pensiero di Schroeder; nel senso della successione di norma generale, viene interpretato anche da G. DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, cit., p. 509; e E.M. AMBROSETTI, “*Abolitio criminis*” e modifica della fattispecie, cit., pp. 76-77, che si assesta sulla posizione di Jakobs.

¹¹⁰ Le aporie si possono vedere nel mutamento di prospettiva, dovendo passare, per lasciar funzionare il concetto di Schroeder, dalla considerazione della punizione, al punto di vista della non punibilità.

¹¹¹ Si potrebbe anche considerare un'altra possibilità. La locuzione di Schroeder potrebbe leggersi come una relazione d'implicazione logica. Se si passa dal furto con soglia di rilevanza 100 al furto con soglia 50, si estende certamente la punibilità e si potrebbe anche dire che ogni furto con soglia implica sempre un furto senza soglia. Ogni violazione della soglia superiore contiene in sé la violazione della soglia inferiore. In questo senso, la norma successiva sarebbe, allo stesso tempo, estensiva della punibilità e pienamente contenuta nella precedente. Non sarebbe più un'ipotesi di specializzazione bensì di generalizzazione. Tuttavia, non ci sono indicazioni sufficienti per avallare quest'interpretazione, che rimane una mera possibilità.

caso di generalizzazione della norma successiva, cioè anche attraverso l'estensione di un elemento che condiziona positivamente la punibilità, sebbene sia assente una piena continenza in senso stretto¹¹². Ad esempio, eliminando il dolo intenzionale la fattispecie successiva è generale e si estende la punibilità. Paradossalmente quest'ipotesi è esclusa dalla prima dottrina strutturale tedesca. Sarà Padovani a introdurla e, successivamente, verrà riportata anche dall'*Allgemeiner Teil* di Jakobs¹¹³.

L'ambiguità della formulazione ha principalmente fonte nel riconoscere assoluta centralità, quasi fosse una formula riassuntiva, alla locuzione *völlig enthalten*. Centralità che giustifica ampiamente l'interpretazione nel senso di integrale rapporto di specialità, quindi di contenimento della successiva nella precedente¹¹⁴. Ci sono ancora motivi di perplessità. Dopo aver dato tale rilevanza alla piena continenza, Schroeder esclude solo implicitamente le ipotesi di specializzazione con restrizione della punibilità, che, invece, sono le evenienze assolutamente più importanti, sia per frequenza statistica che per immediatezza logica. Così, gli esempi di specializzazione, della mera omosessualità con l'introduzione del carattere della violenza, e il passaggio dalla *Kuppelei* allo sfruttamento della prostituzione¹¹⁵,

¹¹² Si rinvia alle considerazioni svolte alla nota precedente sulla possibilità logica di dare un'ulteriore interpretazione del pensiero di Schroeder.

¹¹³ Cfr., T. PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali*, cit., p. 1366; G. JAKOBS, *Strafrecht*, cit., pp. 101-103.

¹¹⁴ Interpretazione data dalla dottrina italiana citata alle note precedenti.

¹¹⁵ Accanto a quest'esempio egli pone quello sulla *Kuppelei* nel quale effettivamente sembra essere mosso dal quell'«oscuro apprezzamento di valore» che Padovani riferisce all'esempio dell'omosessualità; la sentenza che viene citata è dell'OLG di Köln pronunciata il 28.5.1974, e riguarda appunto la continua punibilità della previgente ipotesi di *Kuppelei* §180/1 StGB nella successiva ipotesi di *Förderung der Prostitution* §180°/1 n. 2 StGB, norma poi nuovamente modificata; la Corte, in maniera non molto convincente, ritiene che sebbene i beni siano diversi (rispettivamente, protezione della vita sessuale da influssi pericolosi, e libertà personale ed economica delle prostitute) ci sono condotte che certamente sono rilevanti in entrambi i casi, cfr., OLG Köln, 28.5.1974, in «Juristische Rundschau», 1975, p. 247; con nota critica di F. Loos, *ivi*, p. 248 e ss.; per Jakobs è troppo ampio invece l'approccio di Loos che richiede l'identico effetto di diretta disciplina. In quest'ottica, anche: OLG Köln, 23.08.1978, in «Neue Juristische Wochenschrift», 1974, p. 1830 e ss.; KG, 26.11.1975, in «Neue Juristische Wochenschrift», 1976, p. 813 e ss.; che hanno preso in considerazione i §§ 180 vecchia formulazione e 180 a/1 nn. 1, 2 StGB, nuova formulazione; cfr. anche G. JAKOBS, *Strafrecht*, cit., p. 101, nota 107.

vengono intesi come ipotesi di non punibilità per mancanza di continuità normativa tra la nuova norma e la precedente¹¹⁶.

Lasciando da parte queste problematiche di tipo “filologico”, chiaro si rivela lo scopo dell’impostazione strutturale: evitare la lesione del divieto di retroattività senza cadere nell’incertezza dei parametri valutativi¹¹⁷. Queste intenzioni sono rimaste solo intuizioni con Schroeder e vengono corrette, sistematizzate e razionalizzate prima da Padovani, e, in seguito, da Jakobs¹¹⁸. Mentre il saggio *Tipicità e successione di leggi penali* riformula e sviluppa la teoria strutturale tramite il concetto di sottofattispecie, aprendo una stagione di intenso dibattito scientifico e giurisprudenziale, il contributo che Jakobs affida all’*Allgemeiner Teil* ripara le incrongruenze precedenti, pone spunti interessanti ma rimane di fatto isolato nella letteratura tedesca¹¹⁹.

Jakobs ha avuto il merito, tuttavia, di sistematizzare la questione e di accendere l’attenzione sulle diverse modalità di modifica della legge (*Gesetzesänderung*¹²⁰) distinguendo tra estensione¹²¹, restrizione della punibilità¹²² e mera sostituzione di elementi del fatto tipi-

¹¹⁶ Ecco perché nella letteratura tedesca le tesi di Schroeder si considerano limitate alla mera successione per norma successiva generalizzante o per specializzazione di elemento di riduzione della punibilità; in questo senso, per tutti, G. JAKOBS, *Strafrecht*, cit., p. 101 e ss.; di recente anche R. SCHMITZ, sub §2, in *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, München, 2003, p. 71.

¹¹⁷ Incertezza correlata anche alla tensione verso la colmatatura di lacune normative in realtà non colmabili, per cui la teoria strutturale ha una funzione di delimitazione della rilevanza penale rispetto alla dottrina della continuità del tipo di illecito, si veda H.J. RUDOLPHI, sub. §2, in *Systematischer Kommentar*, cit., pp. 26-27; W. HASSEMER, sub §2 in *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, cit., pp. 183-185.

¹¹⁸ Una certa affinità, anche se non risparmia critiche soprattutto alle conseguenze in tema di colpevolezza, è mostrata da G. DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, cit., p. 511.

¹¹⁹ Fa eccezione la posizione di R. SCHMITZ, sub §2, in *Münchener Kommentar*, cit., pp. 71-72. Rispetto alla sua impostazione e alla teoria della continenza, Jakobs usa il termine *Identitätslehre*, utilizzando la parola identità per far intendere che la specialità che sancisce la successione di leggi agisce come se si applicasse la stessa identica norma, garantendo la legalità e l’irretroattività, si veda G. JAKOBS, *Strafrecht*, cit., p. 93 e ss.; egli usa anche il concetto di «identità quantitativa», alludendo alla condizione per cui solo se la norma successiva è più favorevole essa si applica al fatto pregresso, ancora, G. JAKOBS, *Strafrecht*, cit., p. 99.

¹²⁰ Si veda, G. JAKOBS, *Strafrecht*, cit., p. 93.

¹²¹ Ancora, *ibidem*, p. 101.

¹²² Cfr., *ibidem*, p. 103.

co¹²³. Per vero, a fronte di quest'articolata diversificazione di ipotesi è comunque la specialità il canone deputato alla soluzione delle questioni intertemporali¹²⁴. La specialità è l'antagonista della presenza della doppia illiceità, della doppia sussumibilità, al momento del fatto e al momento del giudizio¹²⁵.

La fattispecie rimane, così, identica quando la punibilità viene meramente estesa¹²⁶, cioè viene generalizzato almeno uno dei presupposti della punibilità o viene specializzato uno degli elementi di limitazione della punibilità¹²⁷. Il mutamento o la sostituzione di una caratteristica del fatto tipico non implica l'abolizione del reato ma la continua punibilità quando la norma modificata è, rispetto alla precedente, speciale o generale¹²⁸. E se a mutare sono le ipo-

¹²³ Così, *ibidem*, p. 102.

¹²⁴ Nuovamente *ibidem*, p. 101 e ss.

¹²⁵ Non garantisce l'identità d'illecito o di colpevolezza poiché il tema del concorso di norme e concorso formale di reati mostra che differenti illiceità e colpevolezze possono incontrarsi nella disciplina di un medesimo fatto (*ibidem*, p. 101, nota 107). Su questi temi, si veda anche K. ROGALL, sub § 4, in *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, München, 2006³, pp. 108-109.

¹²⁶ Si osserva poi che con l'estensione della punibilità viene spostato il "peso relativo" del fatto concreto, che incide sulla definizione della legge più favorevole. Se si alza, ad esempio, il limite massimo di età della vittima dello stupro di minore, da 18 a 21 anni, lo stupro di una persona di 15 anni diventa, si afferma, relativamente più grave di quanto non fosse sotto la legge precedente, che, a queste condizioni, diventa la più favorevole in concreto. Aspetto già segnalato da U. SOMMER, *Das mildeste Gesetz*, cit., p. 81 e ss.; e poi ripreso da G. JAKOBS, *Strafrecht*, cit., p. 101.

¹²⁷ Questa è l'interpretazione che Jakobs dà al pensiero degli autori strutturalisti tedeschi che lo hanno preceduto, si veda G. JAKOBS, *Strafrecht*, cit., p. 101 e ss.; ma come si è visto, questa posizione può solo essere dedotta, dato che esplicitamente ci si riferisce o alla mera continenza, si veda W. HASSEMER, sub §2, in *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, cit., p. 185; ovvero alla specializzazione di un elemento di limitazione della punibilità, e, quindi, a un'estensione della punibilità, si veda F.C. SCHROEDER, *Der zeitliche Geltungsbereich der Strafgesetze*, cit., p. 798; e H.J. RUDOLPHI, sub §2, in *Systematischer Kommentar*, cit., p. 27. Ancora più restrittiva è la prima fase della teoria strutturale tedesca secondo K. ROGALL, sub § 4, in *Karlsruher Kommentar*, cit., p. 108, che la interpreta nel senso che ogni modifica implica un'irrelevanza penale del fatto.

¹²⁸ G. JAKOBS, *Strafrecht*, cit., pp. 101-102. Ad esempio, Jakobs sostiene che la legge rimarrebbe identica se l'embrione diventasse oggetto materiale delle lesioni personali, o se l'ingiuria potesse essere riferita anche alla persona giuridica. Questo sarebbe il caso del concetto di genere. Nel caso in cui, invece, la legge restringesse, ad esempio, l'ambito applicativo della norma sull'interruzione della gravidanza,

tesi di aggravamento del reato, al reo si può applicare soltanto il reato base¹²⁹.

È chiara la diversa dimensione interpretativa: non sono sufficienti mere sussumibilità concrete né permanenti nuclei illeciti¹³⁰, è necessaria, invece, una relazione strutturale di specialità tra le fattispecie, che garantisce la legalità lesa dall'utilizzo di incerti parametri valutativi¹³¹.

Non solo la “fase due” della teoria strutturale in Germania colma le lacune della fase precedente attraverso la piena abilitazione alla successione di leggi penali della mera estensione della punibilità, ma permette di prendere posizione anche in ordine allo spinoso problema della restrizione della rilevanza penale¹³². Jakobs ritiene di superare l'obiezione di retroattività¹³³ tramite la specializzazione

---

e prevedesse che la lesione penalmente rilevante dell'embrione possa avvenire solo dopo il sesto mese di gestazione, la nuova norma risulterebbe speciale rispetto alla precedente. La legge, per contro, non sarebbe identica se, ad esempio, fosse modificata le norma sul gioco d'azzardo, indicando al posto del “gioco di azzardo” il requisito della “possibilità di perdere in una sola puntata 1000 euro”. Qui, il fatto in concreto sarebbe teoricamente, ancora sussumibile sotto la nuova fattispecie, ma, secondo Jakobs, la legge non è né generale né speciale rispetto alla precedente, il gioco d'azzardo, infatti, ci può essere anche con somme minori, e la stessa somma può essere persa a un gioco non d'azzardo, così, G. JAKOBS, *Strafrecht*, cit., p. 102.

¹²⁹ Ci si riferisce a BGH, 28.03.1973, in «Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen», 25, p. 168 e ss., p. 173 e ss.

¹³⁰ Per la giurisprudenza si veda, BGH, 10.07.1975, in «Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen», 26, p. 168 e ss. e 172 e ss.; si veda inoltre la sentenza del BGH, 12.07.1977, in «Goltdammer's Archiv für Strafrecht», 1978, p. 147 e ss.; e BGH, 23.08.1978, in «Juristenzeitung», 1979, pp. 75 e ss., 77. In dottrina si vedano: A. ESER, sub §2, in A. SCHÖNKE, H. SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, cit., p. 62 e ss.; H. TRÖNDLE, sub § 2, in *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, I, Berlin-New York, 1985¹⁰, p. 79 e ss.; K. MOHRBOTTER, *Garantiefunktion und zeitliche Herrschaft der Strafgesetze*, cit., p. 923 e ss.; K. TIEDEMANN, *Zeitliche Grenzen*, cit., p. 202 e ss.; Id., *Der Wechsel von Strafnormen*, cit., p. 692 e ss.; P. MAZUREK, *Zum Rückwirkungsverbot*, cit., p. 234; R. MAURACH, H. ZIPF, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1, Heidelberg, 1992⁸, p. 162.

¹³¹ Si veda, G. JAKOBS, *Strafrecht*, cit., p. 102; in completo accordo con Jakobs, taluno precisa che esiste questa continuità normativa quando le specificazioni della nuova fattispecie erano implicitamente comprese nella descrizione del fatto tipico operata dalla norma precedente, si veda K. ROGALL, sub § 4, in *Karlsruher Kommentar*, cit., p. 109.

¹³² Ancora, G. JAKOBS, *Strafrecht*, cit., p. 103.

¹³³ Sul punto, per tutti, F.C. SCHROEDER, *Der zeitliche Geltungsbereich*, cit., p. 796; H.J. RUDOLPHI, sub §2, in *Systematischer Kommentar*, cit., p. 27.

successiva della norma¹³⁴. Come già detto, è la relazione genere-specie tra norme a determinare quell'identità che tutela i principi fondamentali anche in campo intertemporale. Gli elementi tipizzati con la norma successiva erano, si sostiene, già contenuti nella precedente anche se obnubilati dentro la moltitudine di possibilità concrete della fattispecie¹³⁵. A conferma si sostiene che, altrimenti, una qualsiasi soglia di punibilità determinerebbe sempre e comunque l'abolizione del reato, e ciò anche se il fatto precedentemente commesso l'avesse considerevolmente superata¹³⁶.

L'apporto più suggestivo, sebbene trascurato dalla stessa dottrina tedesca¹³⁷, attiene al rischio di esiti casuali nell'applicazione del parametro della specialità, esiti dovuti a mutamenti nella prospettiva di tutela della norma. Per evitare che l'omogeneità strutturale sia solo formale, Jakobs cerca di garantire anche un'identità materiale tra le due fattispecie, individuando parametri di connessione degli elementi formali della legge successiva con le differenze già connaturate alla norma precedente. Il filtro che garantisce quest'identità materiale viene individuato negli elementi che incidono sull'individuazione e commisurazione della pena¹³⁸. Questa felice

¹³⁴ Sul punto, anche C. SCHRÖDER, *Zur Fortgeltung und Anwendbarkeit des Tatzeitrechts*, cit., p. 59.

¹³⁵ Così, G. JAKOBS, *Strafrecht*, cit., p. 103.

¹³⁶ A sostegno della successione per specializzazione contro le obiezioni formulate anche dalla prima dottrina strutturale tedesca, in Italia, per tutti, T. PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali*, cit., p. 1363 e ss.; D. PULITANÒ, *Legalità discontinua?*, cit., p. 1275 e ss.

¹³⁷ Si consideri che la prima edizione dello *Strafrecht* è del 1983 e che da allora né Dannecker né i giuristi che hanno commentato le sentenze sulla *Wiedervereinigung*, né tantomeno altri contributi recenti, hanno criticamente o adesivamente commentato la breve frase di Jakobs. Dannecker si limita a registrarla, a p. 510; tuttavia quando utilizza le argomentazioni per criticare (a p. 514) la posizione di Jakobs non fa risalire l'intuizione al giurista di Bonn. Per quanto ci consta, questo riferimento non è stato fatto neanche dalla letteratura italiana.

¹³⁸ Scrive Jakobs: «Freilich ist der Gegenansicht einzuräumen, dass es Zufall (also kein tauglicher Zurechnungsgrund) sein kann, ob der Täter bei einer zur Tatzeit generell beschriebenen Tat Spezifikationen erkennt, die nach dem Gesetz der Tatzeit zur Zurechnung nichts beitragen, aber nach dem Gesetz der Entscheidungszeit erforderlich sind. [...] Zu Zufallsergebnissen kommt es immer, wenn die Gesetzesbeschränkung einen anderen Regelungszweck verfolgt als das beschränkte Gesetz; die

intuizione, dei cui possibili sviluppi si parlerà più oltre, rimarrà, però, infeconda¹³⁹.

Dopo questa ricomposizione dei tasselli di un approccio effettivamente alternativo a quello fondato sulla continuità del tipo di illecito, in Germania non si sono registrate, per vero, molte decisioni influenzate da questo schema solutorio. Ha inciso il fatto che la massima espansione della problematica intertemporale in Germania abbia coinciso con la riunificazione tra BRD e DDR, occasione nella quale si sono utilizzati giudizi di valore guidati da considerazioni di mera opportunità sul significato e sul ruolo del bene giuridico¹⁴⁰.

Tra le poche sentenze che si sono fatte carico del paradigma strutturale negli anni in cui la *Wiedervereinigung* (Riunificazione) esplose con la sua dote impressionante di problemi intertemporali, quella sulla successione delle lesioni personali, dalla fattispecie dello DDR-StGB a quella dello BRD-StGB, pronunciata dal BGH il 12 febbraio del 1991, è certamente una delle più note¹⁴¹. Il fatto: l'im-

---

Identität der Gesetz bleibt nur-formal. Um auch eine materielle Identität zu garantieren, muss die Beschränkung eines Gesetzes deshalb an Differenzierungen anknüpfen, die auch nach der alten Norm sinnvolle Grenzen ergeben. Das ist immer der Fall, wenn Spezifizierungen genannt werden, die im Rahmen der alten Norm legitime Strafzumessungserwägungen sind. Etwa eine Wertgrenze beim Diebstahl liesse deshalb die materielle Identität unangetastet, nicht aber die Abgrenzung nach Investitions-oder Verbrauchsgütern», così, G. JAKOBS, *Strafrecht*, cit., p. 103.

¹³⁹ Persino gli stessi critici di Jakobs usano questa metodologia di selezione retrospettiva degli elementi rilevanti. Dannecker, ad esempio, nell'imputare alla costruzione di Jakobs una carente attenzione per la colpevolezza, carenza che vanificherebbe, a sua detta, tutta la costruzione orientata all'applicazione della legge più mite, conducendo all'inapplicabilità della sanzione penale, afferma che per fondare la colpevolezza, essa deve essere ricondotta a elementi già rilevanti al momento del fatto (Scettico sulla possibilità di fondare la colpevolezza nel caso di specializzazione successiva del reato, poiché il reo non può avere mai la possibilità di orientare il suo comportamento secondo la norma, è C. SCHRÖDER, *Zur Fortgeltung und Anwendbarkeit des Tatzeitrechts*, cit., p. 71). È grossomodo la tesi che, in un contesto solo più generale e certamente con minore approfondimento, aveva costruito Jakobs 10 anni prima, cfr., G. DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, cit., p. 510 (riporta asetticamente il pensiero di Jakobs) e, alle pagine 514 e 515, ne utilizza il portato per risolvere la critica all'impostazione strutturale senza indicarne la matrice.

¹⁴⁰ Si rinvia al paragrafo 3.1 del capitolo I.

¹⁴¹ La sentenza è BGH, 12.02.1991, in «Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen», 37, p. 320 e ss.; anche pubblicata in «Neue Juristische Wochenschrift», 1991, p. 1242 e ss.

putato percuote violentemente e ripetutamente la moglie e poi le inietta, con violenza, una sostanza chimica utilizzando una siringa, integrando, così, l'allora §115 DDR-StGB.

Il BGH ritiene di applicare la norma federale di cui al §223a, vale a dire le lesioni personali pericolose¹⁴², in quanto rintraccia nell'uso della siringa un'ipotesi di impiego di strumento pericoloso (*gefährliches Werkzeug*), sanzionata più gravemente dalla norma del codice penale federale. Si rintraccia, quindi, la continuità tra le due fattispecie e la maggiore favorevolezza della norma successiva¹⁴³. Sotto la vigenza del codice penale della DDR non c'era una fattispecie assimilabile alla lesione personale pericolosa. Tuttavia, considerato che la norma dell'ex-DDR era generale rispetto a quella del codice penale della BRD, il BGH ritenne che in essa fosse ricompreso anche il caso di utilizzo di un mezzo pericoloso. Sancendo, così, la continuità tra gli *Unrechtstypen*¹⁴⁴ per tramite dell'applicazione di un parametro strutturale.

5. La sottofattispecie come intelaiatura strutturale

Tra la prima e la seconda fase dell'elaborazione tedesca della teoria strutturale si inserisce un saggio di Padovani che correggendo, spiegando e approfondendo la trattazione che qualche anno prima era stata avanzata nella letteratura tedesca, porta la questione al cuore della dogmatica penalistica¹⁴⁵. Tale contributo si colloca in un contesto nel quale la giurisprudenza trascura ogni risvolto intertem-

---

¹⁴² In seguito abrogata nel 1998 con la sesta legge di riforma del diritto penale del 26.01.1998, si veda, S. VINCIGUERRA (a cura di), *Il codice penale tedesco*, Padova, 2003, p. 263.

¹⁴³ Si veda BGH, 12.02.1991, in «Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen», 37, p. 322.

¹⁴⁴ Ancora, *ibidem*.

¹⁴⁵ T. PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali*, cit., p. 1354 e ss.; un'autorevole dottrina, A. PAGLIARO, *La legge penale tra irretroattività e retroattività*, cit., c. 4, ha ritenuto il contributo di Padovani il migliore di tutte le letterature.

porale, espandendo considerevolmente la portata dell’istituto della successione di leggi penali¹⁴⁶.

La questione intertemporale nascente dalle modifiche immediate della fattispecie riceve, così, una trattazione di ampio respiro¹⁴⁷. Si sostiene, allora, che non innescano ipotesi successorie né l’introduzione di norma generale rispetto a persistente speciale¹⁴⁸, né l’abrogazione di norma generale con persistenza della speciale¹⁴⁹. Stesse considerazioni nel caso di abrogazione di fattispecie meramente interferenti con una persistente¹⁵⁰ o nell’ipotesi di sopravvenienza di norma interferente¹⁵¹. Allo stesso modo, ci sono casi pacifici di successione di leggi penali: l’innesto di norma speciale su norma generale che sopravvive¹⁵², e la riespansione di una norma generale a seguito dell’abrogazione di una speciale¹⁵³.

¹⁴⁶ Si veda, C. PODO, *Successione di leggi penali*, cit., p. 643 e ss.; e si rinvia all’incipit del paragrafo 2 di questo capitolo.

Tra i sostenitori dell’approccio strutturale, anche se con talune differenze sia rispetto ai limiti politico criminali che alla funzionalità dell’ipotesi di specialità per aggiunta, si vedano, D. PULITANO, *Legalità discontinua?*, cit., p. 1270; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, Bologna, 2006, p. 79; A. DI MARTINO, *Successione di norme penali: modifiche strutturali e giudizi di valore*, in «Diritto penale e processo», 2003, p. 533; P. SEVERINO, voce *Successione di leggi penali nel tempo*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXX, Roma, 1993, pp. 5-6; D. MICHELETTI, *La continuità intertemporale della bancarotta fraudolenta “cagionata” tramite reati societari*, in «Diritto penale e processo», 2003, p. 715; D. MICHELETTI, *La riformulazione del reato tributario di omessa dichiarazione*, cit., p. 2643; C. PECORELLA, *C’è spazio per criteri valutativi nell’“abolitio criminis”?*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2003, p. 1518; E.M. AMBROSETTI, *“Abolitio criminis” e modifica della fattispecie*, Padova, 2004; S. DEL CORSO, *Successione di leggi penali*, in «Digesto delle discipline penali», vol. XIV, Torino, 1999, p. 89 e ss.; E. INFANTE, *Disciplina intertemporale delle fattispecie di abuso d’ufficio*, in «L’indice penale», 1998, p. 831 e ss.

¹⁴⁷ Ferma su profili più generali con i contributi di Tiedemann e ancora superficiale con quelli di Schroeder e Sommer. Si vedano le considerazioni svolte ai paragrafi precedenti.

¹⁴⁸ Si veda, T. PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali*, cit., p. 1366.

¹⁴⁹ Ancora, *ibidem*, p. 1369.

¹⁵⁰ Si fanno gli esempi dei reati previsti agli artt. 559 e 564 del codice penale, si veda *ibidem*, p. 1369.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 1367; si fanno gli esempi dell’art. 270 c.p. e dell’art. 2 legge 17/1982.

¹⁵² Si fanno gli esempi degli artt. 388 *ter* e 390 del codice penale, si veda *ibidem*, p. 1366.

¹⁵³ Si considerino, ad esempio, gli artt. 554 e 582 del codice penale, v. ancora *ibidem*, p. 1367.

L'ipotesi veramente problematica viene individuata nell'abrogazione con contestuale riformulazione¹⁵⁴, quando tra le fattispecie c'è una relazione non di eterogeneità¹⁵⁵, ma di specialità¹⁵⁶. Più precisamente quando si tratta di specializzazione successiva, non nel caso, invece, di norma generale che abroga la speciale, caso rispetto al quale c'è chiaramente successione di leggi¹⁵⁷. Come si è visto, la letteratura tedesca riteneva che solo la specializzazione che estende la punibilità fosse capace di aprire alla successione della legge *mitior*¹⁵⁸. Non si utilizza, in quella letteratura, una distinzione logica classica tra norma speciale contenuta e norma generale contenente, intendendo con questi termini che tutti i casi della prima sono anche casi della seconda, ma si guarda al solo effetto di estensione o riduzione della punibilità¹⁵⁹. Ecco che soltanto la specializzazione di un'ipotesi d'esenzione dalla pena determina una successione. Esplicitamente, come detto, non si fa nemmeno riferimento alla successione di norma generale. Si ignora del tutto l'utilità determinante ed epistemologicamente necessaria del parametro della specialità nella relazione tra fattispecie. Alcuni esempi da cui si deduce, com'è stato visto, l'avversione per le ipotesi di specializzazione non meramente estensiva della punibilità¹⁶⁰, sono poi intrisi di «oscuere considerazioni di valore» riguardo al significato sostanziale dell'elemento specializzante¹⁶¹.

Padovani corregge, dunque, quest'unilateralità anomala della prima fase della dottrina strutturale tedesca, da un lato, indicando la necessità di comprendere anche le ipotesi di generalizzazione successiva¹⁶², e dall'altro, sottolineando l'importanza del rapporto di

¹⁵⁴ Cfr., *ibidem*, p. 1369.

¹⁵⁵ Padovani fa gli esempi della vicenda dell'art. 209/2/3 del TULPS, l'art. 617/2 c.p., e la vicenda che ha riguardato l'art. 578 c.p., si veda T. PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali*, cit., pp. 1369-1371.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 1371 e ss.

¹⁵⁷ *Ibidem*, pp. 1372-1373.

¹⁵⁸ Si veda la trattazione svolta al paragrafo precedente.

¹⁵⁹ È l'unica ipotesi che coordina le affermazioni contrastanti di Schroeder.

¹⁶⁰ In questi termini, F.C. SCHROEDER, *Der zeitliche Geltungsbereich der Strafgesetze*, cit., p. 797.

¹⁶¹ Così, T. PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali*, cit., pp. 1364-1365.

¹⁶² Cfr. ancora, *ibidem*.

specialità successiva, ed evitando ragionamenti valutativi in ordine al significato degli elementi di novità della fattispecie¹⁶³.

L'altra parte critica della ricerca di Padovani si rivolge alla teoria di Tiedemann, che, dominante in Germania, trova terreno poco fertile in Italia, dove prende piede l'impostazione strutturale¹⁶⁴. L'incertezza in sé dei parametri utilizzati¹⁶⁵, bene giuridico e modalità di lesione, la difficile governabilità della loro reciproca ponderazione e l'insostenibilità della versione rigida dell'*Unrechtskontinuität*, segnalano il rischio effettivo, condiviso anche dalla dottrina del fatto in concreto¹⁶⁶, di un'applicazione normativa in violazione del canone dell'irretroattività *in malam partem*¹⁶⁷.

Inviduata nella specializzazione successiva l'ipotesi problematica, la dimensione della questione è più chiara¹⁶⁸. Il nitore emerge dall'evidenziazione di una premessa generale valida per tutti gli approcci, siano essi valutativi, storici o strutturali¹⁶⁹: se la specializzazione successiva è effettuata per selezione di alternative già formalmente tipiche, non si può porre nessun problema¹⁷⁰. Sia formalmente che sostanzialmente, per i casi già precedentemente rilevanti c'è

¹⁶³ Qualche anno dopo, anche Jakobs, pur mantenendosi nel solco culturale tracciato dai teorici strutturalisti tedeschi, e legato all'alternativa tra estensione e restrizione della punibilità, ha esteso la portata del rapporto strutturale oltre il limite angusto datogli da F. C. Schroeder.

¹⁶⁴ Per tutti, A. ESER, sub §2, in A. SCHÖNKE, H. SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, cit., p. 62 e ss.

¹⁶⁵ Sul punto, T. PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali*, cit., p. 1362.

¹⁶⁶ In verità, la prima letteratura a occuparsi del tema fu quella che in Italia venne definita come tesi del fatto in concreto, ovvero del sillogismo: “prima punibile, dopo punibile, quindi punibile”. Contro quest'impostazione, Padovani erge la violazione del divieto di retroattività sancita nel momento in cui non viene determinato *a priori* il limite tra lecito e illecito in rapporto a tipi di condotta legislativamente fissati, ma ci sia un'ipotesi di responsabilità per *versari in re illicita* determinata dall'eventualità che il legislatore abbia emanato una nuova norma che si attagli alla stessa circostanza fattuale concreta. Si veda, allora, T. PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali*, cit., p. 1360.

¹⁶⁷ Così, ancora, *ibidem*, p. 1362.

¹⁶⁸ Cfr., anche P. ARDIA, *La riforma dei reati tributari*, cit., p. 407 e ss.

¹⁶⁹ Premessa che, nell'argomentare di Padovani, è riferita all'impostazione strutturale, ma che è presupposto di ogni impostazione che cerca di spiegare le condizioni di legittima successione delle leggi penali.

¹⁷⁰ Si veda, T. PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali*, cit., p. 1374.

soltanto una diversa collocazione sistematica del reato, che, magari, risponde a esigenze simboliche o di razionalizzazione del codice penale¹⁷¹. In queste ipotesi non si evidenziano problemi di successione: essa è *in re ipsa*. La preziosa opera di delimitazione permette d'individuare, dentro il *genus* "specializzazione successiva", la selezione di casi concreti disciplinati dalla norma riformulata tramite l'introduzione di un elemento meramente speciale o aggiunto alla formulazione della fattispecie precedente, come l'unica *species* problematica¹⁷². Qui stanno le riforme italiane dagli anni Novanta in poi, oltre che numerosi problemi di successione nati con la *Wiedervereinigung*¹⁷³.

Il saggio di Padovani non si limita solo a correggere le storture delle elaborazioni precedenti e a spiegare limiti e dimensione effettiva della questione. L'introduzione del concetto di sottofattispecie, l'utilizzazione della mera abrogazione parziale, gli spunti problematici sulla colpevolezza e le considerazioni sul rapporto tra la realtà della riformulazione e l'intenzione politico criminale che le si pone a monte, sono profili rivelatisi punto di arrivo delle questioni precedenti e linea di partenza delle problematiche degli ultimi 25 anni.

La relazione tra norme incriminatrici che porta alla successione di leggi penali è mediata, così, dal concetto di sottofattispecie. Una sottofattispecie rappresenta, nell'elaborazione di Padovani, una porzione dei fatti sussumibili prima della riformulazione sotto la norma generale abrogata. Essa è un sottoinsieme dell'insieme costituito dalla norma sostituita. Si crea, così, uno strumento effettivo per analizzare il rapporto tra fattispecie e si cerca di eliminare la principale obiezione all'impostazione strutturale, cioè quella di ricondurre

---

¹⁷¹ Come è accaduto già quando si è passati, tramite la legge 191/1978, dalla formulazione dell'art. 630 c.p., che comprendeva anche il sequestro a scopo di terrorismo, a quella dell'art. 289 *bis* c.p., che ne ereditò la fattispecie tipica, ricontestualizzandola secondo una nuova direzione assiologia. Alla stessa stregua si può considerare la riforma dei reati sessuali.

¹⁷² T. PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali*, cit., p. 1372 e ss.; nel 1982 Padovani riporta l'esempio della riformulazione dell'art. 334 c.p.

¹⁷³ Così la riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione e la riforma dei reati societari, per le ipotesi scaturite dalla Riunificazione si rinvia al paragrafo 3.1 del capitolo I, parte I.

all'azione del reo elementi che non erano rilevanti al momento del fatto. La legalità, e in particolare il divieto di retroattività, non verrebbero violati se la sottofattispecie della norma generale fosse sopravvissuta¹⁷⁴.

Da qui nasce una soluzione diversificata per i fatti che prima della riformulazione erano sussunti sotto la norma generale sostituita: solo le ipotesi già rientranti nella sottofattispecie conservata dalla riformulazione continuano a essere punibili con la legge più mite; le ipotesi la cui sottofattispecie non è stata selezionata dalla riforma sono state abolite, non hanno nessuna residua rilevanza penale. Questo ragionamento esprime il contenuto del concetto di abolizione parziale: non tutte le abrogazioni sono abolizioni, e non tutte le abolizioni investono integralmente i fatti prima disciplinati da una norma formalmente non più in vigore¹⁷⁵.

Negli anni a seguire, l'approfondimento del tema della sottofattispecie è stato realizzato soprattutto attraverso sollecitazioni sul concetto di specialità¹⁷⁶. Esclusa da Padovani qualsiasi difformità sostanziale tra il canone della specialità utilizzato nel rapporto sincronico tra norme e l'impiego del paradigma nella relazione diacronica che è il presupposto del problema intertemporale, le numerose sollecitazioni si sono concentrate sulla differenza tra specialità per aggiunta e per specificazione¹⁷⁷. La differenziazione viene conside-

¹⁷⁴ Così, *ibidem*, p. 1374,1375.

¹⁷⁵ Ancora, *ibidem*, p. 1376.

¹⁷⁶ Oltre a Padovani e agli autori che si analizzeranno nei paragrafi successivi, si veda S. CAMAIONI, *Successione di leggi penali*, Padova, 2003, p. 76 e ss.; C. PECORELLA, *C'è spazio per criteri valutativi nell' "abolitio criminis"?*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2003, pp. 1521-1522; F.M. IACOVIELLO, *Bancarotta fraudolenta e successione di leggi: la scelta tra sano pragmatismo e cattiva metafisica*, in «Cassazione penale», 2003, p. 618 e ss.; M. GAMBARDELLA, *Il nesso causale tra i reati societari e il dissesto nella nuova bancarotta fraudolenta impropria: profili dogmatici e di diritto intertemporale*, in «Cassazione penale», 2003, p. 99 e ss.; S. DE FRANCESCO, *Successione di leggi penali nel tempo ed area di comune illiceità: questione teorica e riflessi applicativi in tema di false comunicazioni sociali*, in «L'indice penale», 2003, p. 1063 e ss.; A. NAPPI, *Specialità per specificazione e specialità per aggiunta nella successione di norme penali*, in «Diritto penale e processo», 2004, p. 1062 e ss.; per quanto concerne la specialità dalla prospettiva del concorso di norme e di reati, si veda G.A. DE FRANCESCO, *Lex specialis. Specialità ed interferenza nel concorso di norme penali*, Milano, 1980, p. 57 e ss.

rata da Padovani soltanto descrittiva, né funzionale né tantomeno strutturale¹⁷⁸. La specialità per specificazione descrive, infatti, il rapporto tra concetti in sequenza genealogica per cui uno stesso dato della realtà viene descritto secondo progressivi profili di precisazione. Tuttavia, questa struttura della specialità per specificazione secondo Padovani è identica a quella della specializzazione mediante aggiunta. In via generale, infatti, ogni fattispecie speciale lo è per l'aggiunta di un elemento ulteriore prima obnubilato dal suo essere "insieme con gli altri". Quest'intelaiatura logica di base permette, dunque, di non distinguere forme diverse di sottofattispecie, di non diversificare funzionalmente la riformulazione speciale per aggiunta da quella per specificazione¹⁷⁹.

Strettamente connessa all'obiezione di violare il divieto di retroattività è la questione della possibilità di formare correttamente la colpevolezza¹⁸⁰. Lo schema problematico è identico a quello dell'accusa di retroattività: la colpevolezza non potrebbe formarsi su di un elemento che non fosse già stato elemento della fattispecie al momento del fatto¹⁸¹. Secondo Padovani la questione non attiene la valutazione in sé della successione, che è legata esclusivamente alla delimitazione obiettiva tra lecito e illecito e quindi affidata al solo rapporto di specialità, ma attiene piuttosto, alla rintracciabilità della norma più favorevole¹⁸². Così viene affronta-

---

¹⁷⁷ Si veda Cass., Sez. V, 16.10.2002, Tosetti, in «Diritto penale e processo», 2003, p. 712; in dottrina, A. NAPPI, *Specialità per specificazione e specialità per aggiunta nella successione di norme penali*, in «Diritto penale e processo», 2004, 1065 e ss.; con chiarezza, A. DI MARTINO, *Successione di norme penali*, cit., pp. 536-537; con diverse sfumature anche D. MICHELETTI, *I nessi tra politica criminale e diritto intertemporale*, cit., p. 1127; Id., *La continuità intertemporale della bancarotta fraudolenta*, cit., pp. 719-720; rigida la posizione di E.M. AMBROSETTI, "Abolitio criminis" e modifica della fattispecie, cit., p. 215 e ss.

¹⁷⁸ Così, di recente, T. PADOVANI, *Bancarotta fraudolenta impropria e successione di leggi: il bandolo della legalità nelle mani delle Sezioni Unite*, in «Cassazione penale», 2003, p. 3331.

¹⁷⁹ *Ibidem*, pp. 3331-3332.

¹⁸⁰ Con questa argomentazione la prima dottrina tedesca strutturale rifiutava la successione specializzante, si vedano per tutti, F.C. SCHROEDER, *Der zeitliche Geltungsbereich der Strafgesetze*, cit., p. 793 e ss.; H.J. RUDOLPHI, sub §2, in *Systematischer Kommentar*, cit., pp. 26-27.

¹⁸¹ Tema ripreso da H.J. RUDOLPHI, sub §2, in *Systematischer Kommentar*, cit., p. 27.

ta la questione della colpevolezza: se la sottofattispecie selezionata non è stata oggetto di colpevolezza da parte del reo, allora la fattispecie successiva, poiché esente da pena, risulterà semplicemente essere norma *mitior*¹⁸⁵.

La fermezza nel riconoscere rilevanza esclusiva al criterio strutturale, tanto da ribadire che il bene giuridico «non può e non deve assumere alcuna rilevanza nella definizione delle vicende successive¹⁸⁴», s’indebolisce soltanto di fronte alla politica criminale. Prima con riferimento all’espansione di una norma generale persistente dopo l’abrogazione della norma speciale¹⁸⁵, e poi rispetto a una vera e propria ipotesi di riformulazione per specializzazione¹⁸⁶, la costruzione puramente strutturale scricchiola in presenza della «volontà legislativa di chiudere col passato senza indulgenza per il futuro¹⁸⁷». Si concede la possibilità che, nonostante la questione tocchi i delicatissimi equilibri costituzionali gravitanti attorno all’amnistia, un’espressione esplicita di volontà possa determinare una discontinuità nell’applicazione della legge¹⁸⁸.

Le critiche più convincenti a quest’impostazione strutturale sono venute da alcuni sostenitori della riedizione della teoria della continuità del tipo di illecito. In estrema sintesi, si ritiene paradossale che, applicando il concetto di sottofattispecie, due soggetti che hanno commesso lo stesso fatto subiscano trattamenti diversi solo perché uno dei due fatti è “abbinato” a un *accidens* che è stato poi selezionato dalla norma successiva¹⁸⁹. È apparsa, poi, paradossale

¹⁸² Così, T. PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali*, cit., p. 1376.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 1377; pur concordando sul punto che senza la colpevolezza la declaratoria di continuità non porta all’applicazione di nessuna legge, tuttavia, Dannecker imposta la sua teorizzazione sulla colpevolezza, anzi, sulla possibilità astratta di muovere un rimprovero per colpevolezza rispetto a una norma che pone degli elementi di novità rispetto a quella sotto la vigenza della quale è stato consumato il fatto, si veda G. DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, cit., p. 512.

¹⁸⁴ In questi termini, T. PADOVANI, *Bancarotta fraudolenta impropria e successione di leggi*, cit., p. 3332.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 1368.

¹⁸⁶ Ed è quella dei reati societari, *ibidem*, pp. 3330-3331.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 3330.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 3331.

l'individuazione di un numero potenzialmente infinito di sottofattispecie¹⁹⁰. E mancherebbe del tutto, infine, ogni considerazione di valore orientata all'offensività¹⁹¹. La critica principale rimane, tuttavia, l'imputazione della violazione del divieto di retroattività tramite l'applicazione, ora per allora, di elementi specializzati soltanto con la norma successiva alla commissione del fatto¹⁹².

Sullo sfondo, dunque, l'accusa di giungere a risultati meramente casuali¹⁹³. Si pensi al provocatorio esempio di un soggetto che stupra una donna dentro l'auto parcheggiata in un parco protetto, che, dopo l'eventuale abolizione della violenza sessuale, si ritroverebbe a rispondere del neoincriminato fatto di "ingresso abusivo in parchi protetti"¹⁹⁴. Se diviene rilevante la condotta prima assolutamente casuale, è difficile parlare ancora di sottofattispecie in modo generico. Di recente, e con chiarezza, si è nuovamente posta la questione della verifica della tipicità della sottofattispecie, della sua effettiva differenziazione dal parametro del fatto in concreto, concludendo per la necessità di un'espressione normativa della sottofattispecie¹⁹⁵. L'emersione di queste esigenze di formalizzazione del concetto di sottofattispecie sottolinea la necessità di approfondimento, reinterpretazione, delimitazione ed effettiva comprensione del suo significato.

Non sembrano pienamente condivisibili neanche le argomentazioni sull'irrilevanza della questione della colpevolezza come questione generale e la sua relegazione nella ricerca della legge più mite in concreto. Ci si chiede, infatti, se non sia necessaria l'esistenza di ele-

---

¹⁸⁹ M. MUSCO, *La riformulazione dei reati tributari*, cit., pp. 467, 470, 471; anche se da un lato è critico con la teoria strutturale, obietta a questa critica di diversificazione del trattamento per soggetti che hanno commesso lo stesso fatto di reato, che è solo una differenza di applicazione del diritto e non una diversa posizione della legge, si veda, F.M. IACOVIELLO, *Bancarotta fraudolenta e successione di leggi*, cit., p. 627.

¹⁹⁰ Per tutti, M. MUSCO, *La riformulazione dei reati tributari*, cit., p. 470.

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 471.

¹⁹² Ancora, *ibidem*, p. 469 e ss.

¹⁹³ Nota l'immagine del bestemmiatore che loca abitazioni a prezzi esorbitanti, l'esempio è di F.C. SCHROEDER, *Zeitliche Geltungsbereich der Strafgesetze*, cit., p. 793.

¹⁹⁴ Similmente, U. SOMMER, *Das mildeste Gesetze*, cit., p. 137.

¹⁹⁵ Così, A. NAPPI, *Specialità per specificazione e specialità per aggiunta*, cit., p. 1064, p. 1066.

menti formalizzati per la possibilità stessa del radicamento del giudizio di colpevolezza¹⁹⁶. Ma di questi aspetti critici dell'impostazione strutturale si ritornerà a parlare al termine dell'analisi della letteratura sul tema.

Perplessità destano, in ogni caso, le affermazioni sulla necessità, in alcuni casi, d'interpretare l'intenzione del legislatore per rintracciare una totale abolizione del reato anche laddove strutturalmente ci sarebbe soltanto una parziale *abolitio criminis*¹⁹⁷. Affermazioni riprese anche di recente a proposito della riformulazione dei reati societari e che vengono accolte, insieme con l'impostazione di Donini che le teorizza compiutamente, dalle Sezioni unite in tema di riforma dei reati societari. Qui non si possono che anticipare le considerazioni che si svolgeranno più oltre e che concernono il rischio concreto, di cui è portatrice quest'impostazione, di lesione della legalità costituzionale, di divaricazione diseguale della legge penale.

6. La temperie giurisprudenziale italiana

È a partire dagli anni Novanta che la questione intertemporale sale prepotentemente alla ribalta del dibattito giurisprudenziale. Dal 1990 a oggi sono sette le decisioni delle Sezioni unite penali emesse su contrasti in tema di *abolitio criminis* e successione di leggi nel tempo¹⁹⁸; in altri due casi il tema è stato affrontato pur non essendo

---

¹⁹⁶ La Corte Costituzionale tedesca ha spiegato, in una sentenza concernente la continuità normativa, che irretroattività e colpevolezza trovano entrambe fondamento nel principio di cui all'art. 103 GG., che corrisponde all'art. 25 della Costituzione italiana. Questo può voler dire che la fattispecie stessa deve permettere la colpevolezza, deve essere considerata non in concreto per l'individuazione della pena *mitior*, ma in astratto, quale possibilità di giudizio di rimproverabilità su una norma non tipizzata al momento del fatto. Sul punto, con riferimento anche alla sentenza, si veda, G. DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, cit., p. 513.

¹⁹⁷ Cfr. T. PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali*, cit., p. 1368.

¹⁹⁸ Si parla di carattere “rapsodico” delle pronunce in tema di riformulazione del reato, si veda D. MICHELETTI, *La continuità intertemporale della bancarotta fraudolenta “cagionata” tramite reati societari*, in «Diritto penale e processo», 2003, p. 717; sulla giurisprudenza si veda anche la disamina di E.M. AMBROSETTI, *“Abolitio criminis” e modifica della fattispecie*, cit., p. 95 e ss.

causa di remissione¹⁹⁹. Si va dalla riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione²⁰⁰ alla riformulazione della bancarotta impropria e delle false comunicazioni sociali²⁰¹, dall'assunzione di lavora-

---

¹⁹⁹ La sentenza che le Sezioni unite hanno pronunciato in tema di danneggiamento di sistemi operativi (Cass. Sez. un., 09.10.1996, Carpanelli, in «Cassazione penale», 1997, p. 2428 e ss.) non nasce, infatti, da un contrasto in ordine alla questione intertemporale che, almeno in questo caso, non crea particolari problemi, ma scaturisce dall'interpretazione dell'art. 63/2 c.p.p. relativo all'ambito del divieto di uso delle dichiarazioni rese da persona che fin dall'inizio del procedimento avrebbe dovuto assumere lo *status* processuale di persona sottoposta alle indagini o di imputato. La Corte ha, comunque, occasione di sancire la successione di leggi penali tra la persistente norma generale sul danneggiamento, di cui all'art. 635 c.p., e la nuova fattispecie ritagliata proprio sul danneggiamento informatico e introdotta, dall'art. 9 l. 547/1993, all'art. 635 *bis* c.p. Si avalla, in questo modo, l'interpretazione di chi ha sostenuto la tutela del reato di danneggiamento anche rispetto alla diretta distruzione di un bene immateriale, che solo indirettamente incide sull'elaboratore quale bene mobile. Sul punto, si veda G. TOMEI, *Nota a Cassazione Sez. un., 09.10.1996*, Carpanelli, in «Cassazione penale», 1997, p. 2442; sulle questioni scaturenti dalla criminalità informatica si veda, D. FONDAROLI, *I problemi della c.d. criminalità informatica e la legge francese n. 88-19 del 5 gennaio 1988*, in «L'indice penale», 1989, p. 762 e ss.; e Id., *La tutela penale dei "beni informatici"*, in «Il diritto dell'informazione e dell'informatica», 1996, p. 291 e ss.

Allo stesso modo, non è stata motivo diretto di remissione alle Sezioni unite, ma comunque è stato oggetto della pronuncia, la modifica della disciplina del furto venatorio, Cass. Sez. un., 18.06.1993, De Paoli, in «Cassazione penale», 1994, p. 45 e ss. Le Sezioni unite sono state chiamate a dirimere la questione dell'ammissibilità della costituzione di parte civile nel processo penale da parte delle associazioni ambientaliste. La disciplina previgente puniva con una sanzione amministrativa l'uccisione di animali per cui la caccia è inibita *ex art.* 31 lett. c) l. 168/1977. Sia in questa ipotesi, che in quella di uccellazione (Cass. Sez. V. 12.11.1992, Reghin, in «Cassazione penale», 1993, p. 550) dati gli elementi diversi da quelli del furto, si riteneva il concorso tra l'illecito amministrativo e il reato di furto. Per cui, prevedendo la l. 157/1992 all'art. 30/3 l'esplicita inapplicabilità a queste ipotesi della norma sul furto, la fattispecie di cui alla nuova lett h) dell'art. 30 l. 157/1992, pur punendo un fatto che era precedentemente sia illecito amministrativo che furto, secondo la Corte non può più applicarsi poiché con l'esclusione dell'applicabilità del furto si è di fronte a un'ipotesi di nuova incriminazione, e poiché tra furto e la nuova fattispecie non vi è alcuna correlazione, per cui applicare la fattispecie introdotta violerebbe il divieto di retroattività, v. Cass. Sez. un., 18.06.1993, De Paoli, in «Cassazione penale», 1994, p. 48.

²⁰⁰ Cass. Sez. un., 20 giugno 1990, Monaco, in «Il foro italiano», 1990, II, c. 637 e ss.

²⁰¹ Cass., Sez. un., 26.03.2003, Giordano, in «Cassazione penale», 2003, p. 3310 e ss.

tori extracomunitari²⁰² all’oltraggio a pubblico ufficiale²⁰³; dalla riforma della normativa sull’inquinamento delle acque²⁰⁴ a quella del diritto penale tributario²⁰⁵. Recentissima, infine, una pronuncia della Corte Costituzionale sulla *ratio* della retroazione della legge più favorevole²⁰⁶, che segue di qualche mese l’ordinanza con cui la Corte ha rimesso ai giudici di merito la verifica della persistenza dei motivi d’illegittimità costituzionale per contrasto con gli obblighi comunitari di tutela delle false comunicazioni sociali a seguito della “controriforma” contenuta nella l. 262/2005, ordinanza che, a sua volta, segue di qualche tempo una sentenza sulla legittimità costituzionale della riformulazione delle false comunicazioni sociali²⁰⁷.

²⁰² La Cassazione nega la continuità tra le due fattispecie sull’assunzione irregolare di lavoratore extracomunitario, v. Cass. Sez. un., 09.05.2001, Donatelli, in «Il foro italiano», 2002, II, c. 191 e ss.; per la posizione favorevole alla successione di leggi si veda, F. CURI, *Assunzione illegale di lavoratori stranieri: tra “abolitio criminis” e successione di leggi penali nel tempo*, in «Giurisprudenza di merito», 2001, p. 435 e ss., in particolare 439, che nell’analizzare il passaggio dalle normativa fondata sull’autorizzazione al lavoro a quella fondata sul permesso di soggiorno riscontra una continuità di tipo strutturale.

²⁰³ Cass., Sez. un., 27.06.2001, Avitabile, in «Cassazione penale», 2002, p. 482 e ss.

²⁰⁴ Cass., Sez. un., 19.12.2001, Turina, in «Il foro italiano», 2002, II, c. 342 e ss.

²⁰⁵ Cass. Sez. un., 25.10.2000, Di Mauro, in «Il foro italiano», 2001, c. 143 e ss.; Cass. Sez. Un., 13.12.2000, Sagone, in «Cassazione penale», 2001, p. 2054 e ss.

²⁰⁶ Corte Cost., (8 novembre) 23 novembre 2006, n. 394; e Corte Cost., (23 ottobre) 23 novembre 2006, n. 393.

²⁰⁷ La prima sentenza in ordine di tempo è, Corte Costituzionale (26 maggio) 1 giugno 2004, n. 161, in «Giurisprudenza costituzionale», 2004, p. 1665 e ss. Con un’ordinanza la Corte costituzionale è tornata, dunque, sulla riforma delle false comunicazioni sociali, rimettendo la questione, a seguito della riforma del 2005, ai giudici, Corte Cost., (25 gennaio 2006) 20 febbraio 2006, n.70, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2006, p. 298; su tutte le questioni relative a queste vicende, si veda, la lucida, e critica, nota di C. PECORELLA, *Corte costituzionale e falso in bilancio: un inspiegabile ritorno al punto di partenza*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2006, p. 302 e ss.; sugli obblighi costituzionali di tutela penale, si vedano, L. STORTONI, *Profili costituzionali della non punibilità*, cit., p. 636 e ss.; G. INSOLERA, *Democrazia, ragione e prevaricazione*, Milano, 2003, p. 21 e ss. Sulla teoria costituzionalmente orientata del bene giuridico, si veda, V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005, p. 41 e ss. Sui profili intertemporali posti dall’adizione della Corte di Giustizia nella c.d. “Berlusconi” –

Sono inevitabili delle perplessità sulla capacità nomofilattica della Suprema Corte²⁰⁸. In un sistema di *civil law* ad autonomia diffusa è la qualità della motivazione che diventa strumento di nomofilassi e non solo, o non tanto, il rango dell'organo decidente. Altrettanto chiaramente, tuttavia, ci sono spiegazioni ulteriori di fronte a un fenomeno macroscopico e incontenibile. Da un lato, certo, le peculiarità dei singoli casi delle specifiche materie riformate, singolarità che a volte permettono di schivare alcune implicazioni e alcuni presupposti teorici importanti ma non direttamente rilevanti nel caso *a quo*²⁰⁹. Dall'altro lato, tuttavia, si devono considerare i terreni d'incontro tra la politica criminale di questi anni e l'attività giurisdizionale, le vicende giudiziarie con incidenza politica e quelle politiche con risvolti giudiziari²¹⁰.

Su tutti, certamente, una legislazione la cui qualità è inversamente proporzionale alla quantità, qualità che fornisce, però, soltanto l'occasione della difformità interpretativa²¹¹. Le forze che muovo-

---

Entscheidung, si veda G. DANNECKER, *Der zeitliche Geltungsbereich von Strafgesetzen und der Vorrang des Gemeinschaftsrechts*, in FS für F.C. Schroeder, Heidelberg, 2006, p. 761 e ss., in particolare 765 e ss.; in tema si veda l'interessante profilo critico della sentenza della Corte di Giustizia del 03.05.2005, tracciato da G. INSOLEIRA, V. MANES, *La sentenza della Corte di Giustizia sul "falso in bilancio": un epilogo deludente?*, in «Cassazione penale», 2005, p. 2764 e ss.; in generale sui dubbi di compatibilità della riforma con l'ordinamento comunitario, si vedano, C. SOTIS, *Obblighi comunitari di tutela e opzione penale: una dialettica perpetua?*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2002, p. 171 e ss.; e V. MANES, *Il nuovo "falso in bilancio" al cospetto della normativa comunitaria*, in «Cassazione penale», 2003, p. 1316 e ss. Sulla congruità della norme penali, da una prospettiva prettamente costituzionalistica, si veda, A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, cit., p. 219 e ss.

²⁰⁸ Si veda, A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione "in action" della legalità*, Torino, 1999, p. 217 e ss.

²⁰⁹ Il pensiero corre, in primo luogo, alla sentenza del BGH sulla rapina aggravata. Molto positivo, invece, il giudizio sulla completezza della decisione delle Sezioni unite nel caso Giordano, sebbene per il fatto concreto non fosse rilevante la soluzione della controversia dottrinale e giurisprudenziale.

²¹⁰ Così, come scrive A. DI MARTINO, *Successione di norme penali*, cit., p. 533, il controllo sul contenuto della norma muta in controllo sulla "correttezza politica" del legislatore, dato che nella prospettiva temporale l'incontro con la realtà giudiziaria rende evidenti le linee di politica criminale. Secondo D. MICHELETTI, *I nessi tra politica criminale e diritto intertemporale*, cit., p. 1124 e ss., si crea un corto circuito nella dinamica applicativa della norma penale quando esigenze estranee alla

no le difficoltà ermeneutiche sono altre. La tematica è di estrema delicatezza e attiene ai rapporti tra Parlamento e Governo, da un lato, e magistratura, dall'altro. Il cuore stesso della democraticità dello Stato di diritto pulsa nell'incontro tra queste due forze. I rapporti tra Parlamento e Governo hanno vissuto un indebolimento delle capacità di reciproco controllo: nei sistemi maggioritari, come quelli che hanno accompagnato questa stagione italiana di riforme e controriforme,²¹² la “solidarietà forzosa” tra le due istituzioni non sempre permette la meditata ponderazione di linee riformatrici moderate e sostenibili. Si tende piuttosto a determinare discontinuità nette con il passato, si tende alla fluidità istituzionale, a catalizzare il passaggio verso la c.d. seconda modernità del diritto penale²¹³. Ecco che la magistratura interviene per vagliare la portata delle riforme, la loro razionalità e il loro livello di ragionevolezza costituzionale²¹⁴. Vaglio difficile quando la percezione è che lo *Zeitgeist* porta il “sodalizio forzoso” governo-parlamento al tentativo compiuto di modellare e assorbire la funzione giurisdizionale di garanzia e controllo sullo Stato di diritto²¹⁵.

---

normale dialettica tra pena e offensività caricano il diritto intertemporale di scopi che gli impediscono di fluidificare l'applicazione delle nuove linee di politica criminale. Le soluzioni che vengono proposte hanno a che fare, da un lato, con la riscoperta effettiva del diritto transitorio, e dall'altro, col ricorso a *escamotage* che permetterebbero di piegarsi alle intenzioni politico criminali del legislatore, cfr., *ibidem*, p. 1139 e ss.; per una critica si rimanda al paragrafo 10 di questo capitolo.

²¹¹ Sui rapporti tra scienza della legislazione e politica, si veda, P. NOLL, *Gesetzgebungslehre*, Reinbek bei Hamburg, 1973, p. 58 e ss., parla di un legislatore «frivolo» nel maneggiare categorie e principi penalistici, F. SGUBBI, *Presentazione*, cit., p. XIII. Sulla “sciatteria” legislativa degli ultimi anni, cfr., S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1997¹², p. 113 e ss.

²¹² Prima di indebolirsi con la sciagurata modifica della legge elettorale in occasione delle elezioni politiche del 2006.

²¹³ Si veda la parte introduttiva del capitolo I, parte I, d'inquadramento sociologico generale dell'*humus* nel quale nasce la problematica del fatto intertemporale.

²¹⁴ Sul diritto penale intertemporale come direttamente coinvolto nella regolamentazione del rapporto tra Stato e cittadino, si veda ancora, A. DI MARTINO, *Successione di norme penali*, cit., p. 534.

²¹⁵ Ancora, *ibidem*, p. 534, parla del potere politico italiano che in questi anni ha cercato di «ricostruire se stesso in dialettica con *quello giudiziario*» (corsivo aggiunto).

Tali considerazioni non sono, tuttavia, ancora sufficienti a spiegare con accettabile completezza la complessità dei fattori che co-determinano questa peculiare conflittualità interpretativa. Da parte sua, anche la dottrina, infatti, non è riuscita a fornire paradigmi condivisi, solidi e d'immediata applicazione. Tante le teoriche che si sono avvicendate, spesso incrociatesi nel loro argomentare. Gli approcci sostanziali²¹⁶ vengono sostituiti da quelli strutturali²¹⁷, questi, a loro volta, da teoriche sostanziali a efficacia restrittiva²¹⁸, sovrastate poi da teorie della discontinuità nell'applicazione della legge penale²¹⁹, e ancora da rinnovati approcci strutturali²²⁰.

Un'altra considerazione è, tuttavia, ancora necessaria. Le problematiche che si sono sinteticamente riepilogate sono particolarmente spinose anche se lette dal punto di vista della dogmatica. E c'è una giustificazione per la disgregazione inusuale alla quale si assiste nelle tematiche intertemporali. Sono toccate, da una sola prospettiva problematica, tutte le questioni "vere" del diritto penale: legalità, tipicità, colpevolezza, funzione della pena, capacità riformatrice del legislatore, condivisibilità delle decisioni su meritevolezza e bisogno di pena, il ruolo stesso del diritto penale. La questione intertemporale della riformulazione riguarda un momento che è sì genetico della norma, ma che si porta anche il carico di una storia criminologica e applicativa spesso significativa. Le nuove scelte stimolano, così, un coinvolgimento latamente politico dell'interprete. Si scatenano que-

---

²¹⁶ Ad esempio, quello tradizionale di M. ROMANO, sub art. 2, in *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 1995.

²¹⁷ T. PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali*, cit., p. 1354 e ss.

²¹⁸ Il riferimento è alle posizioni di Maurizio Musco, si veda, M. MUSCO, *L'abolitio criminis dell'omessa presentazione della dichiarazione annuale di cui al previgente art. 1 comma 1 l. n.516/82: la svolta delle Sezioni unite in tema di successione di leggi penali*, in «Cassazione penale», 2001, p. 2059 e ss.; ID., *La riformulazione dei reati tributari e gli incerti confini dell'abolitio criminis*, in «Cassazione penale», 2001, p. 458 e ss.; ID., *La riformulazione dei reati. Profili di diritto intertemporale*, Milano, 2000; e S. PREZIOSI, *La riforma della fattispecie incriminatrice di abuso d'ufficio*, in F. COPPI (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, 1993, p. 173 e ss.

²¹⁹ Il riferimento è a M. DONINI, *Discontinuità del tipo di illecito e amnistia. Profili costituzionali*, in «Cassazione penale», 2003, p. 2859 e ss.

²²⁰ D. PULITANO, *Legalità discontinua?*, cit., p. 1270 e ss.

stioni di scienza e di coscienza, questioni che suscitano riflessioni appassionante sulla collocazione e sul ruolo stesso del giurista²²¹.

In tale contesto si devono leggere le riforme di questi anni. Non solo quelle che hanno in qualche modo apportato una modifica diretta alle fattispecie, ma anche quelle che sono consistite, ed è il caso dell'abrogazione dell'oltraggio a pubblico ufficiale, in un'abrogazione secca con riespansione di una norma generale e che, sebbene non attinenti alla riformulazione del reato, portano lo stigma di una stagione di tensione istituzionale²²².

---

²²¹ Si rinvia anche alle considerazioni svolte al paragrafo 9, a proposito della sentenza delle Sezioni unite nel caso Giordano.

²²² Il caso dell'abrogazione dell'oltraggio a pubblico ufficiale è stato deciso da Cass., Sez. un., 27.06.2001, Avitabile, in «Cassazione penale», 2002, p. 482 e ss. In specie, il problema concerneva il caso di eventuale riespansione della norma generale a fronte dell'abrogazione della norma speciale. Alcune decisioni della Cassazione erano favorevoli a tale riespansione, e quindi determinavano, esistenti tutti i presupposti, la successione di leggi tra oltraggio a pubblico ufficiale e l'ingiuria, dandosi che la seconda fattispecie è generale rispetto alla prima (Cass., 12.05.2000, in «Cassazione penale», 2000, p. 3025; Cass., 11.04.2000, in «Il foro italiano», 2000, II, c. 593, con nota di G. GIAMMONA, *Questioni di diritto transitorio in seguito all'abrogazione del delitto di oltraggio*, *ivi*, 593 e ss.; D. PULITANÒ, *Legalità discontinua?*, cit., p. 1273). Altre decisioni ritennero, invece, più opportuno dichiarare la completa abolizione dei fatti che erano stati classificati come oltraggio, poiché i beni tutelati erano differenti, *contra*, F. GIUNTA, *Abrogazione dell'oltraggio e procedibilità dei giudizi pendenti*, in «Diritto penale e processo», 1999, p. 1426. Le Sezioni Unite hanno fatto prevalere la tesi della totale abolizione dei fatti di oltraggio. La motivazione addotta lascia, però, estremamente perplessi. La Corte ha sostenuto, infatti, che presupposto per l'applicazione del regime della successione di leggi è la presenza di due norme con una diversa vigenza temporale, diversa nel senso di non sovrapposta. In sostanza, quest'ipotesi ci potrebbe essere solamente con la sostituzione di una norma con una altra. Nel caso in cui, invece, ci sia stata una riespansione della legge precedente, non sarebbe successione ma abolizione del reato. Fondamentale è, quindi, l'entrata in vigore di una nuova norma, fuori da queste ipotesi non esiste successione di leggi. Ecco che si determina una frattura con l'insegnamento prevalente, per cui ai fini della successione di leggi, "norma successiva" è qualsiasi disciplina divenuta applicabile al caso concreto dopo il fatto e indipendentemente da una sua formale e nuova introduzione (cfr., D. PULITANÒ, *Legalità discontinua?*, cit., p. 1274; Padovani invero si pose il problema di un'applicazione solo per il futuro della disciplina della norma generale riespansasi, si veda T. PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali*, cit., pp. 1368, 1369). Il ragionamento della Corte porta, infatti, a risultati assurdi se si pensa che l'abrogazione del delitto d'onore non farebbe espandere il delitto di omicidio, ma determinerebbe un'abolizione del reato. La considerazione che questa decisione potrebbe essere stata dettata da esigenze di giustizia materiale, ovvero per

Tutto ha inizio, come già detto, con la corposa riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione. Nata dalla preoccupazione di limitare l'incidenza del giudice penale nell'attività discrezionale dei pubblici ufficiali e degli incaricati di pubblico servizio, la riforma del 1990 ha "ritagliato" alcune ipotesi e definito in maniera meno onnicomprensiva le fattispecie persistenti²²³. In sintesi, per quello che qui rileva, veniva abrogato il reato di "interesse privato in atti d'ufficio" (art. 324 c.p.)²²⁴, eliminata la condotta distrattiva dall'ambito del peculato²²⁵, e riformulata la fattispecie di cui all'art. 323 c.p.²²⁶.

---

impedire che la successione di leggi facesse permanere la forza del giudicato (cfr., D. PULITANO, *Legalità discontinua?*, cit., p. 1275), non affievolisce la critica, semmai la rende ancora più incisiva nella misura in cui si rivela palesemente sprezzante del principio della divisione dei poteri, della *ratio* di semplificazione e di razionalizzazione che il legislatore si pone quando abroga una norma speciale (si veda, ancora, *ibidem*, pp. 1274-1275).

²²³ In tema, si veda T. PADOVANI, *Commento all'art. 20 l. 26/4/1990 n. 86*, in «La legislazione penale», 1990, p. 350 e ss.; anche L. DURIGATO, *Successione di leggi penali e abuso di ufficio: una annotazione sul tema*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1995, p. 1047 e ss.; sulla riforma del 1997 e quindi sul fallimento dell'impianto costruito nel 1990, si veda, C. PIEMONTESE, *Un nuovo caso di successione di leggi nella turbolenta esistenza dell'art. 323 c.p.*, in «Cassazione penale», 1999, p. 2378 e ss.; anche E. INFANTE, *Disciplina intertemporale delle fattispecie di abuso d'ufficio*, in «L'indice penale», 1998, pp. 831 e ss., 847 e ss.; oltre che M. IVAGNES, *La nuova fattispecie di abuso d'ufficio tra "abolitio criminis" e successione di leggi penali*, in «Giurisprudenza italiana», 1999, p. 151 e ss.

²²⁴ Il quale disponeva: «Il pubblico ufficiale, che, direttamente o per interposta persona, o con atti simulati, prende un interesse privato in qualsiasi atto della pubblica Amministrazione presso la quale esercita il proprio ufficio, è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni e con la multa la lire duecentomila a quattro milioni».

²²⁵ Disponeva il previgente art. 314 c.p. «Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che, avendo per ragione del suo ufficio o servizio il possesso di denaro o di altra cosa mobile, appartenente alla pubblica Amministrazione, se l'appropria ovvero lo distrae a profitto proprio o di altri, è punito con la reclusione da tre a dieci anni e con la multa non inferiore a lire duecentomila». Oggi, invece, esso dispone: «*Peculato*. Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che, avendo per ragione del suo ufficio o servizio il possesso o comunque la disponibilità di denaro o di altra cosa mobile altrui, se ne appropria, è punito con la reclusione da tre a dieci anni. Si applica la pena della reclusione da sei mesi a tre anni quando il colpevole ha agito al solo scopo di fare uso momentaneo della cosa, e questa, dopo l'uso momentaneo, è stata immediatamente restituita».

²²⁶ Sul passaggio dall'art. 324 c.p. al testo dell'art. 323 c.p. riformulato nel 1990, si veda, S. CAGLI, *Sui rapporti tra l'art. 324 ed il nuovo testo dell'art. 323*

Le questioni successive riguardano, da un lato, il passaggio dall'interesse privato in atti di ufficio al nuovo abuso di ufficio. La differenza tra le due disposizioni sta nella scomparsa dell'elemento centrale della “presa di interesse” a favore del concetto di abuso dell'ufficio, e nell'introduzione di un dolo specifico. Dall'altro lato, la successione interna allo stesso art. 323 c.p., che, nella nuova formulazione, richiede l'ingiustizia del danno o del vantaggio oggetto del dolo specifico, trasforma l'indicazione residuale di «abuso mediante qualsiasi fatto non preveduto già come reato» in «abuso del proprio ufficio», e introduce un'aggravante nel caso di danno o vantaggio patrimoniale. Data la disposizione comunque generica del riformulato art. 323 c.p., la questione verteva inoltre sulla possibilità di interpretare l'abrogato peculato per distrazione come ipotesi di abuso d'ufficio.

Da queste problematiche interpretative nasce la sentenza a Sezioni unite della Corte di Cassazione del 20 giugno 1990²²⁷. La Corte decide per la continuità normativa. Il principio è che «i fatti pu-

---

c.p., in «L'indice penale», 1991, p. 575 ss., che aderisce alla soluzione delle Sezioni unite. La disposizione previgente alla riforma del 1990: «*Abuso di ufficio in casi non preveduti specificatamente dalla legge*. Il pubblico ufficiale, che, abusando dei poteri inerenti alle sue funzioni, commette, per recare ad altri un danno o per procurargli un vantaggio, qualsiasi fatto non preveduto come reato da una particolare disposizione di legge, è punito con la reclusione fino a due anni o con la multa da lire cinquecento a lire diecimila». La legge n. 86 del 1990 ha modificato il testo dell'articolo: «*Abuso di ufficio*. Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio non patrimoniale o per arrecare ad altri un danno ingiusto, abusa del suo ufficio, è punito, se il fatto non costituisce più grave reato, con la reclusione fino a due anni. Se il fatto è commesso per procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale, la pena è della reclusione da due a cinque anni». La formulazione odierna che discende dalla legge n. 234 del 1997 recita: «*Abuso d'ufficio*. Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di norme di legge o di regolamento, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni. La pena è aumentata nel caso in cui il vantaggio o il danno hanno carattere di rilevante gravità».

²²⁷ Cass. Sez. un., 20 giugno 1990, Monaco, in «Il foro italiano», 1990, II, c. 637 e ss. con nota di G. FIANDACA, *Questioni di diritto transitorio*, cit., c. 637 e ss.; anche in «Cassazione penale», 1990, p. 1896 e ss. Il fatto concerneva un'ipotesi di interesse privato in atti di ufficio del Procuratore Capo di un ufficio giudiziario che aveva violato alcune norme per mettere “sotto pressione” un Sostituto Procuratore

nibili ex artt. 323 e 324 abrogati possono esserlo anche alla stregua delle norme da ultimo indicate, in quanto gli elementi costitutivi del reato descritto nel nuovo art. 323 non soltanto siano contenuti, in forma esplicita o implicita, nella previsione delle norme in vigore alla data della loro consumazione, perché altrimenti si attribuirebbe efficacia retroattiva ad una norma incriminatrice successiva al fatto, ma siano stati anche enunziati chiaramente nell'imputazione contestata all'imputato»²²⁸. Dopo aver sottolineato le «rilevanti modifiche degli elementi costitutivi del reato» la Corte prosegue precisando che non c'è stata «una generalizzata *abolitio criminis*, regolata esclusivamente dal comma 2 del citato art. 2 c.p. Invero, fra il nuovo testo dell'art. 323 c.p. ed i precedenti artt. 323 e 324 c.p., sussiste un nesso di continuità e di omogeneità delle rispettive previsioni, il quale riconduce la loro interferenza nel più complesso fenomeno di successione di norme incriminatrici²²⁹».

La cornice della motivazione sembra essere di tipo strutturale. Il riferirsi al rapporto tra fattispecie sia attraverso elementi espliciti che impliciti, se esplicitati attraverso la contestazione, potrebbe rivelare l'argomentare tipico dell'impostazione di Padovani, e alludere alle sottofattispecie. Eppure la posizione della Corte è lontana dall'afferrare il nucleo essenziale della questione. Essa processualizza la vicenda intertemporale. Solo grazie alle contestazioni, si dice, è possibile evitare la retroattività di un elemento di novità della fattispecie. Il problema è capire, tuttavia, quando, nonostante la contestazione, c'è il rischio di retroattività. È chiaro che la mancata difesa sul punto impedisca la regolare formazione della fattispecie processuale, ma il problema intertemporale rimane comunque intonso quando l'elemento viene contestato. La terminologia usata nel merito della spiegazione della successione potrebbe peraltro farsi ricondurre al-

---

del suo ufficio; e poi lo stesso Sostituto oggetto della condotta del Procuratore aveva spiccato un mandato di arresto "per dare una lezione" violando i presupposti legali per l'applicazione della custodia cautelare. Quest'ultimo viene condannato per abuso d'ufficio; il primo imputato, invece, viene assolto poiché non è stato riscontrato il dolo specifico del danno ingiusto.

²²⁸ Così, Cass. Sez. un., 20.06.1990, Monaco, in «Cassazione penale», 1990, p. 1899.

²²⁹ Così, *ibidem*, p. 1899.

l'impostazione della dottrina della continuità del tipo di illecito, dato che si rinviene la presenza di uno stesso bene giuridico e di modalità di condotta che sebbene in parte difformi, non ne avrebbero alterato “l'intima essenza”²³⁰.

Anche se non è determinante stabilire l'ascendenza dottrinale della sentenza, pare²³¹, tuttavia, che il riferimento al bene giuridico e alle modalità di condotta sia una sorta di ulteriore conferma della continuità nella struttura. La Corte argomenta, infatti, considerando le fattispecie astratte e la loro interpretazione. Così, ritiene che l'«esercizio illegittimo del potere pubblico» è anche un modalità di «presa di interesse» ai sensi del previgente art. 324 c.p.; allo stesso modo, ritiene in via interpretativa che ingiustizia e dolo intenzionale fossero già rilevanti ai sensi della fattispecie previgente²³².

L'argomentazione si articola in modo che la contestazione diviene una sorta di tipizzazione individuale ed *ex post*, che evita la retroattività. Oscurando, in questo modo, il cuore della questione, ovvero quando l'elemento contestato violi ugualmente la retroattività. L'indirizzo è, in sostanza, processualizzare la problematica della successione di leggi penali.

Questa sentenza inverte una tradizione interpretativa pluridecennale. Le Sezioni unite abbandonano l'approccio semplicistico e pancontinuista e utilizzano per la prima volta il concetto di abolizio-

²³⁰ Così, *ibidem*, p. 1900; la Corte indica come l'esercizio illegittimo del potere pubblico fosse già rilevante come modalità di realizzazione della fattispecie di interesse privato in atti di ufficio, cioè una della modalità della “presa di interesse”. Ancora, l'art. 324 c.p., anche se costruito come reato a dolo generico, implicava nella presa di interesse il perseguimento di un fine di personale vantaggio. Ancora, anche se l'ingiustizia del danno e del vantaggio non erano menzionate espresamente, erano già individuate sotto la vigenza del precedente testo normativo da parte della giurisprudenza e di autorevole dottrina, si veda *ibidem*, p. 1900.

²³¹ Parte della dottrina vede nella sentenza l'applicazione del criterio della continuità del tipo di illecito, si veda G. FIANDACA, *Questioni di diritto transitorio*, cit., c. 638, 639; anche M. DONINI, “*Abolitio criminis*” e nuovo falso in bilancio, in «Cassazione penale», 2002, p. 1267; conforme P. ARDIA, *La riforma dei reati tributari*, cit., p. 405; altra parte vi legge l'indicazione del fatto concreto, si veda M. MUSCO, *La riformulazione dei reati*, cit., p. 54.

²³² Si ritiene che la propensione sostanzialistica copra, più o meno consapevolmente, l'oggettiva difficoltà di una dimostrazione analitica sul piano delle fattispecie astratte, si veda G. FIANDACA, *Questioni di diritto transitorio*, cit., p. 639 e ss.

ne parziale del reato. La stessa ricerca di un criterio di soluzione della questione intertemporale riconosce l'esistenza del problema. La sentenza si destreggia con disinvoltura nella difficile ricomposizione delle fattispecie riformulate, fornendo contributi rilevanti all'operatività dei canoni sostanziali di continuità normativa. Con questa decisione si apre ufficialmente una stagione di intensa dialettica, forse conflittualità, istituzionale, una fase di rideterminazione, a volte cruenta, dei reciproci confini operativi tra legislatore, Governo e potere giudiziario.

L'altra grande riforma che approda alle Sezioni unite si ha a dieci anni di distanza da quella dei delitti contro la pubblica amministrazione e coinvolge i reati tributari. Dopo alterne e travagliate vicissitudini, l'impianto penalistico degli illeciti tributari, disegnato originariamente nel 1982, viene consistentemente mutato a seguito della riforma del 2000. Dato il fallimento del sistema previgente²³³, lo scopo era di modificare la struttura dei reati tributari che aveva posto una miriade di fattispecie bagatellari a ingolfare il sistema giudiziario²³⁴. Una razionalizzazione della tutela che espungesse le ipotesi meramente prodromiche, selezionando fatti a offensività più marcata, era indispensabile²³⁵.

Peculiare è la vicenda interpretativa a cui le Sezioni unite della Cassazione hanno dato luogo in occasione della riforma dei reati tributari²³⁶. Sono, come noto, due le sentenze. La prima del 25 ottobre 2000 affronta la questione del passaggio tra la norma di cui all'art. 4 lettera d) della legge n. 429 del 1982 che puniva le condotte di utilizzazione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti, e la nuova ipotesi criminosa di dichiarazione fraudolenta mediante l'uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti, sancita dal-

---

²³³ Il fallimento fu non solo in termini di capacità generalpreventiva, ma anche dal punto di vista della prassi, e ha fortemente spinto verso un approfondimento dell'offesa tipica, si veda F. BENCIVENGA, *Successione di leggi penali e riforma tributaria*, in «Diritto penale e processo», 2002, p. 81.

²³⁴ Si veda, per tutti, P. ARDIA, *La riforma dei reati tributari*, cit., p. 402.

²³⁵ Per tutti, E.M. AMBROSETTI, *"Abolitio criminis" e modifica della fattispecie*, cit., p. 128 e ss.

²³⁶ Cass. Sez. un., 25.10.2000, Di Mauro, in «Il foro italiano», 2001, c. 143 e ss.; Cass. Sez. un., 13.12.2000, Sagone, in «Cassazione penale», 2001, 2054 e ss.

l'art. 2 del d.lgs. n. 74 del 2000²³⁷. La seconda decisione concerne, invece, la riformulazione del reato di omessa presentazione della dichiarazione dei redditi.

Nel primo caso sottoposto all'esame delle Sezioni unite, gli imputati vengono condannati in appello sia per il delitto di frode fiscale *ex art. 4 lett. d)* che per il reato di cui alla lett. *f)*, cioè non solo per utilizzazione di fatture per operazioni inesistenti, ma anche per indicazione nella dichiarazione dei redditi di componenti negative inesistenti²³⁸.

In rapporto alla nuova ipotesi di dichiarazione fraudolenta mediante l'impiego di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti, la Corte sostiene la discontinuità per la norma di cui alla lettera *d)* e la continuità per la norma di cui alla lettera *f)*²³⁹. A fondamento viene sottolineato il mutamento di rotta politico criminale nella punizione dei reati tributari: da illeciti di pericolo a reati di danno. In particolare, mentre il previgente art. 4 *d)* puniva la mera utilizzazione delle fatture, la nuova fattispecie aggiunge la necessità che i costi siano indicati nella dichiarazione annuale dei redditi²⁴⁰. Quest'ultimo elemento, a detta della Cassazione, non sarebbe un elemento specializzante ma solo eterogeneo. Attraverso queste coor-

²³⁷ L'art. 4 lettera *d)* ed *f)* della legge 429 del 1982 disponeva «è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni e con la multa da cinque a dieci milioni di lire chiunque, al fine di evadere imposte sui redditi o l'imposta sul valore aggiunto o di conseguire un indebito rimborso ovvero di consentire l'evasione o indebito rimborso a terzi: *d)* emette o utilizza fatture o altri documenti per operazioni in tutto o in parte inesistenti o recanti l'indicazione dei corrispettivi o dell'imposta sul valore aggiunto in misura superiore a quella reale; ovvero emette o utilizza fatture o altri documenti recanti l'indicazione di nomi diversi da quelli veri in modo che ne risulti impedita l'identificazione dei soggetti cui si riferiscono; *f)* indica nella dichiarazione dei redditi ovvero nel bilancio o rendiconto ad essa allegato, al di fuori dei casi previsti dall'articolo 1, ricavi, proventi od altri componenti positivi di reddito, ovvero spese od altri componenti negativi di reddito utilizzando documenti attestanti fatti materiali non corrispondenti al vero, ovvero ponendo in essere altri comportamenti fraudolenti idonei ad ostacolare l'accertamento di fatti materiali».

²³⁸ Sul contrasto che ha portato alla decisione delle Sezioni unite e per le indicazioni sulla giurisprudenza delle sezioni semplici, si veda, P. ARDIA, *La riforma dei reati tributari*, cit., p. 413 e ss.

²³⁹ Sugli orientamenti che hanno portato alla decisione delle Sezioni unite, si veda anche M. MUSCO, *La riformulazione dei reati tributari*, cit., pp. 459-460.

²⁴⁰ Cass. Sez. un., 25.10.2000, Di Mauro, in «Il foro italiano», 2001, c. 155.

dinate si giungerebbe all'identificazione di un diverso bene giuridico: non più la mera trasparenza fiscale, bensì l'interesse alla riscossione della pretesa fiscale. La soluzione è quella della discontinuità normativa²⁴¹.

C'è più di qualche motivo di perlessità, che generalmente prescinde dall'opzione interpretativa che si preferisce. Da un lato, c'è un errore logico nell'impostazione della questione intertemporale relativa al rintracciamento della fattispecie rilevante, e, dall'altro, si può individuare anche un'"omissione interpretativa".

In primo luogo, tra le due ipotesi di reato, utilizzazione di documenti per operazioni inesistenti e dichiarazione fraudolenta mediante uso di documenti di tale specie, non ci può essere nessun tipo di successione, ciò semplicemente perché le due fattispecie non possono neanche logicamente essere messe a confronto. Non è possibile trovare tra loro un terreno di comunicabilità²⁴². Il motivo si evince dalla mera lettura delle norme, cioè anche da un'analisi priva di qualsiasi attività d'interpretazione²⁴³. Infatti, ogni ipotesi di utilizzo di documenti ideologicamente falsi con dolo specifico di evasione è confrontabile con la nuova ipotesi di dichiarazione fraudolenta se, e solo se, c'è stata una dichiarazione che le ha tenute in considerazione. Ovviamente, se la dichiarazione non c'è stata, non sorge nemmeno il presupposto fattuale dell'instaurazione della questione intertemporale, ovvero che due norme succedutesi nel tempo disciplinino lo stesso fatto materiale.

---

²⁴¹ *Ibidem*, c. 156-157.

²⁴² È molto strano che questo errore logico-interpretativo della Corte, da cui scaturisce una motivazione superflua e inconferente, presa poi a modello, sebbene le problematiche fossero del tutto eterogenee, dalla sentenza immediatamente successiva, non sia stato a dovere sottolineato. A questo contesto fa eccezione il lucido commento di M.N. MASULLO, *Le questioni intertemporali diventano di attualità anche per l'illecito penale tributario: alcune riflessioni sulla giurisprudenza delle sezioni unite*, in «Il foro italiano», 2001, II, c. 323 e ss., e, per altri profili di tipo omissivo, con precisione segnalati anche da Masullo, pure F. BENCIVENGA, *Successione di leggi penali e riforma tributaria*, cit., p. 81 e ss.

²⁴³ Si scrive «eppure non era poi così difficile giungere alle stesse conclusioni delle Sezioni unite-in ordine alla perdita di rilevanza penale della frode fiscale di cui alla lett. d) facendo perfino astrazione dai canoni interpretativi, dei quali si è fatto sapiente sfoggio», così, M.N. MASULLO, *Le questioni intertemporali*, cit., c. 326.

Tuttavia, un'utilizzazione di documenti per operazioni inesistenti a scopo d'evasione fiscale, avvenuta per mezzo di una dichiarazione annuale, integrava, già sotto il vigore della legge del 1982, una fattispecie diversa, e precisamente quella di cui alla lettera f) dell'art. 4, cioè l'indicazione nella dichiarazione di elementi negativi di reddito utilizzando documenti ideologicamente falsi²⁴⁴. Non c'è, dunque, comunicabilità tra le due ipotesi: già il fatto concreto della prima (la sottofattispecie, o le modalità illecite di condotta²⁴⁵, a seconda della prospettiva che si predilige²⁴⁶) è avvocato *ab origine* da una fattispecie diversa, facendosi salva esclusivamente la sottofattispecie concernente la dichiarazione IVA. Non ci sono possibilità che una modalità di realizzazione della prima possa integrare la norma riformulata²⁴⁷. È un'ipotesi di selezione di modalità già formalmente tipiche²⁴⁸.

Si danno, in breve, tre possibilità: se non c'è stata un'indicazione in dichiarazione dei redditi, c'è abolizione del reato per inesistenza di sovrapponibilità storica. Se, invece, l'indicazione in dichiara-

²⁴⁴ Non ci sono dubbi interpretativi, pacificamente era considerata una norma a più fattispecie, soltanto l'annotazione di scritture contabili, l'esibizione agli uffici finanziari, l'allegazione alle dichiarazioni periodiche mendaci potevano essere punite. Se ci fosse stata l'indicazione in dichiarazione di elementi passivi fittizi, sarebbe scattata l'ipotesi di cui alla lett. f), così chiaramente, P. ARDIA, *La riforma dei reati tributari*, cit., p. 415 e ss.

²⁴⁵ M. MUSCO, *La riformulazione dei reati tributari*, cit., pp. 461, 462, ritiene che sia stato applicato il paradigma della teoria della continuità del tipo di illecito.

²⁴⁶ Anche per quanto riguarda questa sentenza c'è un conflitto di attribuzione concernente la paternità dogmatica della sua motivazione. Da un lato, sostiene che abbia aderito alla propria posizione M. MUSCO, *La riformulazione dei reati tributari*, cit., pp. 461, 462, 464; Id., *L'“abolitio criminis” dell'omessa presentazione della dichiarazione annuale*, cit., p. 2059; altri sostengono, invece, che siano state avanzate considerazioni che l'avvicinerebbero alla teoria della continenza, si veda A. MELCHIONDA, *Nota a Cassazione Sezioni unite 13 dicembre 2000*, in «Il foro italiano», 2001, II, c. 145, p. 146; altri ancora, la ritengono applicazione del criterio della continuità del tipo di illecito, così M. ROMANO, *Irretroattività della legge penale e riforme legislative*, cit., p. 1261 e ss.

²⁴⁷ La dottrina più avveduta segnala, infatti, che ogni residua incertezza è fugata dall'art. 6 del d.lgs. 74/2000, che esclude la rilevanza a titolo di delitto tentato, per cui il mero inserimento in contabilità non potrebbe mai valere come tentativo di dichiarazione fraudolenta, così, M.N. MASULLO, *Le questioni intertemporali*, cit., c. 327.

²⁴⁸ Sul punto teorico si è già fatto riferimento a T. PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali*, cit., p. 1374.

zione c'è stata, ma non è avvenuta la contestazione del reato di cui all'art. 4 lett. f), il pubblico ministero deve provvedere alla modifica dell'imputazione, e c'è comunque abolizione del reato di cui alla lettera d) per inapplicabilità dell'ipotesi generale. Se, infine, l'ipotesi di cui alla lettera f) è stata anche contestata, l'abolizione deriva, nella prospettiva del nuovo art. 2 d.lgs 74/2000, dalla specialità di quest'ultima rispetto alla prima²⁴⁹.

Che non ci sia continuità normativa tra le due ipotesi è indiscutibile. Ma la motivazione è inconferente e contraddittoria. Inconferente perché non c'è alcuna comunicabilità tra le due ipotesi. Contraddittoria, in quanto utilizza argomentazioni sostanzialistiche sulla *ratio* della riforma per sancire l'abolizione di una fattispecie che non aveva nessun punto di contatto storico con la nuova norma, quando, invece, rispetto all'ipotesi che in concreto può essere in successione, utilizza chiaramente argomentazioni di ordine strutturale, relative all'«omologa strutturazione e sovrapposizione delle due previsioni punitive²⁵⁰». Il parametro sostanziale è usato in un'ipotesi non problematica per sancire la discontinuità che era già in *re ipsa*, mentre il criterio strutturale permette alla Corte di dichiarare la successione rispetto alla vera ipotesi problematica. È singolare che questa sentenza venga ricordata per l'applicazione del parametro sostanziale²⁵¹.

---

²⁴⁹ Non sono condivisibili, dunque, il dispositivo e la motivazione di quelle sentenze che sanciscono la continuità tra due ipotesi di reato assolutamente non comunicanti, Cass. sez. III, 29.05.2000, Bellavia, in «Diritto penale e processo», 2000, p. 1377; con nota di L.D. CERQUA, C.M. PRICOLO, *Frode fiscale mediante fatture per operazioni inesistenti: questioni di diritto transitorio*, *ivi*, p. 1383 e ss. Questa sentenza, dotta nella parte in cui ricostruisce il pensiero dottrinale in tema di riformulazione del reato, non considera nemmeno l'incomunicabilità tra le due fattispecie che dichiara in successione. Al muro logico che si frappone alla continuità normativa, cioè all'art. 4 lett. f), non è dedicato nemmeno un riferimento.

²⁵⁰ Cass., Sez. un., 25.10.2000, Di Mauro, in «Cassazione penale», 2001, pp. 455-456; (pare esserci un errore di stampa nella pubblicazione della sentenza su «Cassazione penale» dato che gli estremi della decisione riportano «Di Matteo» come nome del primo imputato, per evitare equivoci si può consultare la pubblicazione della sentenza su «Il foro italiano», 2001, Di Mauro, c. 143 e ss.; con nota di A. MELCHIONDA, *Nota a Cassazione Sezioni unite*, cit., c. 142 e ss.).

²⁵¹ Ci si riferisce a M. MUSCO, *La riformulazione dei reati tributari*, cit., p. 461 e ss., che, quando la motivazione si fa palesemente strutturale, sostiene trattarsi di un'argomentazione meramente *ad adiuvandum*.

Infatti, anche volendo affermare che le due ipotesi di cui alla lettera *d*) e alla lettera *f*) fossero del tutto autonome e quindi idonee a essere applicate in concorso materiale²⁵², non si può non riconoscere che l'unica ipotesi, salvo un'eccezione ignorata però dalla Corte, che partendo dalla fattispecie di cui alla lettera *d*) possa giungere alla potenziale applicazione della nuova disposizione, passa necessariamente dalla fattispecie di cui alla lettera *f*)²⁵³. Si può certo dire, come fa la Corte, benché sia discutibile²⁵⁴, che i beni sono differenti e che quindi un concorso materiale di reati tuteli sia la trasparenza che la pretesa fiscale materiale, ma nella prospettiva intertemporale solo una delle due, cioè la seconda, può essere messa in relazione con la nuova ipotesi di dichiarazione fraudolenta²⁵⁵.

La dimostrazione di questo viene data indirettamente dalla Corte stessa quando, una volta pronunciata la motivazione superflua e contraddittoria sulla discontinuità della norma di cui all'art. 4 lettera *d*), accede senza tentennamenti alla continuità tra l'ipotesi di cui all'art. 4 lettera *f*) e il nuovo delitto di dichiarazione fraudolenta²⁵⁶.

C'è ancora un altro motivo di perplessità sulla sentenza. Una sola unica possibilità di confronto esiste tra l'art. 4 lett *d*) e il nuovo art. 2 dlgs. 74/2000, ipotesi che non viene avocata dalla norma di cui alla lett. *f*), quindi c'era una sola *chance* per dare senso alla motivazione della Corte. Ci si riferisce all'utilizzo di fatture inesisten-

---

²⁵² Sul punto si veda A. MELCHIONDA, *Nota a Cassazione Sezioni unite*, cit., c. 143.

²⁵³ Come si è chiaramente scritto, «la circostanza che le false fatturazioni siano state trafuse nella dichiarazione dei redditi non è una mera eventualità del fatto concreto, su cui dover fondare, ora per allora, la punibilità, ma una modalità comportamentale già espressamente tipizzata nel vigore della precedente normativa, [...] e, rispetto alla quale, non è mai stata in dubbio la rilevanza penale», così, M.N. MASULLO, *Le questioni intertemporali*, cit., c. 327.

²⁵⁴ Individua lo stesso bene giuridico persino M. MUSCO, *La riformulazione dei reati tributari*, cit., pp. 473-475; ID., *L'“abolitio criminis” dell'omessa presentazione della dichiarazione annuale*, cit., p. 2059 e ss.; contro l'individuazione di un assetto assiologico permanente è E.M. AMBROSETTI, *“Abolitio criminis” e modifica della fattispecie*, cit., p. 206.

²⁵⁵ Ipotesi contestate entrambe, si veda P. ARDIA, *La riforma dei reati tributari*, cit., p. 418.

²⁵⁶ Cass. Sez. Un., 25.10.2000, Di Mauro, in «Il foro italiano», 2001, c. 158.

ti come supporto a una mendace dichiarazione IVA²⁵⁷. Quest'ipotesi, infatti, non rientra nella fattispecie di cui alla lett. f), facendosi qui riferimento alla mera dichiarazione dei redditi. Solo per questa sottofattispecie si porrebbe il problema della successione. La Corte omette, tuttavia, qualsiasi cenno a quest'ipotesi²⁵⁸.

In sostanza, al di là della pur sorprendente motivazione attorno all'ipotesi della successione della mera utilizzazione di documenti ideologicamente falsi e la completa obnubilazione di un'ipotesi effettiva di successione, la Corte non solo rimane nel solco della sentenza Monaco, ma, a dispetto di quanto si voglia far credere, ne approfondisce significativamente l'ispirazione strutturale²⁵⁹. Si parla chiaramente di rapporto strutturale e di sovrapponibilità delle due fattispecie, e, essendo presente anche la contestazione dell'ipotesi d'indicazione in dichiarazione, non si esita a riqualificare il fatto come fraudolenta dichiarazione ai sensi della nuova norma *mitior*²⁶⁰.

Qualche settimana dopo la sentenza sulla dichiarazione fraudolenta, le Sezioni unite sono chiamate a decidere la disciplina intertemporale della fattispecie di omessa dichiarazione. Le fattispecie sono la previgente di cui all'art. 1 della legge n. 429 del 1982, e la norma successiva di cui all'art. 5 del d.lgs. n. 74 del 2000²⁶¹. Il di-

---

²⁵⁷ Lo sottolineano, M.N. MASULLO, *Le questioni intertemporali*, cit., c. 327 e ss.; e F. BENCIVENGA, *Successione di leggi penali e riforma tributaria*, cit., p. 83.

²⁵⁸ Maggiori approfondimenti su questo aspetto ancora in M.N. MASULLO, *Le questioni intertemporali*, cit., c. 327 e ss.; che rispetto a questo punto conclude per la specialità-continuità, quindi per la successione di leggi penali.

²⁵⁹ In una nota tutta orientata all'analisi genealogica della sentenza in esame, Maurizio Musco ritiene di provare che essa si avvicini alla propria impostazione della questione, si veda M. MUSCO, *La riformulazione dei reati tributari*, cit., p. 461; che, senza cogliere le incongruità della motivazione, sottolinea che la parte strutturale della motivazione sia in parte confusa con un parametro di tipo concreto, e, per altra parte, sarebbe comunque stata usata esclusivamente *ad adiuvandum*.

²⁶⁰ Cass. Sez. Un., 25.10.2000, Di Mauro, in «Il foro italiano», 2001, c. 160.

²⁶¹ La norma previgente recitava: «Chi omette di presentare una delle dichiarazioni che è obbligato a presentare ai fini delle imposte sui redditi o ai fini dell'imposta sul valore aggiunto è punito, se l'ammontare dei redditi fondiari, corrispettivi, ricavi, compensi o altri proventi non dichiarati è superiore a cento milioni di lire, con la pena dell'arresto da tre mesi a due anni e dell'ammenda da lire dieci

spositivo, la motivazione e il tenore della decisione sono, nonostante il brevissimo lasso di tempo, decisamente mutati²⁶².

Le modifiche normative sono note: si passa da un'ipotesi contravvenzionale a una delittuosa, da un dolo generico a un dolo specifico, dalla rilevanza della mera omissione ai fini della punibilità e della quantità d'imponibile evaso solo ai fini della commisurazione della pena, alla rilevanza ai fini della punibilità di un'evasione d'imposta superiore a 150 milioni di lire²⁶³.

A fronte di due orientamenti contrastanti, la Corte decide per la discontinuità normativa, cioè per l'*abolitio criminis* dell'omessa dichiarazione nella formula previgente²⁶⁴. La motivazione è fonte di notevoli perlessità. Il fondamento di questa decisione viene fatto risalire alla sentenza delle Sezioni unite nel caso della dichiarazione fraudolenta. Come si è osservato, la motivazione che la Corte dedica alla discontinuità di quella fattispecie è inconferente. Non c'era, come si è visto, nessuna possibilità di connessione concreta delle due ipotesi, dato che l'indicazione in dichiarazione era assorbita da una fattispecie differente. L'unica ipotesi di contatto tra nuova e precedente fattispecie non è stata presa in considerazione. Tra l'altro, si sancisce la continuità tra la fattispecie di dichiarazione mediante indicazione di elementi negativi di reddito supportati da documenta-

---

milioni a lire venti milioni; se l'ammontare predetto è superiore a cinquanta milioni ma non a cento milioni di lire, si applica la pena dell'arresto fino a due anni o dell'ammenda fino a lire cinque milioni. Ai fini del presente comma non si considera omessa la dichiarazione presentata entro novanta giorni dalla scadenza del termine prescritto o presentata ad un ufficio incompetente o non sottoscritta o non redatta su uno stampato conforme al modello prescritto». La nuova fattispecie dell'art. 5 del d.lgs. 74/2000 dispone: «è punito con la reclusione da uno a tre anni chiunque, al fine di evadere le imposte sui redditi o sul valore aggiunto, non presenta, essendovi obbligato, una delle dichiarazioni annuali relative a dette imposte, quando l'imposta evasa è superiore, con riferimento a taluna delle singole imposte a lire centocinquanta milioni».

²⁶² Commenta la decisione anche D. MICHELETTI, *La riformulazione del reato tributario di omessa dichiarazione*, cit., p. 2643 e ss.

²⁶³ Per la cronaca: l'imputato aveva omesso di presentare dichiarazione nel 1991 quando avrebbe dovuto indicare, tra gli altri redditi, i proventi di una vendita di uno stabilimento tipografico per circa 6 miliardi e settecento milioni di lire.

²⁶⁴ La Corte, almeno in alcuni punti e negli esiti, ha aderito all'impostazione di M. MUSCO, *La riformulazione dei reati tributari*, cit., pp. 473-475; in questo senso anche, D. MICHELETTI, *La riformulazione del reato tributario*, cit., p. 2645.

zione ideologicamente falsa e il reato di dichiarazione fraudolenta come riformulato nel 2000. Se si intendeva richiamare la sentenza precedente a fondamento di una decisione che decretasse la discontinuità della legge penale, l'operazione non pare risultare efficace. Anzi, alla contraddittorietà della sentenza nel caso Di Mauro, che comunque perveniva a una soluzione ragionevole, si somma il fatto che qui è lo stesso dispositivo a destare perplessità²⁶⁵.

In sostanza, la Corte afferma che dato il mutamento radicale della politica criminale in tema di reati tributari, e data la numerosa serie di elementi di fattispecie mutati, un fatto che prima della riforma avesse superato i 150 milioni d'imposta evasa e che fosse stato accompagnato dal dolo specifico di evasione²⁶⁶, sarebbe stato integralmente abolito per il passato anche se ancora punibile per il futuro²⁶⁷. *Ad abundantiam* si rifiuta, esplicitamente e in radice, la possibilità di passare da una norma generale a una speciale a motivo dell'impossibilità di applicazione per il passato di un elemento introdotto solo successivamente²⁶⁸.

---

²⁶⁵ Nonostante la Corte non solo palesemente rifiuti il parametro strutturale, ma aderisca quasi letteralmente all'impostazione di Maurizio Musco, in dottrina taluno sostiene che utilizzi il parametro strutturale, si veda S. DOVERE, *L'omessa dichiarazione dei redditi: una nuova ipotesi di "abolitio criminis"*, in «Diritto penale e processo», 2001, pp. 883-884-887.

²⁶⁶ Non si vede, per vero, che altro elemento soggettivo del fatto tipico ci possa essere per un soggetto che non presenta dichiarazione dei redditi l'anno in cui, oltre ai normali redditi da impresa, incassa quasi sette miliardi di lire da una vendita. Ritene che il dolo specifico in questo caso fondi la differenza tra condotta punibile e non punibile, M. Musco, *L'"abolitio criminis" dell'omessa presentazione della dichiarazione*, cit., pp. 2060-2061; francamente non si vede quale altra funzione mai potrebbe avere questo elemento subiettivo del fatto. Sull'identità del dolo specifico, si veda F. BENCIVENGA, *Successione di leggi penali e riforma tributaria*, cit., p. 84; sulla mancanza di eterogeneità sul dolo specifico, interessante l'analisi di M.N. MASULLO, *Le questioni intertemporali*, cit., c. 331.

²⁶⁷ Cass. Sez. Un., 13.12.2000, Sagone, in «Cassazione penale», 2001, pp. 2057-2058.

²⁶⁸ Critico con la prospettiva solitaria della decisione è anche, D. MICHELETTI, *La riformulazione del reato tributario*, cit., p. 2647 e ss., il quale, invece, sostiene l'impostazione strutturale, sebbene limitata dalla specialità bilaterale per aggiunta, sul punto si rinvia alla trattazione del paragrafo 10. Delle due l'una: se si adotta un parametro sostanzialistico basato sulla politica criminale e quindi su bene tutelato e modalità di offesa, non si può *a priori* sostenere che una generalizzazione implichi una continuità. Qui, infatti, la generalizzazione potrebbe anche radicalmente mutare

Non c'è traccia alcuna, però, di spiegazione di questa posizione. Si disegna un contesto politico criminale dal quale non sembra immediato dedurre la discontinuità normativa. Proprio nel caso dell'omissione di dichiarazione pare azzardato parlare di «abbandono della logica prodromica di tutela penale» e di «svolta politico criminale», dato che la fattispecie rivela poche attitudini prodromiche alla lesione del bene²⁶⁹. Non si argomenta su principi presuntivamente lesi, sull'eventuale impossibilità di formazione della colpevolezza. Ci si limita a segnalare un mutamento d'indirizzo politico-criminale e alcune difformità, per vero solo nominali, come il dolo specifico, o irrilevanti, come il passaggio da contravvenzione a delitto²⁷⁰. Le argomentazioni discontinue fondate su altre innovazioni sono poi superabili in concreto, come avviene per la soglia d'imposta evasa che sostituisce il livello d'imponibile senza limiti quantitativi di accesso al reato²⁷¹. Queste sono le ragioni che imporrebbero, secondo la Corte, un'applicazione discontinua della legge penale: solo per il futuro e non per il passato. Questa selezione viene adottata, nonostante il fatto che il reo avesse integrato un fatto di notevole gravità oggettiva e soggettiva e superato diversi livelli di gravità preordinati alla commisurazione della pena.

---

il bene giuridico oltre che le modalità di condotta, e quindi non si vede il motivo per cui si dovrebbe abbandonare il parametro sostanzialistico e politico criminale. Se, invece, tale parametro viene utilizzato, allora non esiste nessuna preclusione per la sua applicazione anche al caso della specializzazione, o almeno bisogna adeguatamente motivare il contrario. Non si possono, in sostanza, prendere separatamente gli aspetti delle teorie, ne viene snaturata la loro essenza dogmatica e teorica. Questo stesso punto è un ulteriore distacco dalla sentenza Di Mauro che non ha fatto riferimento alcuno a questioni di successione per mera generalizzazione successiva.

²⁶⁹ Cfr., F. BENCIVENGA, *Successione di leggi penali e riforma tributaria*, cit., p. 86, il quale sostiene che è la forma più diretta e totale di lesione dell'erario.

²⁷⁰ L'irrilevanza di quest'ultima si evince non solo dal fatto che, in ogni caso, è la norma più favorevole in concreto a venire applicata, ma considerando anche che i reati contravvenzionali non sono definiti in base alla loro struttura ma in funzione della tipologia di pena, e si aggiunge che l'unico elemento effettivamente disomogeneo è quello soggettivo che, tuttavia, oramai si considera doverosamente da accertare, almeno ai fini della commisurazione della pena, così M.N. MASULLO, *Le questioni intertemporali*, cit., c. 330-331.

²⁷¹ Sull'irrilevanza del mutamento del parametro di rilevanza da «imponibile» a «imposta», ancora *ibidem*, c. 331-332.

Questa sentenza si discosta sensibilmente dal solco tracciato dalle Sezioni unite nel caso Monaco e lascia molte maggiori incertezze nella motivazione e nel dispositivo anche rispetto alla decisione Di Mauro. Si lascia del tutto l'approccio strutturale, rifacendosi a una mera formalizzazione del dettato legislativo che applica la legge penale in modo irragionevolmente diseguale.

Proprio queste sentenze in tema di reati tributari sono state modello per altre due decisioni che le Sezioni unite hanno pronunciato in tema di distinzione tra abolizione del reato e successione di leggi penali: la prima concernente il reato di assunzione di lavoratore extracomunitario senza autorizzazione al lavoro, l'altra inerente la modifica della disciplina sull'inquinamento delle acque.

La prima sentenza concerne il passaggio dal reato di occupazione alle proprie dipendenze di lavoratore extracomunitario privo dell'autorizzazione al lavoro a quella che condiziona l'illiceità alla mancanza del permesso di soggiorno²⁷². Richiamando le cadenze argomentative delle Sezioni unite in tema di reati tributari, la Corte decide per la discontinuità normativa. Si utilizzano le differenze di disciplina per sostenere che la diversità dell'atto amministrativo presupposto, del procedimento autorizzatorio e dell'istituzione competente a emanare l'atto, unite a un chiaro mutamento di *ratio* politico-criminale, precedentemente tarata sulla mera tutela del lavoratore e in seguito orientata più alla garanzia del rispetto dei flussi programmati d'immigrazione, imporrebbe la dichiarazione di abolizione del reato²⁷³. Ciò, nonostante, di fatto e di diritto l'autorizzazione al lavoro non sia altro che il presupposto per la concessione del permesso di soggiorno; e nonostante che a fronte di diverse competenze emanatorie l'atto sia contenutisticamente identico²⁷⁴. Decisivo, quindi, il richiamo al mutamento della prospettiva tutoria, alla riformulazione «chiaramente innovativa della fattispecie²⁷⁵».

---

²⁷² Cass. Sez. un., 09.05.2001, Donatelli, in «Il foro italiano», 2002, II, c. 191 e ss.

²⁷³ *Ibidem*, c. 196-197.

²⁷⁴ Così convincentemente, si veda, F. CURI, *Assunzione illegale di lavoratori stranieri*, cit., p. 439.

²⁷⁵ Cass. Sez. un., 09.05.2001, Donatelli, in «Il foro italiano», 2002, II, c. 197.

Il portato interpretativo delle sentenze Di Mauro e Sagone viene richiamato anche nella decisione che le Sezioni unite pronunciano in tema d'inquinamento delle acque²⁷⁶. La modifica della disciplina degli scarichi inquinanti industriali prevede tre anni per l'adeguamento di uno scarico autorizzato già esistente alla nuova normativa. La norma previgente, abrogata, viene sostituita con una norma transitoria che punisce chi non adotta le misure necessarie a impedire, nel periodo di transizione, un aumento dello scarico inquinante. Nonostante la nuova disciplina transitoria riduca la punibilità rispetto alla precedente, in quanto permette uno scarico non superiore a quello già emesso, la Corte ritiene che la disomogeneità delle discipline sia tale da non permettere la continuità normativa dei reati²⁷⁷ e dichiara la mera applicazione di un illecito amministrativo²⁷⁸.

Quest'intenso decennio di pronunce sulla riformulazione del reato rivela alcune costanti. Le ipotesi di continuità normativa sono state motivate tramite analisi strutturali. La discontinuità è stata l'effetto di valutazioni sul bene giuridico e sulle modalità di condotta, valutazioni fortemente influenzate da riflessioni politico-criminali orientate da un'intenzione legislativa spesso non adeguatamente tradotta in norme positive. Anche la sentenza che nel 2003 riscriverà in modo soddisfacente il canone interpretativo intertemporale non riuscirà a non abbandonarsi a suggestioni scaturenti dall'intenzione politico-criminale del legislatore²⁷⁹.

7. Il dominio del “retropensiero” politico-criminale: la “Kontinuität” inclusiva e quella formalistica

La versione originaria della *Kontinuität des Unrechtstyps* penetra in Italia con qualche difficoltà²⁸⁰. Il momento particolare creato

²⁷⁶ Cass., Sez. un., 19.12.2001, Turina, in «Il foro italiano», 2002, II, c. 342 e ss.

²⁷⁷ *Ibidem*, c. 350.

²⁷⁸ *Ibidem*, c. 353; critico V. PAONE, *Nota a Cass. Sez. un., 19.12.2001, Turina*, in «Il foro italiano», 2002, II, c. 342 e ss., c. 343.

²⁷⁹ Il riferimento è chiaramente a Cass., Sez. un., 26.03.2003, Giordano, in «Cassazione penale», 2003, p. 3310 e ss.

²⁸⁰ Il merito è soprattutto di M. ROMANO, *sub. art. 2*, in *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 1995, p. 58.

dalla “temperie giurisprudenziale” permette, però, una rivisitazione tutta italiana della teoria della continuità del tipo d’illecito²⁸¹. Da un lato, a causa del successo della teoria strutturale e, dall’altro, per la virulenza della questione intertemporale in giurisprudenza, la dottrina italiana della continuità del tipo di illecito assume una connotazione chiaramente “inclusiva”. Nella sua forma più recente ed evoluta assorbe, infatti, come parametri ulteriori di verifica della successione di leggi penali nel tempo, non solo l’approccio strutturale ma anche il paradigma del fatto concreto.

La trattazione è articolata secondo diversi livelli. Il primo stadio è la verifica della condizione materiale della successione, cioè la possibilità che uno stesso fatto materiale sia disciplinato da due norme succedutesi nel tempo²⁸². Sebbene con qualche perplessità, si riconosce alla teoria del fatto concreto una particolare dote euristica²⁸³.

Sono, tuttavia, le incriminazioni astratte a dover essere oggetto di verifica intertemporale e non i fatti concreti. La versione inclusiva della teoria del tipo d’illecito considera, così, anche l’apporto della concezione strutturale. La prospettiva è peculiare. Anche se non risolutiva del problema, poiché si limiterebbe esclusivamente a spostare il “cuore” della questione verso la differenziazione dialettica tra legge speciale e legge generale²⁸⁴, la dottrina strutturale viene considerata la base per introdurre le considerazioni assiologiche, nucleo centrale dell’impostazione tipica dell’*Unrechtskontinuität*²⁸⁵.

---

²⁸¹ Rivisitazione che si deve sempre a Id., *Irretroattività della legge penale e riforme legislative: reati tributari e false comunicazioni sociali*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2002, p. 1248 e ss.

²⁸² Si veda F.C. OPPENHOFF, *Das Strafgesetzbuch*, cit., p. 30, viene difesa nella letteratura italiana tra gli altri da A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, 2003⁸, pp. 118-119; Id., *La legge penale tra irretroattività e retroattività*, cit., p. 1 e ss.; S. VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano*, I, Padova, 1999, p. 338; R. RAMPIONI, *L’abuso d’ufficio*, cit., p. 126.

²⁸³ Così, M. ROMANO, *Irretroattività della legge penale*, cit., p. 1255; della stessa opinione è M. DONINI, *“Abolitio criminis” e nuovo falso in bilancio*, cit., p. 1266.

²⁸⁴ Si veda, ancora, M. ROMANO, *Irretroattività della legge penale*, cit., p. 1254.

²⁸⁵ Cfr., *ibidem*, p. 1254.

L’approdo è, così, la lettura valutativa, che si giova dell’apporto coadiuvante offerto dal rapporto tra norme astratte e dalla relazione tra fatti storici. Questa coalescenza è dominata dal bene giuridico e dalle modalità di condotta. Sono questi criteri, in definitiva, a dare un fondamento sia all’analisi storica del fatto che a quella gravitante attorno al concetto di specialità²⁸⁶.

Non si riesce a eliminare il carattere generico e impreciso, quindi malleabile, dell’impostazione della continuità del tipo d’illecito²⁸⁷. Lo stesso riconoscimento, ardito per una teoria della continuità del tipo di illecito, della possibilità di un’abolizione parziale del reato²⁸⁸ si scontra con una sopravvalutazione dell’intenzione politico-criminale, cui si concede la possibilità di spiegare efficacia abolitiva integrale rispetto alla rilevanza penale dei fatti pregressi²⁸⁹.

L’impostazione inclusiva della continuità del tipo di illecito, nonostante la peculiare analisi multilivello, mantiene nondimeno una certa rispondenza al canone classico della *Kontinuität*. In primo luogo, ci si riferisce all’innegabile duttilità del criterio che, costituendone uno dei principali difetti, in un certo senso è la ragione del suo utilizzo giurisprudenziale, sia in Italia che in Germania. In questi ultimi anni si è assistito, però, al radicamento di una versione rigida della continuità del tipo di illecito²⁹⁰. Si è detto come la teorica di Tiedemann già si prestasse a interpretazioni rigide, preziose per la coerenza rispetto ai parametri enunciati ma del tutto inette nella gestione delle vicende intertemporali²⁹¹. È proprio seguendo questa vocazione formalistica e rigida che parte della dottrina, in maniera più lieve in Germania e con maggiore vee-

²⁸⁶ Ancora, *ibidem*, pp. 1258-1259.

²⁸⁷ Anzi è persino considerato un pregio della teoria della *Unrechtskontinuität*, si veda ad esempio, *ibidem*, p. 1257.

²⁸⁸ *Ibidem*, pp. 1259-1260; l’A. si pone in verità dei dubbi circa l’univocità di questa soluzione alternativa alla successione totale di leggi, ma poi li fuga seguendo ragioni di giustizia sostanziale e avanzando comunque una distinzione tra sopravvenuta liceità del fatto e sopravvenuta non punibilità del fatto.

²⁸⁹ Così, *ibidem*, p. 1256.

²⁹⁰ Ritiene che la continuità del tipo di illecito sia rimasta allo stato embrionale, sebbene ne condivida i presupposti teorici, quindi implicitamente si pone come suo sviluppo, M. MUSCO, *La riformulazione dei reati tributari*, cit., p. 464.

²⁹¹ Si vedano, T. PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali*, cit., p. 1361 e ss.; e D. MICHELETTI, *Legge penale e successione di norme integratrici*, cit., pp. 166-167.

menza in Italia, utilizza il bene giuridico e la modalità di condotta come efficaci strumenti di discontinuità nell'applicazione della legge²⁹².

Punto fermo di queste impostazioni pare essere la convinzione che la modifica normativa manifesti in ogni caso l'intenzione legislativa di miglioramento del diritto e quindi un'implicita sconfessione dell'attività normativa precedente²⁹³, per cui ogni variazione della norma imporrebbe l'abolizione della valutazione precedente²⁹⁴. Nella letteratura tedesca, quest'impostazione si coniuga con una particolare prospettiva dell'intertemporalità e della retroazione della norma favorevole. La questione intertemporale viene condizionata, infatti, alla favorevolezza della legge successiva²⁹⁵. Se l'impostazione tradizionale sostiene che si debba valutare prima la continuità normativa e poi individuare quale sia la norma più favorevole applicabile in concreto, potendo anche risultare la norma abrogata, qui, invece, la maggiore favorevolezza della norma sopravvenuta è condizione per l'inizio della valutazione sulla continuità normativa. Si restringono, così, notevolmente e già *ab initio* le ipotesi di successione normativa.

Quest'aggiornamento in senso rigido della teoria della continuità del tipo d'illecito è lieve nella letteratura tedesca. Non si accetta, infatti, la posizione per cui ogni modifica normativa comporti la rinuncia alla precedente valutazione d'illiceità e l'impossibilità di radicamento della colpevolezza²⁹⁶. A questa parzialmente persistente

---

²⁹² Ci si riferisce a C. SCHRÖDER, *Zur Fortgeltung und Anwendbarkeit des Tatzeitrechts*, cit., p. 44; e a M. MUSCO, *La riformulazione dei reati*, cit., *passim*; una dottrina ritiene effettivamente sussistente questo legame tra modifica normativa e progressione del diritto in senso qualitativo, ma la riconduce alla retroazione della norma e non all'abolizione, e, in ogni caso, lega questa convinzione alla capacità di autoreponsabilizzazione del legislatore, sulla quale, invece, nutrirebbe qualche riserva, si veda G. DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, cit., p. 511.

²⁹³ La versione "in positivo" di questa convinzione la fornisce C. SCHRÖDER, *Zur Fortgeltung und Anwendbarkeit des Tatzeitrechts*, cit., p. 69.

²⁹⁴ Si ricorda chiaramente in questo assetto, la prima versione della teoria strutturale tedesca di F.C. SCHROEDER, *Der zeitliche Geltungsbereich der Strafgesetze*, cit., p. 785 e ss.

²⁹⁵ Così, C. SCHRÖDER, *Zur Fortgeltung und Anwendbarkeit des Tatzeitrechts*, cit., p. 49 e ss.; la posizione è analiticamente commentata da D. MICHELETTI, *Legge penale e successione di norme integratrici*, cit., p. 167 e ss.

²⁹⁶ Ancora, C. SCHRÖDER, *Zur Fortgeltung und Anwendbarkeit des Tatzeitrechts*, cit., pp. 70-71.

duttilità del parametro, non corrisponde, però, una migliore descrizione dei protocolli operativi della teoria. Ci si limita alla generica indicazione della necessaria identità tra beni giuridici e tra modalità di condotta²⁹⁷. È nella dottrina italiana che la vena formalistica nascosta dietro l'enunciazione dell'intoccabilità della dimensione assiologica e tipologica trova riscontri seri²⁹⁸.

Nell'elaborazione più organica e interessante la versione formalistica della continuità del tipo d'illecito mantiene i canoni classici del bene giuridico e delle modalità di condotta, ma li trasferisce in un contesto più generale e sistematizzato dove i canoni d'offensività e frammentarietà vengono assunti come referenti²⁹⁹. È proprio la particolare collocazione che il diritto penale offre all'offensività e alla frammentarietà a farli assurgere a canoni privilegiati nell'interpretazione delle vicende intertemporali³⁰⁰. Privilegio che, transitivamente, sarebbe da riconoscere all'*abolitio criminis* rispetto alla successione di leggi penali con applicazione della norma più favorevole³⁰¹.

La posizione di queste priorità ha un effetto molto semplice e coerente con le premesse teoriche della continuità del tipo di illecito: ogni riformulazione che modifica il bene giuridico o che determina una discontinuità nella rilevanza delle modalità aggressive della condotta sancisce un'integrale abolizione della rilevanza penale del fatto³⁰². Nel dispositivo, la versione formalistica della continuità del tipo d'illecito è restrittiva almeno quanto la versione che Schroeder

---

²⁹⁷ *Ibidem*, p. 73; che peraltro auspica paradossalmente che sia la giurisprudenza a precisare i criteri di continuità normativa.

²⁹⁸ Tra le prime impostazioni formalistiche in Italia, si veda S. PREZIOSI, *La riforma della fattispecie incriminatrice di abuso d'ufficio*, cit., p. 173 e ss.; per vero, una posizione restrittiva era stata precedentemente tenuta da C. PODO, *Successione di leggi penali*, cit., 1971, p. 643; ma l'ambientazione dogmatica era ancora di tipo tradizionale, sebbene poi ribadita, con sfumature parzialmente diverse, nel saggio del 1987.

²⁹⁹ Ci si riferisce a M. MUSCO, *La riformulazione dei reati*, cit., p. 156 e ss.; similmente anche I. SCHETTINO, *La riformulazione del reato di omessa dichiarazione: ambiguità del sistema e soluzioni interpretative*, in «Cassazione penale», 2001, p. 3361.

³⁰⁰ Così, M. MUSCO, *La riformulazione dei reati*, cit., pp. 110-113.

³⁰¹ Ancora, *ibidem*, p. 112.

³⁰² Questo è l'esito applicativo, si veda *ibidem*, pp. 118-119.

dà all'impostazione strutturale³⁰³, venendo considerata accettabile soltanto la generalizzazione con persistenza del medesimo bene giuridico³⁰⁴. Tutte le altre possibili soluzioni violerebbero ora il principio di offensività, relativo all'individuazione di un medesimo bene giuridico, ora il principio di frammentarietà, relativo alla continua rilevanza delle modalità di condotta³⁰⁵.

A monte c'è, chiarissima, una particolare concezione dell'attività legislativa e di quella di riforma. Come già evidenziato, non si concepisce che, a fronte di una modifica di una fattispecie tramite riformulazione, il legislatore voglia mantenere la punibilità dei fatti pregressi³⁰⁶. Si pone il legislatore di fronte alla prospettiva di abolire tutto il passato, se opta per la riformulazione specializzante, ovvero di mantenere la punibilità se introduce per innesto una legge speciale³⁰⁷. Come si capisce, gli spazi lasciati all'operatività della succes-

---

³⁰³ Tale impostazione riscontrava esplicitamente la continuità normativa nell'estensione della punibilità dovuta a specializzazione di un elemento o a generalizzazione successiva. C'è, tra l'altro, chi segnala come anche la versione rigorosa e rigida di questo criterio lasci un certo spazio all'intuito del giudice che deve ponderare il peso da dare agli elementi di novità, si veda D. MICHELETTI, *La riformulazione del reato tributario*, cit., p. 2646, si porta poi ad esempio di questa necessaria intuizione la sentenza del BGH del 23.9.1999, riportata e commentata da C. SCHRÖDER, *Zur Fortgeltung und Anwendbarkeit des Tatzeitrechts*, cit., p. 44 e ss.

³⁰⁴ Così, M. MUSCO, *La riformulazione dei reati*, cit., pp. 132-133; soluzione già avanzata da S. PREZIOSI, *La riforma della fattispecie incriminatrice di abuso di ufficio*, cit., p. 178, p. 179; proprio per quanto concerne le dinamiche intertemporali, Micheletti sostiene che la posizione di Maurizio Musco sovverte la dimensione del diritto penale intertemporale, che, nel caso di successione specializzante, è legata alla mera riduzione della punibilità, così, D. MICHELETTI, *La riformulazione del reato tributario*, cit., p. 2648.

³⁰⁵ Fa riferimento, invece, al solo principio d'irretroattività, S. PREZIOSI, *La riforma della fattispecie incriminatrice di abuso di ufficio*, cit., p. 178.

³⁰⁶ La realtà è, invero, molto più complessa e attiene alla metodologia di riforma e al coordinamento tra intenzioni e strumenti effettivi utilizzati. Si veda quanto abbozzato alla nota successiva.

³⁰⁷ Ancora, M. MUSCO, *La riformulazione dei reati*, cit., p. 130; la considerazione è ripresa da S. PREZIOSI, *La riforma della fattispecie incriminatrice di abuso di ufficio*, cit., p. 176; essa tuttavia non convince. La successione per innesto implica una selezione di modalità di offesa che si ritengono meritevoli di un diverso trattamento, ma in un contesto che viene lasciato intatto, cioè le condotte prima rilevanti lo sono ancora tutte, solo alcune vengono differenziate. Il caso della riformulazione è il portato di un'operazione politico-criminale estremamente differente. Qui, infatti, la selezione è tra modalità non più meritevoli di essere punite, e modalità ancora

sione di leggi penali sono talmente angusti da risultare quasi soltanto teorici. Tutte le modifiche di fattispecie nel senso di modernizzazione della tutela, che procede naturalmente verso la specializzazione, determinano un'assoluta discontinuità nell'applicazione della legge penale tra passato e futuro.

C'è tuttavia dell'altro. L'articolazione di questa teoria va oltre il fornire alla continuità del tipo di illecito una rigida certezza applicativa³⁰⁸. Tra le righe s'individua una peculiare concezione normoteoretica della fattispecie e della tipicità. Il punto di partenza di quest'impostazione è l'esclusiva formalizzazione normativa della tipicità³⁰⁹. Da questo assunto deriva che sul concetto di sottofattispecie non si può pronunciare alcun giudizio di tipicità. Essendo costruita utilizzando elementi impliciti della norma, la sottofattispecie non sarebbe mai in grado di fornire rilevanza giuridica ai fatti che in teoria vi si possono sussumere. Questo giudizio di rilevanza, seguendo tale impostazione, può esclusivamente aver luogo attraverso una valutazione retroattiva dei parametri esplicitati grazie alla riformulazione³¹⁰. L'identità di ogni singolo reato è custodita dalla tipicità che ne indica le specifiche modalità d'offesa³¹¹. Una valutazione squisitamente astratta si avrebbe, allora, soltanto nel caso della permanenza del bene e delle modalità di condotta, accertamento fatto attraverso l'analisi della sola tipicità³¹². Da qui nasce l'abolizione retrospettiva.

L'operazione dogmatica è sottile ma artificiale. S'intende il rapporto tra fattispecie e fatto storico in modo eccentrico. Si evidenzia del fatto storico soltanto ciò che è necessario per realizzare la fattispecie penale, compiuta quest'operazione il fatto storico scompare.

---

meritevoli. Essa è contemporaneamente una modernizzazione della tutela penale, una razionalizzazione e una riduzione dell'area del penalmente rilevante. La differenza tra queste due ipotesi giustifica che in entrambe ci possa essere la successione di leggi, sebbene per motivi diversi. Questo comporta la non fungibilità reciproca dei due diversi interventi politico-criminali.

³⁰⁸ Sacrificando chiaramente le esigenze di giustizia ed eguaglianza sostanziale.

³⁰⁹ Così, M. MUSCO, *La riformulazione dei reati*, cit., p. 93 e ss.

³¹⁰ Ancora, *ibidem* p. 93 e ss.; si veda anche S. PREZIOSI, *La riforma della fattispecie incriminatrice di abuso di ufficio*, cit., p. 178.

³¹¹ Cfr., M. MUSCO, *La riformulazione dei reati*, cit., pp. 135, 136.

³¹² È la posizione di *ibidem* p. 151.

Esso diviene il calco, il negativo, della norma incriminatrice. Ormai anch'esso generale e astratto, esiste solo nella norma che lo ha prima sussunto e poi cancellato. È una sagoma senza corpo. Solo questa degenerazione del rapporto tra norma e fatto storico può portare alle conseguenze che si sono precedentemente ricordate. Se la norma viene specializzata i fatti pregressi ancora rilevanti per il futuro sarebbero ritenuti aboliti solo per il passato. La norma che assorbe tutto il fatto concreto annichilendo la sua storicità viene modificata e sostituita da una norma speciale. Non essendo essa più rilevante, nella sua previgente genericità, determina l'irrilevanza di tutte le "sagome" del fatto già svuotate della dimensione storica. Il fatto storico non ha più rilevanza, esso è imprigionato in un legame esiziale che gli nega fenomenologia storica e giuridica. Che manchi la dimensione storica è chiaro. Tuttavia, degenera anche la fisionomia giuridico-penalistica del fatto: nel diritto penale, infatti, esso non rileva solo come fondamento del reato, come qualità, ma anche come quantità. Il fatto storico non è solo una chiave d'ingresso per l'attivazione del diritto penale, esso ha una dimensione quantitativa, soggettiva e oggettiva, che guida la commisurazione della pena.

Più volte si sono segnalati gli effetti paradossali di quest'impostazione. L'introduzione di una qualsiasi soglia di punibilità quantitativa per il reato implicherebbe l'integrale impunità anche delle condotte pregresse che avessero grandemente superato il limite introdotto solo successivamente³¹³. Si può aggiungere che qui non si riescono a fondare epistemologicamente gli asserti centrali della teoria, la quale rimane autoreferenziale. Si attribuisce al concetto di sottofattispecie una caratteristica, cioè la mancanza di elementi normativamente tipizzati, da cui si fa derivare l'atipicità delle sottofattispecie stesse, senza dimostrare, tuttavia, l'esistenza di quest'attribuzione in negativo.

Le versioni inclusive dell'*Unrechtskontinuität* esprimono altre peculiarità con la teorizzazione di Donini. L'impostazione è multilivello. Dal punto di vista metodologico si articola una struttura argo-

---

³¹³ Critica avanzata da G. JAKOBS, *Strafrecht*, cit., p. 103; e poi ripresa, tra gli altri, da M. DONINI, "Abolitio criminis" e nuovo falso in bilancio, cit., p. 1268; e da D. PULITANÒ, *Legalità discontinua?*, cit., p. 1278, p. 1280.

mentativa inclusiva e non esclusiva. Si colgono le sinergie tra i criteri logici ed epistemologici di dottrina e giurisprudenza. Viene rivalutata la portata euristica della teoria del fatto in concreto³¹⁴, che separa, in prima istanza, le ipotesi effettivamente problematiche da quelle solo ipotetiche³¹⁵. Nella misura in cui si richiede un rapporto di specialità tra norme, viene inserito anche un approccio di tipo strutturale³¹⁶, per mezzo della verifica della presenza nel fatto concreto dell'elemento specializzante. Al di fuori di queste ipotesi, non si potrebbe porre una questione di successione di leggi, sarebbe pacifica abolizione del fatto che era previsto dalla norma come reato³¹⁷.

Lo stigma della continuità del tipo d'illecito viene impresso quando, in un secondo momento, si richiede che, superate le verifiche preliminari tra fatto e norme e tra fattispecie astratte, ci sia un'analisi ulteriore sulla permanenza del medesimo bene giuridico³¹⁸. Mentre il parametro storico e quello astratto servono soltanto a selezionare e scartare ipotesi quanto meno dubbie di successione di leggi penali, è la dimensione ermeneutica del fatto tipico, l'assetto assiologico della norma, a stabilire se c'è continuità normativa³¹⁹. Anche se due norme fossero strutturalmente identiche o speciali, mutando il bene giuridico, solo superficialmente esse potrebbero considerarsi espressione di un medesimo disvalore, celando, in realtà, un fatto sostanzialmente, sebbene non strutturalmente, diverso³²⁰.

³¹⁴ Così, M. DONINI, *Discontinuità del tipo di illecito*, cit., p. 2878.

³¹⁵ Anche, ID., “*Abolitio criminis*” e nuovo falso in bilancio, cit., p. 1266.

³¹⁶ Cfr., ID., *Discontinuità del tipo di illecito*, cit., p. 2878.

³¹⁷ Così ID., “*Abolitio criminis*”, cit., p. 1269; ID., *Discontinuità del tipo di illecito*, cit., p. 2879.

³¹⁸ Bene giuridico che, come dice una dottrina, non affianca ma permea integralmente il livello strutturale dell'analisi, si veda A. DI MARTINO, *Successione di norme penali*, cit., p. 536.

³¹⁹ Si veda, M. DONINI, voce *Teoria del reato*, in «*Digesto delle discipline penalistiche*», vol. XIV, Torino, 1999, pp. 260-266; ID., *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991, p. 117 e ss.; richiamati da ID., *Discontinuità del tipo di illecito*, cit., p. 2879.

³²⁰ ID., *Discontinuità del tipo di illecito*, cit., p. 2879; ID., “*Abolitio criminis*”, cit., pp. 1273-1274; parzialmente differente la posizione di chi permette l'efficacia discontinuista del parametro del bene giuridico a fronte di un'omogeneità strutturale solo se c'è assoluta incompatibilità tra i beni, si veda S. DE FRANCESCO, *Successione di leggi penali nel tempo ed area di comune illiceità*, cit., p. 1076.

A questo parametro valutativo interno se ne associa anche uno esterno. Si giunge in questo modo all'ultimo livello dell'analisi intertemporale tra fattispecie proposta da Donini: dopo la verifica della sussumibilità concreta, della specialità, sia in astratto sia nella storicità del fatto concreto, e della permanenza dello stesso bene giuridico, è necessario ancora verificare che non vi siano le condizioni d'emersione di linee di politica criminale dirette all'abolizione, per il passato, di fatti che rimangono illeciti per il futuro³²¹. La differenziazione tra i primi e i secondi è esclusivamente fondata sul *tempus commissi delicti*³²². Condizione di tale discontinuità, e quindi fondamento dell'applicazione diseguale della legge penale, sarebbe un'esigenza di economia processuale³²³, l'eventualità di un'irragionevole gestione processuale del pregresso. Secondo Donini, la presenza di alcune condizioni escluderebbe un'ipotesi di amnistia occulta: pressanti esigenze processuali autorizzerebbero a eludere le forme previste dalla Costituzione per l'amnistia³²⁴. In particolare, vengono individuate tre condizioni di legittimazione³²⁵. In primo luogo, la necessità di risolvere questioni specifiche legate alla gestione del passato nel passaggio da una disciplina a un'altra. In secondo luogo, la chiara abolizione di una larga classe di condotte. In terzo luogo, la perseguibilità delle condotte residue punibili deve risultare incongrua e processualmente impraticabile³²⁶.

All'obiezione di violare i rigidi vincoli costituzionali permettendo un'amnistia occulta ed elusiva dell'art. 79 Cost³²⁷, Donini re-

³²¹ Ancora, M. DONINI, *Discontinuità del tipo di illecito*, cit., p. 2879.

³²² Cfr., *ibidem*, p. 2863 e ss.; critico, D. PULITANÒ, *Legalità discontinua?*, cit., pp. 1304-1305.

³²³ Si veda, M. DONINI, *Discontinuità del tipo di illecito*, cit., p. 2879.

³²⁴ Cfr., *ibidem*, pp. 2880, 2881.

³²⁵ *Ibidem*, p. 2880 e ss.

³²⁶ Ancora, si veda, *ibidem*, pp. 2880-2881; tale impraticabilità è stata riscontrata non solo nell'ipotesi riformata di false comunicazioni sociali, ma anche nel caos della riforma dei reati tributari e precisamente dalle sentenze Tosetti e Sagone.

³²⁷ Sul punto, si veda D. PULITANÒ, *Legalità discontinua?*, cit., pp. 1304-1305; per una lettura della revisione costituzionale dell'art. 79 Cost. come limitazione dell'uso arbitrario dell'amnistia, si veda, L. STORTONI, voce *Estinzione del reato e della pena*, in «Digesto delle discipline penalistiche», Aggiornamento, 2000, pp. 273-274.

plica che il legislatore ha poteri schiettamente più incisivi dell'amnistia; egli può, infatti, depenalizzare, cioè divellere definitivamente e integralmente la rilevanza penale di una categoria di fatti³²⁸. Se ciò è ammissibile, *a fortiori* dovrebbe essere riconosciuto che un fatto possa rilevare solo per il futuro e non per il passato³²⁹.

La teoria di Donini, un'*abolitio criminis* retrospettiva³³⁰, non tende solo a realizzare un approccio multilivello e sinergico tra lettura in concreto e in astratto e tra visione strutturale e valutativa, ma si prefigge anche una funzione deontologica. Si appella, in sostanza, a uno sforzo di coerenza e onestà intellettuale da parte degli operatori del diritto. In questi casi, sostenere la violazione del principio d'uguaglianza sarebbe esercizio d'ipocrisia giuridica. Ipocrisia non solo contrastante con il principio di realtà, ma che facendo girare a vuoto la gestione della giustizia violerebbe il principio di economia processuale³³¹.

Nonostante la serietà e la coerenza delle argomentazioni, quest'impostazione si presta ad alcune osservazioni critiche. Da un lato, la metodologia inclusiva non pone sullo stesso piano elementi strutturali e valutazioni inerenti il bene giuridico. Le prime fungono soltanto da filtro, operano una mera riduzione del materiale che deve essere poi oggetto del giudizio di continuità del bene giuridico, unico vero processo determinante per l'individuazione della successione di leggi. È un parametro squisitamente sostanziale, dunque, a determinare la continuità o discontinuità tra fattispecie.

---

³²⁸ Argomenta così, M. DONINI, *Discontinuità del tipo di illecito*, cit., p. 2880.

³²⁹ Ancora, *ibidem*, p. 2880. Alcuni anni prima si sottolineava in un saggio sulle relazioni tra la Costituzione e la multiforme area della “non punibilità” che proprio la presenza della disciplina costituzionale dell'amnistia testimonia come il legislatore non può adottare le stesse modalità di elisione della punibilità tramite legge ordinaria, sottolineando, così, l'assenza di una libertà assoluta del legislatore in sede di creazione di cause estintive della punibilità, in questi termini, L. STORTONI, *Profili costituzionali della non punibilità*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1984, pp. 663, 648 e 660 e ss.

³³⁰ Usa questa espressione, D. PULITANÒ, *Legalità discontinua?*, cit., p. 1304.

³³¹ In questi termini, M. DONINI, *Discontinuità del tipo di illecito*, cit., p. 2885 e ss.

Non possono allora che riproporsi le riserve che nel corso dei decenni sono state avanzate nei confronti di quest'indicazione criteriale³³². Un parametro sostanziale non è gestibile, nemmeno teoricamente, in termini di certezza del diritto, sia esso indicato come parametro unico, sia esso delimitato da un'articolazione strutturale della fattispecie³³³. Un concetto di valore come il bene giuridico esprime nella sua essenza il rapporto tra un oggetto della realtà e una tendenza critica della ragione che l'osserva e che lo deve descrivere. Tenendo fermo l'oggetto e mutando la tendenza critica della ragione, il giudizio di valore può assumere sfumature completamente diverse³³⁴. Il bene giuridico ha una funzione essenziale nell'ottica progettuale del diritto penale e nella politica criminale. Tale essenzialità non lambisce, però, il paradigma nella sua funzione strettamente ermeneutica di "estrazione" della norma dall'enunciato³³⁵.

Perplessità di tipo diverso, si affacciano all'introduzione dell'ulteriore parametro politico-criminale della volontà discontinuista del legislatore. Se nel primo caso la questione attiene a una mera inefficienza interpretativa di un parametro oltremodo duttile come il bene giuridico, qui, invece, si toccano i gangli vitali del rapporto tra legislazione e interpretazione. Tessuti delicatissimi di contatto tra la formazione di norme giuridiche e il ruolo e l'attività del giurista che deve coordinare la norma per come essa è scritta con tutte le altre norme,

---

³³² Per tutti, T. PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali*, cit., p. 1361 e ss.; ancora icasticamente si scrive «il fatto è che il bene giuridico non può e non deve assumere alcuna rilevanza nella definizione delle vicende successorie: non può, perché la specialità della nuova fattispecie non può che ruotare nell'orbita della precedente disposizione generale, non deve, perché la soluzione di un problema di legalità formale (qual è quello posto da una vicenda successoria) non deve dipendere da un mero giudizio di valore "sostanziale". Quando le valutazioni sostanziali entrano dalla porta, la legalità precipita dalla finestra». Cfr., T. PADOVANI, *Bancarotta fraudolenta impropria*, cit., p. 3332.

³³³ Si veda quanto sostenuto al paragrafo 8 a proposito della teoria del "peso" dell'elemento specializzante per aggiunta.

³³⁴ Sul punto, si veda, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2001⁴, p. 109.

³³⁵ Si distingue tra problemi di conoscenza, rispetto ai quali utilizzare il metro della verità-falsità e problemi di politica del diritto, la cui risposta consistono anche in criteri di valore, così, D. PULITANO, *Il laboratorio del giurista: una discussione su strumenti e scopi*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2003, p. 110.

opporre la coerenza della legge scritta e interpretata sistematicamente alle intenzioni legislative che si pongono apertamente in attrito con la legalità costituzionale³³⁶. La volontà legislativa non esiste al di là della sua chiara materializzazione in un testo normativo. Non si possono dedurre o indurre considerazioni di rottura nell'eguale applicazione della legge, da mere intenzioni normativamente non oggettivizzate dal legislatore³³⁷. *A fortiori* quando la loro materializzazione si scontrerebbe con la procedura che la Costituzione prevede per l'applicazione diseguale della legge basata sul mero tempo del commesso reato³³⁸.

Le teorie che portano alla discontinuità del tipo d'illecito sembrano essere molto sensibili, da un lato, all'intenzione del legislatore, e dall'altro, anche a garantire il reo dall'incertezza del diritto. Tuttavia, questa posizione di stampo lisztiano che vede il codice penale come *magna charta* del criminale, riduce la funzione del giurista a difensore del cittadino nei confronti del potere dello Stato, che, se certamente è la più nobile delle sue prerogative, non può oscurare il fatto che teorico e operatore del diritto devono confrontarsi anche con l'esigenza di sicurezza che il cittadino avanza nei confronti del diritto penale. Garanzia dal potere punitivo ed esigenze di sicurezza sociale, quando fondate su legittime pretese incorporate in norme positive, dovrebbero essere in ogni caso bilanciate³³⁹.

---

³³⁶ Alcune altre considerazioni sono state fatte a proposito della sentenza Giordano che accoglie pienamente, sul punto, la teoria di Donini, salvo poi non ritenerne esistenti i presupposti nel caso specifico della riforma delle false comunicazioni sociali e della bancarotta fraudolenta.

³³⁷ Sull'inutilità del riferimento dell'art. 12 delle “preleggi” all'intenzione del legislatore, e sulla necessità che in ogni caso essa sia obbiettata nel testo della legge, si vedano, per tutti, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 103, p. 106.

³³⁸ Sebbene vicino a queste posizioni, titubante è lo stesso Padovani che scrive, «sarebbero oggi puniti fatti (previsti dalla nuova legge speciale) che non sono più punibili per il passato. Questa seconda ipotesi realizzerebbe, inoltre, gli effetti pratici di una amnistia “occulta” o, più propriamente, “elusiva”, rispetto alle forme vincolate dell'art. 79 Cost. Il terreno si farebbe alquanto viscido». Così T. PADOVANI, *Bancarotta fraudolenta impropria*, cit., p. 3331; dura, invece, la critica di D. PULITANO, *Legalità discontinua?*, cit., p. 1278, pp. 1303-1305.

³³⁹ Si segnala come la stessa dottrina che propende per la discontinuità del tipo di illecito ha, altrove, sottolineato, invece, l'aspetto di difesa e di pace sociale del diritto penale, così, M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al “nemico”*, in «Cassazione penale», 2006, p. 735 e ss.; sul diritto penale come difesa, si veda, F. VIGANÒ,

8. *La struttura come immagine della sostanza: funzione delimitativa e funzione selettiva*

Il dialogo tra le dottrine non ha determinato solo l'approdo a versioni inclusive della teoria della continuità del tipo di illecito, ma ha creato, nel processo di maturazione concettuale, le condizioni per scoprire il risvolto sostanziale dell'impostazione strutturale. In letteratura l'implicazione sostanziale dell'analisi strutturale ha seguito diversi percorsi. Se ne possono distinguere nitidamente due: da un lato, ha posto la questione del significato del singolo elemento specializzante, del "peso" dell'elemento rispetto alla fattispecie; dall'altro, si è inserita a monte del concetto di sottofattispecie per guidarne la selezione all'interno della genericità dei fatti storici che realizzano un'ipotesi di reato.

Nell'utilizzare il concetto di funzione delimitativa della struttura intesa come immagine della sostanza, si allude a qualcosa di profondamente diverso rispetto alle impostazioni che impiegano il bene giuridico come limite all'efficacia continuista del parametro strutturale³⁴⁰. Mentre in questo ultimo caso, la "struttura" è un livello d'analisi in funzione solo selettiva delle ipotesi di continuità normativa, e il parametro che viene utilizzato è esterno all'analisi della struttura, così non accade quando è la "struttura" a individuare l'elemento specializzante da valutare per decidere se il suo passaggio da ipotesi di realizzazione a elemento di fattispecie può determinare una punibilità continua, se c'è, in sostanza, successione di leggi penali.

L'ipotesi è quella della specializzazione per aggiunta di un elemento che ha un rilevante "peso" nell'articolazione della fattispecie. Qui, è la tipologia strutturale dell'elemento specializzante, il suo es-

---

Terrorismo, guerra e sistema penale, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2006, p. 648; emblematica è la sentenza che la Corte Costituzionale tedesca ha pronunciato con riferimento alla legge tedesca sulla sicurezza aerea, ovvero, sulla possibilità di abbattere un aereo dirottato usato come arma contro obiettivi civili, sul punto si veda il lucido contributo di A. NISCO, *Necessità, emergenza e dignità umana: note sul caso della legge tedesca sulla sicurezza aerea (Luftsicherheitsgesetz)*, in «Cassazione penale», 2007, p. 780 e ss.

³⁴⁰ Si pensi, ad esempio, all'impostazione di M. DONINI, *Discontinuità del tipo di illecito*, cit., p. 2877 e ss.; ID., *Abolitio criminis*, cit., pp. 1273-1274.

sere “per aggiunta”, che ne determinerebbe una debolezza tale da richiedere un’ulteriore verifica tramite strumenti valutativi.

In una recente sentenza della Corte di Cassazione viene delineato con estrema chiarezza il quadro concettuale e problematico della questione³⁴¹. La vicenda riguardava la modifica del reato di bancarotta impropria, che prima della riformulazione veniva integrato dalla mera consumazione del delitto di false comunicazioni sociali, e che, a seguito della riforma, necessita del nesso di causalità tra il reato presupposto e il dissesto³⁴².

La Corte adotta esplicitamente la teoria strutturale poiché, dice, è attraverso l’analisi dei rapporti di specialità che si può stabilire un discrimine tra successione di leggi penali e abolizione del reato³⁴³, e collega quest’attitudine della teoria strutturale al bene giuridico che ne offrirebbe un ancoraggio stabile, dato lo stretto collegamento, anche sul piano ermeneutico, tra la struttura della fattispecie e l’interesse tutelato³⁴⁴.

La Corte, dunque, distingue tra specialità per specificazione e specialità per aggiunta. Intendendo la prima come l’approfondimento di un elemento già presente, mentre la seconda come l’aggiunta di un elemento nuovo. Gli elementi descrittivi della prima tipologia sono tutti contenuti nella norma generale, mentre, continua la Cassazione, nell’ipotesi dell’aggiunta è la norma speciale a contenere tutti gli elementi descrittivi della generale.

Quest’impostazione differenziata ha conseguenze direttamente rilevanti in due casi. In primo luogo, quando si ha un’abrogazione della norma speciale con persistenza della norma generale: se la norma abrogata fosse speciale per specificazione si avrebbe una riespansione della norma generale; se, invece, essa fosse speciale per aggiunta, e questo elemento di diversificazione fosse considerato aggravante, ci

---

³⁴¹ Il riferimento è alla Cass., Sez. V, 16.10.2002, Tosetti, in «Diritto penale e processo», 2003, p. 712.

³⁴² Per una lettura critica, si veda, G. DODARO, *Dall’abrogato conflitto di interessi alla nuova infedeltà patrimoniale: problemi di diritto intertemporale*, in «Le società», 2003, pp. 1654-1655.

³⁴³ Ancora, si veda, Cass., Sez. V, 16.10.2002, Tosetti, in «Diritto penale e processo», 2003, p. 712.

³⁴⁴ Così, *ibidem*, p. 713.

sarebbe abolizione del reato, altrimenti mera successione di leggi penali³⁴⁵. Se l'abrogazione si accompagna alla riformulazione della precedente fattispecie che si configura come speciale, c'è abolizione parziale, dice la Corte, solo nel caso di specialità per specializzazione. La specialità per aggiunta, quando introduce un elemento con un "peso" tale da modificare il significato lesivo della fattispecie succeduta a quella abrogata, determina un'integrale abolizione del reato³⁴⁶. Questo è proprio il caso di bancarotta impropria sottoposto alla Corte³⁴⁷.

Come si vede, la struttura viene utilizzata per selezionare un elemento speciale per aggiunta ritenuto elemento di estraneità della fattispecie. La valutazione della continuità si trasferisce, dunque, alla ponderazione comparativa tra elementi di estraneità ed elementi di omogeneità delle fattispecie. In questa sequenza s'inserisce lo studio del "peso", cioè del significato sostanziale da attribuire all'elemento eterogeneo, così, un'incidenza massiccia sull'architettura della fattispecie determina una prevalenza dell'eterogeneità a discapito dell'omogeneità, comportando l'abolizione del reato e l'irrilevanza per il passato dei fatti concreti che sarebbero, invece, rilevanti per il futuro³⁴⁸.

³⁴⁵ *Ibidem*, pp. 713-714.

³⁴⁶ *Ibidem*, pp. 714-715.

³⁴⁷ Molto critico è Padovani, quando sostiene che la tesi espressa da questa sentenza della Cassazione poggia su basi «fragili e controvertibili», ribadendo, invece, il carattere meramente descrittivo della distinzione tra specialità per specificazione e per aggiunta che non individua «due forme di specialità logicamente, strutturalmente e funzionalmente diversificabili sul piano giuridico-penale», si veda, T. PADOVANI, *Bancarotta fraudolenta impropria e successione di leggi*, cit., p. 3331; allo stesso modo critica è la posizione di D. MICHELETTI, *La continuità intertemporale della bancarotta fraudolenta "cagionata" tramite reati societari*, in «Diritto penale e processo», 2003, p. 719, che parla di artificiosità della posizione della Corte. La ragione del fatto che la giurisprudenza, che è tradizionalmente restia a utilizzare il parametro del bene giuridico e il canone dell'offesa, si impegni in tal senso, invece, in campo intertemporale, è legata, per Micheleletti, a esigenze squisitamente processuali, soprattutto allo scopo di evitare di riconsiderare tutti i processi già conclusi, legittimando una coda del processo giudicato in sede di incidente d'esecuzione, cfr., D. MICHELETTI, *La continuità intertemporale della bancarotta*, cit., p. 722.

³⁴⁸ Critico sull'utilizzo di qualsiasi supplemento ermeneutico integrativo dell'indagine strutturale è D. MICHELETTI, *La continuità intertemporale della bancarotta fraudolenta*, cit., p. 718; con riferimento alla sentenza delle Sezioni unite nel caso Giordano, mostra una simile riluttanza a parametri di tipo valutativo orientati allo studio del bene giuridico anche E.M. AMBROSETTI, *"Abolitio criminis" e modifica della fattispecie*, cit., p. 207.

Che la struttura fosse immagine delle scelte di valore legislative la dottrina lo aveva già affermato³⁴⁹. Anzi proprio quest' idoneità rappresentativa del valore depositata nell'architettura strutturale della fattispecie concilia le esigenze della legalità formale con le valutazioni sostanziali oggettivizzate negli elementi del fatto tipico³⁵⁰. Si pone, tuttavia, la questione della possibilità di confrontare le esigenze che si esprimono in sede intertemporale, con le omologhe necessità che in sede sincronica, cioè nel caso di concorso di norme e reati, portano a prediligere sempre una posizione di neutralità rispetto al valore³⁵¹.

Mentre nell'individuazione della fattispecie da applicare si deve operare una scelta tra «profili tipici di offesa parimenti codificati in fattispecie», nella successione di leggi, secondo questa dottrina, si deve verificare se «l'introduzione di un elemento ulteriore esprima un *nuovo* profilo di offesa, prodotto della scelta di attribuire rilevanza ad un elemento che prima non l'aveva³⁵²». Da queste premesse si accede alla diversificazione tra specialità per specificazione, che manterrebbe l'omogeneità strutturale della fattispecie, e specialità per aggiunta che implicherebbe, invece, l'eterogeneità, quindi l'abolizione del reato, qualora l'aggiunta fosse legata all'offesa³⁵³.

La distinzione tra specialità per aggiunta e per specificazione merita qualche considerazione. Le posizioni che non riconoscono alla specialità per aggiunta la possibilità di sancire la continuità tra fattispecie, partono da un presupposto chiaro e a volte anche esplicito³⁵⁴. La sottofattispecie sarebbe veramente tipica solo se gli elemen-

---

³⁴⁹ Si veda, A. DI MARTINO, *Successione di norme penali*, cit., p. 533 e ss., in particolare 535.

³⁵⁰ Ancora, *ibidem*, p. 535.

³⁵¹ Cfr., *ibidem*, p. 536.

³⁵² Così, *ibidem*, p. 536; che sul criterio di specialità possa talvolta incidere una differenza di bene giuridico è sostenuto anche da altri, si veda A. TESAURO, E. NICOSIA, *Nota a Cassazione Sezioni unite, 26 marzo 2003*, in «Il foro italiano», 2003, II, c. 592.

³⁵³ Ancora, in questi termini, A. DI MARTINO, *Successione di norme penali*, cit., p. 537; in questo senso, anche A. NAPPI, *Specialità per specificazione e specialità per aggiunta nella successione di norme penali*, in «Diritto penale e processo», 2004, p. 1065 e ss.

³⁵⁴ Ci si riferisce a A. NAPPI, *Specialità per specificazione e specialità per aggiunta*, cit., p. 1061 e ss.

ti della nuova norma fossero espressi già nella precedente. La differenza con le posizioni formalistiche della continuità del tipo di illecito sta nel ritenere la specialità per specificazione garante del fatto che l'elemento innovativo introdotto fosse già rilevante ai sensi della fattispecie previgente³⁵⁵.

Sul punto è convincente la posizione di chi ritiene solo descrittiva la distinzione tra specialità per aggiunta e per specificazione, rivelando entrambe l'aggiunta di un elemento ulteriore³⁵⁶. Una differenza rilevabile tramite descrizione è innegabilmente presente. Da un lato, la specialità per specificazione sembra espressione di una logica *fuzzy*, cioè frutto di diverse graduazioni, di diverse possibilità della stessa realtà; dall'altro, la specialità per aggiunta sembra un classico esempio di logica binaria, che si sostanzia nell'alternativa tra assenza e presenza. Parrebbero esserci, tuttavia, ancora altre differenze. In particolare, mentre il referente generale della specialità per aggiunta è obnubilato nella formulazione della fattispecie (sequestro di persona → sequestro a scopo di estorsione), la specialità sarebbe per specificazione proprio nella misura in cui il referente generale è espresso dall'enunciato normativo (persona → minore). Queste differenze, lo si ribadisce, sono tuttavia soltanto apparenti. Non c'è nessuna differenza ontologica tra le due ipotesi³⁵⁷.

La ragione di questa diversità apparente sta nella dimensione logica stessa della fattispecie. La norma incriminatrice non descri-

³⁵⁵ Così, *ibidem*, p. 1066.

³⁵⁶ Così, come già evidenziato precedentemente, sostiene T. PADOVANI, *Bancarotta fraudolenta impropria*, cit., pp. 3331-3332.

³⁵⁷ Non convincono alcune esemplificazioni che la dottrina ha proposto come ipotesi di opposizione tra specialità per specificazione e per aggiunta. In particolare, si dice che sia una relazione di aggiunta quella tra furto e rapina: si scrive «nel caso di specialità per aggiunta il rapporto di specialità dipende, invece, da definizioni o classificazioni proposte dalle stesse norme. Così ad esempio il rapporto di specialità tra il delitto di furto (art. 624) e il delitto di rapina (art. 628) dipende dalle definizioni che delle due condotte danno le norme incriminatrici, essendo l'una più generica (impossessamento della cosa mobile altrui sottraendola a chi la detiene) l'altra più specifica nella descrizione (impossessamento mediante violenza o minaccia della cosa mobile altrui sottraendola a chi la detiene)» così, A. NAPPI, *Specialità per specificazione e specialità per aggiunta*, cit., p. 1063; il quale poi fa un altro esempio che tenderebbe a dimostrare come soltanto nella specialità per specificazione la classe di oggetti specializzati fosse già necessariamente contenuta nella

ve, infatti, ciò che non è necessario per integrare la punibilità del fatto. Questo non significa, tuttavia, che gli elementi non descritti dall’enunciato non siano rilevanti. Essi sono indifferenti per il passaggio dalla liceità all’illiceità penale, che è il confine che traccia la fattispecie di reato³⁵⁸. In sostanza, nella formulazione del precetto la fattispecie rispetta la funzione logica della classificazione³⁵⁹. La fattispecie non contiene, tuttavia, soltanto l’espressione del precetto, ma anche l’indicazione della minaccia di pena che avviene attraverso la posizione della forbice edittale³⁶⁰.

La norma incriminatrice ha la funzione principale di separare, il più chiaramente possibile, il lecito dall’illecito, e, per far questo, esprime nell’enunciato precettivo gli elementi d’ingresso nella penalizzazione. All’interno di quest’opzione, tuttavia, cioè una volta che si è varcata la soglia del penalmente rilevante, la fattispecie diversifica la minaccia non solo a seconda di alcune caratteristiche che pos-

---

fattispecie generale. Scrive: «chi uccide un neonato, infatti, uccide pur sempre, e necessariamente, un uomo; mentre è solo eventuale che sia violenta (rapina) la sottrazione di una cosa a chi la detiene (furto)», si veda A. NAPPI, *Specialità per specificazione e specialità per aggiunta*, cit., p. 1065. Al di là della convinzione sul carattere meramente descrittivo della differenza, in questi esempi non pare ci sia nemmeno una differenza descrittiva. La rapina contiene solo un’aggettivazione di un elemento del furto, cioè invece che è “impossessamento per sottrazione” sarebbe “impossessamento per sottrazione violenta o minacciosa”. Perplesità, dunque, anche nei confronti della simile asserzione da parte di F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966, p. 214. Il secondo esempio, invece, soffre di una inversione logica di uno dei termini della proporzione: se si dice “ogni bambino è un uomo”, cioè si va dallo speciale al generale, si dovrebbe dire che ogni rapina è anche un furto. In questo modo, si vedrebbe che proprio ogni elemento per aggiunta ha già nella fattispecie generale il suo concetto di genere, nel caso del rapporto tra furto e rapina è persino enunciato, nel caso della previsione di un nesso di causalità prima indifferente, è solo logicamente espresso ma non enunciato.

³⁵⁸ Con chiarezza, C. PECORELLA, *C’è spazio per criteri valutativi nell’“abolitio criminis”?*, cit., p. 1521, che sostiene che il silenzio del legislatore su un determinato aspetto precettivo non significhi altro che la presenza nella norma, sia di quell’aspetto che della sua negazione, l’A. conclude per l’omogeneità ontologica tra specialità per aggiunta e per specificazione, si veda *ibidem*, p. 1522.

³⁵⁹ Sui concetti di classe e tipo si rinvia al capitolo IV della parte II.

³⁶⁰ Sulla valorizzazione metodologica ed ermeneutica della forbice edittale si vedano il capitolo III e IV della parte II.

sono avere già gli stessi elementi del fatto tipico, ma servendosi anche di elementi non enunciati nella fattispecie, i quali possono essere genericamente individuati nelle circostanze del reato e nei criteri di commisurazione della pena³⁶¹.

Ci sono, in sostanza, degli elementi non enunciati ma logicamente espressi dalla norma. Non sono enunciati poiché indifferenti all'*an* della punibilità del fatto, ma tuttavia rilevanti, data la loro incidenza sul *quomodo* e sul *quantum* della punizione. Sono proprio questi elementi logicamente espressi ma linguisticamente non enunciati, a essere specificati dalla norma successiva. Ogni specializzazione è, funzionalmente e logicamente, un'ipotesi di specialità per specificazione³⁶².

La differenza è proprio solo descrittiva: alcuni elementi sono rilevanti per la punibilità e sono anche enunciati linguisticamente; altri sono espressi solo logicamente e sono rilevanti per la misura della punizione, per l'entità del disvalore illecito. La loro mancata enunciazione è legata all'assenza di funzione classificatoria: non c'è necessità di indicarli poiché è la fattispecie che, classificando i fatti, svolge la funzione principale di garanzia. Di conseguenza, ci sono ragioni di economia enunciativa che impediscono di evidenziare tutte le ipotesi di elementi irrilevanti per la punibilità, ma rilevanti per la punizione. Le norme da cui traggono rilevanza sono topograficamente distanti e attengono, come detto, alle circostanze in senso tecnico e ai criteri di commisurazione della pena.

La valutazione non cambia inserendo considerazioni di valore sul "peso", rispetto all'offesa, dell'elemento descritto per aggiunta³⁶³. Non è così immediato, innanzitutto, capire come solo nel caso di "aggiunta" ci possa essere un'incidenza sostanziale della novità

³⁶¹ Tutta la parte II ruota attorno all'analisi e alla valorizzazione dei criteri di commisurazione della pena e delle circostanze del reato.

³⁶² Non pienamente condivisibile, perciò, la posizione di chi ritiene che la modifica impressa dalla specialità per aggiunta sia solo quantitativa, nel senso di adizione di un elemento, mentre quella per specificazione è solo qualitativa, nel senso di approfondimento delle sue caratteristiche, si veda M. GAMBARDILLA, *Il nesso causale tra i reati societari e il dissesto nella nuova bancarotta fraudolenta impropria: profili dogmatici e di diritto intertemporale*, in «Cassazione penale», 2003, p. 102.

³⁶³ Anche, A. NAPPI, *Specialità per specificazione e specialità per aggiunta*, cit., p. 1068, utilizza questo parametro valutativo dentro il criterio strutturale.

tale da divellere integralmente il giudizio di disvalore del fatto. Non si vede come il passaggio da fattispecie acausale a causale possa rivelare il mutamento di valore penale, e l'eventuale trasformazione dei reati sessuali da reati contro la persona a reati contro la persona di sesso femminile o minore d'età, ovvero il passaggio da un reato con danno patrimoniale a uno con un elevatissimo danno patrimoniale, non riescano, invece, a mutare questo significato di disvalore. Tutte queste variazioni, sebbene verificantesi in ipotesi pacifiche di specialità per specificazione, incidono, e molto, sul significato dell'offesa. Non è possibile contenere un parametro valutativo entro maglie di tipo strutturale.

Se nelle interpretazioni suesposte la legalità viene garantita dal controllo strutturale sugli elementi di offensività, seguendo la seconda prospettiva teorica che guarda alla fattispecie come immagine dell'offesa, è la rilevanza sostanziale nel passato di un elemento della condotta introdotto in fattispecie solo con la riformulazione, a implicare la legittima costruzione di una sottofattispecie-ponte tra nuova e previgente formulazione di un'ipotesi di reato.

La prospettiva di utilizzare la relazione tra struttura e valore come schema di selezione degli elementi della sottofattispecie è, in assoluto, la più matura e convincente versione della teoria strutturale. Tuttavia, non c'è una vera impostazione sistematica di quest'approccio, solo riferimenti di tipo intuitivo, spesso legati soltanto ad aspetti singolari della vicenda intertemporale, poche le righe dedicate a questo sviluppo della concezione strutturale, per lo più trascurate dalla dottrina³⁶⁴.

Il primo a utilizzare quest'intuizione è stato Jakobs. Il contesto era, come si è visto, quello di evitare soluzioni casuali nel caso di specializzazione successiva, cioè evitare una continuità strutturale

---

³⁶⁴ Si pensi che il primo autore che ha avanzato un ragionamento selettivo di tipo sostanziale, cioè Jakobs, non è mai stato citato da coloro i quali ne hanno ripercorso le argomentazioni. Persino Dannecker che riporta il passo di Jakobs a proposito della teoria dell'identità, e che lo critica per alcune manchevolezze in ordine alla formazione della colpevolezza in ambito intertemporale, quando poi passa all'utilizzazione di quei criteri per fondare una formazione non illegittima della rimproverabilità, non coglie la discendenza dalle idee di Jakobs.

meramente formale. Ecco che per garantire anche un'identità materiale si ricorre agli elementi di commisurazione della pena: la rilevanza di un fatto, già allora, come elemento di commisurazione della pena, determinerebbe, secondo Jakobs, la continuità della prospettiva tutoria e la successione di leggi³⁶⁵.

Una decina d'anni dopo l'intuizione di Jakobs, la selezione privilegiata di schemi strutturali torna a essere utilizzata a proposito del giudizio di colpevolezza. L'obiettivo di Dannecker è fornire alla condanna a seguito della continuità normativa un fondamento costituzionale anche rispetto alla colpevolezza³⁶⁶. Per fare ciò, intende dimostrare che l'elemento soggettivo formatosi al momento della commissione del fatto è identico a quello che viene richiesto dalla norma successiva al momento del giudizio,³⁶⁷. L'impostazione di Dannecker è di tipo formale. Senza referente normativo per il dolo e la colpa, dice, al momento del giudizio non si può legittimamente sostenere la colpevolezza su di una norma con diversa tipicità³⁶⁸.

---

³⁶⁵ Così, G. JAKOBS, *Strafrecht*, cit., p. 103; si rinvia al paragrafo 4 dove in nota si sono riportate le parole utilizzate da Jakobs.

³⁶⁶ L'A. sottolinea come in effetti questa esigenza di fornire un parametro rigido alla colpevolezza è di fatto disattesa dallo stesso *Bundesverfassungsgericht* che si è limitato a un approccio minimalista richiedendo la mera riconoscibilità del rischio di rilevanza penale del fatto, si veda G. DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, cit., p. 512.

³⁶⁷ Ancora, *ibidem*, p. 513.

³⁶⁸ Questo è il presupposto da cui parte, si veda *ibidem*, p. 514; in effetti, il problema si pose già alla fine degli anni Settanta rispetto al requisito dell'"insolvibilità incombente", elemento richiesto dalla norma sulla bancarotta ex §283 *StGB*; la questione fu posta da K. TIEDEMANN, *Die Parteispenden-Entscheidung des BGH*, in «Neue Juristische Wochenschrift», 1987, p. 1247 e ss.; precedentemente già la sentenza sul §250 *StGB*, sullo *Strassenraub* aveva indicato tale questione. La giurisprudenza ha affermato, in questo caso, la successione di leggi applicando ovviamente la legge più mite, sebbene al momento del fatto tale circostanza non era prevista, si veda BGH, 23.08.1978, in «Juristenzeitung», 1979, p. 77. La giurisprudenza ha ritenuto sufficiente, in sostanza, la presenza nel reo della rappresentazione e volontà laiche non riferite ad un concetto giuridico di tipicità. Da qui gli strali della dottrina che ritiene indispensabile la coscienza e volontà degli elementi normativi del fatto, si veda K. TIEDEMANN, *Grundfragen bei der Anwendung des neuen Konkursstrafrechts* in «Neue Juristische Wochenschrift», 1977, p. 778. Dannecker ritiene, in sostanza, che il BGH abbia violato il principio di colpevolezza che si deve necessariamente formare su un referente giuridico, si veda G. DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, cit., p. 514. Per le sentenze citate e le critiche si rinvia anche alla trattazione dei paragrafi 2, 3 e 4.

Interessante è come si tenta di connettere la colpevolezza del momento del fatto a quella necessaria in riferimento alla fattispecie riformulata. Lo strumento utilizzato è il concetto di *Unrechtsbezogenheit der Schuld*³⁶⁹, la connessione tra illiceità e colpevolezza³⁷⁰. Il ragionamento è sottile: dato che l'illiceità conosce dei gradi, bisogna verificare se il nuovo elemento della fattispecie riformulata non contenga solo un grado diverso d'illiceità, che sia sufficiente, tuttavia, per sostenere che la colpevolezza formatasi sotto il vigore della fattispecie più generale, sia la stessa richiesta dalla fattispecie speciale³⁷¹. A proposito della sentenza del BGH sulla continuità delle lesioni personali tra DDR-StGB e BRD-StGB, Dannecker conclude dicendo che la colpevolezza del momento del fatto è conforme a quella richiesta dalla norma, quando «der Gesetzgeber eine zunächst nicht bestehende Differenzierung nach dem Umfang des Schadens, der Art der Ausführung, der Verwendung bestimmter Mittel usw. einführt³⁷²». Dimensione del danno, modalità di realizzazione del fatto,

³⁶⁹ Concetto utilizzato da W. FRISCH, *Gegenwärtiger Stand und zukunfts Perspektiven der Strafzumessungsdogmatik*, in «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», 1987, p. 380.

³⁷⁰ Scrive esattamente «Ausgangspunkt für die Feststellung der (Straf begründungs)Schuld in Bezug auf ein neues Gesetz muss die allgemein anerkannte Unrechtsbezogenheit der Schuld sein», G. DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, cit., p. 514.

³⁷¹ Così, *ibidem*, p. 515, precisamente «Soweit nur das Ausmass des Unrechts durch die Gesetzesänderung betroffen ist, kann es sich um neue Merkmale handeln, die den Grad des Unrechts und der Strafzumessungsschuld bereits nach altem Rechts bestimmt haben, so dass eine Bestrafung nach dem neuen Gesetz möglich ist», i corsivi sono originali.

³⁷² L'esemplificazione è quindi basata sull'estensione del danno, sulle modalità di realizzazione della condotta, sull'utilizzo di particolari mezzi, *ibidem*, p. 515. Oltre a quest'impostazione fondata sul coordinamento tra analisi strutturale della fattispecie e la selezione di elementi privilegiati tramite il nesso di illiceità con la colpevolezza, Dannecker utilizza un'altra possibilità per sancire la continuità normativa. L'ipotesi è quella dell'interpretazione autentica del legislatore, che, secondo l'A., non può retroagire se è in *malam partem*. Il caso è quello della punibilità dell'uso abusivo di carte di credito, che prima della seconda legge di riforma della criminalità economica era punito come truffa. Sul punto si veda, per tutti, U. WEBER, *Probleme der strafrechtlichen Erfassung des Euroscheck- und Euroscheckkartenmissbrauchs nach Inkrafttreten des 2. WiKG*, in «Juristenzeitung», 1987, p. 216; oltre naturalmente a G. DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, cit., p. 521 e ss.

e utilizzo di particolari mezzi, sono tutti esempi che, per profili diversi, rientrano nell'ambito della commisurazione della pena.

Anche la letteratura italiana ha maturato questa nuova dimensione della struttura come immagine della sostanza a funzione selettiva. Padovani ha utilizzato, recentemente, un'argomentazione che ricalca in parte l'intelaiatura della selezione privilegiata di elementi già al momento del fatto attraverso la combinazione della fattispecie generica con gli indici di commisurazione della pena³⁷³. A proposito dell'analisi della riformulazione delle false comunicazioni sociali, egli evidenzia come l'evento di danno, sebbene non direttamente compreso nella fattispecie incriminatrice, fosse già presente in funzione aggravante sotto la veste del danno all'impresa ex art. 2640 c.c., inoltre per i soci e i creditori erano già applicabili le circostanze comuni dato che il previgente art. 2621 c.c. era classificabile come un reato contro il patrimonio³⁷⁴.

Questa sensibilità alla selezione qualitativa già tramite la struttura assume un respiro più ampio con la teorizzazione di Pulitanò, che raccoglie questo compito di selezionare gli elementi della sottofattispecie già *ab initio* tramite indici di rilevanza quantitativa del fatto. Sono due le prospettive attraverso cui Pulitanò utilizza la struttura di fattispecie e la sua modifica in senso selettivo rispetto al disvalore materiale del fatto.

In primo luogo, l'impostazione viene articolata rispetto alle teorie della discontinuità legislativa³⁷⁵, che professano l'applicazione

---

³⁷³ Argomentazione poi citata dal sostituto procuratore generale nelle note di udienza del caso Giordano alle Sezioni unite, G. IADECOLA, *Note di udienza sentenza, Sezioni unite del 26.05.2003*, in «Cassazione penale», 2003, p. 3326.

³⁷⁴ Così, T. PADOVANI, *Il cammello e la cruna dell'ago*, cit., p. 1606; fa riferimento all'art. 133 c.p. per indicare come già nella previgente versione, le false comunicazioni sociali potessero assumere linee di maggiore gravità; per un'indicazione sulla giurisprudenza in tema di false comunicazioni sociali, si veda S. DE FRANCESCO, *Successione di leggi penali nel tempo*, cit., pp. 1087-1088.

³⁷⁵ Con questo appellativo il Pulitanò si riferisce alle teorizzazioni che implicano, nel caso di successione specializzante mediante formale abrogazione della legge generale, una totale abolizione del reato per il passato ma solamente parziale per il futuro: in ciò starebbe la discontinuità nell'applicazione della legge penale. Nel suo saggio l'A. associa la tesi della discontinuità elaborata da Maurizio Musco e quella, ritenuta più fondata e per questo più temibile, di Massimo Donini. Questo esito di discontinuità, però, non è assente nemmeno nelle opere dei giuristi tedeschi. Si veda, F.C. SCHROEDER, *Der zeitliche Geltungsbereich*, cit., p. 785 e ss.

della norma specializzata soltanto per futuro, e, in particolare, rispetto alla versione più formalistica e rigida³⁷⁶, che ritiene violazione del divieto di retroattività l'applicazione di un elemento solo successivamente formalizzato. Qui Pulitanò obietta che si tratta di una difformità meramente formale³⁷⁷.

Entra in gioco il carattere privilegiato della selezione che separa gli elementi del fatto tipico in senso stretto da elementi ulteriori che rivestono particolari ruoli all'interno della fattispecie penale in senso lato. Si afferma, infatti, che «elementi ulteriori a quelli che fondano la tipicità possono avere rilievo ad altri fini, come presupposto di valutazioni differenziate della gravità del fatto, e di diversi tipi o misure di risposta al reato. Il riferimento a sottofattispecie differenziate, entro la cornice di una fattispecie più generale, lungi dall'essere escluso dalla strutturazione “per tipi legali”, ne è una normale modalità di applicazione³⁷⁸». In questo modo, si cerca di rintracciare in seno alla norma madre, fatti già diversamente ponderati. Il referente naturale è, ancora, l'ambito di commisurazione della pena.

In secondo luogo, l'ulteriore prospettiva di applicazione di schemi formali a selezioni valutative viene suscitata dall'obiezione di Donini secondo cui in ogni caso di continuità strutturale già la modifica del solo bene giuridico indurrebbe la mutazione degli elementi della tipicità strutturata³⁷⁹. Se all'obiezione di violare il divieto di retroattività si oppone la selezione delle modalità di condotta, si tenta, invece, di far fronte a quest'altra obiezione mediante la selezione della direzione di tutela, ovvero la selettività sopravvenuta del bene giuridico³⁸⁰. In questi termini, si cerca una teorizzazione sensibile ai profili del reato direttamente attinenti al bene tutelato³⁸¹, valorizzando proprio il concetto di struttura come immagine della sostanza.

---

³⁷⁶ È la teoria che Maurizio Musco ha articolato soprattutto in due saggi, M. MUSCO, *L'“abolitio criminis” dell'omessa presentazione della dichiarazione annuale*, cit., p. 2051 e ss.; successivamente in ID. *La riformulazione dei reati tributari*, cit., p. 459 e ss.; oltre che in ID. *La riformulazione dei reati*, Milano, 2000.

³⁷⁷ Cfr., D. PULITANÒ, *Legalità discontinua?*, cit., pp. 1278-1279.

³⁷⁸ *Ibidem*, p. 1279.

³⁷⁹ È la tesi di M. DONINI, *“Abolitio criminis” e nuovo falso in bilancio*, cit., p. 1271.

³⁸⁰ D. PULITANÒ, *Legalità discontinua?*, cit., p. 1286 e ss.

³⁸¹ *Ibidem*, p. 1284.

Ecco che forma e sostanza diventano due dimensioni simbiotiche e il quadro valutativo si abbina alla cornice strutturale³⁸². Ecco che, sul piano formale, una restrizione del penalmente rilevante operata mediante una specializzazione della tutela, è sempre una restrizione di ambiti e di soglie di tutela penale mediante una selezione di modalità di condotta e di tipi di evento³⁸³. Il legislatore, si dice, può solo scegliere gli ambiti, le forme e le soglie di tutela³⁸⁴. Anzi la selezione teleologica sarebbe proprio la *ratio* che porta alla novazione specializzante³⁸⁵: quanto più selettiva è la norma speciale, tanto più è netto il disvalore residuo e, quindi, la volontà “continuista” del legislatore³⁸⁶.

In quest’ottica, allora, la selezione del bene è funzione derivata della selezione delle modalità di condotta. Si ha selezione del bene solo mediante uno “scivolamento” dalla tutela di interessi strumentali verso la tutela di interessi finali prima tutelati solo in via mediata. Sarebbe proprio questo il caso della riformulazione delle false comunicazioni sociali³⁸⁷. Dalla tutela strumentale della trasparenza, che aveva come bene finale il patrimonio, si giunge alla tutela diretta del patrimonio, che, però, non divelle definitivamente lo strumento dell’informazione societaria, ancora indirettamente rilevante³⁸⁸.

Non uscendo dall’ambito segnato dalla fattispecie generale, la fattispecie speciale restringe le condotte punibili e/o posticipa la soglia di punibilità, quindi tende ad allontanare la tutela di beni strumentali attestati su soglie anticipate di penalizzazione, e a implicare la tutela diretta di beni finali che, aprendo a fattispecie di danno, posticipano l’azione del diritto penale. In ogni caso, si tratta dei mede-

³⁸² Esattamente si parla di «due facce della stessa medaglia», *ibidem*, p. 1284.

³⁸³ Il Pulitanò parte dalla considerazione che il bene giuridico dev’essere un’entità afferrabile anche indipendentemente dall’eventuale tutela penale, *ibidem*, p. 1286.

³⁸⁴ *Ibidem*.

³⁸⁵ Ancora, *ibidem*, p. 1285.

³⁸⁶ *Ibidem*, pp. 1285-1286.

³⁸⁷ Sul punto si veda anche, D. PULITANÒ, *Il laboratorio del giurista: una discussione su strumenti e scopi*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2003, pp. 138-139.

³⁸⁸ *Ibidem*, p. 1287.

simi problemi di tutela che vengono caratterizzati e individuati anche dalla previgente generica formulazione³⁸⁹.

Lo slittamento verso beni finali non solo non rompe la continuità rispetto al passato, ma esprime ciò, e solo ciò, che il legislatore ha avuto intenzione di conservare a fronte della riforma nella tutela penale; esso è la *ratio* stessa della modernizzazione, e non può essere ignorato³⁹⁰. Ogni altra valutazione aprirebbe, temibilmente, a esiti di amnistia occulta, alla rottura dell'eguale applicazione delle legge penale³⁹¹.

Non si possono che condividere le affermazioni sulla pericolosità e illegittimità dell'avallo delle linee di politica criminale votate all'elusione del procedimento di amnistia. La stessa argomentazione sulla selezione modernizzatrice del bene giuridico attraverso una modifica della portata della tipicità è l'emblema dell'approccio strutturale come immagine della sostanza³⁹². Molto interessante, ancora, la prospettiva di una continuità proprio laddove c'è maggiore rottura rispetto al passato. L'approccio di Pulitanò ha anche il merito di indicare come il parametro strutturale sia fragile di fronte alle obiezioni di matrice formalistica sulla retroattività della fattispecie riformulata. Eppure, di fronte a quest'individuata debolezza, la teoria fornisce indicazioni troppo generiche, anche se di grande interesse, per poter dare una risposta alla questione. Per capire se, effettivamente, la tipicità riformulata può fondare l'illiceità e la colpevolezza del fatto pregresso.

La prospettiva della struttura come immagine della sostanza è, come detto, la più matura e feconda impostazione dell'analisi strutturale. Stimolante in funzione limitativa, diviene convincente in funzione selettiva degli elementi della sottofattispecie. Più oltre si riconsidereranno questi passaggi, tirando le fila critiche relative a tali suggestioni dottrinali³⁹³.

---

³⁸⁹ Si veda, ancora, *ibidem*, p. 1287.

³⁹⁰ *Ibidem*, p. 1288.

³⁹¹ *Ibidem*, p. 1290.

³⁹² *Ibidem*, p. 1284.

³⁹³ Si rinvia al paragrafo 11 per le osservazioni critiche e le prospettive di ricerca.

9. *Struttura e politica criminale: ancora le Sezioni unite*

Con alle spalle tutto il percorso teorico e giurisprudenziale che si è tracciato in queste pagine, anche la riforma dei reati societari approda al vaglio delle Sezioni unite³⁹⁴. Il peso degli sforzi della dottrina, del lavoro giurisprudenziale di diversi lustri, la passione scientifica di giuristi e operatori del diritto, il tutto coniugato alla pressione dell'opinione pubblica sulle ultime, discusse, riforme in tema di diritto penale dell'economia, impone grande attesa per la pronuncia della Corte³⁹⁵. Il livello scientifico, la chiarezza e la qualità generale della sentenza, oltre naturalmente al dispositivo, sono stati all'altezza di buona parte delle aspettative. La nomofilachia passa certamente attraverso la qualità delle sentenze, e questa decisione ha ottime *chances* di uniformazione interpretativa³⁹⁶.

³⁹⁴ Cass., Sez. un., 26.03.2003, Giordano, in «Cassazione penale», 2003, p. 3310 e ss.

³⁹⁵ Per un quadro della riforma si vedano, A. CRESPI, *Le false comunicazioni sociali: una riforma faceta*, in ID., *Studi di diritto penale societario*, Milano, 2004, p. 551; ancora ID., *Il falso in bilancio ed il pendolarismo delle coscienze*, ivi, p. 579; oltre che D. PULITANÒ, *La riforma del diritto penale societario, fra "dictum" del legislatore e ragioni del diritto*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2002, p. 934 e ss.; e A. ALESSANDRI, *La riforma dei reati societari: alcune considerazioni provvisorie*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2002, p. 993 e ss.; ancora sulla *ratio* della riforma ID., *La legge delega n. 366 del 2001: un congedo dal diritto penale societario*, in «Il corriere giuridico», 2001, p. 1545 e ss.; e ID., *I nuovi reati societari: irrazionalità e arretramenti della politica penale nel settore economico*, in «Questione giustizia», 2002, p. 1; in particolare sulle false comunicazioni sociali, si veda S. SEMINARA, *Riforma del diritto penale societario: attuata la legge delega. False comunicazioni sociali, falso in prospetto e nella revisione contabile e ostacolo alle funzioni delle autorità di vigilanza*, in «Diritto penale e processo», 2002, p. 676 e ss., e, L. FOFFANI, *La nuova disciplina delle false comunicazioni sociali (artt. 2621 e 2622)*, in A. GIARDA, S. SEMINARA (a cura di), *I nuovi reati societari: diritto e processo*, Padova, 2002, p. 251 e ss.; oltre che G. LOZZI, *Successione di leggi penali e riforma dei reati societari*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2002, p. 974 e ss. Per una lettura delle vicende intertemporali delle false comunicazioni sociali, dalla prospettiva problematica della *lex intermedia*, si veda, C. PECORELLA, *La legge intermedia: aspetti problematici e prospettive de lege ferenda*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, Milano, 2006, p. 611 e ss.

³⁹⁶ Secondo Micheletti, tra le righe della sentenza si legge l'intenzione di fungere da guida effettiva per tutte le ipotesi di riformulazione, D. MICHELETTI, *I nessi tra politica criminale e diritto intertemporale nello specchio della riforma dei reati societari*, in «Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia», 2003, p. 1116.

La *ratio* della riforma, almeno quella che si può carpire dai lavori preparatori, sarebbe legata a una razionalizzazione del sistema penale societario, orientata a uno snellimento delle ipotesi di reato³⁹⁷, e, allo stesso tempo, vocata a una maggiore determinatezza nella formulazione³⁹⁸. A prescindere dalle intenzioni asserite, e anche da quelle reali, raramente una mera razionalizzazione della tutela, in un settore così specifico dell'area penalistica, ha determinato attriti e tensioni tali da far parlare di «rottura della tradizione etica»³⁹⁹.

Al di là di ciò, gli effetti sono stati chiaramente orientati a una rigida selettività delle offese e delle condotte lesive, accompagnata da un indebolimento massivo della portata afflittiva dell'impianto sanzionatorio. In particolare, lo svuotamento della fattispecie di false comunicazioni sociali è stato di tale irrazionale entità da far sorgere diversi dubbi di ragionevolezza e di legittimità costituzionale⁴⁰⁰.

Il caso discusso dalle Sezioni unite concerneva sia la riformulazione delle false comunicazioni sociali che quella della bancarotta impropria. Le modifiche sono note. Per quanto concerne le false comunicazioni sociali, il previgente reato è stato scomposto in due fattispecie, una contravvenzionale, l'art. 2621 cc., e l'altra delittuosa, l'art. 2622 c.c. Condotta ed elemento psicologico sono identici, le due fattispecie differiscono per la previsione del danno patrimoniale in pregiudizio dei soci e creditori, che è richiesto solo nel delitto, il quale è punibile, però, a querela della persona offesa⁴⁰¹.

---

³⁹⁷ Padovani parla di «ingordigia applicativa» dell'art. 2621 c.c. vecchia formulazione, si veda T. PADOVANI, *Il cammello e la cruna dell'ago*, cit., p. 1598.

³⁹⁸ Si vedano le istruttive *Note di udienza* per la discussione della causa Giordano redatte dal sostituto procuratore generale, si veda G. IADECOLA, *Note di udienza*, cit., p. 3323.

³⁹⁹ Ancora, D. PULITANÒ, *La riforma del diritto penale societario*, cit., pp. 970-971.

⁴⁰⁰ Sentenza della Corte Costituzionale (26 maggio) 1 giugno 2004, n. 161, in «Giurisprudenza costituzionale», 2004, p. 1665 e ss.

⁴⁰¹ Per un'analisi dell'irrazionalità nel raccordo tra la bancarotta e i reati societari che le sono presupposti, si veda S. DEL CORSO, *Commento all'art. 4 d.lgs. 11.4.2002 n. 61*, in «La legislazione penale», 2003, pp. 582-583.

Ci sono diversi elementi differenziali rispetto alla fattispecie precedente⁴⁰². Soci e promotori non sono più soggetti attivi del reato⁴⁰³.

⁴⁰² Per comodità si riporta la previgente formulazione del reato di false comunicazioni sociali: «art. 2621 c.c. *False comunicazioni ed illegale ripartizione di utili o di acconti sui dividendi*. Salvo che il fatto costituisca reato più grave, sono puniti con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa da lire due milioni a venti milioni: 1) i promotori, i soci fondatori, gli amministratori, i direttori generali, i sindaci e i liquidatori, i quali nelle relazioni, nei bilanci o in altre comunicazioni sociali fraudolentemente espongono fatti non rispondenti al vero sulla costituzione o sulle condizioni economiche della società o nascondono in tutto o in parte fatti concernenti le condizioni medesime; omissis».

Invece, le due attuali fattispecie che hanno sostituito la previgente sono: «art. 2621 c.c. *False comunicazioni sociali*. Salvo quanto previsto dall'art. 2622, gli amministratori, i direttori generali, i sindaci e i liquidatori, i quali, con l'intenzione di ingannare i soci o il pubblico e al fine di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto, nei bilanci, nelle relazioni o nelle altre comunicazioni sociali previste dalla legge, dirette ai soci o al pubblico, espongono fatti materiali non rispondenti al vero ancorché oggetto di valutazioni ovvero omettono informazioni la cui comunicazione è imposta dalla legge sulla situazione economica, patrimoniale, o finanziaria della società o del gruppo al quale essa appartiene, in modo idoneo ad indurre in errore i destinatari sulla predetta situazione, sono puniti con l'arresto fino ad un anno e sei mesi. *Comma 2*: omissis. *Comma 3*: la punibilità è esclusa se le falsità o le omissioni non alterano in modo sensibile la rappresentazione della situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo al quale essa appartiene. La punibilità è comunque esclusa se le falsità o le omissioni determinano una variazione del risultato economico di esercizio, al lordo delle imposte, non superiore al 5 per cento o una variazione del patrimonio netto non superiore all'1 per cento. *Comma 4*: in ogni caso il fatto non è punibile se conseguenza di valutazioni estimative che, singolarmente considerate, differiscono in misura non superiore al 10 per cento da quella corretta». Invece, il nuovo «art. 2622 c.c. *False comunicazioni sociali in danno dei soci o dei creditori*. Gli amministratori, i direttori generali, i sindaci e i liquidatori, i quali, con l'intenzione di ingannare i soci o il pubblico e al fine di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto, nei bilanci, nelle relazioni o nelle altre comunicazioni sociali previste dalla legge, dirette ai soci o al pubblico, esponendo fatti materiali non rispondenti al vero ancorché oggetto di valutazioni ovvero omettono informazioni la cui comunicazione è imposta dalla legge sulla situazione economica, patrimoniale, o finanziaria della società o del gruppo al quale essa appartiene, in modo idoneo ad indurre in errore i destinatari sulla predetta situazione, cagionano un danno patrimoniale ai soci o ai creditori sono puniti, a querela della persona offesa, con la reclusione da sei mesi a tre anni. *Comma 2*: omissis. *Comma 3*: omissis. *Comma 4*: omissis. *Comma 5*: la punibilità per i fatti previsti dal primo e terzo comma è esclusa se le falsità o le omissioni non alterano in modo sensibile la rappresentazione della situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo al quale essa appartiene. La punibilità è comunque esclusa se le falsità o le omissioni determinano una variazione del risultato economico di esercizio, al lordo delle imposte, non superiore al 5 per cento o una variazione del patrimonio netto non superiore all'1 per cento. *Comma 6*: in ogni caso il fatto non è punibile se conseguenza di valutazioni estimative che, singolarmente considerate, differiscono in misura non superiore al 10 per cento da quella corretta».

Vengono ridotte le comunicazioni sociali rilevanti ai fini dell'integrazione della fattispecie. L'esposizione deve riguardare «fatti materiali non rispondenti al vero ancorché oggetto di valutazioni», e non più meri fatti non rispondenti al vero. Al mendacio è equiparata l'omissione d'informazioni la cui comunicazione è imposta dalla legge. L'oggetto del mendacio o dell'omissione è costituito dalla situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo⁴⁰⁴. La condotta dev'essere anche decettiva, cioè idonea a indurre in errore i destinatari sulla predetta situazione⁴⁰⁵. Dal punto di vista soggettivo, l'avverbio «fraudolentemente» è stato sostituito dall'intenzione d'ingannare i soci o il pubblico e dal fine di conseguimento, per sé o per altri, di un ingiusto profitto⁴⁰⁶. Infine, si segnala la grande differenza derivante dall'introduzione di un complesso sistema di soglie di punibilità⁴⁰⁷.

Per quanto concerne le modifiche della bancarotta impropria, esse, da un lato, riguardano le ipotesi di reato che sono suo presupposto, e dall'altro, ed è il vero elemento di novità, concernono l'introduzione del nesso di causalità tra reato societario e dissesto della società⁴⁰⁸.

⁴⁰³ Cfr., T. PADOVANI, *Il cammello e la cruna dell'ago*, cit., p. 1599.

⁴⁰⁴ Su tutti questi elementi ancora *ibidem*, p. 1600.

⁴⁰⁵ *Ibidem*, p. 1601; che sottolinea come l'apparente maggiore estensione terminologica dell'oggetto della comunicazione ricalchi semplicemente la consolidata interpretazione del precedente termine «condizioni economiche»; analoghe considerazioni in termini di tipizzazione del diritto vivente, vengono dall'A. fatte a proposito delle comunicazioni della situazione economica del gruppo.

⁴⁰⁶ Anche qui la divergenza rispetto alla fattispecie previgente è nell'ottica della conferma dell'indirizzo giurisprudenziale più restrittivo in ordine al previgente avverbio «fraudolentemente», si veda *ibidem*, p. 1602.

⁴⁰⁷ Tutta questa sintesi delle modifiche normative è anche nella motivazione della sentenza Giordano, Cass., Sez. un., 26.03.2003, Giordano, in «Cassazione penale», 2003, p. 3319. Sulla natura delle soglie come elementi di atipicità del fatto, per tutti si veda T. PADOVANI, *Il cammello e la cruna dell'ago*, cit., pp. 1603-1604.

⁴⁰⁸ Cass., Sez. un., 26.03.2003, Giordano, in «Cassazione penale», 2003, p. 3320; auspicava già il nesso di causalità nella bancarotta impropria, N. MAZZACUVA, *False comunicazioni sociali e fallimento: un rapporto controverso tra normativa vigente, interpretazione e prospettive di riforma*, in «Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia», 2001, p. 660 e ss. La previgente formulazione dell'art. 223 l. fall: «art. 223. Fatti di bancarotta fraudolenta. Si applicano le pene stabilite dall'art. 216 agli amministratori, ai direttori generali, ai sindaci e ai liquidatori di società dichiarate fallite, i quali hanno commesso alcuno dei fatti preveduti nel suddetto articolo. Comma 2: Si applica alle persone suddette la pena prevista dal primo comma dell'art. 216 se: 1) hanno commesso alcuno dei fatti preveduti dagli articoli 2621,

Nella decisione, la Corte applica con sapienza il criterio dei rapporti strutturali, e decreta la continuità normativa non solo in relazione alle false comunicazioni sociali ma anche rispetto alla bancarotta impropria⁴⁰⁹. Il fatto concreto oggetto del giudizio non possedeva le caratteristiche della nuova disciplina, eppure la Corte non si è schermita dietro la loro irrilevanza concreta. Lo sforzo è stato tutto votato alle interpretazioni future. Si sono anche affrontati importanti profili processuali che, al di là della condivisibilità delle affermazioni, fanno di questa decisione un modello d'impegno, sensibilità giuridica e aspirazione nomofilattica⁴¹⁰.

Rispetto al tema della successione tra la precedente ipotesi e le nuove fattispecie di false comunicazioni sociali, le Sezioni unite trovano un sostanziale accordo sulla continuità normativa⁴¹¹. Gli itinerari argomentativi divergevano in alcuni punti ma il vero nodo, posto indirettamente alla Corte, riguardava la legittimità del rinvio esplorativo, cioè del rinvio orientato all'accertamento dei requisiti introdotti dalla norma successiva⁴¹².

2622, 2623, 2628, 2630, comma primo, del codice civile. 2) omissis». L'attuale formulazione invece, «art. 223. *Fatti di bancarotta fraudolenta*. . Si applicano le pene stabilite dall'art. 216 agli amministratori, ai direttori generali, ai sindaci e ai liquidatori di società dichiarate fallite, i quali hanno commesso alcuno dei fatti preveduti nel suddetto articolo. *Comma 2*: Si applica alle persone suddette la pena prevista dal primo comma dell'art. 216 se: 1) hanno cagionato, o concorso a cagionare, il dissesto della società, commettendo alcuno dei fatti previsti dagli artt. 2621, 2622, 2626, 2627, 2628, 2629, 2632, 2633 e 2634 del codice civile. 2) omissis».

⁴⁰⁹ Oltre a Padovani, tra gli altri, positivo il commento di C. PECORELLA, *C'è spazio per criteri valutativi nell'abolitio criminis?*, cit., p. 1518 e ss.

⁴¹⁰ Ciò, chiaramente, non significa che gli approdi siano interamente condivisibili.

⁴¹¹ In dottrina, Padovani dimostrava già nel 2002 la specialità del nuovo art. 2622 c.c. rispetto al nuovo art. 2621 c.c. che a sua volta è speciale rispetto al previgente art. 2621 c.c., per proprietà transitiva, dunque, concludeva per la specialità, che per la teoria dell'A. significa successione di leggi per continuità normativa di entrambe le due nuove fattispecie nei confronti della previgente versione delle false comunicazioni sociali, si veda T. PADOVANI, *Il cammello e la cruna dell'ago*, cit., pp. 1604-1605; per una posizione divergente da quest'ultima, si veda, S. DE FRANCESCO, *Successione di leggi penali nel tempo ed area di comune illiceità*, cit., p. 1089 e ss.

⁴¹² Sui diversi itinerari argomentativi, ad esempio, la Cassazione ha indicato nella sentenza "Torrenti" la ragione della continuità nella specialità della disciplina successiva. Nella sentenza "Fabbri", invece, si giunge allo stesso risultato ma con la valorizzazione di un ragionamento che coinvolge la diversità nelle modalità

Sulla modifica della bancarotta da reato societario, invece, si sono manifestate delle divergenze interpretative⁴¹³. Accanto ad alcune timide sentenze che hanno eluso la risposta alla questione, si sono collocati due fronti ermeneutici contrapposti. Da un lato, la discontinuità argomentata alla maniera della sentenza Tosetti che, come si è visto, motivava in ragione del “peso” dell’elemento innovativo, ovvero del nesso di causalità, e della sua debolezza strutturale, cioè la specialità per aggiunta⁴¹⁴. Dall’altro lato, un gruppo di decisioni che hanno optato per la continuità tra vecchia e nuova formulazione dell’art. 223/2 n.1 della legge fallimentare⁴¹⁵.

Nella motivazione, le Sezioni unite, argomentando con chiarezza e convinzione, fanno esplicitamente riferimento al paradigma strutturale⁴¹⁶. Tuttavia, ad alcune riserve si prestano, da un lato, le eccezioni alla previsione strutturale, e, dall’altro, le osservazioni sui profili processuali delle precedenti sentenze delle Sezioni unite.

---

di condotta a fronte di un identico bene giuridico. Nella sentenza “Santi” si mette, invece, in evidenza la funzione della remissione del termine per la proposizione della querela per il delitto di false comunicazioni sociali. Molte sentenze pongono, seguendo la scia della nota sentenza Monaco, la questione della contestazione delle nuove modalità aggressive: cfr., Cass. 9.05.2002, Pinto, inedita; Cass., 25.06.2002, Saronne, inedita; Cass., 8.07.2002, Bossi, in «Rivista penale», 2003, p. 129; Cass., 25.09.2002, Brambilla, inedita.

⁴¹³ Sull’incidenza del dissesto nell’economia della fattispecie si veda, S. DEL CORSO, *Commento all’art. 4 d.lgs. 11.4.2002 n. 61*, in «La legislazione penale», 2003, p. 588 e ss.

⁴¹⁴ Se ne è scritto al paragrafo 8 di questo capitolo; in senso assolutamente critico si veda T. PADOVANI, *Bancarotta fraudolenta impropria*, cit., p. 3331.

⁴¹⁵ Si veda la giurisprudenza citata da A. TESAURO, E. NICOSIA, *Nota a Cassazione Sezioni unite*, 26 marzo 2003, cit., c. 588.

⁴¹⁶ Di esiti equilibrati e talmente convincenti da non necessitare né di analisi critica né di commento, parla T. PADOVANI, *Bancarotta fraudolenta impropria*, cit., p. 3329; ricostruisce invece interpretativamente un’ipotesi di reato non doloso ma preterintenzionale, coordinando la disposizione riformata con quella superstita di cui all’art. 223 l.fall., e, conseguentemente, ritiene la fattispecie speciale per specificazione con la precedente e in successione di leggi, S. DEL CORSO, *Commento all’art. 4 d.lgs. 11.4.2002 n. 61*, cit., pp. 590 e ss., 595; ritiene preferibile una valorizzazione degli elementi di discontinuità tra le fattispecie sia di bancarotta che di false comunicazioni sociali, che porti a convergere con la volontà legislativa di abolizione del reato, F. RESTA, *La nuova disciplina delle false comunicazioni sociali: diritto intertemporale e paradigmi ermeneutici*, in «L’indice penale», 2003, p. 1283 e ss.

La Corte afferma che per l'impostazione strutturale si ha applicazione retroattiva della legge successiva al fatto pregresso solo se la nuova fattispecie non fosse stata già reato in base alla legge precedente⁴¹⁷. Risponde sia al senso comune che alla disciplina ordinaria dell'art. 2 c.p., secondo la Corte, «la regola che mantiene la punibilità di un fatto se questo, astrattamente considerato, rientra nell'ambito normativo di due disposizioni che si sono succedute nel tempo. Quando avviene ciò infatti, e nei limiti in cui avviene, di regola non opera, e non avrebbe ragione di operare, l'effetto abolitivo retroattivo della disposizione successiva⁴¹⁸».

L'argomentazione si concentra successivamente sulle critiche alla versione rigida della regola intertemporale cioè quella che richiede sempre un'abolizione del reato a fronte di una modifica specializzante della fattispecie⁴¹⁹. Ecco che l'abolizione solo per il passato è, secondo la Corte, assurda e irrazionale, e rivela un'interpretazione dell'irretroattività che non tiene conto che il fatto fosse già punito e viene punito solo più lievemente⁴²⁰; in senso tecnico per i giudici della Cassazione non si può parlare di retroazione in *malam partem*⁴²¹.

---

⁴¹⁷ Cass., Sez. un., 26.03.2003, Giordano, in «Cassazione penale», 2003, p. 3316.

⁴¹⁸ *Ibidem*, p. 3317.

⁴¹⁹ In ordine a quest'impostazione, argomentata, come visto al paragrafo 7, sia da Massimo Donini che, sebbene con sostanziali diversità argomentative, da Maurizio Musco, si parla di «paradosso sostanziale», si veda D. PULITANÒ, *Legalità discontinua?*, cit., p. 1278, ripreso da T. PADOVANI, *Bancarotta fraudolenta impropria*, cit., p. 3330.

⁴²⁰ Scrive Padovani che se la *ratio* dell'irretroattività consiste nell'impedire di attribuire rilevanza penale a un fatto lecito, allora, la tesi dell'irretroattività «appare incongrua sino ai limiti dell'artificio» dato che il soggetto allora aveva già integrato non solo i requisiti della norma previgente, ma anche della norma riformulata successiva, T. PADOVANI, *Bancarotta fraudolenta impropria*, cit., p. 3330; si veda anche M. ROMANO, *Irretroattività della legge penale*, cit., p. 1248, il quale poi a proposito dell'accusa di irretroattività parla di «illusione ottica» dato che questa ci sarebbe solo se ci fosse certezza sull'abolizione del reato, ma questa non può esserci poiché essa è l'oggetto dell'indagine, Id., *Irretroattività della legge penale*, cit., pp. 1257-1258.

⁴²¹ Ancora, Cass., Sez. un., 26.03.2003, Giordano, in «Cassazione penale», 2003, p. 3317; sulla concezione del principio d'irretroattività espressa dalla Corte, si veda anche D. MICHELETTI, *I nessi tra politica criminale e diritto intertemporale*, cit., p. 1117.

Con questo armamentario concettuale la Corte sostiene che nonostante le numerose e consistenti modifiche apportate alla fattispecie previgente di false comunicazioni sociali⁴²², i fatti puniti dalla nuova norma rientrassero già nella sfera precettiva della prima norma, per cui i fatti che soddisfano le nuove condizioni d'ingresso alla punibilità sono continuativamente da punire⁴²³.

Continuità normativa anche per l'ipotesi di bancarotta impropria. Da un lato, perché le false comunicazioni sociali sono continuativamente punibili, e dall'altro, soprattutto perché si dice che il nesso causale «se non era richiesto (ma non sono mancate voci che anche rispetto alla disposizione del vecchio art. 223 comma 2 n.1 l. fall. hanno cercato di individuare un nesso normativo tra il reato societario e il fallimento), certo non era escluso, e qualche volta formava oggetto di accertamento⁴²⁴». Se è presente un rapporto di specialità, e così è nel caso della bancarotta impropria, la Corte afferma che in mancanza di specifiche indicazioni contrarie, di cui si parlerà tra poco, c'è una continuità normativa⁴²⁵. E non ha senso, continuano le Sezioni unite, distinguere tra specialità per specificazione e per aggiunta, sostenendo nel secondo caso l'abolizione⁴²⁶, perché se descrittivamente differenti, funzionalmente hanno lo stesso nucleo logico presupposto della continuità, costituito dalla doppia punibilità in astratto⁴²⁷.

---

⁴²² Che comunque hanno comportato l'abolizione di diverse ipotesi, come le false comunicazioni per ingannare il fisco, le false comunicazioni verbali non previste dalla legge, o le ipotesi di “nascondimento” omettendo informazioni non imposte dalla legge, si veda T. PADOVANI, *Il cammello e la cruna dell'ago*, cit., p. 1607.

⁴²³ Anche perché non ci sono indici legislativi di una chiara volontà contraria da parte del legislatore, cfr., Cass., Sez. un., 26.03.2003, Giordano, in «Cassazione penale», 2003, p. 3320.

⁴²⁴ Cass., Sez. un., 26.03.2003, Giordano, in «Cassazione penale», 2003, p. 3321.

⁴²⁵ Concorde la migliore dottrina, si vedano, T. PADOVANI, *Bancarotta fraudolenta impropria*, cit., p. 3332; e D. PULITANÒ, *Legalità discontinua?*, cit., p. 1286.

⁴²⁶ Critica è la sentenza rispetto all'impostazione del caso Tosetti, Cass., Sez. V, 16.10.2002, Tosetti, in «Diritto penale e processo», 2003, p. 712; a favore di una valorizzazione della specialità per aggiunta in termini di elemento di discontinuità strutturale tra le fattispecie diacroniche, è E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, Milano, 2004, p. 103.

⁴²⁷ Cass., Sez. un., 26.03.2003, Giordano, in «Cassazione penale», 2003, p. 3321.

Alcune affermazioni della motivazione suscitano più di una perplessità. E non ci si riferisce soltanto al tentativo di riabilitare le sentenze pronunciate dalle stesse Sezioni unite nel caso della riforma dei reati tributari⁴²⁸, già altrove criticate, ma si allude soprattutto alla posizione di due grandi ordini di eccezioni all'applicabilità del criterio strutturale.

In primo luogo, la Corte cede alle istanze già manifestatesi più volte di seguire la visione politico-criminale del legislatore sebbene questa non si armonizzi con l'oggettività della norma⁴²⁹. Ci si riferisce alla possibilità che la Corte concede, come tanti in dottrina e in giurisprudenza, d'interpretare in modo discontinuo una fattispecie. Si accetta in questo modo l'abolizione solo per il passato se ci sono «indici sicuri di una volontà legislativa in tal senso, in mancanza dei quali debba trovare applicazione, senza necessità di ulteriori conferme, la regola del terzo comma dell'art. 2 c.p.⁴³⁰».

La Corte si riferisce evidentemente all'impostazione di Donini. Eppure questa ricerca di particolari situazioni politiche, economiche, sociali o giudiziarie, che giustificerebbero un'applicazione discontinua della legge penale in elusione della disciplina dell'amnistia, non sembra né condivisibile nelle premesse né plausibile nella soluzione. Meno condivisibile ancora se si intendono come pressanti esigenze quelle inerenti la gestione procedimentale del pregresso, l'economia processuale.

Si confrontano probabilmente due idee sulla funzione e sul ruolo del giurista. Da un lato, la visione di un giurista che vuole tutelare lo strumento processuale senza cedere alla "truffa delle etichette" di una riforma che aveva la sola intenzione di abolire tutto il passato. Un giurista che si piega all'intenzione del legislatore allo scopo di portare la politica criminale allo scoperto, per onestà intellettuale⁴³¹. Dall'altro

⁴²⁸ *Ibidem*, p. 3318.

⁴²⁹ Critica è C. PECORELLA, *C'è spazio per criteri valutativi nell'abolitio criminis*?, cit., p. 1524 e ss.

⁴³⁰ Così, Cass., Sez. un., 26.03.2003, Giordano, in «Cassazione penale», 2003, p. 3318.

⁴³¹ Così, M. DONINI, *Discontinuità del tipo di illecito*, cit., p. 2885 e ss., che parla di ipocrisia giuridica, e D. MICHELETTI, *I nessi tra politica criminale e diritto intertemporale*, cit., p. 1133, p. 1137, p. 1139 che in vari punti mette in evidenza la necessità di smascherare il vero volto della politica criminale del legislatore.

lato, la consapevolezza che tutto quello che non è scritto nelle, e con le, norme, ha una scarsa valenza in sede di rintracciamento della norma applicabile. Il giurista non ha a che fare, infatti, che con le norme. Non c'è mai relazione bidirezionale ma solo unilaterale: il legislatore pone le norme che il giurista interpreta, il giurista suggerisce modifiche normative⁴³².

È vero che il legislatore ha poteri anche più ampi potendo depenalizzare per il presente e per il futuro. Ma non sempre l'ampiezza del potere è delimitazione di legittimità degli atti. Il legislatore può abrogare e abolire interamente un reato, ma non può applicarlo in modo diseguale. C'è un limite interno alla legislazione. C'è una sorta di frammentarietà delle facoltà legislative. Non tutto quello che porta alla punizione e non punizione dei reati è accettato. La Costituzione prevede delle forme particolari per l'applicazione discontinua della legge penale. Non ci sono alternative. Nemmeno una legge ordinaria che disponesse l'abolizione del solo passato, sarebbe immune dal vizio di legittimità costituzionale⁴³³.

Se per istituire una fattispecie di reato è necessario un voto del Parlamento affinché ci sia il maggior consenso sociale su una scelta così delicata e invasiva della sfera di libertà dei cittadini, *a fortiori* necessaria è una procedura di maggiore garanzia se si vuole determinare la discontinuità di una norma solo rispetto al passato. La *ratio* è ovvia. Dato che la norma si propone lo scopo di punire alcuni e non altri per lo stesso identico fatto, stabilendo come discrimine solamente il tempo del commesso reato, la porzione parlamentare che vota quest'opzione dev'essere necessariamente composta anche dalle minoranze. Con maggiore convinzione queste riflessioni si possono fare quando i reati in questione sono di nicchia, sono espressione di una ben distinta classe o compartimento sociale. Senza la

---

⁴³² Fermo restando che il giurista può e deve entrare nelle questioni *de lege ferenda* c'è un'autonomia reciproca tra scienza giuridica e produzione del diritto, così, D. PULITANÒ, *Il laboratorio del giurista*, cit., p. 116 e ss.; che poi, continuando, afferma che nella misura in cui gli interessi da tutelare sono indipendenti dalle scelte del legislatore, anche la scienza giuridica non può che essere autonoma nella sua attività ermeneutica e critica (*ibidem*, p. 136).

⁴³³ Così, invece, pare orientato, anche se con perplessità, T. PADOVANI, *Bancarotta fraudolenta impropria*, cit., pp. 3330-3331.

partecipazione al processo decisorio tutto dipenderebbe dal grado di rispetto e di sensibilità verso i meccanismi dello Stato di diritto di cui è portatore il *tandem* maggioranza-governo. Tutto dipenderebbe dalla capacità di autolimitazione e dalla misura della responsabilità del legislatore-amministratore. L'esperienza di questi anni insegna che non è sempre prudente riporvi fiducia. Per questa sfiducia la Costituzione prevede un procedimento di garanzia per la concessione dell'amnistia⁴³⁴.

Le considerazioni sul rischio di applicazione diseguale della legge penale vengono corroborate da alcune riflessioni sulle linee della *Gesetzgebung* di questi anni. A fronte di un irragionevole indebolimento nella tutela del diritto penale societario, e dinanzi alle situazioni di conflittualità d'interessi⁴³⁵, il legislatore tesse trame politico-criminali repressive e simboliche. La legislazione penale torna a diventare marginalizzante e diseguale. Torna a divaricarsi, e non di poco, il rischio penale tra il criminale comune e i protagonisti del diritto penale delle società commerciali: per i primi non valgono le garanzie della sussidiarietà, dell'offensività e della frammentarietà; per i secondi, queste stesse esigenze vengono dilate oltremisura, trasformando il diritto penale societario in *Kavaliersrecht*, in una serie di infrazioni commesse esclusivamente da "gentiluomini"⁴³⁶.

---

⁴³⁴ Cfr., L. STORTONI, *Profili costituzionali della non punibilità*, cit., p. 663; a proposito della scarsa fiducia sulla capacità di autolimitazione del legislatore si vedano ancora le osservazioni dell'A. in ordine all'influenza delle "esigenze" dei partiti sul Parlamento (p. 652).

⁴³⁵ Sul punto, cfr., R. ALAGNA, *Note sul concetto penalistico di conflitto di interessi*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2003, p. 743 e ss.

⁴³⁶ Così, D. PULITANÒ, *La riforma del diritto penale societario*, cit., pp. 972-973; sul punto anche A. ALESSANDRI, *La riforma dei reati societari*, cit., p. 1024. La spiegazione sta nella collocazione gerarchica che viene riconosciuta ai rapporti di produzione e gestione dell'assetto capitalistico. Si scrive: «la libertà di riproduzione dei rapporti sociali proprietari è assolutamente prioritaria, a scapito di ogni altro diritto [...] nonché a scapito di ogni altro interesse anche di notevole rilievo costituzionale o collettivo, quale la salute, o l'integrità dell'ambiente, la sicurezza nei luoghi di lavoro ecc.; e tale esigenza della proprietà come rapporto sociale impone al sistema dei reati patrimoniali di creare dei varchi di libera aggressione in corrispondenza dei meccanismi fondamentali dell'economia capitalistica», così, F. SGUBBI, *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio*, cit., p. 267.

Si badi, al fondo non c'è alcuna convincente giustificazione di politica criminale. La chiave d'interpretazione di questa divaricazione è quella di una schizofrenica antropologia giuridica. I reati comuni sottendono un'antropologia gnoseologica, per cui il confrontarsi con la “punizione” è strumento d'integrazione del sapere della persona, di rinnovamento migliorativo dell'esistenza per mezzo della “riflessione” sull'espiazione⁴³⁷. I reati delle *élite*, invece, si fondano su un'antropologia individualistica e soggettivistica, secondo cui la sanzione è solo «un relitto di epoche dominate da miti metafisici»: nessun coinvolgimento della ragione né della coscienza, nessuna responsabilità verso la società⁴³⁸.

Altra nota che desta perplessità è quella che la Corte dedica alla seconda eccezione nell'applicazione del parametro strutturale. Si ripropone la questione della differenza tra la successione specializzante, per cui varrebbe il paradigma strutturale, e l'abrogazione di una norma speciale con persistenza di una norma generale⁴³⁹. La mente corre subito alle vicende dell'oltraggio al pubblico ufficiale. Viene in quest'occasione ribadita la decisione sul caso Avitabile che portò le Sezioni unite a sancire la discontinuità tra oltraggio e ingiuria. I fatti di oltraggio aboliti integralmente e non punibili per ingiuria. Le Sezioni unite ripercorrono la motivazione della sentenza sull'oltraggio confermando che in queste ipotesi il legislatore non ribadisce, come avviene invece per la riformulazione, la persistente validità di una parte della norma, ma manifesta soltanto una valutazione negativa in ordine all'abolizione di un reato, senza contemporaneamente sancirne la parziale sopravvivenza. Da qui la necessità di utilizzare criteri valutativi per sondare il significato dell'abrogazione⁴⁴⁰. La decisione sull'oltraggio non è condivisibile, e per-

⁴³⁷ Si veda, F. D'AGOSTINO, voce *Sanzione (teoria gen.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XLI, Milano, 1989, p. 306.

⁴³⁸ Sul punto teorico, ma non nella stessa contestualizzazione, si veda ancora, *ibidem*, p. 304.

⁴³⁹ Critica sul principio di eccezione alla continuità strutturale, ma non specificatamente contraria alla sua particolare applicazione nel caso dell'abrogazione dell'oltraggio a pubblico ufficiale, è C. PECORELLA, *C'è spazio per criteri valutativi nell'“abolitio criminis”?*, cit., p. 1528, la motivazione è legata al fatto che l'abrogazione rispecchia una tale necessità di adeguamento rispetto ai canoni del diritto penale democratico che non è possibile eseguire ordini di carcerazione per pene detentive passate in giudicato per un reato di tal fatta.

⁴⁴⁰ Cass., Sez. un., 26.03.2003, Giordano, in «Cassazione penale», 2003, pp. 3318-3319.

mane la diffidenza per quest'eccezione che le Sezioni unite hanno sottolineato anche nel 2003⁴⁴¹.

Un'ultima riserva è da segnalare a proposito delle affermazioni sui poteri di cognizione in sede di giudizio di legittimità. Il problema è verificare se la Cassazione, dopo aver accertato la mancata contestazione degli elementi innovatori, possa rinviare il processo al giudice di merito o meno. Alcune sentenze avevano stabilito già la possibilità di accedere a questo rinvio e quindi evitare la pronuncia *ex art. 129 c.p.p.* di una causa di non punibilità⁴⁴². Le Sezioni Unite contraddicono quest'interpretazione⁴⁴³. Il processo, si sostiene, può registrare una vicenda compatibilmente con lo stadio processuale di legittimità. Nel giudizio di Cassazione, quindi, ciò non sarebbe possibile poiché la Suprema Corte è chiamata a decidere su di un accertamento già completato. Nella misura in cui gli elementi specializzanti, per una modifica intervenuta nelle more dell'impugnazione della sentenza che non accerta i profili di novità sopravvenuta, non hanno formato oggetto di accertamento, la Corte non può che indicare la presenza di una causa di non punibilità e applicare l'art. 129

---

⁴⁴¹ Non attiene direttamente alla ricerca, ma non si può negare l'irrazionalità di questa posizione. Al di là della paradossalità dei presupposti che sono assunti, che non trovano fondamento né in regole né in principi, fa specie che un "pubblico ufficiale" non abbia onore e reputazione anche come "persona". Certo, bisogna escludere le interpretazioni che concedono la lesione del bene anche in ipotesi che mai avrebbero permesso la condanna per ingiuria. Ma che la vittima dell'oltraggio possa essere tutelata solo come pubblico ufficiale e non come persona, col proprio onore e decoro, sembra un'applicazione dello stesso formalismo che ha esteso oltremisura la fattispecie di oltraggio, e che è stato proprio la causa di quest'abrogazione. C'è una chiara mancanza del legislatore che nell'abrogare l'oltraggio avrebbe dovuto escludere l'irrimovibilità del giudicato per garantire la tutela dell'onore nei casi più gravi di offese. A questa situazione non può porre rimedio l'interprete, almeno non attraverso un'interpretazione che forza il dettato normativo e la tradizione consolidata del diritto penale intertemporale, relativa all'abrogazione di una norma speciale con riespansione di una generale persistente. Le Sezioni unite avrebbero potuto e dovuto correggere in diritto le interpretazioni aberranti e antidemocratiche del reato di oltraggio, che permettevano una sua estensione ben al di sotto dei limiti dell'offesa minima.

⁴⁴² Ci si riferisce alle sentenze, Cass. 9.05.2002, Pinto, inedita; Cass., 25.06.2002, Saronne, inedita; Cass., 8.07.2002, Bossi, in «Rivista penale», 2003, p. 129; Cass., 25.09.2002, Brambilla, inedita.

⁴⁴³ Cass., Sez. un., 26.03.2003, Giordano, in «Cassazione penale», 2003, pp. 3321-3322.

c.p.p. Secondo la Corte, dunque, un annullamento con funzione meramente esplorativa non sarebbe ammissibile⁴⁴⁴.

Ancora una volta, sembra continuare la saga del dominio del processo sul diritto penale⁴⁴⁵. Non solo la necessità delle contestazioni nuove, e la loro relativa cristallizzazione nel giudizio di appello, ma anche questo ostacolo alla malleabilità del fatto nel giudizio di legittimità che, sommandosi a quella rigidità tipica dell'incidente di esecuzione, rende difficile l'accertamento e quindi la fenomenologia tipica del fatto intertemporale⁴⁴⁶.

10. *La struttura anelastica*

Nel giudizio sulla riformulazione dei reati societari e fallimentari, la Cassazione combina due diverse prospettive. Imposta il cuore dell'argomentazione sulla dinamica strutturale tra fattispecie in relazione diacronica e poi prevede una serie di ipotesi periferiche che seguono flussi solutori autonomi. Anche se all'interno di questa combinazione, il parametro strutturale è ben elastico e vengono respinte non solo le teorie più oltranziste dell'abolizione integrale a fronte di qualsiasi modifica della struttura, ma si riconosce anche una trasmissione della continuità normativa attraverso le propaggini costituite dagli elementi speciali per aggiunta. L'immagine è di una struttura solida ma flessibile. Così non è stato, invece, nella letteratura più recente, che, sebbene da due prospettive divergenti, con due impostazioni differenti e in misura diversa, ha reso il paradigma strutturale decisamente anelastico.

---

⁴⁴⁴ *Ibidem*, p. 3322.

⁴⁴⁵ Si veda, per tutti, M. NOBILI, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, p. 181 e ss.

⁴⁴⁶ Per quanto concerne i poteri del giudice di legittimità di fronte alla riformulazione si ribadisce quanto già affermato al paragrafo 4 del capitolo I, ovvero che intendendo le modifiche della riformulazione come ipotesi di “fatto diverso” ci sarebbe anche dinanzi alla Corte di Cassazione degli spazi per il rinvio esplorativo, in particolare tramite l'illogicità della motivazione o la mancata assunzione di prove decisive, tesi sostenuta da T. RAFARACI, *Le nuove contestazioni*, Milano, 1996, p. 472 e ss., e supportata indirettamente, da chi ritiene le modifiche di fattispecie come ipotesi di “diversità del fatto”, così, T. PADOVANI, *Il cammello e la cruna dell'ago*, cit., p. 1607.

Alcuni elementi di anelasticità vengono introdotti già da Micheleletti⁴⁴⁷. Questa rigidità entra attraverso due differenti percorsi. Sul piano positivo del paradigma strutturale, si esclude la possibilità della continuità normativa nel caso di una relazione di specialità bilaterale per aggiunta⁴⁴⁸. Sul piano negativo del canone strutturale, ovvero rispetto alla concessione dell'eccezione relativa all'intenzione legislativa di «chiudere col passato senza indulgenze per il futuro», sembra si allarghino le maglie dei presupposti per disapplicare il parametro strutturale a favore della discontinuità sancita dal "retropensiero" politico-criminale⁴⁴⁹.

La riduzione della capacità continuista del paradigma strutturale viene determinata, dunque, dal recepimento della distinzione tra interferenza e specialità bilaterale sintetizzata nel settore sincronico del concorso di norme e di reati⁴⁵⁰. Nell'interferenza, si dice che gli elementi peculiari di ognuna delle due fattispecie debbano essere ulteriori rispetto a quelli presenti nell'altra. Questo significa che l'eterogeneità strutturale c'è nel caso di specialità bilaterale per aggiunta⁴⁵¹. Nella relazione di specialità bilaterale c.d. in senso stretto, si ha, invece, che almeno una delle due fattispecie è speciale per specificazione⁴⁵². Mentre nel settore sincronico l'interferenza dà luogo al concorso di reati e non all'applicabilità dell'art. 15 c.p. perché individua l'ipotesi della diversità di materia, nel settore diacronico essa

⁴⁴⁷ Cfr., D. MICHELETTI, *I nessi tra politica criminale e diritto intertemporale*, cit., p. 1113 e ss.; ID., *La continuità intertemporale della bancarotta fraudolenta*, cit., p. 715 e ss.; ID., *La riformulazione del reato tributario di omessa dichiarazione*, cit., p. 2643 e ss. Quella per la dottrina strutturale è per l'A. un'opzione strettamente connessa alla cultura giuridica giuspositivista, si veda ID., *I nessi tra politica criminale e diritto intertemporale*, cit., p. 1119.

⁴⁴⁸ Così, *ibidem*, p. 1127; ID., *La continuità intertemporale della bancarotta fraudolenta*, cit., pp. 719-720.

⁴⁴⁹ Il punto di partenza logico è l'affermazione della funzione assistenziale del diritto intertemporale rispetto alle linee di politica criminale, si veda ID., *Legge penale e successione di norme integratrici*, cit., p. 132; 1124 e ss.; una disamina molto interessante è in ID., *I nessi tra politica criminale e diritto intertemporale*, cit., p. 1127 e ss.

⁴⁵⁰ Cfr., G.A. DE FRANCESCO, "Lex specialis". *Specialità ed interferenza nel concorso di norme penali*, Milano, 1980, p. 60 e ss.

⁴⁵¹ Ancora, *ibidem*, p. 61.

⁴⁵² Si veda, *ibidem*, p. 62.

determinerebbe la discontinuità normativa. Tale posizione è limitata esclusivamente alla specialità bilaterale per aggiunta, mentre per quella unilaterale si opta per la continuità, dato che è sempre rintracciabile una sottofattispecie comune⁴⁵³.

Presupposto per la posizione di Micheletti della dimensione negativa dell'anelasticità del criterio strutturale è il concetto di “funzione assistenziale” del diritto intertemporale⁴⁵⁴. La funzione del diritto e delle regole intertemporali sarebbe completare e proseguire la soluzione politica intrapresa dal legislatore con l'adozione di una modifica normativa⁴⁵⁵. Da queste premesse l'autore si fa promotore, seguendo la prospettiva di Donini, di una specie di discontinuità deontologica che determina, a sua volta, un'anelasticità del parametro strutturale.

Partendo dall'analisi delle linee di politica criminale, vengono perspicacemente individuati tre filoni principali: riforma come reazione all'interpretazione giurisprudenziale⁴⁵⁶, riforma come alternativa all'amnistia in senso tecnico⁴⁵⁷, e riforma come strumento per indebolire l'obbligatorietà dell'azione penale⁴⁵⁸. In tutti e tre i casi il criterio strutturale è riconosciuto come disfunzionale rispetto alla funzione assistenziale che viene attribuita al diritto intertemporale⁴⁵⁹. Questo

---

⁴⁵³ Si veda, D. MICHELETTI, *La continuità intertemporale della bancarotta fraudolenta*, cit., p. 719; in via generale l'A. rifiuta ogni ulteriore criterio ermeneutico aggiuntivo a quello strutturale, ancora ID., *La continuità intertemporale della bancarotta fraudolenta*, cit., p. 718.

⁴⁵⁴ Così, ID., *Legge penale e successione di norme integratrici*, cit., p. 132.

⁴⁵⁵ La frizione tra politica criminale ed evoluzione intertemporale si fonderebbe, secondo Micheletti, sulla gestione del paradigma nomodinamico classico, per cui la norma è punto mediano tra la sanzione e il giudizio di lesività. Nella misura in cui le norme intertemporali non hanno agevolato ma ostacolato le linee emergenti della politica criminale, secondo l'A. il canone che maggiormente è sensibile all'esigenza della legalità, ovvero il criterio strutturale, è considerato troppo rigido e si cercano alternative più duttili, si veda ID., *I nessi tra politica criminale e diritto intertemporale*, cit., p. 1124 e ss.

⁴⁵⁶ Così, *ibidem*, p. 1130.

⁴⁵⁷ *Ibidem*, p. 1133.

⁴⁵⁸ *Ibidem*, p. 1137.

⁴⁵⁹ Tra i problemi sottesi all'affermazione dell'A., c'è quello di un legislatore che non sempre, concedendo la buona fede e parlando in generale, è conscio e responsabile delle scelte innovatrici che compie, si veda G. DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, cit., p. 511; anzi, secondo Dannecker, è proprio questa mancanza di responsabilità che porta la giurisprudenza tedesca a preferire la continuità normativa all'abolizione del reato.

sarebbe il motivo, ed è il solo profilo interamente condivisibile, per cui spesso viene preferita la duttilità dei parametri valutativi alla maggiore rigidità dell'impostazione strutturale⁴⁶⁰.

La discontinuità deontologica sorge e vive tra le falle della legalità dello Stato di diritto, create dalle linee politico-criminali di questi ultimi anni. Se il criterio strutturale è inteso come la più fedele espressione della legalità⁴⁶¹, è chiaro sottolinearne l'inadeguatezza rispetto alle peculiari esigenze degli ordinamenti "liquidi" e discontinui rispetto al passato.

Volgendo lo sguardo alla prima linea di politica criminale segnalata, la disfunzionalità del parametro strutturale poggia su due considerazioni. Da un lato, opponendosi a quest'intenzione politico-criminale esso permetterebbe alle «intollerabili applicazioni della norma sull'oltraggio al pubblico ufficiale» di persistere in quanto speciali rispetto alla fattispecie di ingiuria⁴⁶². Dall'altro lato, si ipotizza la preferenza del giudice per i criteri valutativi poiché gli permetterebbero una sorta di diritto di veto sulla riforma, quando essa scaturisca da una reazione contro l'operato della giurisprudenza stessa⁴⁶³.

L'opinione non è condivisibile. Delle due l'una: o la giurisprudenza utilizza il parametro valutativo per porre un veto e un freno alla legislazione, o lo utilizza per realizzare la riforma effettivamente voluta dal legislatore contro le interpretazioni dei giudici. Sono due reazioni contraddittorie alla stessa linea di politica criminale limitativa dell'interpretazione giurisprudenziale. Nel caso dell'oltraggio, ragionando come sopra, la giurisprudenza avrebbe, in sostanza, acconsentito alla correzione e al rimprovero e alla "punizione" legislativa per le interpretazioni incongruenti. Mentre nella seconda

---

⁴⁶⁰ Sul punto anche, D. MICHELETTI, *La continuità intertemporale della bancarotta fraudolenta*, cit., p. 722; parla di una tensione tra la necessità di utilizzare un parametro elastico ispirato alla giustizia sostanziale e l'esigenza di rigide formalizzazioni di fronte alle questioni poste dalla riformulazione, anche, P. ARDIA, *La riforma dei reati tributari*, cit., p. 410.

⁴⁶¹ D. MICHELETTI, *I nessi tra politica criminale e diritto intertemporale*, cit., p. 1139, l'A. prosegue dicendo che tale principio, strutturale-legalità, non può imporsi all'interprete che, piuttosto, deve aderirvi spontaneamente, prediligendo altri criteri *praeter* legali come il male minore.

⁴⁶² *Ibidem*, p. 1130.

⁴⁶³ *Ibidem*, p. 1131.

ipotesi, per esempio con la riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione, la giurisprudenza avrebbe utilizzato il potere di veto. Queste due opposte posizioni scaturirebbero, tuttavia, da un’identica linea politico-criminale di arginamento dell’abuso interpretativo della giurisprudenza. Ancora qualche considerazione.

L’affermazione secondo cui il parametro strutturale tenderebbe ad assicurare lo spiegamento del potere e del primato legislativo lascia qualche perplessità. Se con questo s’intende il potere scaturente dall’art. 25 della Costituzione, e così lo si intende⁴⁶⁴, non è il primato legislativo ma la sovranità della legge a dover essere garantita⁴⁶⁵. La differenza è notevole. Se la Costituzione garantisse il primato legislativo inteso soggettivamente come quello dell’intenzione del legislatore, dovrebbe avallare anche una politica criminale votata all’elusione delle garanzie sull’applicazione eguale della legge penale e dell’obbligatorietà dell’azione penale. Così non è. Il legislatore ha il potere-dovere di porre le norme, esse però vivono autonomamente, s’inseriscono in un sistema complesso di regole e di principi: il testo normativo è l’unico referente dell’interprete, sia ai fini dell’applicazione sia, *a fortiori*, ai fini dell’individuazione stessa della legge da applicare. La norma viene garantita e tutelata dall’utilizzo del parametro strutturale, dalla garanzia della tipicità e della legalità, intesa come sovranità della legge e non del legislatore. Se è così, allora l’interpretazione che applicasse il parametro strutturale sarebbe “secondo legge” e non arbitraria, farebbe prevalere la norma e non il legislatore.

L’espressione “discontinuità deontologica” si può meglio giustificare volgendo lo sguardo alle ultime due direzioni di politica criminale. Passando alla seconda linea anomala di politica criminale, quella elusiva del procedimento costituzionale per l’amnistia, questa dottrina afferma che utilizzando il parametro strutturale «di fronte all’introduzione di una nuova fattispecie, magari del tutto virtuale ed escogitata *ad hoc* solo per ottenere l’effetto clemenziale maggiore possibile, l’art. 2 c.p. registrerebbe comunque l’esistenza di una sia pur minima e finanche irrealistica continuità normativa, solo perché

---

⁴⁶⁴ Ancora, *ibidem*, p. 1131.

⁴⁶⁵ Sui rapporti tra norme e ordinamento è impostato il lavoro di R. SCHREIBER, *Die Geltung von Rechtsnormen*, Berlin-Heidelberg-New York, p. 1966.

la nuova fattispecie si pone, in termini logici, in un rapporto di specialità con quella abrogata. Un esito questo che, da un lato, avallerebbe una nuova forma di “truffa delle etichette”, dato che l’art. 2 c.p. finirebbe per spacciare come riforma in parziale continuità con il passato ciò che in realtà è un puro “colpo di spugna”; e dall’altro lato, imporrebbe un ingente quanto inutile dispendio di energie giudiziarie, indispensabili per riesaminare tutte le sentenze pronunciate in forza della norma emendata»⁴⁶⁶.

Si continua, poi, la sottolineatura della disfunzionalità del parametro strutturale a proposito della linea di politica criminale che attraverso la riduzione del termine di prescrizione vuole limitare l’obbligatorietà dell’azione penale, evidenziando «che senso mai potrebbe avere il riconoscimento di una parziale continuità normativa tra la precedente e la nuova versione del reato di cui all’art. 2621 c.c., operata in nome di un’ideale coerenza al criterio strutturale, quando poi la ricerca dei fatti pregressi che continuerebbero ad assumere rilevanza penale sarebbe completamente vanificata dalla fulminante operatività, rispetto ad essi, del nuovo regime prescrizionale? Meglio allora una trasparente operazione di onestà intellettuale, che, interpretando questa vicenda intertemporale alla luce di un giudizio di valore, sia in grado di superare i vincoli puramente formali della riformulazione, cogliere il vero ed autentico senso di questa riforma e, dopo avere riconosciuto in essa i crismi sostanziali di un provvedimento di depenalizzazione, applicare costantemente la disciplina dell’*abolitio criminis* totale»⁴⁶⁷.

La discontinuità deontologica, da un lato, vede il parametro strutturale disfunzionale e, dall’altro, non vuole piegarlo, ed ecco l’inelasticità, all’avallo di una truffa delle etichette. Concetti come «evitare colpi di spugna» e «inutile dispendio di energie giudiziarie», fanno diventare l’utilizzazione del parametro strutturale una «insensata coerenza ideale», cui contrapporre una «trasparente operazione di onestà intellettuale». In queste ipotesi, e con tali motivazioni, si

---

⁴⁶⁶ Così D. MICHELETTI, *I nessi tra politica criminale e diritto intertemporale*, cit., p. 1133.

⁴⁶⁷ Ancora *ibidem*, p. 1137; per una concezione della prescrizione come sbocco e non come alternativa all’azione penale, si veda D. PULITANO, *Tempi del processo e diritto penale sostanziale*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2005, p. 523.

opta per la discontinuità normativa, per l’abolizione del reato solo per il passato. È discontinuità deontologica, è causa d’inelasticità del parametro strutturale⁴⁶⁸. Qualche ulteriore breve riflessione.

In ordine alla considerazione per cui applicare il parametro strutturale contribuirebbe a celare la truffa delle etichette voluta dal legislatore, pare proprio che la prospettiva debba essere ribaltata. Non è la truffa in sé come lesione della forma che intreressa, ma lo scopo. Il colpo di spugna vale già per il futuro e certamente per una gran parte dei fatti del passato. Questo dato parrebbe sufficiente per attribuire, se proprio necessario, un’eventuale responsabilità politica al legislatore. È una situazione evidentissima e tutt’altro che indolore. Piuttosto il dovere e la deontologia impongono di utilizzare il parametro che tutela la tipicità, che salvaguarda la legge dalle intenzioni nascoste del legislatore, cioè di garantire l’eguale applicazione della legge tra chi commette il fatto dopo la riformulazione e chi lo ha commesso prima⁴⁶⁹.

Rispetto alle preoccupazioni sul dispendio di energie giudiziarie, sono da fare due brevi considerazioni. Da un lato, come già detto, non è compito del giurista preoccuparsi del dispendio di energie giudiziarie, piuttosto se proprio dipendio ci deve essere che sia orientato alla tutela della legge, alla protezione dei cardini dello Stato di diritto. Dall’altro lato, l’esigenza dell’eguale applicazione della legge penale non è comunque commensurabile all’economia processuale. Problema certamente insidioso e che vulnera la fisiologia dell’applicazione della norma ma che tuttavia guarda il principio di eguaglianza da molto in basso⁴⁷⁰.

---

⁴⁶⁸ Le soluzioni che si prospettano sono ora orientate, salvo l’ipotesi di riscoperta del diritto transitorio, a piegare la legge alle esigenze della politica criminale: ripristinare la versione *blanda* della procedura di amnistia; prevedere provvedimenti di immediata riabilitazione che estinguano l’esecuzione della pena scaturente da un reato abrogato; prevedere una disciplina transitoria per superare l’ostacolo dell’obbligatorietà della azione penale. Ovvero soluzioni che hanno una caratterizzazione latamente artificiale, come impone per legge la mediazione del fatto concreto, o rendere la norma abrogata temporanea e quindi ultrattiva, così, D. MICHELETTI, *I nessi tra politica criminale e diritto intertemporale*, cit., p. 1139 e ss. Posizioni non accettabili nella misura in cui perpetuano la lesione della sovranità della legge operata dal legislatore attraverso linee di politica criminale tendenzialmente abusive.

⁴⁶⁹ Si veda, D. PULITANÒ, *Legalità discontinua?*, cit., p. 1300 e ss.

⁴⁷⁰ Ancora, *ibidem*, p. 1305; sul giudizio di eguaglianza-ragionevolezza si veda, per tutti, A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001, p. 8 e ss., p. 37 e ss.

Rispetto alla riflessione sull'inutilità del parametro strutturale che sancisce continuità per ipotesi di reato i cui termini prescrizionali sono stati abbattuti dalla riforma, con lo scopo d'incidere sull'obbligatorietà dell'azione penale, l'obiezione è scontata. C'è una consistente differenza tra un'assoluzione nel merito perché il fatto non è previsto dalla legge come reato, e una assoluzione di mero rito perché il fatto si è estinto per prescrizione. Nel primo caso non esiste nessun rimprovero e quindi nessuna conseguenza giuridica. Nel secondo caso, invece, possono residuare conseguenze civili del fatto, e comunque si accerta che non ci sono evidenti ragioni di assoluzione nel merito, nel qual caso la sentenza dovrebbe essere pronunciata *ex art. 129/2 c.p.p.* e non primo comma. Tra l'altro, l'imputato che volesse, potrebbe non solo rinunciare alla sentenza di proscioglimento per estinzione da prescrizione e optare per un giudizio nel merito⁴⁷¹, ma anche impugnare la sentenza di proscioglimento per mera prescrizione⁴⁷².

La "struttura", in sostanza, lungi dall'essere disfunzionale rispetto alla logica della legislazione, è l'unico baluardo ermeneutico sostenibile e utilizzabile per garantire la sovranità della legge, soprattutto quando aggredita da linee di politica criminale ampiamente anomale e per certi versi abusive. La lettura in termini di discontinuità deontologica e di rigidità del parametro strutturale non tutela la sovranità della legge, ma un principio di realtà che, se difficilmente si può considerare alla stregua dei cardini dello Stato di diritto, favorisce una sorta di prevaricazione da parte della società immaginata dal legislatore nei confronti di quella passata⁴⁷³.

Per altro verso, tramite itinerari che non coinvolgono né considerazioni di valore né tantomeno valutazioni in ordine alla plausibilità politico-criminale delle regole intertemporali, una recente dot-

---

⁴⁷¹ Questo sia all'udienza preliminare che negli atti preliminari al dibattimento quando l'imputato viene sentito prima della pronuncia di non doversi procedere (art. 469 c.p.p.).

⁴⁷² Con solo alcune limitazioni nel caso dell'art. 469 c.p.p.

⁴⁷³ Questa suggestione viene ancora da D. MICHELETTI, *Legge penale e successione di norme integratrici*, cit., p. 265.

trina propone un’anelasticità del parametro strutturale più elevata e perciò ancora meno opportuna⁴⁷⁴.

Questa rigidità nell’applicazione del parametro strutturale puro si evince facilmente dagli esiti: ogni modifica della fattispecie determina un’*abolitio criminis* integrale, salvo che non sia una selezione di alternative già formalmente tipiche che dà luogo, invece, a un’abolizione parziale del reato⁴⁷⁵. Il presupposto che giustifica questa posizione è la divaricazione tra le esigenze della relazione tra fattispecie sincroniche e tra norme incriminatrici diacroniche. Mentre nel concorso di norme e di reati anche la specialità per aggiunta, salvo che sia bilaterale, è utile all’individuazione della norma applicabile, così non sarebbe nello studio della modifica della fattispecie penale. Mentre la dottrina in queste ipotesi di divaricazione prevede comunque un’analisi del significato lesivo dell’elemento speciale per aggiunta⁴⁷⁶, qui, invece, il rifiuto di considerazioni di valore impedisce di applicare la specialità in tutti i casi di aggiunta e, parrebbe, anche in tutte le ipotesi di specialità per specificazione⁴⁷⁷.

L’anelasticità assoluta che ha il parametro strutturale viene evidenziata anche dalle considerazioni sulla molteplicità delle modifiche strutturali, che, sebbene singolarmente prese possono mostrarsi inidonee a certificare l’eterogeneità delle fattispecie, nella considerazione globale evidenzerebbero tutta la portata dell’eterogeneità e quindi della discontinuità⁴⁷⁸.

Quest’impostazione del paradigma strutturale è talmente rigida da impedire persino il riconoscimento di un criterio. Non si applica un canone di relazione tra fattispecie, ma si impedisce qualsiasi re-

⁴⁷⁴ Ci si riferisce a E.M. AMBROSETTI, “*Abolitio criminis*” e modifica della fattispecie, Padova, 2004.

⁴⁷⁵ *Ibidem*, p. 224.

⁴⁷⁶ Ci si riferisce a, A. DI MARTINO, *Successione di norme penali*, cit., pp. 536-537.

⁴⁷⁷ Si usa il condizionale perché il riferimento al parametro della specialità per specificazione non viene più inserito, il riferimento esplicito rimane alla sola specialità per aggiunta. Tuttavia, dal tenore di altre affermazioni, secondo cui la sola ipotesi di abolizione parziale è la selezione di alternative già tipiche, parrebbe esclusa anche la continuità per tramite di elemento speciale per specificazione, si veda E.M. AMBROSETTI, “*Abolitio criminis*” e modifica della fattispecie, cit., p. 224.

⁴⁷⁸ Ancora, *ibidem*, pp. 223-224.

lazione tra di esse. A ogni modifica scatterebbe l'eterogeneità: non c'è un parametro ma solo un limite alla successione e alla continuità normativa. Quando si afferma che l'abolizione parziale ci può essere solo nel caso di selezione di alternative tipiche si esclude, parrebbe, anche ogni selezione per specificazione. È assente un criterio ermeneutico. Si torna a prima del saggio di Padovani, con la differenza che qui si escludono anche criteri valutativi per sancire la continuità normativa.

La posizione è ancora più rigida della prima versione tedesca della teorica strutturale, che nell'interpretazione tradizionale prevedeva la successione nell'ipotesi di generalizzazione e in quella di estensione della punibilità tramite specializzazione di un elemento del fatto⁴⁷⁹. Si chiude così, la parabola dell'intuizione strutturale, si torna, irrigidendole, alle posizioni di F. C. Schroeder, quando ancora non si parlava di sottofattispecie, quando la questione era solo abbozzata. Sono, tuttavia, trascorsi quasi trent'anni dalle prime posizioni strutturaliste e il parametro, come si è visto, è stato notevolmente affinato e apprezzato, dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

11. *Le necessità di consolidamento della struttura*

Affascinante e, soprattutto, convincente è il percorso tracciato dalle teorie che con diverse sfumature utilizzano il paradigma dei rapporti strutturali per indagare la continuità normativa tra fattispecie. Si parte da timidi approcci giurisprudenziali ancora alla fine degli anni Settanta⁴⁸⁰, fino a giungere a quel modello di impegno e di scienza giuridica rappresentato dalla decisione delle Sezioni unite della Corte di Cassazione in tema di riforma dei reati societari⁴⁸¹. In dottrina, il

---

⁴⁷⁹ Si veda, F.C. SCHROEDER, *Der zeitliche Geltungsbereich der Strafgesetze*, cit., p. 798, da interpretare attraverso la trama critica tessuta al paragrafo 4 di questo capitolo.

⁴⁸⁰ Si veda, BGH., 23.08.1978, in «Juristenzeitung», 1979, p. 75 e ss.

⁴⁸¹ Cass., Sez. un., 26.03.2003, Giordano, in «Cassazione penale», 2003, p. 3310 e ss.

tracciato di quest'impostazione disegna una vera e propria parabola: si va dalla posizione rigida dei primi autori tedeschi⁴⁸², giungendo al vertice rappresentato dalla concezione della struttura come immagine della sostanza in funzione selettiva⁴⁸³, a quella altrettanto rigorista di chi annulla di fatto qualsiasi dimensione paradigmatica dell'analisi strutturale tra fattispecie, riducendo il tutto a confronto tra alternative già tipicamente espresse⁴⁸⁴ dalla fattispecie incriminatrice.

La superficie delimitata da questa parabola è, tuttavia, ricchissima di intelligenti soluzioni, di raffinati e diversificati approcci al tema della specialità, di avvincenti confronti sui riflessi intertemporali delle linee di politica criminale e sulla dimensione egualitaria dell'applicazione della legge penale, di relazioni tessute tra la struttura formale della fattispecie e la sostanza della disciplina penalistica. In Germania, si passa, così, dall'elaborazione "debole" di F.C. Schroeder attraverso l'impostazione sistematicamente completa di Jakobs⁴⁸⁵ a quella dogmaticamente suggestiva di Dannecker⁴⁸⁶. In Italia, il dibattito è stato sempre dominato dalle questioni sviscerate da Padovani: concetto di sottofattispecie, modalità di specializzazione, limite politico-criminale alla continuità normativa⁴⁸⁷.

L'ultima frontiera strutturale, la più matura, è legata a un abbozzo di selezione privilegiata degli elementi rilevanti sotto il vigore della fattispecie poi riformulata. Le esigenze che muovono questa sensibilità sono diverse: Jakobs e Pulitanò tendono ad arginare le obiezioni di retroattività⁴⁸⁸; Dannecker cerca di fondare un parametro che renda possibile anche il rimprovero di colpevolezza⁴⁸⁹; Pa-

---

⁴⁸² Cfr., F.C. SCHROEDER, *Der zeitliche Geltungsbereich der Strafgesetze*, cit., p. 785 e ss.

⁴⁸³ Si rinvia al paragrafo 8 di questo capitolo.

⁴⁸⁴ E.M. AMBROSETTI, *"Abolito criminis" e modifica della fattispecie*, cit., p. 224.

⁴⁸⁵ G. JAKOBS, *Strafrecht*, cit., p. 93 e ss.

⁴⁸⁶ G. DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, cit., p. 513 e ss.

⁴⁸⁷ T. PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali*, cit., p. 1354 e ss.; ID., *Il cammello e la cruna dell'ago*, cit., p. 1598; ID., *Bancarotta fraudolenta impropria e successione di leggi*, cit., p. 3328; ID., *Commento all'art. 20 l. 26/4/1990 n. 86*, cit., p. 350 e ss.

⁴⁸⁸ Cfr., G. JAKOBS, *Strafrecht*, cit., p. 103; D. PULITANÒ, *Legalità discontinua?*, cit., pp. 1278-1279.

⁴⁸⁹ G. DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, cit., pp. 513-515.

dovani utilizza i richiami alle circostanze del reato, per impedire la critica alle modalità “per aggiunta” della specializzazione⁴⁹⁰. Poi, finalmente, le Sezioni unite riconoscono, non senza prevedere discutibili eccezioni, il canone strutturale come unico criterio in grado di governare le vicende intertemporali⁴⁹¹.

I pregi di quest’impostazione teorica si sono già apprezzati nella panoramica fornita sulle teorie che nel corso del tempo hanno offerto soluzioni alla questione della riformulazione. Su tutte, spicca la dote di certezza applicativa e il suo stretto legame con la tutela della legalità tutta. Capacità tutoria che si coordina perfettamente con il nucleo della questione intertemporale della riformulazione, scaturente proprio da una relazione squisitamente normativa.

Un’adesione convinta al parametro strutturale non deve impedire, tuttavia, di evidenziarne i limiti e le debolezze. Anzi, una ricerca che si colloca su di un solco già tracciato deve necessariamente individuare le difficoltà incontrate dal paradigma di riferimento. In quest’ottica, si sottolinea come la teoria strutturale trovi maggiore conforto nell’impraticabilità delle alternative dogmatiche piuttosto che in una fondazione epistemologicamente solida e dogmaticamente salda. Le stesse Sezioni unite, dichiarando di aderire alle proposte dogmatiche degli strutturalisti, notano l’irrazionalità dei paradigmi che portano all’abolizione solo per il passato della legge penale, l’assurdità di ritenere abrogata una fattispecie meramente specializzata, e l’artificiosità delle stesse obiezioni di irretroattività mosse alla dottrina strutturale, e tuttavia non si spendono per una fondazione in positivo dell’indagine strutturale⁴⁹².

L’unico fondamento in positivo che è dato riscontrare proviene, piuttosto, dal campo di azione del criterio di specialità, dove viene sintetizzato il concetto di sottofattispecie. Proprio qui, tuttavia, si sviluppa il primo serio problema della fase *construens* dell’impostazione strutturale. Il concetto di sottofattispecie nasce, infatti, nella

⁴⁹⁰ T. PADOVANI, *Il cammello e la cruna dell’ago*, cit., p. 1606.

⁴⁹¹ Cass., Sez. un., 26.03.2003, Giordano, in «Cassazione penale», 2003, p. 3316 e ss.

⁴⁹² Ancora, Cass., Sez. un., 26.03.2003, Giordano, in «Cassazione penale», 2003, p. 3316 e ss.

teoria del concorso di norme dove gli vengono attribuiti direttamente, e *de plano*, i caratteri della legalità e della tipicità, senza alcuna meditata o approfondita dimostrazione⁴⁹³.

Riprendendo la distinzione di Frosali tra «elementi costitutivi della fattispecie» ed «elementi particolari dell'elemento costitutivo» Ferrando Mantovani afferma, infatti, «che gli elementi di fattispecie sono capaci di molteplici contenuti particolari, costituiscono un *genus* comprensivo di tante *species* quanti sono i suoi possibili modi di atteggiarsi che, pur se non individualmente considerati, restano elementi normativi tipici in quanto ricompresi tacitamente nell'elemento costitutivo»⁴⁹⁴. Che un elemento implicito possa dirsi tipico, appare contraddittorio e meriterebbe una spiegazione più dettagliata. È proprio da qui che si giunge sino al concetto di sottofattispecie: «ogni fattispecie legale, in quanto composta di elementi scomponibili nei loro particolari modi di essere, è capace di molteplici contenuti, costituendo un *genus* in cui rientrano tante *species*, tante ipotesi particolari, anch'esse astratte, legali, quanti sono i possibili modi di atteggiarsi dei singoli elementi costitutivi»⁴⁹⁵.

Assunto come postulato che una variazione implicita di una fattispecie è essa stessa tipica, si parla di conseguenza di sottofattispecie nel senso stretto del termine, cioè di insieme di elementi in sé tipici. Paradossalmente però, il riferimento contenutistico è ai fatti storici, a tutte le infinite possibili variazioni di un fatto storico⁴⁹⁶. Anche qui il dogma scende direttamente da un'affermazione di Frosali per cui dentro la fattispecie di reato ci sarebbero infinite fattispecie particolari che pur non essendo individualmente considerate sono esse stesse astratte, poiché tacitamente contenute nella fattispecie costitutiva⁴⁹⁷.

La tipicità, invece, dev'essere dimostrata; da più di un secolo essa è legata all'esteriorizzazione del precetto, alla percepibilità e rappre-

---

⁴⁹³ Si vedano R.A. FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, Milano, 1971 (ristampa della prima edizione del 1936), p. 55 e ss.; F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966, p. 202 e ss.

⁴⁹⁴ F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., p. 209.

⁴⁹⁵ *Ibidem*, p. 210.

⁴⁹⁶ Così anche G.A. DE FRANCESCO, “*Lex specialis*”, cit., p. 40.

⁴⁹⁷ R.A. FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, p. 55 e ss.

sentabilità degli elementi del fatto di reato, che non devono essere solo espressi ma anche chiari e precisi. Ritornare a una tipicità assente, poiché implicita, necessita quantomeno di alcune riflessioni.

Questo equivoco di fondo ha insidiato il concetto di sottofattispecie anche nel suo utilizzo rispetto all'ambito della relazione intertemporale tra fattispecie. Una sottofattispecie tipica non può essere composta da qualsiasi variazione storica. Ciò, nel diritto intertemporale, porta ad applicazioni casuali del parametro strutturale⁴⁹⁸. Porta alla rilevanza elementi che sono meri accidenti insignificanti della condotta. Questa concezione originariamente distorta del concetto di sottofattispecie non si distingue in nulla, in sostanza, dal paradigma del fatto concreto⁴⁹⁹.

La domanda centrale è relativa, dunque, a che cosa sia effettivamente la sottofattispecie, al motivo per cui, oltre che al modo in cui, proprio questo criterio strutturale dovrebbe garantire la corretta operatività del diritto intertemporale, e, allo stesso tempo, il rispetto della legalità costituzionale. La giustificazione originaria fa leva sul fatto che la selezione specializzante perpetua, non crea *ex novo*, la rilevanza di un elemento⁵⁰⁰. Tuttavia, proprio la principale obiezione al criterio strutturale si fonda sull'asserita irrilevanza dell'elemento introdotto con la riformulazione rispetto al momento della commissione del fatto. In sostanza, si imputa alla sottofattispecie di essere atipica, di non avere i caratteri formali necessari per espletare il giudizio di tipicità sul fatto storico⁵⁰¹.

Tale debolezza è, in qualche modo, certificata dalla stessa dottrina strutturale che sente, infatti, il bisogno di dimostrare come la diversità tra la nuova fattispecie e la sottofattispecie sia solo formale, e come già *allora* gli elementi fossero rilevanti ai fini della commisurazione della pena. Argomento, questo, che Pulitanò intende opporre all'imputazione di retroattività proveniente da prospettive formalistiche della continuità del tipo di illecito⁵⁰²; che Padovani utilizza per evitare la stessa accusa a opera di teorie che limitano la fun-

⁴⁹⁸ Si veda per tutti, G. JAKOBS, *Strafrecht*, cit., p. 103.

⁴⁹⁹ Si vedano le interessanti argomentazioni di A. NAPPI, *Specialità per specificazione e specialità per aggiunta*, cit., p. 1064.

⁵⁰⁰ T. PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali*, cit., p. 1374, 1375.

⁵⁰¹ Per tutti, si veda M. MUSCO, *La riformulazione dei reati*, cit., p. 93 e ss.

⁵⁰² D. PULITANÒ, *Legalità discontinua?*, cit., pp. 1278-1279.

zionalità della struttura alla mera specialità per specializzazione⁵⁰³. La dottrina strutturale stessa, quindi, sente la necessità di ricorrere a parametri che dimostrino la non retroattività, operando in questo modo una delimitazione implicita all'interno del parametro della specialità, delimitazione, tuttavia, estranea alla genesi del concetto di sottofattispecie.

Se questa delimitazione finalmente accerta, *a contrario* e una volta per tutte, che per la dottrina strutturale la sottofattispecie non si può intendere come mero sottoinsieme dei casi sussumibili in un'altra norma, posizione che ricalcherebbe le orme della dottrina del fatto concreto, gli effetti non sono però di poco conto sulla linearità del concetto di sottofattispecie e sulla tipologia della relazione strutturale. Si viene ad ammettere, infatti, l'esistenza di elementi logicamente speciali, che, tuttavia, non hanno i caratteri richiesti dalla sottofattispecie, cioè che non possono entrare, già a livello teorico, a formarla. Il criterio della specialità viene compromesso allora proprio da questa limitazione in ordine ai casi che possono costituire la sottofattispecie.

In un certo senso, dunque, le critiche hanno colpito nel segno, se la teoria strutturale ha dovuto indietreggiare dalle certezze della mera specialità e rintracciare una rilevanza sostanziale *ex tunc* della sottofattispecie. Quest'indietreggiamento ripropone comunque la domanda inerente la vera essenza del concetto di sottofattispecie. A tale riproposizione si associa poi la necessità di verificare la tenuta di questo tentativo sostanziale di consolidamento del paradigma. Anche volendo riorganizzare le scarse indicazioni della dottrina, sostenendo che questo parametro sostanziale di rilevanza della sottofattispecie attenga all'ambito generico della commisurazione della pena, ci si deve chiedere se questa soluzione è soddisfacente.

La possibile insufficienza di questo tentativo di consolidamento viene tracciata attraverso due semplici considerazioni. Da un lato, ci si chiede se è ammissibile fondare la rilevanza della sottofattispecie, paradigma che permette di stabilire la continuità normativa, sulla dimensione della commisurazione della pena, cioè se è possi-

---

⁵⁰³ T. PADOVANI, *Il cammello e la cruna dell'ago*, cit., p. 1606.

bile accettare la punizione di un soggetto quando la rilevanza di un elemento prima meramente aggravante, diviene condizione di accesso alla stessa punibilità astratta del fatto di reato⁵⁰⁴. Dall'altro lato, sembra che questo accorgimento non riesca a rispondere a quell'esigenza di formalizzazione della sottofattispecie manifestata più volte in dottrina⁵⁰⁵. Si accede qui solo a una rilevanza materiale degli elementi costitutivi della sottofattispecie e mai a una loro rilevanza tipica e formale.

Qui sta il cuore della questione. Scartata la concezione della sottofattispecie come sottoinsieme, si deve vedere se ci si può accontentare di un'identità materiale tra fattispecie riformulata e sottofattispecie rilevante materialmente *ex tunc*, ovvero se questo concetto deve trovare, ammesso che ci sia, una sua dimensione formalmente tipica che autorizzi, senza titubanze, a sancire la continuità normativa.

Messa alle strette, la teoria strutturale normalmente eccepisce che di fatto non può parlarsi di retroazione poiché la prospettiva non sarebbe una disciplina in *malam partem*, come invece richiede il concetto di retroazione, ma solo l'applicazione della legge più mite⁵⁰⁶. Se è vero che per parlare di retroazione si deve avere la certezza di essere dinanzi a un'ipotesi di abolizione del reato⁵⁰⁷, è altrettanto vero che, allo stesso modo, senza poter escludere categoricamente la totale *abolitio* non si può trascurare l'ipotesi che si tratti di effettiva retroattività.

Si può rilevare, dunque, un rischio nella suesposta metodologia argomentativa. Dato che l'eventuale retroattività viene verificata dagli strutturalisti tramite il parametro della sottofattispecie, e dato che questa ha rilevanza solo materiale e non anche in termini di

⁵⁰⁴ Sul punto si rinvia alla parte II.

⁵⁰⁵ Ci si riferisce alle esigenze avanzate in fase critica, tra gli altri, da Maurizio Musco, da Nappi e da Ambrosetti, autori già analizzati nei paragrafi precedenti. In particolare, Nappi sostiene che si può parlare di sottofattispecie solo nella misura in cui essa, e i suoi elementi, fossero stati già in precedenza definiti normativamente, cioè contenessero un fondamento legislativo, altrimenti essa non sarebbe distinguibile, si sostiene, dal paradigma del fatto in concreto, si veda A. NAPPI, *Specialità per specificazione e specialità per aggiunta*, cit., p. 1064, p. 1066.

⁵⁰⁶ T. PADOVANI, *Bancarotta fraudolenta impropria e successione di leggi*, cit., p. 3330.

⁵⁰⁷ M. ROMANO, *Irretroattività della legge penale*, cit., p. 1248.

formale tipicità, c'è il rischio effettivo di una torsione del parametro stesso di verifica della retroattività. La mancata verifica della formale tipicità della sottofattispecie getta un'ombra sul risultato della verifica di violazione dell'irretroattività. In sostanza, la non retroattività potrebbe essere stata accertata attraverso un parametro inidoneo alla verifica. Una cosa è utilizzare, infatti, una fattispecie di reato, per verificare che il fatto è punito con la legge in vigore al momento della consumazione; altra cosa è utilizzare allo stesso modo il concetto di sottofattispecie, che non godendo di formale tipicità si appoggia a valutazioni sostanziali⁵⁰⁸.

Un'altra questione spinosa per la teoria strutturale concerne la colpevolezza. Come si è visto, Padovani aggira l'ostacolo sostenendo che la problematica attiene soltanto al rintracciamento della legge più favorevole in concreto e non pone difficoltà di ordine generale⁵⁰⁹. Tuttavia, se la colpevolezza, almeno per i reati artificiali, richiede un substrato formale, allora la mancata dimostrazione della tipicità della sottofattispecie impedirebbe, praticamente in ogni caso, la possibilità di un rimprovero di colpevolezza. Impedimento che minerebbe alla base la costruzione strutturale, costretta ad abdicare sempre in favore della discontinuità delle tutela penale.

Per risolvere la questione Dannecker utilizza il concetto frischiano di *Unrechtsbezogenheit der Schuld*, in modo da affermare che una mera modifica della quantità dell'illecito non incide sulla formazione della colpevolezza⁵¹⁰. La proposta è sottile ma rimane autoreferenziale. Si può obiettare, infatti, che se il reo avesse saputo della modifica in senso restrittivo della norma, e, quindi, della liceizzazione di almeno una parte del comportamento prima integralmente illecito, si sarebbe limitato a compiere il comportamento liceizzato⁵¹¹. In sostanza, si eccepirebbe una specie di *versari in re illicita* a favore del reo, che potrebbe sostenere di aver aggravato il reato,

⁵⁰⁸ Cioè rintraccia una rilevanza riconducibile alla commisurazione della pena dell'elemento innovativo già al momento della commissione del fatto.

⁵⁰⁹ T. PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali*, cit., pp. 1376-1377.

⁵¹⁰ G. DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, cit., p. 515.

⁵¹¹ Così, C. SCHRÖDER, *Zur Fortgeltung und Anwendbarkeit des Tatzeitrechts*, cit., p. 71.

realizzando l'elemento materiale della sottofattispecie poi selezionato dalla riformulazione, solo perché allora si trovava già dalla parte dell'illecito.

Il reo potrebbe obiettare che se avesse avuto la *chance* di deliberare ancora sullo stesso elemento di fatto ma, a differenza di come è accaduto, potendo incidere sull'alternativa tra reato e fatto lecito, non si sarebbe comportato allo stesso modo. Sarebbe possibile sostenere che lo spostamento relativo della linea di illiceità ha completamente mutato il significato della sua azione e divelto le possibilità di rimprovero, talché la norma penale che si pretende di utilizzare come criterio di giudizio del fatto non sarebbe mai stata, anche *ab initio*, criterio di comportamento⁵¹². Solo nel caso in cui la sottofattispecie avesse una sua formalizzazione tipica sarebbe arduo opporre ragionevolmente la stessa obiezione.

Al di là della ferma opposizione a qualsiasi compromesso con le intenzioni legislative in ordine alla politica criminale, ferma restando la convinzione della mera descrittività della distinzione tra specialità per specificazione e per aggiunta, e condividendo pienamente il resto degli esiti solutori dell'impostazione data al parametro da Padovani, la sensazione è che il paradigma strutturale sia, in una certa misura, privo di fondamento epistemologico. L'impressione è che, al di là dell'effettiva bontà del canone, esso sia più fondato sulla plausibilità dei risultati che sulla solidità dello strumento in sé.

Gli stessi tentativi di ricondurre la sottofattispecie a elementi di rilevanza sostanziale sono, contemporaneamente, il momento più maturo dell'analisi strutturale e quello che ne evidenzia le debolezze più consistenti. Scoprendone la fragilità, la funzione selettiva della sostanza sulla struttura evidenzia che spesso l'analisi strutturale assume più le sembianze di un dogma sceso dall'alto, che di un paradigma la cui funzionalità è epistemologicamente solida.

La ricerca si deve volgere, così, prorio all'approfondimento del concetto di sottofattispecie: pacifico che sia una parte di una fatti-

---

⁵¹² Cfr., F. GIUNTA, D. MICHELETTI, "Tempori cedere". *Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Torino, 2003, p. 18.

specie previgente, si deve piuttosto capire quali sono le condizioni perché sia fattispecie. Il concetto centrale della ricerca è espresso dal termine sottofattispecie, ma la parte decisiva e problematica non è tanto nel prefisso *sotto*, quanto nel termine *fattispecie*.

Essendo la sottofattispecie un prodotto dell'incontro tra fatto storico e norma astratta, sarà proprio quest'ambito l'oggetto privilegiato della seconda parte della ricerca. Ambito in cui si muovono i caratteri della tipicità, il ruolo del precetto e della sanzione, nonché i criteri dinamici di concretizzazione della norma astratta. Lo scopo è quello di tentare un fondamento epistemologico del concetto di sottofattispecie e quindi della teoria strutturale.

Fondamenta da consolidare anche rispetto alla selezione privilegiata abbozzata da Jakobs, Dannecker, Pulitanò e Padovani. Bisogna indagare con attenzione l'affermazione secondo cui la colpevolezza rimarrebbe intonsa solo dinanzi a una mera modifica quantitativa dell'illecito. Anche quest'affermazione ha il sapore del dogma e deve essere fondata.

Sullo sfondo si staglia, in ultima analisi, la questione della tipicità formale della sottofattispecie, che tante difficoltà crea al parametro strutturale di verifica della continuità diacronica tra norme incriminatrici.

PARTE SECONDA

LA TIPICITÀ STRATIFICATA

CAPITOLO I

DALLA RIFORMULAZIONE DEL REATO ALLA TIPICITÀ DELLA FATTISPECIE

1. Dalle storture delle dottrine sulla riformulazione del reato al consolidamento della teoria strutturale

A conclusione dell'analisi descrittiva e critica delle teorie che si sono avvicinate e sovrapposte nella gestione della riformulazione del reato, la teoria strutturale ha rivelato un'ampia condivisibilità solutoria¹, una buona efficacia criteriale², e un legame congenito con la struttura legalistica della tipicità³. Queste caratteristiche del parametro strutturale di confronto tra fattispecie diacroniche, portano ad aderire convintamente alla teorizzazione iniziata da Padovani. Come si è visto, la versione più matura dell'approccio strutturale è proprio quella in cui la struttura attua una selezione privilegiata della "materia" regolata dalla fattispecie⁴. Da questa versione della teoria strutturale, e in particolare dalle sue debolezze, evidenziate solo qualche pagina addietro, prende avvio la seconda parte della ricerca.

Come detto, nessuna delle alternative dogmatiche all'impostazione strutturale pare altrettanto condivisibile. Le teorie che utilizzano il criterio del fatto in concreto, conducono a esiti sostanzialmente incontrollabili e arbitrari. Vengono in considerazione, anche nella ver-

---

¹ Sinteticamente espressa dalla sentenza delle Sezioni unite sulla riformulazione delle false comunicazioni sociali e della bancarotta fraudolenta, si veda Cass. Sez. un., 26.03.2003, Giordano, in «Cassazione penale», 2003, p. 3310 e ss.

² Fondata essenzialmente sulla certezza del criterio strutturale.

³ Come evidenziato al paragrafo 10 del capitolo II, parte I.

⁴ Si rinvia al paragrafo 8 del capitolo II della parte I.

sione più moderna e aggiornata, meri fatti concreti, in sé assolutamente accidentali, si tenta di sovrapporre la relazione di sottoinsieme all'astrattezza, ma la prima è solo concreta, mentre la seconda non si accontenta di una mera capacità di contenimento di un numero indefinito di ipotesi concrete. Essa ha bisogno di indici di rilevanza che guidino la formazione della risoluzione criminosa e fondino il rimprovero di colpevolezza⁵. Inoltre, a quest'arbitrario scambio tra pluralità di concretezze, da un lato, e astrazione, dall'altro, si aggiunge l'incertezza scaturita dalle difficoltà di rinvenire quei criteri di selezione della condotta "illecita già in sé", che Pagliaro utilizza per modernizzare e rafforzare il parametro ottocentesco del fatto concreto⁶.

Se l'impostazione di Oppenhoff è solo un indice della questione, la teoria della continuità del tipo di illecito di Tiedemann rappresenta lo sviluppo completo della problematica, ma non anche una linea solutoria efficace e credibile⁷. La fondamentale coscienza della funzione garantista della tipicità non permette al parametro doppio, persistenza del bene giuridico e delle modalità di condotta, di essere paradigma certo e funzionale alla gestione della riformulazione del reato. Ciò, anche rispetto alle versioni aggiornate dell'impostazione tiedemanniana, ovvero le inclusive e le formalistiche⁸. Le inclusive soggiungono il criterio strutturale, aggiunto a quello del bene giuridico, al peso delle valutazioni sostanziali concernenti l'assetto assiologico del reato. Oltre all'instabilità intrinseca del parametro del bene giuridico⁹, certe imposta-

---

⁵ Queste problematiche sono state affrontate al paragrafo 1 del capitolo II, parte I.

⁶ Si veda A. PAGLIARO, *La legge penale tra irretroattività e retroattività*, cit., c. 4.

⁷ La dottrina di Tiedemann e i suoi sviluppi sono stati analizzati al paragrafo 3 del capitolo II, parte I.

⁸ Di cui si è trattato al paragrafo 7, capitolo II, parte I.

⁹ Incalza sul ruolo ambiguo e inaccettabile dei giudizi di valore, degli "oscuri apprezzamenti di valore" T. PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali*, cit., p. 1364; Il dubbio su queste teoriche si pone, in generale, come dubbio sulla capacità dogmatica del concetto di bene giuridico, che certo rivela un'importante capacità politico-criminale e sistematica ma non pare essere altrettanto idoneo criterio ermeneutico, si veda anche F. PALAZZO, *Elementi quantitativi indeterminati e loro ruolo nella struttura della fattispecie (a proposito della frode fiscale)*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1989, p. 1205, il quale parla di sovrapposizione di apriorismi valutativi alla struttura della fattispecie. Sulle tecniche di aggiramento dell'offensività, si veda, V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., p. 79 e ss.

zioni coordinano l'analisi puramente dogmatica con un'indagine sull'intenzione politico-criminale del legislatore. Si deve ribadire, tuttavia, che la volontà del legislatore vive solo nell'enunciazione normativa e nel suo coordinamento con le altre espressioni normative dell'ordinamento. E queste considerazioni possono solo essere rafforzate quando l'intenzione del legislatore è eludere procedimenti costituzionali, espliciti o impliciti, di garanzia dell'eguaglianza dinanzi alla legge penale¹⁰.

A tali scivolamenti sull'intenzione politico-criminale del legislatore, a questo avallo con fatti concludenti della posizione di chi ritiene che il diritto penale intertemporale svolga una funzione meramente assistenziale, quindi coadiuvante, delle scelte politico-criminali del legislatore, non sono estranei né la dottrina più avveduta, né la giurisprudenza più matura e meditata¹¹.

Le diramazioni formalistiche dell'impostazione caratteristica della continuità del tipo di illecito non si rivelano più convincenti. Non è solo lo spazio angusto offerto alle ipotesi di successione di leggi penali a decretarne l'inaccoglibilità. Ci sono delle storture obiettive, come quella relativa all'impossibilità di successione nel caso di riformulazione tramite introduzione di soglie quantitative di punibilità¹². Inoltre, come già detto, si nota una certa autoreferenzialità delle considerazioni in ordine al concetto di sottofattispecie¹³. Tra le righe c'è anche una singolare concezione normoteoretica dei rapporti tra fattispecie astratta e fatto storico. Quest'ultimo non esisterebbe oltre il, e al di fuori del, procedimento di sussunzione. Attivata la funzione qualificatoria della fattispecie, il fatto storico dovrebbe annichilirsi e divenire una "sagoma senza corpo". Eppure, quest'impostazione disconosce la struttura intrinseca della fattispecie penale, che è duplice, cioè di commisurazione e di qualificazione.

---

¹⁰ Per le considerazioni critiche anche sull'inclusione di valutazioni politico-criminali nell'analisi degli effetti intertemporali della riformulazione, oltre al paragrafo 7, si rinvia ai paragrafi, 9 e 10 del capitolo II, parte I.

¹¹ Ci si riferisce a T. PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali*, cit., p. 1368; e alla sentenza Giordano delle Sezioni unite della Corte di Cassazione.

¹² Cfr., G. JAKOBS, *Strafrecht*, cit., p. 103; è stato poi ripreso da M. DONINI, *"Abolito criminis" e nuovo falso in bilancio*, cit., 1268; e da D. PULITANÒ, *Legalità discontinua?*, cit., 1278, 1280.

¹³ Cfr., M. MUSCO, *La riformulazione dei reati*, cit., p. 93 e ss.

Non si può obnubilare la quantità del reato, sacrificandola alla mera sussumibilità sotto la fattispecie astratta¹⁴.

Questo stesso annichilimento può essere imputato alle teorie strutturali che escludono la specialità per aggiunta dal novero delle ipotesi che permettono la continuità normativa¹⁵. Tali effetti non corrispondono a una diversificazione ontologica tra le due tipologie di specialità. Solo dal punto di vista descrittivo si può parlare di aggiunta o specificazione di un elemento. In realtà, la posizione della cornice edittale rivela la presenza di elementi della fattispecie che sono logicamente espressi, sebbene non enunciati. Questi elementi sono relativi, appunto, alla funzione gradualistica della fattispecie, alla distinzione tra più e meno penalmente illecito¹⁶.

In definitiva, in un contesto giurisprudenziale e giuridico per lo più impreparato alla gestione dei fenomeni nascenti dalla riformulazione delle fattispecie, la teoria strutturale ha assunto, in Italia anche nella prassi, il ruolo di guida dogmatica effettiva. Nata con diverse falle, l'impostazione strutturale trova soprattutto nell'analisi di Padovani un punto saldo di riferimento per la costruzione delle fondamenta dogmatiche, e poi, nelle Sezioni unite sulla riforma dei reati societari¹⁷, una consacrazione che ambisce a essere definitiva. Eppure, proprio l'impostazione più matura, di Jakobs, Dannecker, Pulitanò e Padovani, rivela le debolezze e le esigenze di consolidamento dogmatico ed epistemologico, che si sono già messe in evidenza a conclusione della prima parte della ricerca¹⁸.

La riconosciuta giustezza dell'intuizione fondamentale dell'approccio strutturale impone, dunque, una rivisitazione dei suoi presupposti e dei suoi elementi, della sua articolazione metodologica e

---

¹⁴ Si rinvia ancora al paragrafo 7 del capitolo precedente.

¹⁵ Il riferimento è ad opere già analizzate nel capitolo II, parte I, in particolare, A. DI MARTINO, *Successione di norme penali*, cit., p. 537; A. NAPPI, *Specialità per specificazione*, cit., p. 1065 e ss.; D. MICHELETTI, *I nessi tra politica criminale e diritto intertemporale*, cit., p. 1127; e, infine, anche E.M. AMBROSETTI, "Abolitio criminis" e modifica della fattispecie, cit., pp. 223-224.

¹⁶ Si rinvia al paragrafo 8 del capitolo II, parte I.

¹⁷ Cass., Sez. un., 26.03.2003, Giordano, in «Cassazione penale», 2003, p. 3310 e ss.

¹⁸ Si veda il paragrafo 11, capitolo II, parte I.

della portata dei suoi risultati e, infine, la collocazione della sua natura scientifica dentro un contesto culturale di più ampio respiro.

Preliminare a queste fasi della ricerca è individuare la direzione dell'analisi modificativa del criterio strutturale, scoprire la lacuna la cui colmatatura può consentire un affinamento epistemologico e dogmatico del rapporto tra le fattispecie in ordine alla riformulazione del reato. La direzione cui tendere è quella dello studio della tipicità e della fattispecie penale. Solo un mirato approfondimento del concetto di fattispecie e di quello di tipicità, permette l'individuazione di una strada affidabile da percorrere sino allo "scioglimento" delle questioni di diritto intertemporale.

Questo rinvio al tema della tipicità non è certamente pionieristico. Proprio nel lavoro che, venticinque anni orsono, introdusse nella letteratura italiana la dimensione problematica dell'intertemporalità, la tipicità occupa il ruolo centrale¹⁹. Allo scopo di evitare la «criptoretroattività» dei criteri utilizzati dalla dottrina tedesca, si utilizzò il concetto di "sottofattispecie" per escludere il presupposto della violazione del divieto di retroattività, cioè il carattere di "novità" degli elementi della fattispecie riformulata rispetto ai fatti commessi sotto il vigore della norma precedente, aventi le caratteristiche successivamente inserite nella fattispecie incriminatrice²⁰.

Si è già visto quali debolezze siano celate dietro quest'affermazione²¹. Esse s'inseriscono all'interno di una diffusa richiesta, e, forse, esigenza oggettiva, di formalizzazione del concetto di sottofattispecie. Incertezze che incidono direttamente sulla questione centrale della retroattività e della possibilità di formazione "regolare" della colpevolezza sugli elementi della sottofattispecie. La seconda parte della ricerca affronta la questione dell'autoreferenzialità e della carente fondazione epistemologica del concetto di sottofattispecie.

In questo contesto, la ricerca si volge alla ricontestualizzazione dei concetti "statici" di tipicità e di "fattispecietà". Il percorso da tracciare passa per la dimensione dinamica della fattispecie e della

---

¹⁹ Il riferimento è ovviamente a T. PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali*, cit., p. 1354 e ss.

²⁰ Si veda, *ibidem*, pp. 1374-1376.

²¹ Si rinvia al paragrafo 11, capitolo II, parte I.

tipicità, cioè attraverso l'analisi dei rapporti tra fattispecie e fatto storico, tra norma astratta e sua concretizzazione. Analisi che non concerne tanto il procedimento di concretizzazione, quanto piuttosto il rintracciamento di elementi che rimangono tipici e astratti pur risolvendosi nell'adattamento della realtà astratta al fatto storico. L'analisi verte, allora, su capacità e vocazione del concetto di reato di modularsi sul fatto concreto, attraverso la graduazione dei suoi elementi, per mezzo dell'analisi del concetto di gravità. In questo flusso di essere e dover essere si possono rintracciare la natura, il fondamento e il limite del concetto di sottofattispecie.

2. La dimensione statica della fattispecie e della tipicità

Fattispecie penale e tipicità non sono termini sinonimi²². La fattispecie è un insieme di elementi determinati che la legge prevede per la qualificazione e la quantificazione della rilevanza penale del fatto, è «esemplare» e dal «carattere speculare e visivo»²³, è disindividualizzazione dei comportamenti storici²⁴. Tipicità è, in prima approssimazione, il termine che indica il giudizio esprimente la previsione legislativa di determinati elementi ed effetti giuridici. L'una è il «rovescio della medaglia» dell'altra. Ma non sono la stessa entità²⁵.

---

²² Si veda M. RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie nell'ordinamento vigente*, Torino, 1979, p. 103 e ss.; oltre che G. VASSALLI, *Nullum crimen sine lege*, in «Novissimo digesto italiano», XI, Torino, 1965, p. 495.

²³ Così, F. CORDERO, *Gli osservanti. Fenomenologia delle norme*, Milano, 1967, p. 169. Per una lettura della capacità della fattispecie di contrassegnare una pluralità di comportamenti umani concreti, si vedano le interessanti riflessioni di E.R. BELFIORE, *Contributo alla teoria dell'errore in diritto penale*, Torino, 1997, p. 211 e ss.

²⁴ Cfr., M. RONCO, *Il principio di tipicità*, cit., p. 9; si trova il termine disindividualizzazione già in A.E. CAMMARATA, *Limiti tra formalismo e dogmatica nelle figure di qualificazione giuridica*, Catania, 1936, ora in Id. *Formalismo e sapere giuridico*, Milano, 1963, p. 364.

²⁵ Nel diritto civile, ad esempio, si possono concepire pacificamente fattispecie che non sono tipizzate, si pensi anche solo alla contrattualistica di diritto privato.

Nel diritto penale la loro relazione è, tuttavia, particolarmente intensa se confrontata con quella presente in altri rami del diritto²⁶. Non esiste fattispecie penale che non sia tipica: data una serie di elementi giuridici determinati, essi costituiscono una fattispecie, se, coordinandosi tutti verso l'applicazione necessitata di una sanzione penale a una categoria di ipotesi comportamentali, hanno l'attributo della tipicità, cioè solo se sono espressamente previsti dalla norma penale²⁷. La tipicità è, dunque, un giudizio che individua "l'identità di fattispecie" di quella serie coordinata di elementi giuridici cui si faceva riferimento. Nel sistema penale questo "oggetto", la fattispecie, scaturisce già insieme con il "giudizio", la tipicità: è il legislatore che con la formulazione ed emanazione delle norme incriminatrici coordina diversi istituti a una determinata sanzione penale tipizzandoli in una fattispecie di reato, in vista della prevenzione e regolamentazione di specifiche serie di accadimenti sociali.

I termini di questa simbiosi concettuale, caratteristica del diritto penale, conoscono diversificazioni interne²⁸. Nel ristretto ambito penalistico, il giudizio di tipicità può avere sostanzialmente due significati: da un lato, si rivolge a una norma di legge penale, rintracciandovi una fattispecie astratta sintetizzata dal legislatore; dall'altro, questo giudizio si rivolge, in fase di applicazione del diritto penale, anche a un fatto storico²⁹. L'accadimento storico è tipico nella misura in cui integra le condizioni che la norma astratta prevede per la punibilità, quindi se ricalca le condizioni richieste dalla fattispecie normativa. Esiste un fatto tipico solo se esiste una fattispecie (tipica) cui esso corrisponde³⁰. La norma

---

²⁶ Si afferma che l'astratta previsione all'interno di una fattispecie è la condizione essenziale della tipicità e contestualmente si separa il giudizio di rilevanza giuridica, quindi di conformità alla fattispecie, dalla tipicità, in particolare si intende come tipicità il carattere della fattispecie astratta, e come conformità al tipo quello della fattispecie concreta, così, M. DONINI, *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1984, 203, nota 79.

²⁷ Ancora, *ibidem*.

²⁸ Sul punto cfr., G. LICCI, *Modelli nel diritto penale*, cit., p. 119 e ss.

²⁹ Cfr., L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2004, p. 465.

³⁰ Si veda M. CATENACCI, *Legalità e tipicità del reato nello Statuto della Corte Penale Internazionale*, Milano, 2003, p. 44 e ss.

penale è tipica se è portatrice di due caratteri: la previsione espressa e tendenzialmente determinata del precetto, e l'obbligatorietà condizionale nell'applicazione della sanzione³¹.

Più complesso è il discorso sulle diversificazioni del concetto di fattispecie. Com'è stata sinora presentata essa è l'insieme delle condizioni la cui soddisfazione viene esatta dalla legge penale per l'applicazione di una particolare misura di pena. Il termine originario è il tedesco *Tatbestand*, il quale, almeno in Germania, è interamente avvinto alla storia della dogmatica penalistica e intriso di significato filosofico e sistematico, oggetto privilegiato, quindi, della disputa dogmatica tra le varie Scuole del diritto penale. Così, esso è divenuto un termine generico per l'identificazione del quale è necessaria un'aggettivazione³². Mentre la letteratura italiana utilizza tendenzialmente il concetto di fattispecie in senso generico, alludendo anzitutto alla descrizione formalizzata dalla norma incriminatrice, nella dottrina tedesca si distinguono le forme sistematiche e le dimensioni funzionali di diversi concetti di *Tatbestand*³³.

Il concetto più esteso di fattispecie è quello studiato dalla teoria generale del diritto³⁴. Esso evidenzia il legame tra condizioni della punibilità e sanzione. Contiene tutte le condizioni implicite ed esplicite che portano alla punibilità e alla punizione, a esclusione delle

³¹ Si veda, G. VASSALLI, voce *Tipicità (diritto penale)*, in *Enciclopedia del diritto*, XLIV, Milano, 1992, p. 536.

³² Sulla distinzione tra fattispecie di illecito e di colpevolezza, si veda, G. VASSALLI, *Il fatto negli elementi del reato*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1984, p. 530.

³³ Oltre alla manualistica si vedano, M. KRAHL, *Tatbestand und Rechtsfolge*, Frankfurt am M., 1999, p. 7 e ss.; e J. EISELE, *Die Regelbeispielsmethode im Strafrecht*, Tübingen, 2004, p. 110 e ss.

³⁴ Si veda, K. ENGISCH, *Die normative Tatbestandselemente im Strafrecht*, in *FS für E. Mezger*, 1954, p. 130; nella manualistica tedesca, cfr., C. ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, I, München, 1997³, p. 225 e ss.; H.H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, Berlin, 1988⁴, p. 220 e ss.; G. JAKOBS, *Strafrecht*, cit., p. 156; tra gli studi monografici si veda, K. TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, cit., p. 87; sul concetto di teoria generale del diritto si vedano anche A. FALZEA, voce *Fatto giuridico*, in *Enciclopedia del diritto*, XVI, Milano, 1967, p. 942; e A. CATAUDELLA, voce *Fattispecie*, in *Enciclopedia del diritto*, XVI, 1967, p. 927; per una critica del concetto di fatto della teoria generale del diritto, si rinvia a G. FIANDACA, voce *Fatto nel diritto penale*, in «Digesto delle discipline penalistiche», V, 1991, p. 154.

sole condizioni di procedibilità. Dato che questo concetto viene utilizzato in tutto l'ambito giuridico, esiste un termine, *Verbrechenstatbestand*³⁵, che ne riduce il campo di applicazione al solo diritto penale e che comprende quindi tutte le condizioni materiali della punibilità³⁶.

Garantietatbestand è il termine col significato concettuale più prossimo a quello di fattispecie. Esso contiene tutti gli elementi che permettono il rispetto dell'obbligo costituzionale di legalità, sia gli elementi di punibilità che di maggiore punibilità, quindi dati oggettivi, soggettivi e processuali che descrivono esaurientemente la materia del divieto e che, per quanto possibile, rendono prevedibile il rischio penale³⁷.

Con il termine di *Tatbestand* legislativo³⁸ s'intendono le caratteristiche oggettive alle quali devono essere riferiti dolo e colpa. Qui sono considerati soltanto i dati oggettivi su cui essi si fondano e su cui si fonda anche l'errore motivato, e non anche gli elementi della colpevolezza³⁹.

Con il termine *Unrechtstatbestand* si allude agli elementi oggettivi che fondano la punibilità e la modifica del contenuto illecito del fatto, s'indizia in questo modo l'antigiuridicità escludendo relazioni con la colpevolezza. Le scriminanti accedono, invece, al *Gesamtunrechtstatbestand*, il quale traccia la linea concreta di separazione tra

---

³⁵ Nella terminologia di K. ENGISCH, *Die normative Tatbestandselemente*, cit., p. 130 e ss.

³⁶ Si vedano, H.H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, Berlin, 1996³, p. 246; J. WESSELS, W. BEULKE, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihre Aufbau*, Heidelberg, 2006³⁶, p. 43; e W. GALLAS, *Zum gegenwärtiger Stand der Lehre vom Tatbestand*, in «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», 1955, p. 31.

³⁷ Ancora, cfr., K. ENGISCH, *Die normative Tatbestandselemente*, cit., p. 131; oltre che C. ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, cit., p. 225 e ss.; e K. TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, cit., p. 172 e ss.

³⁸ Detto anche *Leitbildtatbestand*, si veda M. KRAHL, *Tatbestand und Rechtsfolge*, cit., p. 10; anche *Irrtumtatbestand*, o *Vorsatztatbestand*, si veda J. EISELE, *Die Regelbeispielsmethode im Strafrecht*, cit., p. 123; sull'analogo concetto belinghiano si veda H. PLATE, *Ernst Beling als Strafrechtsdogmatiker. Seine Lehren zur Begriffs- und Systembildung*, Berlin, 1966, p. 47 e ss.

³⁹ In questo concetto di fattispecie i sostenitori della teoria bipartita del reato fanno ovviamente rientrare anche le scriminanti.

penalmente lecito e illecito⁴⁰. Quando nelle opere tedesche si fa genericamente riferimento al concetto di *Tatbestand* si allude a quest'ultima forma di fattispecie. Infine, il *Deliktstatbestand* è l'insieme dei soli elementi positivi d'illecito e di colpevolezza, privo cioè di scriminanti e scusanti⁴¹.

Seguendo la tradizione della letteratura italiana e le esigenze ch'esprime la ricerca sulla riformulazione del reato, cioè la questione del rispetto dell'irretroattività della norma penale, il concetto di fattispecie che verrà utilizzato è quello legato al rispetto del dettato costituzionale⁴² e assimilabile al *Garantietatbestand*⁴³. Il concetto di "fattispecie" individua non solo gli elementi che condizionano la punibilità, ma anche quelli che comportano una maggiore punibilità, descrivendo esaurientemente la materia del divieto, e rendendo il rischio penale tendenzialmente prevedibile⁴⁴.

Nel ridurre la molteplicità della realtà a un parametro normativo unico⁴⁵, sebbene dotato di un certo *Spielraum*, la fattispecie ha, tuttavia, non solo uno scopo garantista ma anche conoscitivo ed euristico⁴⁶. La tipizzazione legislativa seleziona tipologie rilevanti di condotta, evita le insufficienze del metodo casistico e allo stesso

---

⁴⁰ Si vedano, J. WESSELS, W. BEULKE, *Strafrecht*, cit., p. 44; C. ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, cit., pp. 225-227; H.H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., pp. 245-246; tra le opere monografiche, cfr., M. KRAHL, *Tatbestand und Rechtsfolge*, cit., pp. 11-13; e J. EISELE, *Die Regelbeispielsmethode im Strafrecht*, cit., pp. 116-118.

⁴¹ Si veda, M. KRAHL, *Tatbestand und Rechtsfolge*, cit., p. 13; oltre che ancora J. EISELE, *Die Regelbeispielsmethode im Strafrecht*, cit., p. 115.

⁴² Per tutti, F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione ed aspetti costituzionali*, Milano, 1965, p. 311 e ss.

⁴³ Sul punto anche C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1994², p. 218.

⁴⁴ Prevedibilità che è manifestazione paradigmatica della tipicità, sul punto, cfr., A. GARGANI, *Dal "corpus delicti" al "Tatbestand"*, cit., pp. 28-29. Bisogna tuttavia tenere distinto il piano degli elementi che appartengono alla fattispecie di garanzia individuata dalla letteratura tedesca, quindi anche le condizioni di maggiore punibilità, da quello del giudizio di tipicità ai fini del rispetto della legalità e dell'irretroattività delle circostanze proprie e improprie in generale, che invece necessita di ulteriori approfondimenti.

⁴⁵ Ancora, *ibidem*, pp. 12-13.

⁴⁶ Per una visione del fatto tipico come modello per il fatto in senso tecnico e come conformità alla fattispecie, cfr., A. DALL'ORA, *Condotta omissiva e condotta permanente nella teoria generale del reato*, Milano, 1950, pp. 48, 49 e ss. Si veda pure, A. CATAUDELLA, voce *Fattispecie*, cit., p. 926 e ss.

tempo realizza programmaticamente la frammentarietà dell'illecito penale⁴⁷, ottenendo, così, un controllo sociale che avvinto alla legalità formale è tendenzialmente meno asfissiante⁴⁸.

Questa garanzia ottenuta per mezzo del principio di tipicità pone nuovamente la questione dei rapporti tra legalità e tipicità⁴⁹. Negli ordinamenti europei continentali non si concepisce la legalità senza la tipicità⁵⁰. Eppure gli ordinamenti di tipo anglossassone, che negli ultimi decenni fanno sempre maggior ricorso alla legge scritta, garantiscono la legalità a prescindere dalla tipicità. Tra l'altro, la legge scritta convive con la tipicità soltanto negli ordinamenti a legalità formale, e non in quelli a legalità sostanziale⁵¹, dov'è la compromissione di un certo valore a determinare la rilevanza penale del fatto senza una descrizione frammentaria degli itinerari antisociali⁵².

Bisognerebbe chiedersi, ma non è la sede idonea, se è soltanto la tradizione più che bisecolare di connessione stretta tra legalità e tipicità a condizionare il giudizio sulla loro relazione⁵³. Ovvero, se già alla fine del Settecento la svolta verso una legislazione positiva in materia penale non fosse una scelta di metodo strettamente connessa a un valore, a un'immagine e a un progetto di società. Non si può negare che la dottrina della coazione psicologica avesse bisogno, almeno dal punto di vista dogmatico e razionale, di un legame positivo con una norma che minaccia e che inibisce⁵⁴. Quell'esigenza, forse solamente razionale o intuitiva, ha permesso il progresso del diritto dei paesi in cui legalità e tipicità sono indissolubili. Le società multiculturali, liberali e democratiche, che non sono più fondate su

⁴⁷ Cfr., A. GARGANI, *Dal "corpus delicti" al "Tatbestand"*, cit., p. 19.

⁴⁸ Ancora *ibidem*, p. 26.

⁴⁹ Essi chiaramente non sono sinonimi, non è solo che la tipicità non esaurisce il contenuto della legalità, come dice G. VASSALLI, voce *Nullum crimen nulla poena sine lege*, cit., pp. 282-283, ma proprio il rapporto tra i concetti a essere peculiare, l'uno, infatti, pare essere la struttura, il corpo, dell'altro.

⁵⁰ Si veda, *Id.*, voce *Tipicità (diritto penale)*, cit., p. 536.

⁵¹ Si pensi all'ordinamento penale dell'Unione Sovietica.

⁵² Per tutti, si veda, *Id.*, *Il fatto negli elementi del reato*, cit., p. 550.

⁵³ Sulle motivazioni che hanno favorito la tipizzazione, si veda, *Id.*, voce *Tipicità (diritto penale)*, cit., p. 537.

⁵⁴ Cfr., *Id.*, *Nullum crimen sine lege*, Torino, 1939, p. 42; taluno ritiene che la teoria della costrizione psicologica sia vista oggi come il frutto *naïv* di un esasperato razionalismo, si veda, B. SCHÜNEMANN, *Nulla poena sine lege?*, cit., p. 11.

una garanzia morale o su di un'unificazione etica, esprimono questa libertà proprio nella, e con la, legge scritta. Affidano a ciascuno gli strumenti per comprendere la *Mischung* di valori che le compongono e che devono essere tutelati. Permettono, soprattutto, l'accesso al processo di formazione e declamazione dei valori sommi della società. Sono società elastiche e, tendenzialmente, più egualitarie.

Oggi si può dire che la tipicità come espressione della legalità ha portato un processo di umanizzazione del diritto penale, ha permesso lo sviluppo dei legami tra imputabilità e colpevolezza, lo stesso radicamento della concezione normativa della colpevolezza, come rimprovero per un'azione antidoverosa che si doveva non tenere, ha spiegato effetto sulla scusante dell'ignoranza inevitabile della legge. Tutto il volto più umano e progredito del diritto penale parte dalla necessità di una legge incriminatrice scritta e determinata⁵⁵.

Che la tipicità non sia carattere necessario del processo d'incriminazione è un dato. Ma che non debba esserlo, è un'altra questione. Che tipicità e legalità non siano sinonimi e che non si implicino a vicenda è un fatto⁵⁶. Che questa possibilità storica e politica sia l'identificazione del migliore assetto per il diritto penale e per la società è opinabile. La questione torna di recente rispetto all'ordinamento giudiziario internazionale e alla Corte penale internazionale, dove le tesi fondate sulla separazione tra legalità e tipicità hanno trovato terreno fertile⁵⁷.

Da un lato, si sosteneva, ricollegandosi a un'opinione diffusasi al tempo del processo di Norimberga, che per i fatti perseguiti dalla giustizia penale internazionale non avrebbe senso porsi il problema della tipicità, in quanto sono già tutti riconducibili ai codici penali nazionali, e richiedere una duplicazione della fonte sarebbe espressione d'inaccettabile formalismo⁵⁸. Posizione comprensibile ma di

---

⁵⁵ In questo senso, tale volto del diritto penale viene associato ai paesi «più progrediti», da G. VASSALLI, *Il fatto negli elementi del reato*, cit., pp. 550, 552.

⁵⁶ Id., voce *Nullum crimen nulla poena sine lege*, cit., pp. 282-283.

⁵⁷ Sulla legalità nell'ordinamento internazionale si veda ancora, G. VASSALLI, voce *Nullum crimen nulla poena sine lege*, cit., p. 294; e M. CAIANIELLO, E. FRONZA, *Il principio di legalità nello Statuto della Corte penale internazionale*, in «L'indice penale», 2002, p. 320 e ss.

⁵⁸ Per una rassegna, cfr., M. CATENACCI, *Legalità e tipicità del reato*, cit., p. 61 e ss.

poco momento se comparata alle garanzie che il *tandem* legalità-tipicità offre allo Stato e al cittadino.

Maggiore interesse suscita, invece, una seconda prospettiva separatista, la quale intende colpire il fondamento dogmatico stesso della tipicità, negandone l'indefettibile connessione con la legalità, nella misura in cui scaturisce da una riflessione sulla forma istituzionale e sulla distribuzione costituzionale dei "poteri". In sostanza, si afferma che la funzione della tipicità è legata esclusivamente alla garanzia liberale della divisione dei poteri. La previsione legislativa di ipotesi astratte di reato impedirebbe al giudice di sostituirsi al Parlamento, l'unico soggetto a poter legittimamente incidere sulla libertà personale dei cittadini. La tipicità non avrebbe, così, valore assoluto ma relativo al tipo di ordinamento, radicato cioè nel primato della volontà parlamentare⁵⁹. Negli ordinamenti con un diverso assetto istituzionale, il diritto "non positivo" non può essere escluso dalle fonti penali, l'esigenza sarebbe legata, infatti, soltanto all'applicazione di una norma che precede la commissione del fatto, e questa può essere anche consuetudinaria⁶⁰.

Al di là del fatto che lo Statuto di Roma istitutivo della Corte penale internazionale adotta la legalità-tipicità del reato⁶¹, e pur riconoscendo la suggestione di queste riflessioni, esse non si possono rite-

---

⁵⁹ È la posizione di O. TRIFFTERER, *Dogmatische Untersuchungen zur Entwicklung des materiellen Völkerstrafrechts seit Nürnberg*, Freiburg, 1966, p. 116 e ss. Dopo un'interessante disamina storica sulla divaricazione europea tra Stati a diritto consuetudinario e Paesi a diritto positivo, e sebbene parli di legalità e non specificamente di tipicità, come particolare espressione tassativa della legalità di fattispecie, Triffterer ricostruisce il portato della tipicità come effetto del principio liberale della libertà al di fuori del vincolo della norma, ovvero, secondo un'altra impostazione dogmatica, come il frutto della necessità di individualizzare e di spiegare funzione specialpreventiva. In questa impostazione, la norma scritta protegge dall'abuso del potere. Per la garanzia di questa residua libertà del singolo, impostazione liberale riconosciuta sia dalla scuola classica che dalla scuola moderna, è necessario, dunque, un rigoroso principio di legalità. (116-118). Si affronta poi la questione della necessità dal punto di vista dello Stato di diritto della funzione della legalità, e si riscontra come sia un'esigenza politica quella della maggiore certezza possibile (119-120). Si conclude, in sostanza, affermando come il principio di legalità non sia strettamente legato alla natura, all'essenza, del diritto, ma solo alla forma dello Stato di diritto (121-123).

⁶⁰ Si veda, M. CATENACCI, *Legalità e tipicità del reato*, cit., p. 64.

⁶¹ Nello Statuto, si veda *ibidem*, p. 169, la *ratio* della legalità sta sia nello scopo di limitare indebite ingerenze della comunità internazionale sugli stati sovrani, sia nella tutela della libertà individuale dagli abusi della magistratura internazionale.

nere pienamente condivisibili. La tipicità, che pure può beneficiare di una giustificazione politica aggiuntiva riposta nella separazione dei poteri, non è, infatti, funzione della forma di stato e di governo, essa è in prima istanza lo strumento per la realizzazione del principio di legalità. Non solo il progressivo flusso negli ordinamenti di *common law* verso la legislazione dei *codes* ne è una testimonianza⁶², ma soprattutto essa si pone come oggetto e soggetto di sintesi di tutti i corollari della legalità. La tassatività e la riserva di legge, il divieto d'analogia e la garanzia dell'applicazione della pena alla presenza delle condizioni normative, sono "incarnate" nella fattispecie, la quale offre loro la migliore possibilità teorica e pratica di realizzazione. La tipicità, si può in questo concordare con i "separatisti", non è un corollario della legalità, essa ne è, infatti, il condensato, il corpo stesso⁶³.

Non che la tipicità sia condizione della democraticità di un'assetto istituzionale⁶⁴, però, in un certo senso, l'assenza di una legge scritta generale e astratta che sancisca e provi il patto tra i cittadini e i loro rappresentanti, tra singolo e Stato, evoca l'immagine di una staticità sociale, di una condivisione dei beni giuridici fondata quasi su di un'uniformazione morale o etica⁶⁵. Come se la certezza del diritto non nascesse dalla legge, ma da un ordine precostituito e sovrano che tutela solo gli interessi di tutti, e non anche quelli dei singoli. C'è, in sostanza, uno schizzo, appena abbozzato, di una società che vuole apparire senza conflitti, pacificata, statica⁶⁶. Società, in cui, magari, il delinquente non viene ammesso efficacemente al patto sociale ma è solo un nemico. Le terribili esperienze che hanno patrocina-

---

⁶² Sulla convergenza tra *civil law* e *common law*, si veda A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, Torino, 1999, p. 202 e ss.

⁶³ Forti esigenze e legami tra tipicità e legalità anche in M. RONCO, *Il principio di tipicità*, cit., p. 105.

⁶⁴ C'è anche chi, dal punto di vista puramente teorico e probabilmente non molto vicino al ragionamento penalistico, nega che ci possa essere vera disciplina giuridica senza tipicità, così, E. BETTI, *Der Typenzwang bei den römischen Rechtsgeschäften und die sogenannte Typenfreiheit des heutigen Rechts*, in *FS für L. Wenger*, München, 1944, p. 249 e ss.

⁶⁵ Sulla differenza assiologica tra i sistemi giuridici fondati sulla casistica e quelli fondati sulla tipizzazione, si veda, M. RONCO, *Il principio di tipicità*, cit., p. 85.

⁶⁶ Il contrario della società aperta e liberale dov'è la struttura capitalistica ad aver bisogno di certezze razionali, come dice F. SGUBBI, *Interessi diffusi*, in «La questione criminale», 1975, p. 439 e ss.

nato quest'immagine, dentro un contesto di legalità tipizzata in maniera sostanziale, non permettono una piena serenità nell'accettazione intellettuale di modelli non formalizzati del contratto sociale⁶⁷.

Questa natura di strumento di realizzazione della legalità fa assumere alla tipicità alcune caratteristiche che ne denotano l'essenza e la forma. Si ribadiscono allora i due caratteri della tipicità⁶⁸: a) la previsione precettiva legale, espressa e determinata⁶⁹; b) l'applicazione, o l'incidenza, necessaria sulla pena come effetto dell'esistenza dei suoi presupposti⁷⁰. Questi due caratteri della tipicità schiudono due particolari gruppi di garanzie per il cittadino: lo garantiscono dall'ingerenza dello Stato nella sua libertà personale, e lo garantiscono sull'efficienza dello Stato contro le lesioni dei beni giuridici di cui egli è titolare. In sostanza, c'è tipicità se esiste una previsione espressa dalla legge, determinata e che impone necessariamente una conseguenza penale. Questi sono i caratteri della tipicità, questi sono i caratteri della "fattispecietà", sono i criteri presenti i quali si può elevare il giudizio di tipicità.

Il tema della determinatezza della fattispecie offre già a un'analisi superficiale, l'opportunità di effettuare una duplice considerazione⁷¹. Da un lato, esso vive la situazione paradossale per cui negli ordinamenti in cui c'è il riferimento alla tassatività-determinatezza della fattispecie, il parametro che si fornisce è esso stesso indeterminato.

---

⁶⁷ Il riferimento è chiaramente all'ordinamento nazista e a quelli comunisti, si veda, per tutti, G. VASSALLI, *Nullum crimen sine lege*, Torino, 1939, pp. 48 e ss., 60 e ss., 113, e, sulle argomentazioni di cui sopra, 63-64. Sul collegamento tra il contratto sociale e la tipicità si veda ancora, M. RONCO, *Il principio di tipicità*, cit., p. 79 e ss.

⁶⁸ Per la distinzione generale tra caratteri ed elementi si veda, G. VASSALLI, *Il fatto negli elementi del reato*, cit., p. 550, il quale classifica poi la tipicità come carattere e non come elemento del reato.

⁶⁹ Si veda, M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991, pp. 124-125; oltre che G. VASSALLI, voce *Nullum crimen nulla poena sine lege*, cit., pp. 282-283.

⁷⁰ Cfr., G. VASSALLI, voce *Tipicità (diritto penale)*, cit., p. 536.

⁷¹ Sul punto, tra gli altri, ID., voce *Nullum crimen nulla poena sine lege*, cit., p. 307 e ss.; ID., voce *Tipicità (diritto penale)*, cit., p. 540 e ss. Per uno studio dei riflessi intertemporali dell'indeterminatezza, si veda, N. GROSS, *Rückwirkungsverbot und richterliche Tatbestandsauslegung im Strafrecht*, Freiburg im B., 1969, p. 112 e ss.

nato⁷². Di fronte a questa situazione, la dottrina si sforza d'individuare parametri che indichino quale misura di determinatezza è sufficiente e quale misura d'indeterminatezza è intollerabile, di rintracciare un equilibrio soddisfacente tra la necessità di concretizzare la norma e l'esigenza di salvaguardarne la generalità⁷³.

Se non si può negare che una certa indeterminatezza della fattispecie è funzionale all'adattamento della normazione alla «varietà della vita»⁷⁴, e in questa misura può essere tollerata⁷⁵, è inammissibile una grave e immanente incertezza sulla rilevanza penale di un comportamento, la norma di riferimento del quale lascia rappresentare, spesso solo il “rischio” della penalizzazione⁷⁶. La responsabilità

⁷² Cfr., K. TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, cit., p. 187 e ss.; e B. SCHÜNEMANN, *Nulla poena sine lege*, cit., p. 29.

⁷³ Un quadro è in G. DUTTGE, *Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten*, Tübingen, 2001, p. 174 e ss.

⁷⁴ La Corte Costituzionale tedesca parla esattamente di *Vielgestaltigkeit des Lebens*, si veda BverfG, 23.10.1985, in «Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts», 71, pp. 108, 114-115. Nella dottrina italiana, si veda la prospettiva di chi si è soffermato sul ragionamento retorico del giudice, sottolineandone gli effetti sul principio di tassatività-determinatezza, così, G. FORNASARI, *Brevi riflessioni sul rapporto fra ragionamento retorico e decisioni del giudice penale*, in G. FERRARI, M. MANZIN (a cura di), *La retorica fra scienza e professione legale. Questioni di metodo*, Milano, 2004, p. 311 e ss.; in particolare, l'A. sottolinea la necessità di individuare e comprendere i limiti dell'operatività della determinatezza, ancora, G. FORNASARI, *Riflessioni sui principi sovralegali del diritto penale*, cit., p. 364 e ss.

⁷⁵ Soprattutto da coloro che intendono il processo di concretizzazione e applicazione del diritto penale non in modo meramente meccanicistico, si veda, K. ENGISCH, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, Heidelberg, 1963, p. 15; e W. HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, München, 1990, p. 259; nella manualistica, per tutti, C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 125 e ss.

⁷⁶ Accanto al “classico” sulle “leggi” di allocazione del rischio penale, F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, Bologna, 1990, pp. 61 e ss., 78 e ss., si veda la pronuncia della Corte Costituzionale tedesca che asserisce la tollerabilità e l'inevitabilità che, in alcuni casi limite, si perda l'orientamento sull'allocazione della penalizzazione, a due condizioni: che nella maggioranza dei casi ci sia una piena certezza; e che nei casi eccezionali e limitati d'incertezza, ci sia, quanto meno, la possibilità di rappresentarsi il rischio della rilevanza penale del fatto, testualmente «wenigstens das Risiko einer Bestrafung erkennbar», si veda BverfG., 23.10.1985, in «Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts», 71, p. 108, pp. 114/115; sul punto anche G. DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, cit., p. 512, che, con riferimento al diritto intertemporale, vede ulteriori svantaggi di questo approccio nella misura in cui incide sulle scelte di continuità e discontinuità del legislatore; sul punto si veda anche, B. JÄNKE, *Zur Frage der Geltung des nullum-crimen-Satzes im*

non può essere ascritta sempre e integralmente all'imprecisione del linguaggio che media tra diritto e soggetto al diritto⁷⁷. È la legislazione, per certo, l'attività che necessita di un ripensamento e di una riqualificazione⁷⁸.

La determinatezza, intesa come idoneità di un dato letterale a essere conosciuto e compreso, opera sia nei confronti del legislatore che rispetto all'interprete⁷⁹. Accuratezza nella legislazione e divieto d'analogia sono il portato funzionale della determinatezza della fattispecie. Eppure rimane sfuggente il parametro per l'identificazione della misura incostituzionale d'indeterminatezza⁸⁰.

Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches, in *FS aus Anlass des fünfzigjährigen Bestehens von Bundesgerichtshof, Köln-Berlin-Bonn-München*, 2000, p. 399 e ss. Per un quadro dell'atteggiamento della Corte Costituzionale italiana rispetto al tema della tassatività-determinatezza, si veda, E.R. BELFIORE, *Giudice delle leggi e diritto penale*, Milano, 2005, p. 136 e ss.

⁷⁷ Sul concetto di vaghezza del linguaggio si vedano i quattro tipi di ambiguità, *Vagheit, Porosität, Wertausfüllungsbedürftigkeit, e Bezeichnung von Dispositionen*, elaborati da W. HASSEMER, sub § 1, in *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Baden-Baden, 2003, p. 14 e ss.; e, ancora, W. HASSEMER, *Rechtssystem und Kodifikation: Das Bindung des Richters an das Gesetz*, in ART. KAUFMANN-W. HASSEMER, *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, Heidelberg, 1994, pp. 250, 251, 259. Per un approccio analitico e di filosofia del linguaggio all'ambiguità del testo normativo, si veda, O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo della legge*, Milano, 2006, p. 74 e ss.; per un'analisi comparata sui diversi "modelli" di determinatezza si veda, G. LICCI, *Modelli nel diritto penale*, cit., p. 248 e ss.

⁷⁸ Per una sottolineatura della carenza di studi di scienza della legislazione, si veda, per tutti, G. FORNASARI, *Brevi note sul metodo interpretativo del giudice penale*, cit., p. 250.

⁷⁹ Si rinvia a, F. PALAZZO, voce *Legge penale*, in «Digesto delle discipline penalistiche», VII, Torino, 1993, p. 355, che analizza anche i tre criteri utilizzati dalla Corte Costituzionale per affrontare la questione della determinatezza: criterio linguistico, riferimento all'interpretazione nel diritto vivente e possibilità di cogliere l'essenza disvalorativa della fattispecie, ancora, *ibidem*, p. 357. Si veda anche, ID., *Il principio di determinatezza*, cit., p. 296 e ss., dove si analizza minuziosamente la fase interpretativa a partire dai mezzi e dai tipi d'interpretazione, fino ai suoi risultati e ai suoi limiti. Sul "diritto vivente" come elemento di integrazione della determinatezza di fattispecie, si veda, E.R. BELFIORE, *Giudice delle leggi e diritto penale*, cit., p. 138 e ss.

⁸⁰ Per una breve analisi sul principio di determinatezza nel contesto di studio della fattispecie, da un ottica costituzionale e rivolto anche alle ipotesi limite e ai casi dubbi si veda, F. GEERDS, *Zur Problematik der strafrechtlichen Deliktstypen*, in *FS für Engisch*, Frankfurt am M., 1969, pp. 408 e ss., 419 e ss.

Le impostazioni sono molto diversificate. Taluno si appella al parametro sostanziale della prevalenza della giustizia materiale rispetto alla certezza del diritto⁸¹, che ha trovato una eco nella giurisprudenza del *Bundesgerichtshof* e del *Bundesverfassungsgericht* che ha ritenuto inoperante il divieto di retroattività rispetto alla rimozione della scriminante che nella ex-DDR giustificava gli “spari al muro di Berlino”⁸². C’è chi propone un approccio fondato sulla prevalenza quantitativa, nella fattispecie, degli elementi sufficientemente definiti⁸³. Interessante la posizione di chi elabora il criterio di ottimizzazione della determinatezza, utilizzando il parametro della “massima determinatezza possibile”, per cui la norma costituzionale imporrebbe l’obbligo di limitare al minimo la compromissione della certezza del diritto, sostituendo, quando possibile, elementi descrittivi a concetti sfuggenti⁸⁴. Parametri arbitrari o rilevazione di meri indizi d’indeterminatezza affliggono anche altre teorie che hanno cercato di disegnare la linea oltre la quale l’indeterminatezza lede i principi costituzionali⁸⁵.

Da altri autori, si pone l’attenzione più sul versante dell’interpretazione del dato, e quindi della sua formulazione. Da un lato,

⁸¹ Si rinvia a P. SEEL, *Unbestimmte und normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht und der Grundsatz “nullum crimen sine lege”* (art. 103GG), München, 1965, p. 126; e T. LENCKNER, *Wertauffüllungsbedürftige Begriffe im Strafrecht und der Satz “nulla poena sine lege”*, in «Juristische Schulung», 1968, pp. 304-305.

⁸² Due considerazioni: in primo luogo, le particolari circostanze di fatto valutate dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità sui *Mauerschüsse*, riducono le assonanze con la distinzione tra fattispecie incostituzionali e grado tollerabile di indeterminatezza. In secondo luogo, il parametro che si pretende di utilizzare, cioè il concetto di giustizia, è tra quelli su cui esiste meno accordo per cui la sua indeterminatezza si trasferisce inevitabilmente sul criterio individuato in via interpretativa.

⁸³ Sostiene questa tesi, B. SCHÜNEMANN, *Nulla poena sine lege*, cit., p. 35; per una critica si veda, G. DUTTGE, *Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts*, cit., p. 185.

⁸⁴ Grande seguito quello riscosso da questa impostazione di T. LENCKNER, *Wertauffüllungsbedürftige Begriffe*, cit., pp. 249, 255; criticamente ancora G. DUTTGE, *Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts*, cit., pp. 186-188.

⁸⁵ Ci si riferisce alla c.d. “teoria intersubiettiva” che valorizza il riconoscimento del significato sociale di un concetto normativo, si veda, A. RANSIEK, *Gesetz und Lebenswirklichkeit. Das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot*, Heidelberg, 1989, p. 71 e ss.; e la teoria del “minimo comune denominatore” di E. SCHLÜCHTER, *Zur “Minimun” bei der Auslegung normativer Merkmale im Strafrecht*, in «Neue Zeitschrift für Strafrecht», 1984, pp. 300, 301.

Claus Roxin sostiene che la determinatezza dipende dalla possibilità di dedurre un chiaro scopo legislativo dalla disposizione e, quindi, dalla capacità del testo normativo di opporsi alle interpretazioni più lontane da questo scopo⁸⁶. Per Winfrid Hassemer, invece, la determinatezza si ottiene soltanto costruendo le fattispecie con elementi che le ancorino alla realtà, cioè tramite concetti materiali e afferrabili che incrementino la precisione del testo⁸⁷.

L'indagine più approfondita e interessante disegna il parametro di tollerabilità costituzionale partendo dalla distinzione tra elementi descrittivi e elementi valutativi⁸⁸ e richiede una legislazione che si strutturi su tipi omogenei di disvalore di reato e che indichi i criteri finalistici nelle ipotesi di discrezionalità normativa⁸⁹.

In particolare, gli elementi descrittivi sono incostituzionali sotto il profilo della determinatezza quando individuano classi ampie ed eterogenee di oggetti che possono essere ricondotti alla fattispecie⁹⁰. Mancanza di percepibilità del loro contenuto, generalità e *deficit* di descrittività, determinano un'intollerabile lesione dell'esigenza costituzionale di precisione e chiarezza della fattispecie, indeterminata che è proporzionale alla centralità del ruolo di questi elementi nella fattispecie e alla loro generalità⁹¹.

Gli elementi valutativi, invece, sono indeterminati quando la legge non esprime il parametro per mezzo del quale operare la valutazione sottesa all'elemento, ovvero quando il criterio è presente ma a sua volta si rivela indeterminato ed equivoco⁹².

---

⁸⁶ Cfr., C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., I, p. 127.

⁸⁷ W. HASSEMER, sub § 1, in *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, cit., p. 11; per una valutazione critica di questi due approcci ancora, G. DUTTGE, *Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts*, cit., p. 201.

⁸⁸ Si veda, F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza*, cit., p. 339 e ss.

⁸⁹ Ancora, ID., voce *Legge penale*, cit., pp. 359, 362. Sulle modalità di rapporto della norma astratta, in fase di formulazione della fattispecie, con il fatto concreto, si veda, M. RONCO, *Il principio di tipicità*, cit., p. 9.

⁹⁰ Cfr., F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza*, cit., pp. 404-405.

⁹¹ Così, ancora, *ibidem*, pp. 409 e ss., 412, 413.

⁹² Cfr., *ibidem*, p. 428 e ss. Si veda, inoltre, la recente approfondita indagine di L. RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, cit., p. 189 e ss.

3. La dimensione dinamica della fattispecie e della tipicità: la relazione tra la norma astratta e il fatto concreto

Nel diritto penale l'approccio fondato sulla forma e sulla misura, intesi come mezzi di connessione tra la generalità del pubblico potere e la singolarità della soggezione del cittadino, è costituzionalmente irrinunciabile⁹³. La sinergia tra la generalità della *forma* legislativa e la concretezza della *realtà* sociale, ch'essa in un certo senso riflette, tra l'opportunità e l'efficacia della *tecnica* utilizzata dal legislatore e il *contenuto* giuridico con cui qualifica un accadimento reale, connota la complessità della creazione e applicazione del diritto penale⁹⁴.

Accanto allo studio del concetto statico ed "elementare" di fattispecie e di tipicità, si indaga anche la dimensione dinamica, cioè il processo d'applicazione della norma al fatto concreto⁹⁵. Tale indagine dovrebbe cercare di coglierne gli aspetti metodologici e gli strumenti idonei a tessere relazioni efficaci tra fattispecie astratta e fatto concreto⁹⁶. Questo è il modo per approfondire l'intuizione della letteratura sulla riformulazione del reato in ordine alla possibile rilevanza di questa loro connessione. Raffinatezza della suggestione non coadiuvata da un adeguato approfondimento scientifico⁹⁷.

Si pone, così, la questione metodologica dell'applicazione della fattispecie. Questione che verte, in estrema e banalizzante sintesi,

⁹³ Si esprime così, K. TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, cit., p. 70.

⁹⁴ Ancora, *ibidem*, p. 70 e ss.

⁹⁵ Sullo spazio di discrezionalità del giudice nella concretizzazione e individualizzazione della norma astratta, si veda, G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990, p. 195 e ss., p. 203 e ss.; rispetto alla teoria della colpa, si veda, D. CASTRONUOVO, *Responsabilità da prodotto e struttura del fatto colposo*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2005, p. 317.

⁹⁶ C'è chi parla di differenza tra fatto giuridico astratto e fatto giuridico concreto, come di differenza tra la previsione della rilevanza giuridica di un comportamento e l'applicazione della conseguenza di quel comportamento storico prevista dalla norma, si veda C. MAIORCA, voce *Fatto giuridico-Fattispecie*, in «Novissimo digesto italiano», VII, Torino, 1961, p. 132. Si veda anche, A. CATAUDELLA, voce *Fattispecie*, cit., p. 927.

⁹⁷ Questi spunti sul collegamento in ambito intertemporale tra fattispecie astratta e fatto concreto a volte sono esili, a volte solo qualche parola, sebbene densa di suggestione: cfr. G. JAKOBS, *Strafrecht*, cit., p. 103; G. DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, cit., p. 515; D. PULITANÒ, *Legalità discontinua?*, cit., p. 1279, p. 1280.

sul “come” si applica la fattispecie alla realtà storica⁹⁸. Mantenendo l'estremità della sintesi, si possono individuare due modelli di applicazione della fattispecie: la sussunzione e la spirale ermeneutica⁹⁹.

Secondo il primo modello, la norma penale si applica attraverso un sillogismo meccanicistico che permette il riferimento del fatto storico alla norma e che indicherà al giudice quali effetti far spiegare sull'autore del fatto¹⁰⁰. Norma e fatto vivono separatamente e possono essere messi in relazione solo teoreticamente, attraverso l'attività strumentale di un soggetto esterno.

Secondo il modello ermeneutico, invece, fattispecie astratta e accadimento concreto si muovono contemporaneamente l'una attorno all'altro, tracciando un'immaginaria spirale: essi non esistono e non possono essere conosciuti se non dentro una relazione bidirezionale¹⁰¹. La norma s'interpreta solo attraverso il fatto, e il fatto si comprende solo se lo si accosta alla norma¹⁰², di questo processo l'interprete è il protagonista, egli è dentro l'interpretazione¹⁰³.

---

⁹⁸ Per una storia del pensiero metodologico-giuridico, si veda, K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin, 1991, p. 1 e ss.; tra i saggi italiani sulla metodologia delle scienze sociali si veda, A. PANEBIANCO, *Introduzione*, in A. PANEBIANCO (a cura di), *L'analisi della politica*, Bologna, 1989, p. 13 e ss.

⁹⁹ Per un'analisi problematica del metodo sillogistico sussuntivo, ispirata da suggestioni della topica, della retorica e dell'ermeneutica giuridica, oltre che vivificata da diversi esempi, si veda, G. FORNASARI, *Brevi riflessioni sul rapporto fra ragionamento retorico e decisioni del giudice penale*, cit., p. 313 e ss. Sulla spirale ermeneutica, breve e chiaro è il riferimento di ART. KAUFMANN, *Die hermeneutische Spirale*, in *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Baden-Baden, 2000, p. 13 e ss. Sul sillogismo giudiziario e sulla questione del carattere induttivo o deduttivo dell'interpretazione nel diritto penale, si veda, O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale*, cit., p. 25 e ss., l'A. ritiene in particolare che la sussunzione sia legata alla “giustificazione” e non alla decisione giudiziaria in sé (p. 265), e riconosce un ruolo creativo non meramente deduttivo del giudice (p. 292 e ss.).

¹⁰⁰ Si veda, K. LARENZ, *Methodenlehre*, cit., p. 155 e ss.

¹⁰¹ Per un saggio di sintesi si veda W. HASSEMER, *Juristische Hermeneutik*, in «Archiv für Recht und Sozialphilosophie», 1986, p. 195 e ss.

¹⁰² Si veda A. BARATTA, *Ricerche su “essere” e “dover essere” nell'esperienza normativa e nella scienza del diritto*, Milano, 1968, pp. 78-79.

¹⁰³ Per la convinzione che l'interpretazione è adattamento della norma alla realtà per tramite del ruolo irrinunciabile della giurisprudenza, si veda, G. FORNASARI, *Diritto giurisprudenziale e cause di giustificazione*, cit., p. 45 e ss., 48.

Un minimo comune denominatore potrebbe essere rintracciato nella “presenza relazionale” di entità astratta e realtà concreta: la prima contiene gli elementi per valutare la seconda¹⁰⁴. Dati astratti e circostanze reali, anche divergendo sulle specifiche modalità d’incontro, non occupano lo stesso spazio concettuale. Il metodo della sussunzione, prodotto dell’ottimismo scientifico della Giurisprudenza dei Concetti, e della fiducia nella legislazione della Scuola dell’Esegesi, si scontra con una realtà molto più complessa e inafferrabile di quanto le sue capacità possano riuscire a gestire. E questa complessità è tipica del diritto in sé. Certo, ci sono ipotesi che chiaramente divergono dal paradigma classico, ma tutto il diritto esprime una complessità difficilmente contenibile con la struttura deduttiva del procedimento d’applicazione della legge. A questo si aggiunga che ci sono anche ipotesi crimonologiche limite. Tra queste s’inserisce certamente la tipologia delittuosa del danno da prodotto, che ha costretto la dogmatica penalistica a estendere la portata di paradigmi e istituti giuridici¹⁰⁵ sino a renderli irriconoscibili¹⁰⁶. Qui, abbandonato lo schema del reato d’evento, si propone il disegno di un nuovo illecito di rischio, aderente alle peculiarità empiriche delle ipotesi di danno da prodotto¹⁰⁷ e portatore di un inusitato concetto di “tipicità induttiva”¹⁰⁸.

L’induzione della tipicità nasce dall’utilizzo di un concetto ermeneutico e non epistemologico di rischio, cioè legato all’evidenza empirica e non alla frequenza statistica¹⁰⁹. Evidenza empirica che “lascia sospettare” la presenza di un rischio non tollerabile¹¹⁰. La verifica di eventi lesivi frequenti e diffusi, associati a rischi gravi, omogenei ed eccezionalmente più alti rispetto ai luoghi dove il pro-

---

¹⁰⁴ Sull’integrazione tra metodo scientifico neopositivista fondato sulla sussunzione e il metodo ermeneutico, si veda, M. DONINI, *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto fra diritto penale e politica*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2001, p. 27 e ss., p. 37.

¹⁰⁵ Soprattutto rispetto al nesso causale.

¹⁰⁶ Cfr., C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, Milano, 2004, p. 479.

¹⁰⁷ Ancora, *ibidem*, p. 535.

¹⁰⁸ Come lo definisce lo stesso autore, si veda, *ibidem*, p. 546.

¹⁰⁹ Così spiega, *ibidem*, p. 482.

¹¹⁰ In questo senso, ancora, *ibidem*, p. 536.

dotto non viene commercializzato, fa scattare la condotta doverosa orientata alla minimizzazione del rischio¹¹¹.

Non c'è uno schema astratto che si applica alla realtà concreta. La realtà concreta stessa, infatti, fornisce i parametri "astratti" per una specie di autovalutazione della rilevanza penale, dettando le condizioni empiriche per l'attivazione delle conseguenze dell'integrazione della fattispecie di rischio.

Se tale ipotesi è stata denominata "tipicità induttiva", un'altra categoria peculiare è quella della "tipicità ipotetica"¹¹². Il settore è quello dei delitti politici, ancora portatore di una spiccata eccentricità rispetto alla normazione penale comune. Anticipazione incontrollabile della tutela, incongruenza strutturale delle fattispecie e inafferrabilità ermeneutica dell'evento politico primario, pongono queste ipotesi ai limiti, se non già oltre i confini, della legittimità costituzionale¹¹³. L'assoluta mancanza della descrizione della condotta, accompagnata dall'indicazione di un evento di pericolo iperoffensivo (come può essere «instaurare la dittatura di una classe sociale», «l'insurrezione armata» o la «guerra civile») ma strutturalmente costruito come un reato monoffensivo, determina una chiara disfunzionalità dello schema tradizionale della sussunzione¹¹⁴. Infatti, non c'è la descrizione di un fatto o di un evento che permette la sussunzione¹¹⁵. Oggetto del giudizio diviene, allora, l'elaborazione di un quadro ipotetico, abduttivo, che cerca di dimostrare la presenza della mera intenzione di fare¹¹⁶. L'assoluta incongruenza strutturale e l'indeterminatezza degli elementi non permettono l'applicazione

---

¹¹¹ Sono, in realtà, quattro gli elementi che secondo l'A. connotano la dimensione oggettiva di questo illecito di rischio: ai tre indicati nel corpo del testo se ne aggiunge uno "eccentrico" rispetto agli altri, ovvero la surrogabilità del prodotto, si veda *ibidem*, p. 538 e ss.

¹¹² Il riferimento è a T. PADOVANI, *Il nemico politico e il suo delitto*, in A. GAMBERINI, R. ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Bologna, 2007, p. 73 e ss. (citato dalle "seconde bozze").

¹¹³ Ancora, T. PADOVANI, *Il nemico politico e il suo delitto*, cit., p. 78.

¹¹⁴ Così, *ibidem*, pp. 79-80.

¹¹⁵ Sulle questioni di garanzia e di legalità dei delitti politici si veda anche G. VASSALLI, voce *Nullum crimen nulla poena sine lege*, cit., p. 285.

¹¹⁶ In questi termini, ancora, T. PADOVANI, *Il nemico politico e il suo delitto*, cit., p. 80.

dello schema valutazione/oggetto della valutazione. Nei delitti politici si assiste, così, alla riduzione della tipicità a mera abduzione, a mero sfondo indiziario.

Questo complesso percorso d'applicazione, deduttiva o ermeneutica che sia, della fattispecie, passa non solo dagli elementi di punibilità astratta descritti dalla fattispecie incriminatrice, ma, nella prospettiva dell'irrogazione della sanzione e della commisurazione del disvalore del fatto, anche per la correlazione tra fatto e sanzione, quindi anche per le circostanze del reato e per i paradigmi intraedituali di commisurazione della pena, le c.d. circostanze improprie. Sono queste figure che attenuano la frattura che la tipizzazione crea tra lo schema astratto della legge e la realizzazione storica di un fatto penalmente rilevante¹¹⁷.

Tentando di abbozzare il percorso di concretizzazione della fattispecie si rileva, dunque, come in primo luogo siano le "condizioni di punibilità" della fattispecie a qualificare un fatto come penalmente rilevante. Purtuttavia, al diritto penale non compete solo la classificazione ma anche la quantificazione del disvalore penale rilevato. La qualificazione ha in sé una mera funzione teoretica, solo con la commisurazione disvalore e valore vengono bilanciati, e il diritto penale attua la pienezza delle sue funzioni.

Tale seconda funzione viene assolta dalle circostanze. Le circostanze proprie incidono sulla cornice editale, hanno una propria disciplina soggettiva, quelle comuni si applicano a tutti i reati con esse non incompatibili. Esse selezionano serie ulteriori di elementi concreti non previsti dalla fattispecie incriminatrice, ma preveduti, nei presupposti e negli effetti, da norme "altre", anche di parte generale. La fattispecie seleziona ancora una volta tramite descrizioni normative che sono, tuttavia, più aderenti al fatto concreto. Qui rileva ciò che per la selezione operata dalla fattispecie è irrilevante. C'è un approfondimento tipico della relazione tra norma astratta e fatto concreto, si intravede una sorta di tipicità "accresciuta"¹¹⁸.

¹¹⁷ Così, F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965, p. 388.

¹¹⁸ Si utilizza la traduzione del concetto belinghiano di «quantitativ verdickte Tatbestandsmäßigkeit» ripreso poi nella fondamentale opera di Maiwald sull'unità dell'azione penale, M. MAIWALD, *Die natürliche Handlungseinheit*, Heidelberg, 1964, p. 83.

Le circostanze in senso tecnico sono, tuttavia, insufficienti per la concretizzazione e applicazione della norma. Il loro portato è per lo più ancorato a una riaffermazione dello schema astratto del reato, solo con i criteri di commisurazione della pena è possibile individuare il disvalore del fatto e la quantità di una pena che possa fungere anche da rieducazione¹¹⁹.

Agendo dentro la forbice edittale, le circostanze improprie hanno la funzione centrale di compiere l'individuazione e l'individuazione definitiva del rapporto fattispecie-accadimento reale, la riduzione del disvalore del fatto nella pena. L'art. 133 c.p. fornisce i criteri guida del disvalore di condotta, d'evento e dell'intensità di elemento soggettivo. Così, sebbene attraverso una previsione meno determinata, per mezzo delle circostanze improprie s'approfondisce definitivamente e irreversibilmente la relazione tra norma astratta e fatto storico. Si passa, gradualmente, da una realtà non regolata a una regolata¹²⁰.

Questa funzionalità concretizzatrice tipica delle circostanze del reato e delle circostanze improprie¹²¹ non si spiega soltanto nella dimensione monosoggettiva ma anche in quella plurisoggettiva¹²². Com'è stato dimostrato, proprio attraverso le circostanze proprie e improprie si può tipizzare la figura del partecipe nel concorso di persone, mitigando l'impianto unificatore degli artt. 110 e seguenti del codice penale ed evitando la necessità di un sistema diversificato "alla tedesca". L'integrazione di una circostanza oggettiva diventa, così, titolo sufficiente per il concorso del partecipe, e, poiché il soggetto integra già un disvalore qualificato e tipizzato dal legislatore,

---

¹¹⁹ In questo senso, F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., pp. 359, 360. Sulla scelta delle modalità strutturali astratte di adeguamento della norma alla realtà concreta si veda, M. RONCO, *Il principio di tipicità*, cit., p. 21.

¹²⁰ Cfr., F.C. SCOCA, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia, 1979, p. 10.

¹²¹ Così, M. DONINI, *La partecipazione al reato*, cit., p. 242; per vero, rimane in ombra il ruolo specifico delle circostanze improprie, e, in particolare, in che misura esso sia associabile a quello delle circostanze proprie.

¹²² Così, *ibidem*, p. 175 e ss.; in dottrina si dice che la tipicità connaturata al concorso di persone ha una fonte diversa da quella legale per rivivere poi nelle circostanze aggravanti del concorso, si veda, G. VASSALLI, voce *Tipicità (diritto penale)*, cit., p. 539.

esclude la necessità di verifiche sulla causalità del contributo¹²³. Accertate le condizioni per la sua operatività, la circostanza non è più un elemento accidentale ma essenziale e costitutivo del reato, non sarebbe più concesso, così, valutare il fatto prescindendo dalla circostanza¹²⁴.

Giungendo dalla fattispecie incriminatrice alle circostanze improprie attraverso le circostanze proprie, emerge con nettezza, così, il riferimento alla centralità della sanzione penale, che rivela di essere, allo stesso tempo, via e meta della concretizzazione tipica: via, in quanto i criteri formali che concretizzano la fattispecie sono collocati nella vasta area della commisurazione della pena; meta, nella misura in cui per l'individuazione della pena "singolare" si fondono norma e fatto, astrazione e realtà, si compie la concretizzazione e si avvia ineluttabilmente lo spiegamento delle funzioni della sanzione e del diritto penale¹²⁵.

4. Una panoramica sulla parte "construens" della ricerca e l'anticipazione degli esiti

Il tema delle condizioni di persistenza della funzione incriminatrice della fattispecie penale riformulata è indissolubilmente legato al rapporto intercorrente tra fatto storico e fattispecie astratta, e, quindi, alla tipicità. La modifica della fattispecie fa sorgere la problematicità della distinzione tra successione di leggi e abolizione del reato; è la riformulazione della fattispecie, cioè un'innovazione che mantiene alcuni caratteri essenziali della formulazione precedente, che evidenzia sfumature difficili da classificare. E, poi, è la tipicità il giudizio che permette di salvaguardare la legalità: non c'è rispetto

¹²³ Così, ancora, M. DONINI, *La partecipazione al reato*, cit., p. 219.

¹²⁴ Si vedano le impostazioni di Moro e Stile, cui fa riferimento, *ibidem*, p. 214.

¹²⁵ Un saggio interessante sulle molteplici prospettive della relazione tra individualizzazione e generalizzazione nel diritto, anche se questi termini vengono prevalentemente orientati a una rimeditazione della filosofia pratica, è ART. KAUFMANN, *Generalisierung und Individualisierung im Rechtsdenken*, in «Archiv für Recht und Sozialphilosophie», Beihefte 45, 1992, p. 77 e ss.

della legalità senza che ci sia tipicità, una valutazione di conformità *ex tunc* alla fattispecie incriminatrice; non ci sarebbe irretroattività nella misura in cui il fatto storico fosse già allora stato giudicato tipico, in modalità che sopravvivessero alla riformulazione.

La seconda parte della ricerca è dedicata, così, ad analizzare la fattispecie penale e la tipicità. Si parte ancora una volta dalle relazioni tra tipicità e fatto storico. La tipicità, garanzia dell'irretroattività, viene studiata a partire dalla teorizzazione di Beling, che per primo ha posto dogmaticamente e sistematicamente le questioni dei rapporti tra legalità, tassatività, natura della norma penale ed elementi periferici della commissione del fatto¹²⁶.

È a partire dal concetto puro, in un certo senso "surreale", di *Tatbestand* adottato da Beling che, da un lato, si fissano le relazioni tra il futuro concetto di fattispecie, *Garantietatbestand* per i tedeschi, e i cardini costituzionali del diritto penale del fatto. Dall'altro lato, tuttavia, proprio su questo concetto artificiale, incominciano a muoversi tensioni dogmatiche verso la sua concretizzazione e il suo arricchimento¹²⁷. Già rispetto a esso, si nota un'ineluttabile tendenza ad avvicinare la struttura astratta della norma alle "sonorità" dell'accadimento storico. Tendenza che trova il suo luogo dogmatico nei rapporti tra fattispecie e sanzione, sia in generale che attraverso le vie tipiche di concretizzazione rappresentate dalle circostanze proprie e improprie del reato.

Dentro questo contesto, si approfondisce la lettura gradualistica del reato, cioè la capacità del concetto astratto di illecito penale di adattarsi, di modularsi secondo la realtà concreta. Questo non solo attraverso i gradi di illecito e di colpevolezza, ma anche con la scalarità tipica della commisurazione della pena¹²⁸.

Sublimazione di quest'analisi della tipicità in sé, della *fattispecietà* del sistema penale è l'analisi della forma concettuale della fattispecie penale. L'analisi vuole comprendere se essa si collochi tra i concetti classificatori, ovvero tra i concetti tipologici, i quali non si limitano a distinguere i comportamenti leciti da quelli illeciti, cioè

---

¹²⁶ Trattazione svolta per la prima metà del capitolo II.

¹²⁷ Qui si rinvia alla seconda metà del capitolo II.

¹²⁸ Questo è l'oggetto del capitolo III.

a classificare, ma sono capaci di graduare i comportamenti secondo criteri e parametri corrispondenti alle funzioni reali e ultimative del diritto penale¹²⁹.

Cercando di rispondere alla vocazione, intrinseca della ricerca, alla relazione tra astratto e concreto, si cercherà, dunque, di abbozzare, *ex post*, il contesto culturale e filosofico che abbraccia e contiene sia le riflessioni sulla dimensione statica della tipicità, che quelle inerenti l'aspetto dinamico della fattispecie. Contesto culturale che ne fornisce non solo le coordinate ideologiche, ma anche la giustificazione dogmatica¹³⁰.

In definitiva, si cercherà di provare l'esistenza di stratificazioni della tipicità e della fattispecie. Il significato del rintracciamento di queste stratificazioni si schiude nella riformulazione del reato poiché indica che il fatto commesso sotto la vigenza della norma riformulata, tipico già *allora* è tipico anche *ora*. Evitando l'accusa di applicazione retroattiva *ora per allora*, si tenterà di fondare dogmaticamente ed epistemologicamente il concetto di sottofattispecie, e di conseguenza, la teoria strutturale. Si verificherà, in particolare, se le circostanze proprie e improprie possano essere considerate paradigmatiche per l'individuazione di stratificazioni della tipicità¹³¹.

In questo contesto, non è risolutivo lo studio degli elementi modificati ma se questa modifica intacchi la tipicità intesa come giudizio, come prescrizione espressa, tassativa e vincolante; ovvero se, nonostante queste modifiche, il fatto riformulato presenti caratteristiche che erano, allora per ora, già espresse, già tassative, già vincolanti, già tipiche.

Qui non interessa tanto la dimensione in sé della fattispecie, cioè quali elementi entrano nel fatto tipico, ma se lo studio di questi elementi riveli dei criteri per il loro accreditamento dentro la fattispecie, riveli paradigmi di accertamento dell'esistenza, della resistenza e della persistenza del giudizio di tipicità, cioè evidenze quell'espressione precettiva tendenzialmente tassativa e vincolante, che è la struttura della fattispecie tipica.

---

¹²⁹ Si rinvia al capitolo IV.

¹³⁰ Si rinvia al paragrafo 4, sezione II, capitolo IV.

¹³¹ Si rinvia alla sezione III, capitolo IV.

Queste, in sintesi, le tappe intermedie che portano la ricerca a rintracciare delle stratificazioni tipiche della fattispecie penale: la fattispecie astratta ha una tensione dogmatica verso il fatto storico, tensione che si struttura, con alcune differenze, attraverso strumenti formalizzati come le circostanze proprie e improprie del reato. Quest'attrazione tra la parte precettiva e sanzionatoria della fattispecie, tra fatto storico e norma incriminatrice si sviluppa anche a livello dei singoli elementi della fattispecie, grado di illiceità e di colpevolezza, e viene decodificata dalla misura della gravità, esito del procedimento di commisurazione della pena. Tale lettura gradualistica del reato ha alla fonte una peculiare struttura logica della fattispecie penale, insieme classificatoria e ordinale, che corrisponde a una versione aggiornata del concetto di "tipo".

Concepire la fattispecie penale come tipo, come espressione congiunta di una funzione classificatoria che separa il penalmente lecito dall'illecito, e di una funzione ordinale che individua il giudizio di gravità nella commissione del fatto di reato, legittima l'affermazione che la fattispecie incriminatrice è composta da stratificazioni, tutte tipiche e formalizzate, di fattispecie che si articolano secondo le circostanze proprie e le circostanze improprie sufficientemente determinate.

Stratificazione che si fonda sulla presenza di precetti speciali per gravità rispetto a quello della pura fattispecie di parte speciale e che nascono dalla combinazione di questa con le norme sulle circostanze. Le stratificazioni corrispondono al concetto di sottofattispecie, ne colmano i *deficit* di formalizzazione e, così, dovrebbero poter servire come strumenti di accertamento della persistenza della funzione precettiva e sanzionatoria della fattispecie penale originaria nella fattispecie riformulata.

CAPITOLO II

LINEAMENTI DI UN'INDAGINE SULLE RELAZIONI TRA FATTISPECIE PENALE ASTRATTA E FATTO CONCRETO

1. *Dal "Tatbestand" al "Deliktstypus": culmine e declino del concetto puro di fatto in Ernst Beling*

La constatazione che nell'individuazione degli elementi costitutivi del reato un peso decisivo viene svolto dall'approccio culturale e filosofico di fondo, sia esso giuspositivistico, neohegeliano, finalistico o giusnaturalistico, ha portato a concentrare l'attenzione sulla sistematica del concetto di reato, a scapito delle caratteristiche generali del concetto di fattispecie¹. Il percorso del concetto di *Tatbestand* ha interessato soprattutto per i suoi risvolti di teoria e di sistematica generale e non tanto come evoluzione in sé di una categoria concettuale che funge da tessuto connettore tra la legge astratta e il fatto concreto, tra l'attività giudiziale e il comportamento umano².

---

¹ Da ultimo, per un approccio alla sistematica penalistica fondato su "culmine e crisi" del divisionismo kantiano tra fatto e valutazione, si veda G. LICCI, *Modelli nel diritto penale*, cit., p. 183.

² Questo quadro ha certamente delle eccezioni. Oltre a una recente e interessante indagine italiana sul *Tatbestand*, c'è un filone di ricerca che parte da Radbruch e giunge all'impostazione di Hassemer, in cui si cerca di precisare la nuova dimensione tipologica ed ermeneutica della fattispecie. Si vedano, A. GARGANI, *Dal "corpus delicti" al "Tatbestand". Le origini della tipicità penale*, Milano, 1997; G. RADBRUCH, *Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken*, in *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, Darmstadt, 1967, p. 60 e ss. e anche W. HASSEMER, *Tatbestand und Typus: Untersuchungen zur Strafrechtlichen Hermeneutik*, Köln, 1968. C'è chi sostiene che lo sviluppo del causalismo abbia frenato l'emersione della categoria della tipicità, vedi F. DEAN, *La tipicità nella teoria generale dell'illecito penale*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2006, p. 136.

Riprendendo brevemente il percorso di questo concetto, si può affermare con certezza che il *Tatbestandsbegriff* trova matrice nel concetto processuale di *corpus delicti*³, che è stato, nella seconda metà dell'Ottocento, prima oggetto di estensione e poi di astrazione, fino a giungere, agli inizi del Novecento, al concetto di *Tatbestand* belinghiano⁴; che ha influenzato tutta la dottrina italiana del fatto, da Giacomo Delitala⁵ ad Antonio Pagliaro⁶ e Giorgio Marinucci⁷.

³ Ha per primo indicato la genesi processuale del concetto belinghiano di *Tatbestand*, K.A. HALL, *Die Lehre vom "corpus delicti". Eine dogmatische Quellenexegese zur Theorie des gemeinen deutschen Inquisitionsprozesses*, Stuttgart, 1933. A utilizzare per primo il concetto di *Thatbestand* traducendo il termine *corpus delicti* è stato invece E.F. KLEIN, *Grundsätze des gemeinen deutschen und preussischen peinlichen Rechts*, Goldbach, 1996, p. 54 e ss. (ristampa della edizione di Halle del 1796). Sul punto anche A. PAGLIARO, voce *Fatto (dir. pen.)*, in «Enciclopedia del diritto», XVI, Milano, 1967, p. 951, che è orientato proprio a riconoscerne ancora la natura processuale, dato che solo al processo può essere accertato l'illecito penale, per un approfondimento sul concetto processuale di fatto ancora, A. PAGLIARO, voce *Fatto (dir. proc. pen.)*, in «Enciclopedia del diritto», XVI, Milano, 1967, p. 960; G. FIANDACA, voce *Fatto nel diritto penale*, in «Digesto delle discipline penalistiche», V, 1991, p. 153 e ss.

⁴ Il prodromo alla tripartizione di Beling fu H. LUDEN, *Ueber den Thatbestand des Verbrechens*, Göttingen, 1840; il riferimento è di A. GARGANI, *Dal "corpus delicti" al "Tatbestand"*, cit., p. 356 e ss. si veda anche A. CATAUDELLA, voce *Fattispecie*, cit., pp. 926-927. Di recente, tuttavia, si evidenzia come l'archetipo del metodo astratto e concettuale di Beling possa trovare un antecedente nel *Tractatus criminalis* di Tiberio Deciani che risale al XV secolo, cfr., M. PIFFERI, *Generalia delictorum*, Milano, 2006, p. 4. In particolare si sottolinea come già in Deciani fosse rintracciabile la fase di scomposizione e formazione del tipo delittuoso e una vera e propria tecnica di tipizzazione per elementi, attinti non solo dalla tradizione romana e canonica ma anche dalle interpretazioni dei *doctores*, si veda ancora, M. PIFFERI, *Generalia delictorum*, cit., p. 202 e ss., p. 367 e ss., in particolare 404 e ss.

⁵ Il Delitala è stato il vero importatore della dottrina del *Tatbestand* in Italia. Egli apre in sostanza alla tripartizione del reato nella versione italiana accentuando la funzione sistematica del fatto tipico; G. DELITALA, *Il "fatto" nella teoria generale del reato*, Padova, 1930; oggi in ID., *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, vol. I, Milano, 1976. Sulla collocazione del suo pensiero c'è qualche incertezza: mentre Jescheck colloca la dottrina di Delitala tra le neoclassiche, che in qualche modo cedono alla valutatività e subiettività di alcuni elementi del fatto tipico, in Italia un'autorevole dottrina tende a collocarlo nel filone dell'impostazione classica che riconosce nell'azione una condotta umana socialmente rilevante, cioè proprio l'impostazione del giurista friburghese; così, G. VASSALLI, *Il fatto negli elementi del reato*, cit., pp. 531-532. Tra i sostenitori delle teorie di Delitala sul concetto di fatto, Battaglini, Bettiol e Petrocelli.

⁶ Partendo da una concezione di teoria generale del diritto che lega il concetto di fatto alla sua capacità produttiva di effetti giuridici, Pagliaro rifiuta il concetto

Inoltre, è stato chiarito che ci sono due concetti di fatto che convivono nel sistema penale⁸: uno in senso lato, statico e astratto, corrispondente al significato garantistico del principio di legalità e che comprende tutti gli elementi del reato⁹; e uno in senso stretto, dinamico e concreto, che ingloba nel concetto di fatto solo gli elementi oggettivi del reato secondo una graduazione che porta, poi, all'anti-giuridicità e alla colpevolezza¹⁰.

---

oggettivo e ristretto di fatto, ritenendolo frutto di un pensiero processualistico e quindi da rifiutare in un'ottica sostanziale, e ne adotta una concezione allargata e onnicomprensiva, quasi sinonimica di reato, A. PAGLIARO, *Il fatto di reato*, Palermo, 1960; Id., *Fatto, condotta illecita e responsabilità obiettiva nella teoria del reato*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1985, p. 623; P. NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, Palermo, 1947, pp. 15, 21, 73; si veda anche G. VASSALLI, *Il fatto negli elementi del reato*, cit., p. 529 e ss. Per una indagine su origine e sviluppo della dottrina dei fatti giuridici si veda A.E. CAMMARATA, *Il significato e la funzione del fatto nell'esperienza giuridica*, Tolentino, 1929, ora in *Formalismo e sapere giuridico*, Milano, 1963, p. 245 e ss. Per un inquadramento generale si veda ancora A. FALZEA, voce *Fatto giuridico*, in «Enciclopedia del diritto», XVI, Milano, 1967, p. 941 e ss.

⁷ Tutta la concettualizzazione del fatto ruota, per Marinucci, attorno al principio di offensività. G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1983, p. 1207 e ss.; ecco che la stessa definizione di fatto viene parametrata sull'offesa al bene giuridico, fatto è così l'insieme degli elementi oggettivi che caratterizzano il reato come offesa al bene tutelato, Id., *Fatto e scriminanti.*, cit., p. 1207 e ss.; l'A. evidenzia poi la forte impronta liberale e garantista del concetto di fatto estraniandolo da qualsiasi coinvolgimento processualistico, G. MARINUCCI, *Antigiuridicità*, in «Digesto delle discipline penalistiche», I, 1987, p. 177.

⁸ A. GARGANI, *Dal "corpus delicti" al "Tatbestand"*, cit., p. 517 e ss.

⁹ Declamano il declino della funzione selettiva e garantistica della tipicità, T. PADOVANI, *Il problema "Tangentopoli" tra normalità dell'emergenza ed emergenza della normalità*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1996, p. 453; e R. ORLANDI, *Inchieste preparatorie nei procedimenti di criminalità organizzata: una riedizione dell' inquisitio generalis?*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1996, p. 568; ribadiva qualche decennio prima la previsione di un grande sviluppo della tipicità a fronte di un incremento della complessità sociale, M. RONCO, *Il principio di tipicità*, cit., p. 77 e ss.

¹⁰ Cfr., A. GARGANI *Dal "corpus delicti" al "Tatbestand"*, cit., p. 517 e ss.; La dottrina, pur indicando pacificamente che il concetto penalistico di fatto non proviene dalla teoria del diritto, non è concorde nell'individuare la genesi. Una parte della dottrina ritiene che il concetto di fatto nonostante sia di matrice processuale debba assumere le movenze tipiche della teoria del diritto e quindi debba essere inteso come un concetto onnicomprensivo, un sinonimo di reato (A. PAGLIARO, *Fatto condotta illecita e responsabilità obiettiva nella teoria del reato*, cit., p. 623 e ss.). Un'altra parte della dottrina ne disconosce la genesi processuale e sostiene che la nascita

Al di là del tenore contenutistico di cui viene accreditato il concetto di fatto, e che vive la dicotomia prima accennata, chiara è l'individuazione dei necessari caratteri formali della tipicità del fatto, che, in un certo senso, possono essere avulsi dal loro contenuto. Questi caratteri sono strettamente legati al principio liberal-illuministico di legalità. Tipicità che significa, dunque, in prima e fondamentale istanza conformità a parametri normativi preesistenti. Anselm Feuerbach presentava il concetto di *Thatbestand*, che ancora non possedeva i caratteri peculiari della categoria di Beling, come un singolo reato, astratto mediante la determinazione legale della condotta¹¹: ecco il principio di legalità e il concetto stesso di tipicità inteso come tipizzazione di un comportamento tramite posizione di un referente normativo espresso¹².

Tuttavia, è con Ernst Beling che il principio di legalità viene posto definitivamente oltre la sfera della politica criminale, a fondamento della dogmatica penalistica¹³. Egli ne trae le conseguenze e fonda su di esso la categoria del *Tatbestand*¹⁴. I *typischen Lebens-*

---

del concetto di fatto corrisponda alla presa di coscienza illuministica della necessità di un concetto materiale garantistico che individui le mere modalità di offesa (G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti*, cit., p. 1207 e ss.; Id., *Antigiuridicità*, cit., p. 177 e ss.). Marinucci sente la necessità di sottolineare le componenti teleologiche del fatto eppure resta insoddisfatto dal percorso roxiniano per cui la funzione del fatto è il rispetto delle esigenze del principio di legalità, innestando su questa argomentazione una feconda riflessione sulla logica classificatoria e su quella ordinale (G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti*, cit., pp. 1206-1210, 1216). Altri autori riconoscono la genesi processuale del fatto penale e costruiscono su questa consapevolezza il concetto di fatto integralmente in chiave processualistica (F. CORDERO, *Considerazioni sul principio di identità del fatto*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1958, p. 939).

¹¹ Cfr., A. FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts*, Giessen, 1801, pp. 68, 69.

¹² Ancora, *ibidem*, p. 68.

¹³ Per l'inquadramento del pensiero di Beling come espressione del criticismo, si veda H. PLATE, *Ernst Beling als Strafrechtsdogmatiker*, cit., pp. 20-21, 87 e ss.

¹⁴ Spesso, anzi quasi esclusivamente, le critiche alla teoria di Beling si sono concentrate sul merito del concetto di *Tatbestand* cioè sugli elementi che esso contiene, sulle relazioni con le altre componenti del reato e sulle sue caratteristiche intrinseche di oggettività e avalutatività. Più raramente si è obiettato sulla stessa valenza della costruzione del *Tatbestand* rispetto al principio di legalità, sul suo essere mero elemento accidentale eletto a fondamento del principio di tipicità e legalità. Tra i critici orientati in questo ultimo senso c'è Goldschmidt come citato da K. TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, cit., p. 35, che provvede anche alle controdeduzioni (pp. 35-37).

*bilder*¹⁵, i quadri tipici di vita, vengono inseriti in una scala di valori (*Wertskala*)¹⁶, e vengono ritenuti meritevoli di sanzione penale. Questi “quadri di vita” che sono divenuti tipi di reato, hanno forma normativa (*Normativgebild*)¹⁷. La positivizzazione della dogmatica, espressa dalla conformità al *Tatbestand*, implica la sussumibilità della condotta sotto i tipi normativi. Il confine tra lecito e illecito viene segnato da norme penali specifiche che inducono la sistematica in tipi di reato. Da qui il principio di tipicità, per cui non è possibile individuare un reato senza che ci sia un fatto tipo preliminarmente e precisamente formulato da una norma giuridica¹⁸.

Beling vuole costruire un concetto autonomo e puro di *Tatbestand*¹⁹. Autonomo dal concetto di reato, con il quale sino ad allora si era sostanzialmente identificato, puro perché scevro di elementi valutativi d'illiceità e subiettivi di colpevolezza²⁰. La conformità alla fattispecie, *Tatbestandsmäßigkeit*, viene eletta elemento autonomo del reato²¹. Il *Tatbestand* è profilo, sagoma, *Umriss* del tipo di reato²². Esso è elemento necessario ma non sufficiente per la sua integrazione. Antigiuridicità e colpevolezza sono elementi autonomi che si incontrano proprio attorno al *Tatbestand*²³. Esso si distingue anche dalla fattispecie concreta. Questa è un oggetto del mondo rea-

---

¹⁵ E. BELING, *Methodik der Gesetzgebung, insbesondere der Strafgesetzgebung*, Berlin, 1922, p. 61.

¹⁶ ID., *Grundzüge des Strafrechts*, Tübingen, 1930¹¹, p. 22.

¹⁷ ID., *Die Lehre vom Tatbestand*, Tübingen, 1930, p. 3.

¹⁸ ID., *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906, p. 23; Il principio di tipicità: «Unter eine Strafdrohung fallen nur die positivrechtlich fest formulierten Verbrechenstypen» cioè «sotto la minaccia di una pena sono posti soltanto i reati-tipo espressamente previsti dal diritto positivo», quindi «kein Verbrechen ohne Tatbestand» cioè «nessun reato in assenza di fatto-tipo».

¹⁹ Cfr., C. ROXIN, *Offene Tatbestände*, cit., p. 35.

²⁰ E. BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, cit., p. 1; per quanto concerne l'avalutatività essa ha due dimensioni: la prima è quella che ottiene il *Tatbestand* nei confronti del legislatore, cioè di non contenere valutazioni effettuate dal legislatore ma di essere soltanto un indizio di antigiuridicità; dall'altro lato, avalutatività significa anche libertà dall'influenza giudiziale, il *Tatbestand* per essere tale deve contenere esclusivamente elementi descrittivi suscettibili di accertamento naturalistico. Si veda, C. ROXIN, *Offene Tatbestände*, cit., pp. 36-37.

²¹ E. BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, cit., p. 21.

²² *Ibidem*, p. 110.

²³ *Ibidem*.

le e i suoi elementi appartengono alla sfera delle situazioni di fatto, il primo, invece, è un concetto puro, privo di significato autonomo, fuori dal tempo e dallo spazio, e i suoi elementi appartengono al mondo dei concetti²⁴. Esso rivela una funzione sistematica e di garanzia, fornisce l'oggetto su cui deve cadere l'errore rappresentativo e ha una forte vocazione didattica²⁵. La categoria creata da Beling è una sublimazione della concettualizzazione astratta, non parrebbe avere nessuna tendenza alla concretizzazione, nessuna aspirazione verso il fatto storico²⁶.

La ricerca di Beling sul tema del fatto e delle sue proprietà si svolge nell'arco di più di venticinque anni²⁷. Normalmente si distingue tra il "primo" e il "secondo" Beling, individuando nella sua opera tarda un disconoscimento della prima²⁸. L'abiura, in realtà, non è stata così radicale. Sebbene egli stesso alluda a una certa disfunzionalità della prima versione della teoria del *Tatbestand*²⁹, ciò non porta allo scardi-

²⁴ *Ibidem*, pp. 111-112.

²⁵ Si vedano, C. ROXIN, *Offene Tatbestände*, cit., p. 107 e ss.; K. TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, cit., pp. 79-80; W. CLASS, *Grenzen des Tatbestandes*, cit., p. 63. Le valutazioni mutano al mutare del punto di vista, e quindi basta mettersi nella prospettiva del diritto penale nazionalsocialista che scorge nel normativismo astratto di Beling un nemico della società e un pericolo per lo stesso ordine militare che la funzione didattica, o pedagogica, come preferiscono dire i giuristi di regime, si trasforma in un rischio per la capacità di cogliere l'essenza delle cose, capacità che deve essere tipica del giurista "nuovo". Ci si riferisce chiaramente a G. DAHM, *Verbrechen und Tatbestand*, cit., pp. 32-24; anche con enfasi minore, e certamente con inferiore grado di asservimento, altri tuttavia criticano il formalismo belinghiano, ad esempio, W. CLASS, *Grenzen des Tatbestandes*, cit., p. 70.

²⁶ In realtà, le considerazioni attorno alle quali gravita questo secondo capitolo cercano di relativizzare quest'affermazione.

²⁷ Class ha individuato ed espresso in modo sintetico una serie di tesi riconducibili a Beling che descrivono con efficacia i lineamenti della sua dottrina del *Tatbestand*: la tesi della congruenza tra la struttura concettuale della fattispecie e gli elementi in essa sussumibili; la tesi dell'omogeneità che sintetizza i caratteri dell'avalutatività e dell'obiettività; la tesi della generalizzazione per cui il *Tatbestand* essendo una costruzione astratta di sintesi dei suoi elementi è capace di rapportarsi sistematicamente anche al concetto di reato; la tesi della trasposizione per cui i singoli elementi del concetto di azione vengono trasposti in quello di *Tatbestand*, v., W. CLASS, *Grenzen des Tatbestandes*, cit., pp. 68-69.

²⁸ Per un approccio al percorso scientifico di Beling orientato dal rintracciamento delle radici hegeliane e kantiane della sua dogmatica, si veda, G. LICCI, *Modelli nel diritto penale*, cit., p. 188 e ss., p. 192 e ss.

²⁹ E. BELING, *Die Lehre vom Tatbestand*, cit., p. 9.

namento della sua costruzione teorica³⁰. Tutt'altro. Dopo decenni di critiche serrate, ne scaturisce una mera precisazione terminologica e una nuova distribuzione del materiale dogmatico. Anche dopo la pubblicazione della *Lehre vom Tatbestand*, nel 1930, la fattispecie oggettiva, il *Tatbestand legale*, rimane non solo istituto giuridico puro, ma anche il centro della sua costruzione³¹. Le novità consistono in una *actio finum regundorum* con il concetto di *Deliktstypus*³², e nella distinzione tra conformità al *Tatbestand* e tipicità, tra *Tatbestandsmäßigkeit* e *Typizität*. Eppure tali modifiche rivelano la presenza di una tensione alla concretizzazione già rispetto a quella categoria astratta e pura, che è il concetto di *Tatbestand-Leitbild*.

Egli conferma, in sostanza, la centralità del *Tatbestand* che dà unità al concetto di *Deliktstypus* e che rimane luogo dogmatico di riferimento per l'antigiuridicità e per la colpevolezza³³. Il *Deliktstypus* è un atto in sé antigiuridico e colpevole, è la fattispecie di parte speciale³⁴. Esso contiene tutti gli elementi subiettivi e di illecito che furono "addizionati" alla categoria belinghiana e che ne avrebbero dovuto dimostrare l'impraticabilità³⁵. Il *Tatbestand* "legale"³⁶, che Beling chiama anche *Leitbild*³⁷, è una concrezione meramente oggettiva.

---

³⁰ Istruttiva l'analisi che fa Class di come si deve costruire un concetto definitorio, e quindi dei criteri per poterne valutare l'efficacia: innanzitutto si parte dalla completezza intesa come capacità di raccordare idee e oggetti; esso deve definire esaurientemente sia l'analisi che la sintesi, cioè insieme di elementi e scopo; deve contenere le informazioni sui concetti sovraordinati sia materialmente, subordinazione concreta, che sistematicamente, subordinazione astratta; è necessaria un'attenzione alle connessioni con i concetti coordinati insieme ai quali si costruisce l'assunto scientifico, ancora, è necessaria un'attenzione alle sue ramificazioni in concetti subordinati; per ultimo l'informazione sintetica sulla sua funzione. Così, W. CLASS, *Grenzen des Tatbestandes*, cit., p. 20.

³¹ E. BELING, *Die Lehre vom Tatbestand*, cit., p. 18.

³² Sulla differenza tra il concetto di *Tatbestand* utilizzato nell'opera del 1906 e quello di *Deliktstypus* come utilizzato nel libello del 1930, tra gli altri, anche W. CLASS, *Grenzen des Tatbestandes*, cit., pp. 15-17.

³³ E. BELING, *Die Lehre vom Tatbestand*, cit., p. 11, p. 14.

³⁴ *Ibidem*, pp. 9-10, p. 12; W. CLASS, *Grenzen des Tatbestandes*, cit., p. 18.

³⁵ Ad esempio gli elementi subiettivi, E. BELING, *Die Lehre vom Tatbestand*, cit., p. 23.

³⁶ Sul concetto di *gesetzlicher Tatbestand* molto interessante è la ricerca di H. PLATE, *Ernst Beling als Strafrechtsdogmatiker*, cit., p. 47 e ss.

³⁷ E. BELING, *Die Lehre vom Tatbestand*, cit., p. 11 e ss.

va e logicamente precedente al *Deliktstypus*³⁸. *Tatbestand* che non è *a priori* ma *a posteriori*, nasce cioè solo dopo che si è analizzato il *Deliktstypus*³⁹.

Accade, così, che il concetto di *Tatbestand* mantiene tutte le sue caratteristiche peculiari ma dentro uno scenario sensibilmente nuovo. Il concetto di *Deliktstypus* muta radicalmente e con esso il profilo sistematico degli elementi del reato. In questa nuova prospettiva il *Tatbestand* legale perde la “prima linea” e mantiene importanza e funzione soltanto come spina dorsale del *Deliktstypus*⁴⁰.

La centralità del *Tatbestand* passa adesso per tramite del *Deliktstypus*⁴¹. Il *Tatbestand* mantiene la sua natura artificiale, oggettiva e descrittiva anche se essa non ha alcun rilievo se non considerata dentro il *Deliktstypus*⁴². Gli stessi elementi normativi del *Tatbestand* non sono incompatibili con la sua riaffermata natura descrittiva, la condotta, infatti, non viene valutata ma caratterizzata⁴³.

Questo concetto rimodulato di *Tatbestand* è l'elemento che fornisce coerenza interna al tipo di reato⁴⁴, essendo il punto di riferimento dei suoi elementi. Il diritto penale è dominato dal concetto di *Tatbestand* in quanto centro del *Deliktstypus* che concretizza tutta la speculazione penale⁴⁵. Tuttavia, questa ricontestualizzazione sottolinea un'esigenza quasi ontologica del concetto astratto di declinarsi secondo peculiarità indotte dalla “vita storica”.

³⁸ *Ibidem*, p. 13.

³⁹ *Ibidem*, p. 14; taluno ha sostenuto che la formulazione che Beling fornisce del concetto di *Deliktstypus* è chiaramente di tipo sociologico fondata sulla condotta socialmente dannosa quindi a scarsa rilevanza garantistica e centrata sulla dannosità sociale del comportamento, si veda K. TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, cit., p. 81.

⁴⁰ Si sottolinea, da taluno, come il *Leitbild* possa essere visto come genotipo del *Deliktstypus* individuato, invece, come suo fenotipo, così, G. LICCI, *Modelli nel diritto penale*, cit., p. 125.

⁴¹ E. BELING, *Die Lehre vom Tatbestand*, cit., pp. 16-17; sulla differenziazione tra *Tatbestand* e *Deliktstypus* si veda anche K. TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, cit., pp. 80-81.

⁴² E. BELING, *Die Lehre vom Tatbestand*, cit., p. 14, pp. 16-18.

⁴³ Per l'individuazione della condotta il legislatore può anche utilizzare concetti normativi che non rendono il *Tatbestand* legale concetto valutativo, vedi E. BELING, *Die Lehre vom Tatbestand*, cit., p. 21.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 11.

⁴⁵ *Ibidem*, pp. 16-17.

Coordinata a questa relazione tra *Tatbestand* legale e *Deliktstypus* sta la contrapposizione tra conformità alla fattispecie, *Tatbestandsmäßigkeit*, e tipicità, *Tipizität*⁴⁶. Mentre la prima è relativa al solo rapporto con il *Tatbestand* come concetto puro, interno a quello di tipo di reato, la seconda, essendo riferita al *Deliktstypus* è la proprietà delle condotte conformi al tipo e contiene tutti gli elementi che lo caratterizzano, quindi anche quelli che sono al di fuori del *Tatbestand*⁴⁷. In questa versione la tipicità è realizzazione di tutti gli elementi del reato a eccezione delle cause di esclusione della pena⁴⁸.

Questa trasformazione della dogmatica belinghiana si lascia già leggere, dunque, come segno della vocazione alla concretezza, della chiamata all'utilizzo di elementi concettuali capaci di specificazione e "arricchimento" del concetto puro e astratto, che, in questo modo, inizia a modularsi sulla realtà storica.

2. Percorsi dogmatici di concretizzazione in Beling

Come si è detto, c'è uno stretto legame tra le ricerche di Ernst Beling e la maturazione del concetto di *Tatbestand*. Tuttavia, la portata dell'opera di Beling va oltre la sintesi di un concetto puro, teleologicamente orientato alla sistematica e alla didattica, come quello di *Tatbestand*. L'importanza del suo pensiero resiste, pertanto, anche alle asperre critiche che sono state avanzate alla costruzione teorica. Alcune intuizioni ed elaborazioni contenute nell'opera di Beling non sono tramontate e investono questioni di centrale importanza. Ci si riferisce, da un lato, allo stretto rapporto che egli tesse tra il principio di legalità e il principio di tipicità e tra questo e il principio di tassatività-determinatezza⁴⁹. Dall'altro lato, il pensiero va all'analisi normoteoretica del rapporto tra *Tatbestand* e norma penale. Si segnala, poi, l'importanza della teorizzazione sulla c.d.

⁴⁶ *Ibidem*, pp. 19 e ss., 30 e ss.

⁴⁷ Come elementi speciali di colpevolezza e condizioni obiettive di punibilità, cfr., E. BELING, *Die Lehre vom Tatbestand*, cit., pp. 32, 33.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 33.

⁴⁹ *Id.*, *Methodik der Gesetzgebung*, cit., pp. 18-20.

estensione del *Tatbestand*, che si intreccia con il tema della commisurazione della pena⁵⁰, e che sviluppa la vocazione “storica”, cioè concreta, del concetto astratto di fattispecie.

Partendo dal principio di legalità e dai suoi, allora, tradizionali corollari dell’esclusione dell’analogia e della consuetudine come fonti del diritto penale, dell’irretroattività della punibilità e inammissibilità di pene indefinite, Beling focalizza l’attenzione su un aspetto ulteriore: «soltanto le fattispecie delineate rigidamente e precisamente possono contrassegnare un fatto come reato»⁵¹. La certezza del diritto è il canone dal quale fa derivare l’indispensabilità della determinatezza nella descrizione del fatto da parte della legge penale⁵². Quest’esigenza non è tutelata dall’esclusione della consuetudine o dell’analogia, cioè non è toccata dal problema della fonte della norma, essa attiene, piuttosto, alla qualità della norma stessa⁵³. Si parla di *fest umrissene Verbrechenstypen*, di tipi di reato delineati rigidamente, che ledono la legalità anche se trovano fonte al di fuori della consuetudine e dei procedimenti analogici. La sedimentazione di questa consapevolezza è il principio di tipicità, secondo cui «Unter eine Strafdrohung fallen nur die positivrechtlich fest formulierten Verbrechenstypen also kein Verbrechen ohne Tatbestand»⁵⁴.

Non è solo interessante constatare la sensibilità moderna rivelata dalle argomentazioni belinghiane, ma anche la posizione della determinatezza della fattispecie del reato al centro di tutto il discorso sulla legalità. Beling sostiene che i corollari della legalità, orientandosi al perseguimento della certezza del diritto, s’ispirano in ultima analisi al raggiungimento di «un grado particolarmente alto di tipici-

⁵⁰ Su di un piano generale per uno studio sulla metodologia giuridica e penalistica di Beling si veda ancora, H. PLATE, *Ernst Beling als Strafrechtsdogmatiker*, cit., p. 21 e ss., p. 28 e ss.

⁵¹ E. BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, cit., p. 22.

⁵² *Ibidem*, p. 23.

⁵³ *Ibidem*, p. 22.

⁵⁴ Ovvero, vengono minacciati da una sanzione penale soltanto i tipi di reato positivizzati e formulati in maniera definitiva, in sostanza, dice Beling, non ci può essere reato senza fattispecie *ibidem*, p. 23; sul principio di tipicità e sul collegamento tra esso e la legalità anche rispetto alla norma costituzionale, si veda G. VASSALLI, voce *Tipicità (diritto penale)*, cit., p. 536.

tà»⁵⁵. La determinatezza non solo viene accentata e collocata al centro della teorizzazione sulla legalità, ma viene ritenuta in relazione di simbiosi con la tipicità⁵⁶. Essa diventa condizione per il raggiungimento di un alto grado di tipicità. La tipicità dipende dalla determinatezza. Il grado della tipicità dipende, in un certo senso, dal livello di determinatezza.

Passando al rapporto tra norma penale e *Tatbestand*, si vede come la connessione tra la descrizione di una fattispecie e la tipicità, intesa come conseguenza giuridica della qualificazione di un fatto storico, si realizza perché il *Tatbestand* è l'elemento proprio della norma penale incriminatrice⁵⁷. Aprendo alla normoteoretica di Binding,⁵⁸ Beling scrive che «un concetto che si risolve nella delineazione del profilo di determinati contenuti, può ricevere applicazione nella prassi solo per mezzo di una proposizione che fornisca prescrizione in ordine ai contenuti in tal modo delineati»⁵⁹. La proposizione che consente al *Tatbestand* di acquisire significato giuridico è *das Strafgesetz im engeren Sinne*, la legge penale in senso stretto, cioè la fattispecie incriminatrice. Il fatto tipo nasce dalla legge e appartiene solo alla legge penale, sostiene Beling, esso non ha vita autonoma al di fuori della fattispecie incriminatrice⁶⁰. Ma si va anche oltre. La norma penale in senso stretto, infatti, cioè la fattispecie incriminatrice, deve essere affiancata al fatto tipo di parte generale, cioè alla norma penale in senso lato⁶¹. Ecco che la tipicità della fattispecie incriminatrice viene integrata necessariamente dall'altra tipicità, formalmente distinta ma altrettanto determinante per la visione globale

---

⁵⁵ E. BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, cit., p. 23; cfr. anche W. CLASS, *Grenzen des Tatbestandes*, cit., p. 65.

⁵⁶ Sul tema della determinatezza e legalità si veda K. TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, cit., p. 174 e ss., p. 187 e ss.

⁵⁷ E. BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, cit., p. 113.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 115 e ss.; tra gli altri sul rapporto tra la teoria delle norme di Binding e la costruzione della sistematica del reato di Beling e in particolare sulla centralità del concetto di *Tatbestand* si veda H. KORIATH, *Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung*, Berlin, 1994, p. 307; su Beling, anche in riferimento alla dottrina di Binding, v. ARM. KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie. Normologik und moderne Strafrechtsdogmatik*, Göttingen, 1954, p. 280 e ss.

⁵⁹ E. BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, cit., p. 113.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ *Ibidem*, p. 114.

del fatto tipico, tipicità che scaturisce dalle prescrizioni di parte generale. Piena simbiosi già sul piano formale, dunque, tra norma penale in senso stretto, cioè di parte speciale, e norma penale in senso lato, cioè di parte generale.

Nel solco del rapporto tra *Tatbestand* e norma penale, Beling introduce la distinzione tra *Grundstrafgesetze*⁶², leggi penali fondamentali, caratterizzate dalla presenza di una *Grundstrafdrohung*, minaccia principale della pena, e leggi penali improprie, che contengono solo *relative Strafdrohungen*, soltanto minacce relative di sanzione penale⁶³. Le *Grundstrafdrohungen* sono in sé complete e la loro identificazione e misura non dipende da altre norme⁶⁴. Le *relative Strafdrohungen*, invece, dipendono, nell'identificazione e misura della sanzione, da altre norme⁶⁵. In sostanza, le leggi e le sanzioni del primo tipo sono collocate nella parte speciale mentre le seconde sono norme di parte generale che Beling individua per lo più nelle forme di manifestazione del reato, viste come "forme modificate" della tipicità⁶⁶. In questa connessione tra minaccia primaria e secondaria, si può leggere il primo collegamento formalizzato tra astrattezza di fattispecie e necessità d'individualizzazione delle categorie penali, di rintracciamento di una pena singolare⁶⁷.

Il terzo profilo che qui interessa evidenziare della dottrina di Beling è il tema della c.d. estensione del *Tatbestand*⁶⁸. Qui la norma non è più osservata dall'esterno nel rapporto con le altre, ma ci si posiziona all'interno per osservare la dimensione del *Tatbestand*, per capire quali elementi rientrano nella sua area, nella sua sfera di appartenenza⁶⁹.

Beling individua, così, degli elementi che stanno fuori dal *Tatbestand* in senso stretto ma che essendo dominati dalla sua struttura

⁶² *Ibidem*, p. 267.

⁶³ Si veda quanto afferma, *ibidem*, p. 266.

⁶⁴ *Ibidem*, pp. 264-265.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 265.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 268.

⁶⁷ Sulla differenza tra minacce assolute e relative di pena, si veda anche A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato*, cit., p. 396.

⁶⁸ In tema anche D. LANG HINRICHSSEN, *Bemerkungen zum Begriff der "Tat"*, cit., p. 353 e ss.

⁶⁹ E. BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, cit., p. 114.

lo estendono⁷⁰. Qui viene introdotto accanto al concetto di *Tatbestandskern*, nucleo di fattispecie, formato dagli elementi principali, quello di *Aussenzzone*, zona esterna del fatto tipico che comprende tutti gli elementi secondari che ruotano attorno al concetto centrale di fatto tipo⁷¹. Sono, in sostanza, elementi di diversa natura che contribuiscono alla caratterizzazione del disvalore del fatto costituendo un tipo accessorio al fatto tipo nucleare che ha rilevanza ai fini della meritevolezza di pena, della commisurazione della sanzione⁷². Così, matura quella vocazione alla concretizzazione che era già timidamente emersa nel ripensamento della collocazione del concetto di *Tatbestand*, e realizzata inizialmente attraverso il nesso tra parte speciale e parte generale del diritto penale.

S'individuano in questo modo tre aree di espansione orizzontale del fatto tipo. In primo luogo una parte degli elementi della *Aussenzzone* è compresa nella *Vorbereitshandlung*, negli atti preparatori del delitto⁷³. Essi sono in sé atipici eppure giuridicamente non irrilevanti. Esprimono in qualche modo un valore o un disvalore che non può essere ignorato. Questa *Vorsphäre* entra nella commisurazione della pena⁷⁴.

La stessa capacità espansiva del *Tatbestandskern* è rivelata dalle condotte successive all'integrazione del fatto di reato. Queste *Nachhandlungen* sono rilevanti per il diritto, secondo Beling, quando mantengono o aggravano lo stato prodotto dalla realizzazione della fattispecie di reato. Chi mantiene questo stato o lo peggiora, si muove, in sostanza, ancora dentro la sfera dominata dal *Tatbestan-*

---

⁷⁰ D. LANG HINRICHSSEN, *Bemerkungen zum Begriff der "Tat"*, cit., p. 354.

⁷¹ E. BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, cit., p. 246; D. LANG HINRICHSSEN, *Bemerkungen zum Begriff der "Tat"*, cit., p. 354.

⁷² Beling è stato il primo a porre la questione nei termini della rilevanza per la commisurazione della pena. Dopo Beling, Spendel sviluppò quest'impostazione (G. SPENDEL, *Zur Lehre vom Strafmaß*, Frankfurt am M., 1954, p. 231 e ss.). Rispetto a questi due autori, Bruns tenta di connettere le circostanze periferiche del fatto ai concetti di illecito e colpevolezza concependoli come indizi per una colpevolezza aggravata o più esigua, si veda H.J. BRUNS, *Strafzumessungsrecht, Gesamtdarstellung*, cit., pp. 565 e ss., 577 e ss.

⁷³ D. LANG HINRICHSSEN, *Bemerkungen zum Begriff der "Tat"*, cit., p. 354.

⁷⁴ E. BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, cit., p. 246.

diskern, ed è investito dalla scia che la fattispecie disperde dopo la sua integrazione: è nella *Nachsphäre*⁷⁵.

C'è una terza direzione di espansione del *Tatbestandskern* costituita dagli atti contemporanei alla stessa condotta esecutiva. Anche in questo caso gli atti non hanno in sé alcuna rilevanza penale, eppure in qualche modo incidono sulla ponderazione tra valore e disvalore che è alla base della commisurazione della pena⁷⁶. Anche per le *Nebenhandlungen* la condizione della loro rilevanza è l'incidenza sull'individualizzazione del disvalore dell'azione delittuosa.

Il criterio per individuare le condotte che accedono al *Tatbestandskern* è quello della loro autonoma tipicità e rilevanza giuridica, viceversa, gli atti o le condotte che non hanno in sé rilevanza giuridica, che sono in sé atipici ed *Ergänzungsbedürfnis*, cioè bisognosi d'integrazione per spiegare un qualsiasi effetto giuridico, accedono alla *Aussenzone*⁷⁷.

Il *Tatbestandskern* costituisce, in questo modo, una massa coerente alla quale si aggregano per aderenza le condotte dell'*Aussenzone*, benché portatrici di una condizione atipica dell'evento⁷⁸. Ma questa atipicità viene sterilizzata dalla capacità di concretizzazione del disvalore dell'azione. Come nella normoteoretica bindinghiana, fattispecie e sanzione sono avvinte nella loro relazione⁷⁹. Emerge, per la prima volta, il criterio d'appartenenza al fatto tipico: la capacità di concretizzazione del disvalore dell'azione, anche se unita a considera-

⁷⁵ *Ibidem* p. 247; D. LANG HINRICHSSEN, *Bemerkungen zum Begriff der "Tat"*, cit., p. 355. Si pensi, ad esempio, alla realizzazione dello scopo dei reati a dolo specifico, cfr., ancora, E. BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, cit., p. 248.

⁷⁶ Beling fa l'esempio dell'assassino che mentre sferra il colpo mortale tiene legata la sua vittima, cfr., E. BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, cit., p. 249; D. LANG HINRICHSSEN, *Bemerkungen zum Begriff der "Tat"*, cit., p. 354.

⁷⁷ E. BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, cit., pp. 250-251.

⁷⁸ E. BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, cit., p. 250; D. LANG HINRICHSSEN, *Bemerkungen zum Begriff der "Tat"*, cit., p. 354.

⁷⁹ Spendel si è associato a queste riflessioni di Beling sulla funzione di criteri di commisurazione della pena, ne riferisce D. LANG HINRICHSSEN, *Bemerkungen zum Begriff der "Tat"*, cit., p. 355. Per contro, Bruns ha ritenuto che il circolo dei criteri di commisurazione sarebbe in questo caso troppo ristretto. Egli, nel solco di una sentenza del BGH, allarga il paradigma di selezione: non solo le condotte che sono dominate dal *Tatbestand* ma anche tutte quelle circostanze che in sé rivelano dati circa la colpevolezza e illiceità del fatto. Un approccio teleologico-valutativo e non meramente naturalistico come in Beling. Ne riferisce ancora *ibidem*, p. 356.

zioni ulteriori, permette una vera e propria estensione del nucleo della fattispecie penale.

Questo stretto legame si evince dalla già esaminata distinzione tra *Grundstrafdrohungen* e *relative Strafdrohungen*⁸⁰. Mentre le prime sono collegate alla pena minacciata dalla norma incriminatrice, le seconde non hanno effetto autonomo e si sostanziano in una modifica della stessa pena della norma incriminatrice. Ecco allora che all'estensione orizzontale verso elementi estranei al fatto tipico in senso stretto, si aggiunge l'estensione verticale verso le modalità specifiche di commissione del fatto tipo allo scopo di modificare l'assetto quantitativo della pena incriminatrice. Parafrasando Beling stesso, si potrebbe parlare di *Innenzone*, ambito interno al fatto tipo. Questa zona interna è l'ambito di connessione tra l'astrattezza della fattispecie e la concretezza del fatto storico, è proprio l'ambito di questa seconda parte della ricerca⁸¹.

3. Forze di concretizzazione metodologica e concettuale sul "*Tatbestand*" belinghiano

Questa tensione verso la concretizzazione viene valorizzata proprio dalle critiche mosse al concetto di *Tatbestand*. La connessione tra norma e storia, tra astratto e concreto⁸², porta all'arricchimento "osmotico" della categoria del *Tatbestand* attraverso una serrata critica della posizione di Ernst Beling, articolata secondo due tipologie. Da un lato, una serie di obiezioni inerenti il merito del concetto di *Tatbestand*, i suoi elementi e i suoi caratteri. Dall'altro lato, diverse riserve cadono sul metodo d'elaborazione del *Tatbestand* e su tutta la concezione del reato e del diritto penale che esso rappresenta⁸³.

---

⁸⁰ E. BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, cit., p. 264 e ss.

⁸¹ Sulla considerazione che gli elementi della *Aussenzone* imprimono una traccia chiaramente individuale sulla categoria astratta di Beling, si veda E. DOLCINI, *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Padova, 1979, p. 304.

⁸² Sul punto, si veda, M. DONINI, *Selettività e paradigmi della teoria del reato*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1997, p. 352 e ss.

⁸³ Per un diverso inquadramento sistematico delle critiche a Beling cfr., H. PLATE, *Ernst Beling als Strafrechtsdogmatiker*, cit., p. 104 e ss.

Mentre le critiche del primo tipo hanno effettivamente attraversato tutto il secolo, e sono giunte sino a oggi mostrando la preoccupazione di riconoscere già nel fatto tipico alcune caratteristiche d'illiceità e di colpevolezza, e proponendo anche differenziazioni sistematiche nel rapporto tra fatto tipico e antigiuridicità, le critiche metodologiche al normativismo, al pensiero astratto di Beling, si sono sviluppate fondamentalmente dietro la spinta delle dottrine giuridiche nazionalsocialiste della Scuola di Kiel, e hanno negato non solo il concetto di *Tatbestand* ma anche qualsiasi sistematica del reato⁸⁴. Solo alcuni tratti di queste dottrine, depurati dall'originaria impronta ideologica, hanno superato indenni gli anni Cinquanta⁸⁵.

Friedrich Schaffstein e Georg Dahm, sostenuti da giuristi del calibro di Karl Larenz, rappresentarono con il loro rifiuto delle concettualizzazioni della *Begriffsjurisprudenz* il "nuovo corso" della scienza giuridica⁸⁶. Diverto il pensiero analitico e razionale, essi tentano di sostituirlo con un pensiero unitario ed essenziale, fondato sulla "vitalità" e sul "senso" delle "esperienze concrete", e non su nessi razionali. Si cerca l'essenza⁸⁷. Oggetto privilegiato delle loro critiche non poteva allora che essere l'apoteosi di questo metodo, ovvero la "disgregante" dottrina di Beling⁸⁸. L'accusa è quella di aver dissolto il reato in una somma di elementi singoli, di vuote astrazioni prive di significato apprezzabile. Il reato dev'essere, invece, oltre la somma dei suoi elementi⁸⁹. L'antagonismo tra oggetto e valore avvizzisce

---

⁸⁴ I fondatori della Scuola furono Schaffstein, Dahm, Larenz, Huber, Siebert e Michaelis; per una panoramica si veda K. ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung im Recht und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1968², p. 135 e ss., p. 148 e ss.

⁸⁵ Ci si riferisce a Karl Larenz.

⁸⁶ Cfr., G. DAHM, *Verbrechen und Tatbestand*, Berlin, 1935; F. SCHAFFSTEIN, *Die unechten Unterlassungsdelikte im System des neuen Strafrechts*, in *Gegenwartsfragen der Strafrechtswissenschaft, FS für B. Gleispach*, Berlin-Leipzig, 1936, p. 94; ID., *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, Berlin, 1935; per un percorso storico e dogmatico sul concetto di illecito penale dai primi anni Trenta all'età matura del nazionalsocialismo si veda G. SPENDEL, *Der Begriff des Unrechts im Verbrechen-system*, in *FS für U. Weber*, Bielefeld, 2004, pp. 3-10.

⁸⁷ W. SCHILD, *Die Merkmale der Straftat und ihres Begriffs*, cit., p. 26 e ss.

⁸⁸ G. DAHM, *Verbrechen und Tatbestand*, cit., p. 6.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 28; per una critica si veda K. ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung*, cit., pp. 138-139, p. 145.

l'essenza del diritto penale⁹⁰. Non può esistere elemento del reato, si dice, senza una connessione di valore⁹¹. Questo pensiero astratto rivela un *An-sich-Denken* "borghese", ed è ritenuto persino rischioso per l'ordine militare dello Stato⁹².

Tutto questo argomentare è frutto maturo della concezione nazionalsocialista del reato per cui il diritto tutto è *Lebensordnung* del popolo tedesco, e nessun comportamento ha senso se non a partire dalla "Comunità", dalla *Gemeinschaft*, che è portatrice di un ordine interno «vivo e vero»⁹³. Diritto è ordine concreto, reato è disordine concreto⁹⁴. I valori che ordinano e costituiscono il diritto sono il popolo, il sangue e la razza⁹⁵. Nella misura in cui oscura l'essenza del reato, la teoria del *Tatbestand* è infeconda e dannosa⁹⁶. Ladro, si dice, non è chi prende una cosa mobile altrui a scopo di profitto, ma chi ladro è⁹⁷. Il reato è oltre la somma dei suoi elementi. L'interpretazione della singola realtà sostituisce la regola generale e si orienta seguendo l'espressione interpretativa della realtà vitale del *popolo tedesco* e del *Führer*⁹⁸.

Questa deriva irrazionalistica, illiberale e totalitaria, sebbene abbia avuto alcuni epigoni poi sdoganati dalle loro ricerche successive al periodo nazista⁹⁹, è per lo più tramontata insieme con la ca-

⁹⁰ G. DAHM, *Verbrechen und Tatbestand*, cit., p. 7.

⁹¹ *Ibidem*, p. 10.

⁹² *Ibidem*, p. 17; in particolare, Dahm si riferisce ai processi per i crimini di guerra e all'applicazione della concezione moderna della separazione tra fatto tipico e antigiuridicità.

⁹³ *Ibidem*, p. 28.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 29.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 30; per una critica alla concezione del fatto come essenza si veda G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti*, cit., p. 1198 e ss.

⁹⁶ Cfr., G. DAHM, *Verbrechen und Tatbestand*, cit., p. 32.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 45; sul passaggio effettuato da Dahm dal diritto penale del fatto al diritto penale d'autore, ancora, G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti*, cit., pp. 1203-1204. Sul punto si vedano le considerazioni di F. SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova, 1975, p. 52 e ss.

⁹⁸ Si veda, G. DAHM, *Verbrechen und Tatbestand*, cit., pp. 32, 44; scompaiono in questo periodo l'indipendenza della magistratura e la sottoposizione alla legge, come del resto gli stessi diritti dei singoli, si veda G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, III, Bologna, 1970, p. 379 e ss.

⁹⁹ Il riferimento è ancora a Karl Larenz.

duta del regime che l'aveva ispirata¹⁰⁰. Alcuni suoi tratti possono essere rintracciati, tuttavia, nei percorsi scientifici che portarono, stante in ogni caso la riaffermazione del normativismo, alla concretizzazione della fattispecie e alla dissoluzione della dicotomia tra oggettivo e soggettivo¹⁰¹.

Al di fuori della Scuola di Kiel la letteratura si impegna a perfezionare e completare la dottrina di Beling senza abbandonare il solco metodologico della concettualizzazione astratta e della generalizzazione. All'interno di questa corrente metodologica, il primo passo verso l'evoluzione del concetto belinghiano di *Tatbestand* è compiuto da Max Ernst Mayer, che, pur rimanendo ancorato alla struttura argomentativa di Beling, "scopre" l'esistenza degli elementi normativi del fatto tipico¹⁰². Mayer imposta la sua teorizzazione secondo il paradigma regola-eccezione. La regola vuole che il *Tatbestand* sia avalutativo, mentre, eccezionalmente, ci possono essere elementi di valore nel fatto tipico, che, sebbene collocati nel *Tatbestand*, sono però *ratio essendi* dell'antigiuridicità¹⁰³.

Con il passare del tempo il concetto di *Tatbestand* viene sempre più concretizzato con elementi normativi¹⁰⁴ e subiettivi¹⁰⁵. Sono due le direttrici che la letteratura del dopo Beling segue: da un la-

¹⁰⁰ Sulla lotta del pensiero nazista contro il diritto penale liberale, si veda, tra gli altri, A. BARATTA, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza*, Milano, 1963; e sui legami tra positivismo e degenerazione autoritaria dell'ordinamento, A. BARATTA, *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale*, Milano, 1966, p. 23 e ss.; oltre che K. MARXEN, *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht: eine Studie zum Antiliberalismus in der Strafrechtswissenschaft der zwanziger und dreissiger Jahre*, Berlin, 1975, citato da G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti*, cit., p. 1191.

¹⁰¹ Per quanto concerne la prima traccia, ci si riferisce all'analisi tipologica della fattispecie penale e all'ampia letteratura filosofica ermeneutica; per la dissoluzione dell'antagonismo tra oggettivo e soggettivo si intende la Scuola Finalista di Welzel e alcuni dei suoi allievi fondatori dell'odierna Scuola di Bonn.

¹⁰² Si vedano, C. ROXIN, *Offene Tatbestände*, cit., p. 38; W. CLASS, *Grenzen des Tatbestandes*, cit., p. 114; K. TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, cit., p. 80.

¹⁰³ Si veda, ancora, C. ROXIN, *Offene Tatbestände*, cit., p. 39.

¹⁰⁴ Una dottrina assolutizza la presenza di elementi normativi, cioè ritiene che tutti gli elementi siano in sé normativi, il riferimento è a Wolf, citato da *ibidem*, p. 40.

¹⁰⁵ In Italia la teoria degli elementi subiettivi dell'illecito ha trovato spazio esclusivamente nei reati a dolo specifico, per un'esposizione critica si rinvia a G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti*, cit., p. 1212.

to, l'analisi di cosa significhi "avalutativo", correlata alla scoperta di nuovi elementi normativi¹⁰⁶; dall'altro, lo studio di cosa esprima il concetto di "oggettivo", correlato alle indagini sugli elementi subiettivi del fatto tipico¹⁰⁷. L'avvio di questo nuovo corso si basa sui lavori di Hegler, Grünhut, Mezger, Wolf, Zimmerl e Fischer¹⁰⁸.

Il pensiero di Beling subisce, dunque, processi dogmatici di concretizzazione che rivelano il rischio illiberale che si può celare dietro la vocazione al concreto, qualora venisse combinata all'abbandono del metodo analitico, e sviluppano la "vocazione" ontologica del concetto di fattispecie a declinarsi secondo le peculiarità del fatto storico. Questa direzione ermeneutica fondata sulle critiche si arresta già a questa fase. Ci sono, certo, dei risvolti sistematici della vocazione concretizzatrice della fattispecie, e si vedranno subito, ma in definitiva l'ambito che per antonomasia è il luogo dogmatico d'approfondimento e compimento delle relazioni tra fatto astratto e accadimento concreto risulta quello della commisurazione della pena.

4. La concretizzazione dogmatica del "Tatbestand" di fronte alle teorie del reato e della sistematica penalistica

Prima di giungere alle relazioni tra fattispecie e sanzione bisogna valutare, così, i riflessi sistematici e di teoria generale svelati

---

¹⁰⁶ Anche dell'effettiva incidenza degli elementi normativi sulla descrittività del concetto di Beling si ribadisce in ogni caso che ci sono quasi sempre conflitti di valore tra beni e controinteressi alla base di una fattispecie penale, così, G. FIANDACA, voce *Fatto nel diritto penale*, cit., p. 155.

¹⁰⁷ C. ROXIN, *Offene Tatbestände*, cit., p. 42 e ss.; W. CLASS, *Grenzen des Tatbestandes*, cit., p. 117 e ss.

¹⁰⁸ Particolare attenzione al concetto e alla funzionalità del dolo specifico, è di A. HEGLER, *Die Merkmale des Verbrechen*, in «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», 1915, p. 19 e ss., p. 184 e ss.; Id., *Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs*, in *Festgabe für R. Frank*, I, Tübingen, 1930, p. 251 e ss.; M. GRÜNHUT, *Begriffsbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht*, in *Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart*, Tübingen, 1926; Id., *Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft*, in *Festgabe für R. Frank*, I, Tübingen, 1930, p. 1 e ss.; E. MEZGER, *Die subjektiven Unrechtselemente*, in «Der Gerichtssaal», 89, 1924, p. 207 e ss.; E. WOLF,

dalla tendenza alla concretizzazione mostrata dal concetto di fattispecie. La relazione astratto-concreto porta, dunque, la fattispecie e la sua lettura dogmatica all'affinamento degli elementi costitutivi, processo che dovrebbe partire dal basso, cioè proprio dal concreto. Eppure, la tendenza a riconoscere nel *Tatbestand* elementi valutativi, normativi e subiettivi, pare, invero, più vicina a un procedimento deduttivo che induttivo. Il riconoscersi in filoni, in Scuole culturali e filosofico-giuridiche ha condizionato, infatti, la ricerca sulle componenti della fattispecie e sulle questioni teoriche inerenti la sistematica del reato¹⁰⁹.

Benché i finalisti siano tra i più sensibili nel riconoscere la presenza di elementi valutativi del fatto, questa consapevolezza non è stata loro esclusiva prerogativa. A finalisti come Schaffstein e Weber si affiancano, infatti, in questo riconoscimento, duri oppositori del

---

Die Bedeutung der Lehre von den subjektiven Tatbestandselementen für den Irrtum über Strafmilderungsgründe, in «Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform», 20, p. 665 e ss.; ID., *Die Typen der Tatbestandsmässigkeit*, Breslau, 1931; L. ZIMMERL, *Zur Lehre vom Tatbestand*, Breslau, 1928; ID., *Aufbau des Strafrechtssystems*, Tübingen, 1930; per un'antigiuridicità fondata sull'intenzione del soggetto, si veda, H.A. FISCHER, *Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts*, München, 1911; ancora nello stesso percorso di approfondimento e superamento della dottrina di Beling, si veda GOLDSCHMIDT, *Normativer Schuldbegriff*, in *Festgabe für R. Frank*, I, Tübingen, 1930, p. 428 e ss.; SCHWINGE, *Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht*, Bonn, 1930. Per il dolo dentro la tipicità, si veda, nella letteratura italiana per tutti, G. FIANDACA, voce *Fatto nel diritto penale*, cit., p. 156 e ss. È interessante notare, sulla scia di Marinucci che riprende alcune osservazioni di Bettiol, che, mentre in Germania la progressiva scoperta degli elementi normativi del fatto e degli aspetti subiettivi dell'illecito contribuiva consistentemente alla compromissione del diritto penale liberale, in Italia fu proprio l'opera di Delitala a cristallizzare la dogmatica penalistica attorno a un saldo nucleo liberale e garantista che resistette alle vicende politico-criminali e culturali del Ventennio, si veda, G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti*, cit., p. 1192. Da un'ottica diversa si sottolinea come il permanere del metodo positivistico abbia impedito le intrusioni ideologiche nel diritto, almeno entro certi limiti, si veda L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Jus*, 1976, p. 11; ancora, sulla differenza tra la Scuola tecnico-giuridica italiana e gli eccessi della Scuola di Kiel, si veda, C.F. GROSSO, *Le grandi correnti del pensiero penalistico italiano tra Ottocento e Novecento*, in *Storia d'Italia*, Annali 12, *La criminalità*, Torino, 1997, p. 18 e ss., p. 26 e ss.

¹⁰⁹ Ecco che, ad esempio, la Scuola Finalista è tra le più attive e radicali nel riconoscere nel fatto elementi valutativi e soprattutto soggettivi.

finalismo come Lang-Hinrichsen e Schröder e pensatori “neutrali” come Arthur Kaufmann e Lange¹¹⁰.

Si assiste, per vero, a un progressivo mutamento della veste funzionale del concetto di *Tatbestand*. La letteratura non si limita a comprendere elementi valutativi e subiettivi nella fattispecie e nell'illiceità. Il *Tatbestand*, che con Beling e Mayer era essenzialmente un concetto di sistema, viene considerato, infatti, un mero procedimento di sussunzione o di riconduzione di concetti specifici sotto concetti più generali volti all'organizzazione razionale della parte speciale¹¹¹.

A mutare sono, in realtà, il contesto generale e la teoria stessa del reato. Progressivamente abbandonate le teorie classiche e neoclassiche, la letteratura si ammantava di una nuova filosofia valoristica che scatena inevitabilmente forze di discontinuità nell'assetto sistematico della parte generale del diritto penale¹¹². Si lasciano, così, gli approdi saldi della fondazione causale e naturalistica dell'illecito, della distinzione cristallina tra oggettivo e soggettivo, per giungere alla teoria dell'azione sociale e della condotta come comportamento dominabile dalla volontà umana socialmente rilevante: si passa dalla concezione classica o neoclassica alla teoria teleologica del reato¹¹³.

---

¹¹⁰ Si vedano, F. SCHAFFSTEIN, *Putative Rechtsfertigungsgründe und finale Handlungslehre*, in «Monatsschrift für deutsches Recht», 1951, p. 197 e ss.; E. VON WEBER, *Negative Tatbestandsmerkmale*, in *FS für E. Mezger*, München-Berlin, 1954, p. 187 e ss.; tra gli oppositori D. LANG HINRICHSSEN, *Die Irrtümliche Annahme eines Rechtfertigungsgrundes in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes*, in «Juristenzeitung», 1953, p. 363; D. LANG HINRICHSSEN, *Tatbestandslehre und Verbotsirrtum*, in «Juristische Rundschau», 1952, p. 306; H. SCHRÖDER, *Die Irrtumsrechtsprechung des BGH*, in «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», 1953, p. 185 e ss., p. 193 e ss.; tra gli autori che hanno assunto posizione neutrale sulla questione del finalismo si veda ART. KAUFMANN, *Zur Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*, in «Juristenzeitung», 1954, p. 653 e ss.; R. LANGE, *Irrtumsfragen bei der ärztlichen Schwangerschaftsunterbrechung*, in «Juristenzeitung», 1953, p. 14 e ss.; C. ROXIN, *Offene Tatbestände*, cit., p. 43.

¹¹¹ W. CLASS, *Grenzen des Tatbestandes*, cit., p. 184; K. TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, cit., p. 82.

¹¹² K. TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, cit., p. 82.

¹¹³ Gli esponenti della concezione classica del diritto penale oltre al Beling, sono K. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung, Normen und Strafgesetze*, Leipzig, 1916; von LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 4° Aufl., 1891, 27, p. 128; nella teoria neoclassica si può, ad esempio, annoverare Baumann. Sono numerosi i giuristi che possono essere inquadrati nella concezione teleologica, tra i tanti si

Si abbandona persino la concezione del reato come lesione di un bene giuridico, riconducendola alla mera lesione di un dovere, espressione della volontà interiore. Si giunge alla condotta come accadimento finale e non meramente causale¹¹⁴.

È la teoria finalistica del reato. Si giunge al dolo come elemento essenziale del *Tatbestand* e alla distinzione tra antinormatività e antigiuridicità, tra *Normwidrigkeit* e *Rechtswidrigkeit*¹¹⁵. La tipicità, benché in sé integri mera antinormatività, ribadisce qui la sua funzione d'indizio dell'antigiuridicità¹¹⁶. Welzel distingue le fattispecie che hanno capacità indiziante dell'antigiuridicità (*geschlossene Tatbestände*) da quelle che, non riuscendo a indiziare l'illiceità poiché non descrivono compiutamente la materia del divieto (*offene Tatbestände*), necessitano della prova positiva degli elementi speciali dell'obbligo (*Rechtspflichtenmerkmale*)¹¹⁷.

La tensione tra la teoria degli elementi negativi della fattispecie, per cui il *Tatbestand* è *ratio essendi* dell'antigiuridicità, e la teoria della capacità indiziante della fattispecie¹¹⁸, tra *Gesamtunrechtstatbe-*

---

menzionano Jescheck, Gallas, Lackner, Roxin, Cramer, Lenckner, Wessels, Rudolphi. Tra le opere ci si limita esemplificativamente a W. GALLAS, *Zum gegenwärtiger Stand der Lehre vom Tatbestand*, in «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», 1955, p. 16; in generale, nella manualistica si veda H.H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., 201 e ss.

¹¹⁴ Per tutti, H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11° Aufl., 1969, 34, p. 60 e ss.; ID., *Il nuovo volto del sistema penale*, in «Jus», 1952, p. 32; tra gli altri si ricordano Maurach, Zipf, Armin Kaufmann, Hirsch, Gössel, Schroeder, Stratenwert,

¹¹⁵ Sui rapporti tra antigiuridicità universale e il concetto di illecito, inteso come complesso formato dall'oggetto di valutazione insieme con il predicato di valore, ancora, H. WELZEL, *Il nuovo volto del sistema penale*, cit., pp. 37-38.

¹¹⁶ ID., *Das deutsche Strafrecht*, cit., pp. 49, 50, 80.

¹¹⁷ H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, cit., p. 45 e ss.; sul rapporto sistematico con Beling si veda C. ROXIN, *Offene Tatbestände*, cit., pp. 51-52. Sulla teoria dei *Rechtspflichtmerkmale*, si veda, E.R. BELFIORE, *Contributo alla teoria dell'errore in diritto penale*, Torino, 1997, p. 160 e ss.; sul punto anche G. MORGANTE, *L'illiceità speciale nella teoria generale del reato*, Torino, 2002, p. 70 e ss.

¹¹⁸ Un tentativo di mediazione tra le due posizioni è quello fatto da J. HRUSHKA, *Extrasystematische Rechtfertigungsgründe*, in *FS für E. Dreher*, Berlin-New York, 1977, pp. 189-191; l'A. distingue tra scriminanti intrasistematiche ed extrasistematiche. Le prime, sono le scriminanti che pongono un'eccezione rispetto a modalità di condotta espresse dal sistema al quale appartengono. Le seconde, invece, si muoverebbero su di un livello diverso, e di rango più elevato, rispetto al sistema delle regole che, quindi, non impedendo il sorgere dell'obbligo di condotta, agirebbero su di un dovere già perfettamente formatosi.

stand e *Leitbildtatbestand*, diviene paradigma per fondare la sistematica bipartita o tripartita del reato¹¹⁹. Anzi, lo spostamento da orizzonti di tipo logico verso prospettive orientate al valore, facilita il passaggio a una teoria bipartita del reato. Secondo i teorici della tripartizione ogni elemento del reato è portatore di un suo proprio carattere di valore-disvalore. In particolare, la tipicità indizierebbe l'antigiuridicità, mentre secondo la dottrina della bipartizione la distinzione tra fatto e antigiuridicità sarebbe solo tecnica, al *Tatbestand* viene affidato il compito di tracciare la linea di confine tra lecito e illecito¹²⁰.

Queste differenziazioni relative al rapporto tra tipicità e antigiuridicità si identificano nel processo di progressiva concretizzazione del concetto di fatto e influenzano la stessa concezione dell'illecito come categoria capace di graduazione¹²¹. Inoltre, si pone la questione mereologica del rapporto tra i concetti che sono elemento del reato e il concetto stesso di reato¹²², rapporti di cui si occupano le teorie generali sulla costruzione e sistematica del reato¹²³.

¹¹⁹ Si rinvia alla sintetica trattazione del paragrafo 2 del capitolo I.

¹²⁰ Cfr., J. RENZINOWSKI, *Notstand und Notwehr*, Berlin, 1994, p. 156; per la teoria indiziaria, tra gli altri, Beling, Jescheck, Armin Kaufmann, Wessels, Tröndle, per la teoria degli elementi negativi si annoverano, tra gli altri, Roxin e Arthur Kaufmann.

¹²¹ È chiaro che se fatto e illiceità sono un tutt'uno già dal punto di vista teorico, se non è loro concessa la possibilità di un apporto individuale, allora il nesso tra integrazione della fattispecie e modulazione dell'illecito è molto intenso, e la graduazione è unitaria. Illecito e tipicità divengono funzioni delle stesse variabili. Intensità che, pur non venendo meno, assume diverso significato nel caso di una possibile distinzione ontologica e fenomenologica tra tipicità e antigiuridicità. Nella teoria tripartita la graduazione dell'illiceità pone la domanda della possibile modulazione della stessa tipicità. Dato che gli elementi del fatto tipico vengono utilizzati per la graduazione dell'illiceità, si pone non solo la questione dell'eventuale distinzione tra elementi e caratteri della tipicità, ma anche quella di rintracciare le variabili alle quali sarebbe legata la possibile graduazione della tipicità.

¹²² La mereologia è la scienza che studia il rapporto tra le parti ed il tutto, si veda A. VARZI, *Parole, oggetti, eventi e altri argomenti di metafisica*, Roma, 2001, p. 110; B. SMITH, *Parts and Moments. Studies in Logic and Formal Ontology*, München-Wien, 1982, p. 35 e ss., fornito di una bibliografia annotata molto utile (481 e ss.); oltre che P. SIMONS, *Parts. A study in Ontology*, Oxford, 1987, p. 3 e ss.; e D. LEWIS, *Parts of Classes*, Oxford, 1991, p. 1 e ss.; alcuni punti problematici della mereologia sono contigui anche alla logica fuzzy (la cui idea centrale è che "l'intero sta nella parte") sul punto l'ormai classico, B. KOSKO, *Il fuzzy pensiero. Teoria e applicazioni della logica fuzzy*, Milano, 2002, p. 81 e ss.

¹²³ Cfr., W. SCHILD, *Die Merkmale der Straftat und ihres Begriffs*, Ebelsbach, 1979, p. 6 e ss.

Per la teoria analitica, il reato è composto da elementi singoli posti uno accanto all'altro. Il reato è studiato con il metodo tipico delle scienze naturali: ricerca degli elementi ultimativi e loro ricomposizione per agglomerazione sino al risultato finale. Qui il reato è la somma dei suoi elementi, non esiste un apporto sinteticamente introdotto: esso è mera addizione di attributi¹²⁴.

Per la teoria "piramidale", gli elementi non stanno uno accanto all'altro ma uno sull'altro come i gradini di una piramide. Il reato è analizzato con il metodo tipico delle scienze sociali: modello d'astrazione che procede dal concetto più generale a quello maggiormente specializzato. Il gradino più basso è l'elemento più esteso, il vertice è il meno esteso. Tutti gli elementi successivi al primo sono contenuti nei precedenti poiché ne sono specificazione, mentre la base della piramide ha almeno un elemento estraneo a tutti gli altri gradini. Essa, rappresenta il comportamento globale, poi si va alla tipicità e poi su sino alla colpevolezza. Anche in questo caso il reato è addizione di elementi¹²⁵.

Analoghe considerazioni possono essere fatte con riguardo alla teoria ontologica delle *sachlogischen Strukturen* di Hans Welzel¹²⁶. Partendo dalla filosofia ontologica e valorativa di Nicolai Hartmann¹²⁷, e opponendosi alla teoria analitica, Welzel ritiene che la realtà non può essere analizzata e scomposta dal di fuori¹²⁸, e che si deve aderire alle differenze di cui essa è già in sé portatrice¹²⁹. Al li-

¹²⁴ Si vedano F. NOWAKOWSKI, *Probleme der Strafrechtsdogmatik. Zugleich eine Besprechung von Jeschecks Lehrbuch des Strafrechts*, in «Juristische Blätter», 1972, p. 27; ID., *Das österreichische Strafrecht in seinen Grundzügen*, Graz, 1955, p. 39 e ss. ID., *Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit*, in «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», 1951, p. 300.

¹²⁵ Si veda G. RADBRUCH, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der rechtswissenschaftlichen Systematik*, Darmstadt, 1967, p. 27 e ss., p. 55 e ss.

¹²⁶ Si veda anche, H. WELZEL, *Il nuovo volto del sistema penale*, cit., p. 32.

¹²⁷ Cfr., N. HARTMANN, *Ethik*, 3 Aufl., Berlin, 1949; sul punto, tra gli altri, G. MARINUCCI, *Il reato come azione*, cit., p. 26.

¹²⁸ Ancora, H. WELZEL, *Il nuovo volto del sistema penale*, cit., p. 32.

¹²⁹ Cfr., ID., *Strafrecht und Philosophie*, in *Vom Bleibenden und vom Vergänglichen in der Strafrechtswissenschaft*, Marburg, 1964, p. 28 e ss.; sul tema delle strutture logico fattuali, si veda anche, G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, III, Bologna, 1970, p. 400.

vello dell'accadimento causale si aggiungono quello dell'accadimento finale e dell'accadimento personale¹³⁰, che è l'essenza della condotta, cioè la volontà finale con le sue motivazioni. Da queste strutture immanenti della realtà, scaturiscono l'illecito e la colpevolezza¹³¹. Anche per Welzel, tuttavia, gli elementi sono entità autonome e il reato ne è, in qualche modo, la somma.

Come si è già visto, per la teoria unitaria il reato esprime qualcosa di diverso e di più della somma dei suoi elementi¹³². Si ritorna in questo modo alle teorie irrazionali ed essenzialiste dei penalisti e dei giuristi della Scuola di Kiel¹³³. Reato come unità essenziale fondata su esperienze di senso e di natura e non su connessioni razionali¹³⁴. Questo pensiero concreto è stato supportato anche dagli hegeliani¹³⁵, insieme con alcuni scienziati come Karl Larenz, che, negli anni Sessanta, presero le distanze dalle posizioni irrazionaliste della *Kieler Schule*¹³⁶.

Questa carrellata sulle impostazioni generali in tema di relazione tra il concetto di reato e i suoi elementi aveva lo scopo d'evidenziare che non solo si può parlare di una progressiva concretizzazione o di un progressivo arricchimento del concetto di *Tatbestand* a scapito degli altri elementi contigui, ma che la stessa elaborazione del concetto sistematico e sintetico di reato è sensibile al tema della concretizzazione¹³⁷. Le teorie analitiche cercano, infatti, di trovare gli elementi rilevanti più vicini al fatto concreto, le dottrine piramidali

---

¹³⁰ Questo livello personale non è espresso in Welzel, ma viene dedotto interpretativamente da W. SCHILD, *Die Merkmale der Straftat*, cit., p. 15.

¹³¹ Ancora, H. WELZEL, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen*, Berlin, 1943², p. 31.

¹³² Sul confronto tra impostazioni analitiche e unitarie del reato e su alcune ascendenze unitarie di Moro in tema di antigiuridicità si veda, G. VASSALLI, *Il fatto negli elementi del reato*, cit., p. 537.

¹³³ Si vedano Autori e opere citati alle note precedenti.

¹³⁴ Cfr., F. SCHAFFSTEIN, *Die unechten Unterlassungsdelikte*, cit., p. 94.

¹³⁵ Si ricordano Abegg e Köstlin.

¹³⁶ Anche alcune parti della dottrina di Roxin, e in particolare il concetto di *Täterschaft*, tendono a un pensiero unitario, come si può vedere già dalla *Zusammenfassung*, si veda, C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, Berlin, 1975³, p. 527 e ss.

¹³⁷ Sul progressivo arricchimento del concetto di azione nel diritto penale si veda G. MARINUCCI, *Il reato come azione*, cit., p. 61 e ss.

cercano di aumentare il numero dei gradini, la teoria ontologica tenta di declinarsi come la volontà e le motivazioni del soggetto agente, avvicinandosi così alla *Lebensrealität* e votandosi all'individualità. Le teorie unitarie, poi, pensano di cogliere un nesso essenziale e irrazionale, sublimazione del rapporto tra senso e natura, tra soggetto e oggetto, che lega reo e fatto, autore e comportamento.

Questo tema della concretizzazione progressiva, della tensione "storica" del concetto di fatto e di reato verso una maggiore aderenza alla realtà concreta conduce alla necessità d'esaminare i nessi che sussistono tra la fattispecie e la sanzione penale, che sono, allo stesso tempo, oggetto e scopo delle teorie della commisurazione della pena.

Il percorso che si è brevemente tracciato ha segnalato le tensioni concretizzatrici già dentro un concetto puro come quello belinghiano di *Tatbestand*, e poi nelle rielaborazioni dogmatiche e nei risvolti sistematici della teorizzazione di Beling. Adesso, le relazioni tra astratto e concreto verranno ricondotte al loro naturale luogo dogmatico, ovvero all'interno dei rapporti tra precetto penale e ambito sanzionatorio.

5. La relazione tra l'ambito precettivo di fattispecie e la conseguenza punitiva

Si è visto come il concetto di *Tatbestandskern* sia un polo d'attrazione per le condotte che formalmente separate da esso vi aderiscono, poiché sottoposte alla sua forza aggregante¹³⁸, nella misura in cui rivelano un'effettiva capacità concretizzatrice del disvalore dell'azione¹³⁹. Se ha rilevanza quest'estensione orizzontale, cioè dal fatto a elementi che cronologicamente lo precedono o lo seguono, *a fortiori* è interessante l'estensione verticale della fattispecie, ovvero

¹³⁸ Cfr., E. BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, cit., p. 250; e D. LANG HINRICHSEN, *Bemerkungen zum Begriff der "Tat"*, cit., p. 354.

¹³⁹ Spengel si è associato a queste riflessioni di Beling sulla funzione dei criteri di commisurazione della pena, si veda G. SPENDEL, *Zur Lehre vom Strafmaß*, Frankfurt am M., 1954, p. 231 e ss.

lo studio delle sue modalità concrete di realizzazione. Qui sta il centro della ricerca sul concetto di sottofattispecie utilizzato dalle teorie strutturali, che indica la necessità d'approfondire il rapporto tra questa *Innenzone* della fattispecie e la sanzione¹⁴⁰.

Se nell'impostazione belinghiana, ai fini dell'individuazione di circostanze idonee alla commisurazione della pena, l'articolazione tradizionale tra *Tatbestandskern* e *Aussenzone* finisce in qualche modo con l'essere vincolata al legame da provare tra il *Kern* della fattispecie e gli elementi esterni¹⁴¹, così non avviene secondo costruzioni più recenti. Per Bruns, tutto ciò che sta fuori dalla fattispecie in senso stretto deve essere considerato nella commisurazione della pena, qualora, per usare l'espressione del BGH¹⁴², abbia effettivamente inciso sul contenuto illecito del fatto o sull'atteggiamento illecito del soggetto¹⁴³. Per altri ancora, la commisurazione della pena si giova di tutti gli elementi che contribuiscono alla valutazione dell'accaduto, in modo tale che si può effettuare una distinzione solo teleologica tra fattispecie legislativa in sé e i suoi effetti sulla commisurazione¹⁴⁴.

In sostanza, nella teoria di Beling all'incidenza sulla valutazione del fatto deve aggiungersi una chiara afferenza alla sfera di dominio, anche spazio-temporale, della fattispecie, Bruns, invece, ritiene sufficiente una qualsiasi capacità di individualizzazione del disvalore, la mera possibilità di una sua migliore concretizzazione¹⁴⁵,

---

¹⁴⁰ Un primo approfondimento di quest'impostazione, anche se non viene spinto molto oltre i risultati di Beling, è quello effettuato da G. SPENDEL, *Zur Lehre vom Strafmaß*, Frankfurt am M., 1954, pp. 231-236. Sulla differenza tra concezione estensiva e restrittiva del rapporto tra fatto e punibilità si veda, in Italia, G. VASSALLI, *Il fatto negli elementi del reato*, cit., p. 553 e ss. In generale, sul rapporto tra fattispecie e sanzione, si veda A.E. CAMMARATA, *Il significato e la funzione del "fatto"*, cit., p. 255 e ss.

¹⁴¹ Ci si riferisce alle ricerche di Beling e Spendel prima citate.

¹⁴² Cfr. BGH., 10.04.1951, in «Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen», 1, p. 105 e ss.; la Corte parla esattamente di «Schlüsse auf den Unrechtsgehalt» e di «Einblicke in die innere Einstellung».

¹⁴³ Cfr., H.J. BRUNS, *Strafzumessungsrecht, Allgemeiner Teil*, Köln, 1967, pp. 495 e ss., 500.

¹⁴⁴ Si veda, D. LANG HINRICHSSEN, *Bemerkungen zum Begriff der "Tat"*, cit., p. 360.

¹⁴⁵ Ancora, *ibidem*, p. 356.

un indizio della gravità del fatto¹⁴⁶, per approdare alla commisurazione della pena. La fattispecie intera è orientata, poi, per Lang-Hinrichsen, alla commisurazione della pena e non solo alla qualificazione del fatto.

Questo legame forte tra fattispecie e sanzione traccia una linea privilegiata attraverso la dogmatica penalistica. Sono innumerevoli gli studi che vanno nella direzione di una reciproca e intensa penetrazione tra fatto e sanzione, di una comune, ontologica, dimensione ermeneutica. Teorie che oscillano tra un'impostazione di tipo bindinghiano, dove la fattispecie domina sulla sanzione, e prospettive di tipo più kelseniano, per cui è la sanzione a guidare gli elementi della fattispecie¹⁴⁷.

La dottrina che vede nella fattispecie un catalogo che anticipa i criteri di commisurazione della pena¹⁴⁸ sottolinea, nel solco kelseniano, la vocazione alla sanzione degli elementi della fattispecie, che non ha solo la funzione di porre le condizioni per la punibilità, ma anche di essere riferimento per la stessa commisurazione, data la predisposizione di alcuni elementi della fattispecie alla graduazione quantitativa¹⁴⁹.

¹⁴⁶ Si veda, H.J. BRUNS, *Strafzumessungsrecht*, cit., p. 501 e ss.

¹⁴⁷ Sul tema in generale, si veda C. SCHMID, *Verhältnis von Tatbestand und Rechtswidrigkeit aus rechtstheoretischer Sicht*, Berlin, 2002, pp. 60-62.

¹⁴⁸ In questo senso, H.J. BRUNS, *Strafzumessungsrecht, Gesamtdarst.*, Köln, 1974, p. 70 e ss. 363 e ss.; ID., *Das Recht der Strafzumessung*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1985, p. 133; H. SCHRÖDER, *Gesetzliche und richterliche Strafzumessung*, in *FS für E. Mezger*, München-Berlin, 1954, p. 426. Si veda anche, H.H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., pp. 263 e ss., 270 e ss.; M. MAIWALD, *Bestimmtheitsgebot, tatbestandliche Typisierung und die Technik der Regelbeispiele*, in *FS für W. Gallas*, Berlin-New York, 1973, p. 137; M. MAIWALD, *Zur Problematik der "besonders schweren Fälle" im Strafrecht*, in «Neue Zeitschrift für Strafrecht», 1984, p. 435; W. STREE, sub *Vorbem. §§ 38 ff.*, in A. SCHÖNKE, H. SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, München, 2006²⁷, p. 726 e ss.; J. WESSELS, *Zur Problematik der Regelbeispiele für "schwere" und "besonders schwere Fälle"*, in *FS für Maurach*, Karlsruhe, 1972, p. 299.

¹⁴⁹ Inoltre, egli rifiuta una differenziazione dogmatica tra elementi di fattispecie e criteri di commisurazione della pena oltre quella puramente sistematica, si veda l'analisi che ne fa M. KRAHL, *Tatbestand und Rechtsfolge*, cit., p. 45; l'A. si sofferma anche a valutare la questione del divieto di doppia valutazione di cui al § 46 StGB.

Le sfumature di tipo bindinghiano s'intravedono in una recente posizione che, riscontrando un legame d'implicazione tra fattispecie e sanzione¹⁵⁰, individua nella norma penale una struttura condizionale, tale per cui fattispecie e sanzione non possono essere elementi fungibili. La prima pone tutte le condizioni della punibilità, la sanzione, invece, è meramente legata all'effetto della verifica di queste condizioni. Da quest'angolatura incentrata sulle *Wenn-Dann-Sätze*, cioè sulla struttura condizionale della norma incriminatrice, si apprezzerrebbe il vantaggio della verificabilità e della certezza del diritto, dipendente dal grado di precisione delle componenti strutturali¹⁵¹.

In letteratura c'è, invero, anche un atteggiamento di "equivalenza funzionale" tra fattispecie e conseguenza penale, che si è visto già a proposito della sentenza della Suprema Corte tedesca sulla rapina aggravata¹⁵². Qui nessuna preferenza viene accordata a uno dei due elementi¹⁵³. Il legislatore ha, così, piena libertà nella classificazione di un elemento come relativo al fatto o come criterio di commisurazione della pena¹⁵⁴.

Diverse sono, però, le impostazioni che saldano indissolubilmente fattispecie e sanzione, ruolo percettivo e dimensione punitiva della tutela penale. Una parte della dottrina sostiene una corrispondenza materiale tra elementi del fatto e della commisurazione. Corrispondenza realizzata dalla funzione della cornice edittale di orientamento della sanzione sui diversi contenuti d'illecito e colpevolezza che la fattispecie astratta può assumere, realizzando, così, proporzionalità e giustizia nel caso concreto¹⁵⁵.

Altri autori sottolineano l'interdipendenza tra fattispecie e conseguenza sanzionatoria, cioè l'impossibilità di delimitare elementi del fatto e della sanzione. Non si accetta la concezione condizionale della fattispecie per cui essa sarebbe il "se", il presupposto, mentre

---

¹⁵⁰ Si veda la disamina di M. KRAHL, *ibidem*, p. 64.

¹⁵¹ Questa è la posizione di *ibidem*, p. 86 e ss.

¹⁵² Si rinvia ai paragrafi 2 e 3 del secondo capitolo della parte I.

¹⁵³ Per i necessari richiami si rinvia ancora a M. KRAHL, *Tatbestand und Rechtsfolge*, cit., p. 78 e ss.

¹⁵⁴ Cfr., BGH., 18.11.1985, in «Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen», 33, pp. 370, 374.

¹⁵⁵ Si veda, W. SAX, *Grundsätze der Strafrechtspflege*, cit., p. 1011 e ss.

la sanzione esprimerebbe “l’allora”, la conseguenza. La sanzione influenza l’interpretazione della fattispecie, la quale, a sua volta, è interpretabile solo avendo riguardo alla sanzione che materializza la cifra di disvalore della cornice edittale¹⁵⁶.

Interessante è la posizione di chi non riscontra veri confini tra fattispecie e sanzione ma soltanto forme di passaggio più o meno fluide. Tra la fattispecie e la sanzione si porrebbero, così, degli elementi intermedi, che, in modo dinamico, mettono in contatto l’astrattezza della tipicità e la concretezza del fatto storico¹⁵⁷. Gli elementi intermedi sarebbero le circostanze, nell’ordinamento tedesco, *Qualifizierungsgründe* e *Privilegierungsgründe*, i criteri di commisurazione della pena, *Strafzumessungsgründe*, e i *Regelbeispiele*¹⁵⁸.

Accanto alle prime due tradizionali ipotesi, che verranno analizzate nei paragrafi successivi, l’ordinamento tedesco prevede e utilizza, così, alcune formule più generiche d’adeguamento della sanzione al fatto, formule che non contemplano direttamente una struttura

¹⁵⁶ In questo senso, si veda, R.P. CALLIESS, *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, Frankfurt am M., 1973, p. 24; e, ancora, ID., *Die Rechtsnatur der “besonders schweren Fälle” und die Regelbeispiele im Strafrecht*, in «Juristenzeitung», 1975, p. 116; H. ZIPF, *Die Strafmaßrevision*, München, 1969, p. 1 e ss., p. 235 e ss.; A. ESER, *Die strafrechtliche Sanktionen gegen das Eigentum. Dogmatische und rechtspolitische Untersuchungen zu Einziehung, Unbrauchbarmachung und Gewinnverfall*, Tübingen, 1969, p. 138 e ss.; F. GEERDS, *Zur Problematik der strafrechtlichen Deliktstypen*, in *FS für K. Engisch*, Frankfurt am M., 1969, p. 424; il quale parla proprio di *Wechselwirkung* di influenza reciproca; infine si veda anche G. DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, cit., p. 256.

¹⁵⁷ Sebbene con sfumature diverse, si vedano, K. ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1983⁸, p. 33 e ss.; C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 284 e ss.; sul reato di furto (§243 StGB) e sulla struttura delle aggravanti si vedano, R. MAURACH, F.C. SCHROEDER, M. MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*, I, Heidelberg, 1995⁸, p. 342 e ss.; oltre che U. KINDHÄUSER, *Zur Anwendbarkeit der Regeln des Allgemeinen Teils auf den besonders schweren Fall des Diebstahls*, in *FS für O. Triffterer*, Wien-New York, 1996, p. 125. Obiezioni a quest’impostazione, oltre che ulteriori approfondimenti in merito, soprattutto per quanto concerne la collocazione dogmatica dei *Regelbeispiele*, sono in M. KRAHL, *Tatbestand und Rechtsfolge*, cit., p. 73.

¹⁵⁸ Un’interessante dottrina è quella elaborata da Zimmerl. L’A. introduce il concetto di *Hilfstatbestände* che seleziona dall’illecito base, *Grundtatbestand*, delle modalità di illecito più gravi, si veda L. ZIMMERL, *Zur Lehre vom Tatbestand. Übersehene und vernachlässigte Probleme*, Breslau, 1928, p. 71 e ss. Sui *Regelbeispiele* si veda anche, G. FORNASARI, *Il principio di legalità*, cit., p. 16.

condizionale, cioè non postulano una serie di condizioni da soddisfare, ma si incardinano su di una relazione regola-eccezione. Sono le formule indefinite che prevedono l'aumento o la diminuzione di pena nei «casi particolarmente gravi». Nella grande maggioranza dei casi, queste ipotesi sono corredate dai c.d. *Regelbeispiele*, cioè da un'elencazione esemplificativa di situazioni che potrebbero portare alla modifica della pena¹⁵⁹.

Questi elementi intermedi di connessione tra sanzione e fattispecie scaturiscono dalla cornice edittale e rivelano già come essa metta in comunicazione queste due anime della fattispecie. Da un lato, la funzione classificatoria e formale delle condizioni della punibilità del fatto che attivano l'intervallo edittale fissato dal legislatore. Dall'altro, il *Sachverhalt* della commisurazione, che integra, senza contrapporvisi, la dimensione qualificatoria, e cerca la cifra della meritevolezza di pena tra le individualità del caso concreto¹⁶⁰.

---

¹⁵⁹ Per un'interessante disamina problematica e critica, nei confronti del principio di legalità, dei *Regelbeispiele*, intesi come forme particolari di fattispecie aggravate, anche rispetto ai casi particolarmente gravi, c.d. *besonders schweren Fälle* si veda, H.J. HIRSCH, *Die verfehlte deutsche Gesetzesfigur der "besonders schweren Fälle"*, in FS für K.H. Gössel, Heidelberg, 2002, p. 287 e ss. Alcune più rare ipotesi, invece, non sono accompagnate da esplicazioni e rimangono indefinite. I *Regelbeispiele* sono solo un indizio della particolare gravità del fatto: non solo fatti "particolarmente gravi" vengono rintracciati anche al di fuori di queste ipotesi che, appunto, sono esclusivamente esemplificative, ma la loro evenienza non condiziona in modo necessitato la valutazione del fatto, dato che possono essere compensate da altri elementi della vicenda concreta, che depongono in senso opposto (si veda, J. EISELE, *Die Regelbeispielsmethode im Strafrecht*, cit., p. 1 e ss.; oltre che M. KRAHL, *Tatbestand und Rechtsfolge*, cit., p. 146 e ss.). Eppure, in qualche modo essi condizionano la concretizzazione tipica della norma astratta.

¹⁶⁰ Sui due concetti di *Sachverhalt* si veda, W. HASSEMER, *Die Rechtstheoretische Bedeutung des gesetzlichen Strafrahmens*, in GS für G. Radbruch, Göttingen, 1968, p. 286.

Anche a fronte della notevole espansione del loro utilizzo a seguito della sesta legge di riforma del diritto penale tedesco, si ripropone con maggiore forza il dibattito sulla loro natura: elementi della fattispecie, come suggerisce letteratura minoritaria, o criteri di commisurazione della pena, come ritiene la dottrina maggioritaria, cfr., J. EISELE, *Die Regelbeispielsmethode im Strafrecht*, cit., p. 130 e ss.; e, ancora, M. KRAHL, *Tatbestand und Rechtsfolge*, cit., p. 146 e ss. La collocazione tra gli elementi della fattispecie viene motivata rifacendosi all'incidenza sulla pena edittale, incidenza che rivelerebbe il carattere qualitativo della modifica del fatto, sintomo di vicinanza alle fattispecie circostanziate, cfr., ancora, M. KRAHL, *Tatbestand und*

Come la fattispecie che descrive il fatto è norma che divide il penalmente irrilevante dall'attività criminale, la posizione della forbice edittale indica di non oltrepassare i limiti della "prima penalizzazione", pena un innalzamento della sanzione. In questa fase, il giudice non è *dominus* assoluto ma applica parametri e criteri che il legislatore gli fornisce per integrare l'accertamento della qualità del fatto, per completare la valutazione di tutti gli elementi della tipicità. La forza e la violenza del diritto penale, infatti, può e deve essere misurata con la quantità della pena. Strumenti per eccellenza di concretizzazione della quantità del disvalore sono le circostanze del reato e i criteri di commisurazione della pena.

Rechtsfolge, cit., p. 152. Si colloca in questo filone anche la teoria della commisurazione anticipata della pena. Si è già visto come sia Engisch, dal punto di vista della teoria generale, che Bruns, con maggior riferimento alla commisurazione della pena in senso stretto, abbiano avanzato quest'ipotesi nella relazione tra *Tatbestand* e *Rechtsfolge*; si veda, oltre alla letteratura citata in precedenza, lo stesso J. EISELE, *Die Regelbeispielsmethode im Strafrecht*, cit., p. 130 e ss.

A sostegno si può argomentare che anche rispetto al divieto di doppia valutazione delle circostanze espresso al § 46 StGB, nessuno nega che in ogni caso la fattispecie in quanto contenitore di elementi capaci di graduazione fornisca direttamente dei criteri di commisurazione della sanzione. Ciò significa che per alcuni elementi di commisurazione, che appartengono pacificamente alla fattispecie, non si rintraccia la violazione del divieto di doppia valutazione, si pensi, ad esempio, alla graduazione del danno nei delitti contro il patrimonio. Effettivamente, una cosa è parlare degli elementi di ingresso nella penalità, legati strettamente al principio di legalità, altra è parlare di elementi che, sistematicamente e dogmaticamente, collocati nella fattispecie, non hanno, però, solo la funzione di tutelare la legalità, ma anche quella di far vibrare le corde della difesa sociale e della prevenzione, in modo che la pena possa essere giusta, funzionale ed efficace, e, quindi, il più possibile coordinata al fatto concreto. Si consideri che, probabilmente, il *Grosser Senat* del BGH si spinge addirittura oltre quando dice che ci sono soltanto differenze di tecnica legislativa tra le fattispecie aggravate, unanimemente ritenute afferenti alla fattispecie, e i criteri di commisurazione della pena, sottolineando l'assenza di qualsiasi differenza ontologica (si veda, BGH., p. 10.07.1975, in «Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen», 26, p. 167, p. 173). Bisogna considerare che la fattispecie in quanto tale non è solo contenitore delle condizioni della punibilità ma anche di quelle di maggiore punibilità. Contiene in sé già criteri anticipati di commisurazione della pena. Essi appartengono sì alla fattispecie, ma incidono esclusivamente sulla maggiore o minore punibilità, e non sulla qualificazione della rilevanza penale. Non c'è differenza dogmatica nel qualificare un elemento di incidenza sulla pena come circostanza del fatto o paradigma di commisurazione, poiché essi sono nella fattispecie.

6. La relazione tra la fattispecie e le circostanze del reato

Tra fattispecie e fatto storico si pone, dunque, la cornice edittale e su questa incidono esclusivamente le circostanze proprie del reato. Esse rappresentano un veicolo della progressiva concretizzazione della fattispecie astratta. Del rapporto intercorrente tra l'istituto delle circostanze e la fattispecie penale si possono avere tre letture che ripercorrono la diatriba interna al dibattito sulle circostanze: una lettura minimalista, una mediana e una massimalista.

La lettura minimalista considera le circostanze elementi che non fanno parte direttamente della fattispecie tipica ma che sono accessori dell'incriminazione autonoma¹⁶¹. Per lo più abbandonata dalla dottrina italiana a favore della lettura mediana, che vede nelle circostanze delle forme di manifestazione del reato, quest'interpretazione è stata rinvigorita da due interventi dottrinali. Da un lato, si è sostenuto che il carattere dell'accessorietà, lontano dall'essenza delle circostanze in quanto tali, è presente, invece, come attributo della norma che le prevede e le disciplina¹⁶². Dall'altro lato, invece, si obietta che anche il discorso sulla prescrizione normativa che prevede le circostanze non fa altro che riversarsi sulla natura intrinsecamente accidentale, o meno, delle circostanze¹⁶³, riproponendosi, in veste rinnovata e sofisticata, la tesi della natura accessoria delle circostanze del reato¹⁶⁴.

Per l'approccio mediano al tema della natura delle circostanze, esse sono una forma di manifestazione del reato¹⁶⁵, sarebbero affe-

---

¹⁶¹ Determinante è l'opera di A. SANTORO, *Teoria delle circostanze del reato*, Roma, 1933, p. 25 e ss.; orientamento che tendeva a essere piuttosto pacifico nella dottrina dell'epoca, si veda, ad esempio, V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano secondo il codice penale del 1930*, I, Torino, 1981⁵, p. 652 e ss.

¹⁶² Il riferimento è ovviamente a T. PADOVANI, voce *Circostanze del reato*, in «Digesto delle discipline penalistiche», II, Torino, 1988, p. 187 e ss., p. 189.

¹⁶³ Il riferimento è a A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato*, cit., p. 738 e ss.

¹⁶⁴ Si veda ancora, *ibidem*, p. 737 e ss., in particolare 752, 753.

¹⁶⁵ Nata da un'intuizione di Gallo, la teoria si è evoluta grazie all'apporto di Marini, e oggi è dominante. Si veda, M. GALLO, *Sulla distinzione tra figura autonoma di reato e figura circostanziata*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1949, p. 560 e ss.; G. MARINI, *Le circostanze del reato. Parte generale*, Milano, 1965, p. 1 e ss.

renti a una fattispecie di reato circostanziato dipendente dalla fattispecie base e serventesi dello stesso titolo di reato¹⁶⁶.

La lettura massimalista vede le circostanze come elementi costitutivi di una fattispecie autonoma di reato¹⁶⁷. Nella teoria che ha maggiormente sviluppato questo approccio, le circostanze vengono ritenute afferenti alla “fattispecie concreta”, cioè alla fattispecie che si riferisce al rapporto penale secondario che concerne l’applicazione della sanzione in concreto, e non al rapporto penale primario concernente l’integrazione degli elementi costitutivi del reato che aprono alla punibilità in astratto¹⁶⁸.

La fattispecie concreta sarebbe comunque una fattispecie, un’astrazione, e non conterrebbe tutte le particolarità del fatto storico, ma una mera schematizzazione, anche se molto ampia, dei dati della realtà¹⁶⁹. In questo senso, essa è costituita dalle sole circostanze in senso stretto, ovvero dalle circostanze tipiche che vincolano il giudice alla loro applicazione, cioè dall’insieme di tutti quei dati reali e tipici che condizionano l’effetto giuridico concreto¹⁷⁰.

Questa fattispecie concreta ha effetti diversi dalla fattispecie astratta del reato. Quest’ultima determina la punibilità astratta di un fatto entro certi limiti edittali, la prima qualifica, invece, il reato come grave o lieve¹⁷¹, permettendo di oltrepassare gli stessi argini della cornice edittale.

Seguendo il solco della connessione tra la fattispecie tipica e la quantità del reato, si giunge all’autonomia di una fattispecie in cui

¹⁶⁶ Critico è Melchionda che torna a una posizione più classica di accessorietà, senza connotazioni vicine alle forme di manifestazione del reato, poiché le circostanze non rendono tipico ciò che non lo è ma puniscono maggiormente solo ciò che è già tipico, e, quindi, restringono l’azione penale e non l’ampliano: si veda, A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato*, cit., pp. 721, 722, 737 e ss. Seccamente e icasticamente critico anche T. PADOVANI, voce *Circostanze*, cit., p. 191.

¹⁶⁷ Nella misura in cui si ritengono autonome le forme di manifestazione del reato, si rinvia alle note precedenti. In questa sede più specificatamente ci si vuole riferire a G. CONTENTO, *Introduzione allo studio delle circostanze del reato*, Napoli, 1963, p. 82 e ss., p. 89 e ss., p. 167 e ss.

¹⁶⁸ La posizione è di G. CONTENTO, *ibidem*, pp. 66-68.

¹⁶⁹ Ancora, *ibidem*, p. 78.

¹⁷⁰ Cfr., *ibidem*.

¹⁷¹ Si veda ancora *ibidem*, p. 99.

le circostanze sono veri e propri elementi e che è *tertium genus* tra rapporto primario e rapporto secondario, poiché unisce in sé astrattezza e concretezza¹⁷². Da questa visione massimalista della natura delle circostanze emerge una forte connotazione di tipicità che determina l'autonomia della fattispecie cui esse afferiscono. Massima è qui la formalizzazione riconosciuta alle circostanze, in quanto considerate elementi costitutivi della fattispecie concreta tipica.

Come si è visto, la natura dogmatica delle circostanze viene lasciata oscillare tra elemento accessorio della fattispecie base ed elemento costitutivo di una fattispecie autonoma. Ma anche a volerle considerare elementi accessori della fattispecie, esse rivelano analogie significative con l'autonoma tipicità. Esse sono previste espressamente sia nei loro presupposti che nella qualità e quantità della loro incidenza sulla pena edittale. Esiste, anzi, accanto a una previsione speciale di circostanze afferenti a una sola fattispecie o gruppo di fattispecie, una generale previsione di circostanze che si applicano a tutte le tipologie criminose con le quali non sono strutturalmente incompatibili. Se esistenti i loro presupposti, le circostanze devono poi essere applicate¹⁷³.

Il legislatore ha ipotizzato, mediante le circostanze, delle categorie di adattamento sanzionatorio già in astratto individuando le fenomenologie concrete, e più rilevanti, di manifestazione di un reato aggravato o attenuato rispetto all'ipotesi base.

---

¹⁷² Si veda A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato*, cit., p. 533 e ss.; oltre che M. DONINI, *La partecipazione al reato*, cit., p. 175 e ss.

¹⁷³ Il principio di obbligatorietà delle circostanze, infatti, nasce da un'interpretazione costituzionalizzante della locuzione verbale "può", prevista per alcune circostanze come la recidiva, le attenuanti generiche e le circostanze del concorso di persone, tradizionalmente indicate come discrezionali (si veda F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2001, p. 416). Ecco che le circostanze che rimettono al giudice non solo la facoltà di valutare l'esistenza dei presupposti, ma anche quella di applicare o meno la modificazione sanzionatoria, vengono interpretate come se la locuzione che indica la mera possibilità della loro applicazione non ci fosse. Nella misura in cui la prevista facoltatività delle circostanze viene eliminata, allora tutte le circostanze devono applicarsi obbligatoriamente.

7. La relazione tra la fattispecie e i criteri di commisurazione della pena

La maggiore “sensibilità” al fatto storico è espressa dai criteri di commisurazione della pena, la cui relazione con la fattispecie è sottoposta a diverse letture.

Un primo gruppo d’interpretazioni approda a un concetto ampio di fattispecie¹⁷⁴, affermando che tutto ciò che fa riferimento alla discrezionalità del giudice nella determinazione delle sanzioni, rappresenta un momento della fattispecie legale¹⁷⁵.

Parte della dottrina tedesca adduce motivazioni parzialmente differenti. Si propone, come si è visto, una nozione allargata di fatto attraverso l’estensione del fatto in senso stretto, *Tatbestandskern*, all’*Aussenzone* contenente gli elementi idonei alla specificazione della fattispecie, alla concretizzazione e individualizzazione del disvalore astratto del reato¹⁷⁶. Beling parla della differenza tra *Grundstrafdrohungen* e *relative Strafdrohungen*, tra minacce indipendenti di pena strutturanti in norme incriminatrici di parte speciale, e minacce dipendenti relative a una mera modificazione della pena, e a loro volta riferite necessariamente a una *Grundstrafdrohung*¹⁷⁷.

Mentre per Beling quest’impostazione porta a un tipo accessorio non autonomo ma comunque esteso orizzontalmente, per parte della dottrina successiva è il punto di partenza per un rinnovato concetto normativo di fatto, illuminato da una prospettiva teleologica¹⁷⁸.

¹⁷⁴ Si va dalle motivazioni quasi politiche della dottrina italiana del primo cinquantennio del 1900, alle motivazioni dogmatiche della dottrina tedesca.

¹⁷⁵ Cfr., A. SANTORO, *Teoria delle circostanze del reato*, Torino, 1952², p. 23 e ss., che parla dell’esistenza di una fattispecie della quantità della sanzione, accanto alla fattispecie criminosa e alla fattispecie modificativa circostanziale (a p. 69); e S. MESSINA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Roma, 1947, p. 85 e ss., p. 110 e ss.; per cui non esiste distinzione tra apprezzamento della fattispecie e apprezzamento della sanzione (cfr., p. 113).

¹⁷⁶ Sul punto, oltre a E. BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, cit., p. 246; anche G. SPENDEL, *Zur Lehre vom Strafmaß*, Frankfurt am M., 1954, p. 231 e ss.; in tale concetto vengono compresi anche gli elementi che stanno prima e dopo la condotta tipica.

¹⁷⁷ Ancora, E. BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, cit., p. 264 e ss.

¹⁷⁸ La posizione è quella di D. LANG HINRICHSSEN, *Bemerkungen zum Begriff der Tat*, cit., pp. 352 e ss., 363.

Non vengono ritenuti sufficienti i criteri relativi all'identificazione della perfezione e della consumazione del reato, ma si rende necessario un unitario quadro di valore che contenga tutta l'antigiuridicità e tutta la colpevolezza¹⁷⁹. In questo senso, il concetto di fatto operante nella commisurazione della pena è ritenuto diverso e più ampio di quello della fattispecie legislativa¹⁸⁰.

Altra parte della dottrina, pur muovendosi sul piano della colpevolezza, non nega la possibilità di accedere a un'interpretazione estesa del concetto di fatto nella commisurazione della pena¹⁸¹, rivolta anche alle condotte antecedenti e susseguenti al fatto in senso stretto, allargandosi, così, il giudizio di colpevolezza a una serie ulteriore di parametri rispetto a quella che caratterizza il fatto in senso lato¹⁸².

Da una prospettiva più processuale, invece, si tenta di ricostruire il momento della commisurazione della pena come manifestazione di un fenomeno di etero-integrazione, di tipicità *per relationem*¹⁸³. L'elemento cui si fa riferimento per l'integrazione della fattispecie è l'attività raziocinante del giudice, che è il destinatario del precetto di emissione di un atto normativo. Nel momento in cui il risultato di una valutazione doverosa è demandato al magistrato tramite uno schema non completo ma suscettibile di essere integrato da una fonte esterna, si ha, secondo questa dottrina, un ingresso nella tipicità¹⁸⁴. Di fronte a un concetto espresso mediante la tecnica della

¹⁷⁹ Ancora, *ibidem*, pp. 353 e ss., 363.

¹⁸⁰ Cfr., *ibidem*, p. 359.

¹⁸¹ Si vedano, J. NAGLER, *Die Strafe. Eine juristisch-empirische Untersuchung*, 1, Aalen, 1970, (rist. di Leipzig, 1918), p. 605; W. SAUER, *Grundlagen des Strafrechts*, Berlin-Leipzig, 1921, p. 645 e ss.; H. JAGUSCH, *Die Strafzumessung*, in *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, I, Berlin, 1957⁸, p. 96 e ss., p. 100; H.J. BRUNS, *Strafzumessungsrecht*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1974², p. 575; che affermano la necessità di un concetto ampio di fatto. Accede a questa dottrina, e quindi non pare escludere la possibilità di adottare un concetto ampio di fatto, E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., p. 303 e ss.

¹⁸² Cfr., E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., pp. 305, 306.

¹⁸³ F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino, 1956, p. 161 e ss., p. 168, p. 169; H. ZIPF, *Die Strafzumessung*, Heidelberg-Karlsruhe, 1977, p. 63.

¹⁸⁴ Cfr., F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, cit., p. 161 e ss., p. 168, p. 169.

normazione sintetica, l'interprete, il cui operato è richiesto obbligatoriamente dalla norma penale, scioglie la sintesi normativa facendo riferimento a quella sfera di valutazioni richiamata dalla notazione di sintesi¹⁸⁵. Se sintetica è l'articolazione della discrezionalità giudiziaria nelle circostanze improprie, l'interprete scioglie questa sintesi etero-integrando la stessa fattispecie¹⁸⁶.

Un'altra dottrina, pur non parlando espressamente di fatto in senso lato, sostiene che le circostanze improprie si differenziano da quelle proprie poiché le seconde sono degli "accidenti" del particolare reato, mentre le prime sono modalità indefettibili di ogni reato e peculiarità soggettive di ogni reo¹⁸⁷. Esse sarebbero il fatto stesso, non potendosi parlare di estensione ma di identità tra fatto e circostanze improprie. Si fa riferimento a una natura accessoria della disposizione che contiene gli elementi concreti di determinazione delle pena, e si postula la neutralità di questi coefficienti, poiché non suscettibili di essere apprezzati nell'economia della dimensione normativa espressa della fattispecie incriminatrice¹⁸⁸. Sarebbero manifestazioni del fatto non prevedibili e non passibili di divenire oggetto di colpevolezza¹⁸⁹.

Una seconda prospettiva nega possibilità e capacità estensiva delle circostanze improprie sul fatto. Una tesi motiva attraverso la neutralità dei criteri di commisurazione della pena¹⁹⁰. Un'altra dottrina giustifica la tesi in forza dell'estraneità, dovuta a difetto di tipicità, dei criteri di commisurazione della pena rispetto alla "fattispecie concreta" individuata dalle sole circostanze in senso tecnico¹⁹¹.

---

¹⁸⁵ È la posizione di F. CORDERO, *ibidem*, p. 161 e ss.

¹⁸⁶ Per Bricola la concezione di Cordero è molto più ampia di quella dello stesso Messina; si veda, F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., p. 46 e ss.

¹⁸⁷ Si veda, T. PADOVANI, voce *Circostanze del reato*, cit., p. 187 e ss.

¹⁸⁸ Ancora, *ibidem*, p. 187 e ss., p. 190.

¹⁸⁹ Sulla posizione di Padovani, e in particolare sulla distinzione tra circostanze proprie e improprie, si veda, A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato*, cit., p. 753, nota 110, il quale ritiene elemento differenziale tra le due forme di incidenza sulla pena, il fatto che solo le "proprie" incidano sulla pena astratta.

¹⁹⁰ Ed è la nota impostazione di F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., p. 98 e ss.

¹⁹¹ Ed è, invece, la posizione di G. CONTENUTO, *Introduzione allo studio delle circostanze del reato*, cit., pp. 78, 79.

Secondo l'autorevole insegnamento di Franco Bricola, l'art. 133 c.p. dimostra l'impossibilità legislativa di fissare *a priori* e in forma astratta, i differenti significati di valore e disvalore del fatto idonei a condizionare il trattamento penale. Da qui il rinvio al fatto concreto e alla sua capacità di esprimere il disvalore del fatto, e, quindi, l'affidamento di tale concreta attività al giudice¹⁹².

Si afferma, in sostanza, che quando il legislatore è in grado di cogliere in astratto il "valore" di un'espressione della realtà, la tipizza in una circostanza propria; se questo non avviene, significa che non è possibile astrarre e il legislatore ascrive il dato della realtà alle circostanze improprie¹⁹³. Secondo Bricola, questo dato il cui valore non è intelligibile in astratto è in sé neutro e solo in concreto può essere reso significativo¹⁹⁴.

---

¹⁹² Cfr., F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., p. 100, p. 101.

¹⁹³ Questa è, per Bricola, la conferma che si è in presenza di un momento di discrezionalità, diverso il caso in cui tale mancante astrattezza sia colmabile con il riferimento ad un "dato terzo": questo è il caso limite dell'interpretazione degli elementi elastici della fattispecie, integrabili tramite un procedimento *per relationem*, si veda *ibidem*, p. 100, p. 101. La disamina dell'A. pare prendere avvio dalla considerazione dell'onnicomprendività dei parametri *ex art. 133 cp.*, tuttavia, tale estensione dei parametri di commisurazione previsti dal codice penale, è stata di recente messa in dubbio, si veda M. ROMANO, sub *art. 133*, in *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 1996, p. 300 e ss.; si veda anche il riferimento a Cass. 3.4.1992, rv.189.779, che individua parametri più ampi dell'art. 133 c.p.

¹⁹⁴ Così, F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., p. 100; concorde P. SEMERARO, *Concorso di persone nel reato e commisurazione della pena*, Padova, 1986, p. 139, p. 140. Bisogna distinguere dalla questione della neutralità, che ha a che fare con una valutazione preventiva e astratta, il tema dell'ammissibilità, accanto alle circostanze aggravanti e attenuanti, di una terza categoria di criteri che avrebbero efficacia neutra. La posizione tradizionale su questo tema ritiene che ci possano essere soltanto circostanze aggravanti e attenuanti. Ad esempio, anche se formalmente Bruns parla di tripartizione tra circostanze penalmente rilevanti, circostanze aggravanti e attenuanti, in realtà solo le aggravanti e le attenuanti sono considerate penalmente rilevanti. Egli non ammette, in sostanza, circostanze neutre, cfr., H.J. BRUNS, *Über die "Bewertungsrichtung" negativ formulierter Strafzumessungstatsachen*, in «Juristische Rundschau», 1987, p. 94; oltre che H.J. BRUNS, *Das Recht der Strafzumessung. Eine systematische Darstellung für die Praxis*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1985, p. 129; (cfr., sul punto, C. FAHL, *Zur Bedeutung des Regelatbildes bei der Bemessung der Strafe*, Berlin, 1996, p. 113 e ss.). Il tema è strettamente legato alla teoria del *Normalfall*, cioè allo sforzo teorico di individuazione del "caso-base" le cui caratteristiche sono punto di riferimento per identificare la direzione dell'incidenza della circostanza impropria.

La discrezionalità penale di cui sono espressione gli indici di commisurazione della pena sarebbe, dunque, una forma d'equità del caso concreto¹⁹⁵. Nella misura in cui il loro valore è neutro, esse non esistono prima della pronuncia del giudice e non hanno possibili-

---

Il BGH nella sentenza, BGH., 13.09.1976, in «Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen», 27, p. 2, ritiene che questo paradigma che orienta la direzione di valutazione non si debba intendere come media aritmetica della cornice edittale, ma come la manifestazione più frequente di un determinato reato, quindi un approccio fenomenologico e non formale. Dato che statisticamente sono più frequenti i reati lievi che quelli gravi (sul punto anche C.E. PALIERO, *Minima non curat praetor*, cit., p. 635) questo comporta uno spostamento verso il basso del baricentro della gravità del reato. In sostanza, considerato questo ipotetico caso normale viene effettuata una prima valutazione della gravità del reato: se si colloca al di sotto dei paradigmi, rivela lievità, se al di sopra, gravità. (Sulle vicende che legano la teoria della scala di gravità al tema del *Normalfall* si veda A. MONTENBRUCK, *Strafrahmen und Strafzumessung*, Berlin, 1985, p. 30 e ss., che distingue la posizione "aritmetica" di Dreher, Bruns e Nowakowski, da quella "geometrica" di Haag, più prossima al dettato dello stesso BGH). Di fatto, si ritiene che quest'impostazione imponga una bipartizione delle circostanze in aggravanti e attenuanti. Quest'impostazione non è, però, del tutto convincente. Pare più che plausibile, infatti, la presenza di circostanze che non siano concretamente rilevanti per la determinazione del contenuto di gravità del fatto storico. Così, partendo da un'impostazione strettamente normativa, per un certo verso eccentrica rispetto a quella dominante di natura statistica, Wolfgang Frisch unisce il tema del *Normalfall* a quello della presenza di circostanze neutre. Oltre a Frisch, di cui si parlerà nel corpo del testo, si ricordano, tra i sostenitori delle circostanze neutre, anche E. DREHER, *Rationalere Strafzumessung?*, in E. DREHER (a cura di), *Pönometrie. Rationalität oder Irrationalität der Strafzumessung*, Köln, 1977, p. 39; e W. THEUNE, *Gerechte Strafe. Notwendigkeit und Möglichkeit einer Überprüfung der Strafzumessung durch die Revisionsgerichte*, in *FS für Gerd Pfeiffer*, Köln, 1988, pp. 454-455). Lo studio della fattispecie rivela quali modalità sono tanto tipiche e connaturali all'essenza del reato da fungere da guida l'individuazione della rilevanza e direzione delle altre. Tutto quello che è relativo al procacciamento di beni al di fuori dei circuiti legali è, ad esempio nel reato di furto, neutro per la commisurazione della pena (si veda W. FRISCH, *Über die "Bewertungsrichtung" von Strafzumessungstatsachen. Ein Beitrag zur Problematik komparativer Aussagen im Strafrecht*, in «Goltdammer's Archiv für Strafrecht», 1989, pp. 360-368, con alcune utili esemplificazioni). La neutralità delle circostanze dipende dalla loro presupposizione rispetto alla qualificazione aggravante o attenuante. Convincente la doppia funzione delle circostanze neutrali: da un lato, queste circostanze paradigmatiche hanno la funzione negativa di autoescludersi dalla commisurazione, congenite al reato servono da paradigma di valutazione. Dall'altro lato, hanno la funzione positiva di indicare la rilevanza e il verso delle circostanze "altre", quelle che cioè si discostano dal paradigma (si veda ancora, W. FRISCH, *Über die Bewertungsrichtung von Strafzumessungstatsachen*, cit., pp. 361-362).

¹⁹⁵ Così, F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., p. 102.

tà alcuna d'essere interpretate come appartenenti a una categoria astratta di fatti, non sarebbero di nessuna utilità nell'intensificazione delle relazioni tra la fattispecie astratta e il fatto concreto¹⁹⁶.

Stesso esito, ma con teorizzazione diversa, viene raggiunto da Gaetano Contento. Le circostanze improprie vengono esplicitamente escluse dalla creazione della "fattispecie concreta", la quale si riferisce agli elementi che sono contemporaneamente reali e tipici, idonei a determinare un effetto giuridico concreto in relazione al singolo fatto e passibili d'astrazione¹⁹⁷. Queste non sarebbero dotate di un'originaria e preventiva qualifica di rilevanza, tale qualifica viene posseduta soltanto per tramite dell'intervento giudiziale, esse, quindi, non sono in sé oggetto di astrazione¹⁹⁸. Esse sono, in quanto parametri indeterminati, oggetto di un giudizio discrezionale e non implicano automaticamente alcun effetto giuridico¹⁹⁹. Il giudizio del magistrato è, quindi, relativo, soggettivo e variabile²⁰⁰. Mentre le circostanze investono la fattispecie tipica, i parametri di commisurazione della pena investono il caso concreto, e, in ogni caso, non necessariamente²⁰¹.

Le due posizioni, benché dirette omogeneamente allo stesso risultato, percorrono strade dogmatiche evidentemente differenti. Nel

---

¹⁹⁶ Questa dottrina parla esplicitamente di assenza di rigido nesso tra l'istituto delle circostanze in generale e il principio di tipicità, cfr., ID., *Le aggravanti indefinite. (Legalità e discrezionalità in tema di circostanze del reato)*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1964, p. 1019 e ss., p. 1051, ora in ID., *Scritti di diritto penale*, Volume I, Tomo I, Milano, p. 299 e ss.

¹⁹⁷ La teoria è di G. CONTENTO, *Introduzione allo studio delle circostanze del reato*, cit., p. 79.

¹⁹⁸ Cfr., *ibidem*, p. 79.

¹⁹⁹ Ancora, *ibidem*, p. 120.

²⁰⁰ Cordero richiama il concetto di "folgorazioni intuitive" come componenti essenziali di ogni giudizio. Nella letteratura tedesca: K. PETERS, *Die kriminalpolitische Stellung des Strafrichters bei der Bestimmung der Strafrechtsfolgen*, Berlin, 1932; oltre che K. PETERS, *In welcher Weise empfiehlt es sich, die Grenzen des straffrichterlichen Ermessens im künftigen Strafgesetzbuch zu regeln (Ermessensfreiheit oder gesetzliche Bindung des Richters bei Verhängung der Strafe und sonstiger Unrechtsfolgen)?*, in *Verhandlungen des Einundvierzigsten deutschen Juristentages*, I/2, Tübingen, 1955, p. 1 e ss.; sul punto anche, F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., p. 105.

²⁰¹ Ancora, G. CONTENTO, *Introduzione allo studio delle circostanze del reato*, cit., pp. 120-122.

qualificare le circostanze improprie come elementi di valore che non entrano nella c.d. “fattispecie concreta” in quanto atipiche, Contento non parla di neutralità ma appunto di atipicità, cioè ritiene che siano degli elementi di valore non riconducibili, però, a una fattispecie²⁰².

Franco Bricola pone l'accento, invece, proprio sulla neutralità genetica della previsione di queste circostanze. Questa loro neutralità le costringerebbe a vivere solamente nell'attività, e dell'attività, soggettiva e valutativa del giudice²⁰³. Condizione ch'escluderebbe ogni possibile rilevanza *a priori* nella connessione tipica tra elementi astratti e accadimenti concreti²⁰⁴.

---

²⁰² *Ibidem*, p. 79. Se così fosse, si potrebbero avanzare due vie interpretative. Da un lato, si potrebbe dire che la loro consistenza di *dis-valore* non ha nessuna efficacia ai fini dell'individuazione di una tipicità, in quanto non rientrando nella fattispecie di tipizzazione concreta, in cui invece per Contento rientrano le circostanze proprie, rimane atipica, quindi non commensurabile e non rintracciabile al di là e al di fuori del giudizio che pone il giudice. Dall'altro lato, si potrebbe dire che il solo riconoscere alle circostanze improprie un significato di valore impone al giudice di considerarle e quindi ne rivela una necessaria efficienza, necessità da cui si potrebbe dedurre la possibilità di astrazione della loro rilevanza, almeno nella misura in cui sia determinato e quindi individuabile *a priori*. Se fosse così, esse potrebbero, anche prima del giudizio di primo grado, spiegare efficacia nel senso della continuità delle fattispecie o, meglio, potrebbero diventare substrato concreto per l'erezione di una tipicità nuova, da sottofattispecie concreta a fattispecie tipica. A questo si potrebbe, tuttavia, obiettare che il fatto che esse abbiano un valore non significa certo sostenere che questo valore sia rintracciabile a prescindere dalla valutazione del giudice: se è ponderabile solo al giudice, sarà pure un valore, ma non è misurabile. Sulle difficoltà d'identificazione, da parte del giudice, della qualità di un'azione e del suo rapporto con l'intero contesto si veda C. CALABI, *Che cosa hanno in comune l'amore, il disprezzo e l'assassinio premeditato-Emozioni, basi cognitive e razionalità*, T. MAGRI (a cura di), *Filosofia ed emozioni*, Milano, 1999, 52, p. 80.

²⁰³ Per un approfondimento sul ruolo discrezionale del giudice si veda, F. BRICOLA, *Il potere discrezionale del giudice nell'applicazione della sanzione criminale*, cit., p. 463 e ss.

²⁰⁴ Si possono tentare, tuttavia, delle vie per uscire da questo nodo dogmatico. In primo luogo, si potrebbe dire che il dubbio sul loro effetto, in positivo o in negativo, quindi la loro neutralità, potrebbe non inficiare direttamente la loro creazione astratta, che potrebbe essere comunque oggetto di volontà e rappresentazione, anche se fosse mancante il tipo di effetto giuridico che in concreto si produrrà. In secondo luogo, si potrebbe sostenere che almeno alcune circostanze improprie di frequente verifica si possono identificare in astratto anche nel loro effetto sulla pena, e, quindi, al di fuori della neutralità che generalmente investe tutta la categoria. Non pare, tuttavia, che questo spirito statistico sia stato avanzato né da G. JAKOBS, *Strafrecht*, cit., p. 103; né da G. DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, cit., p. 515; che, per vero, rimangono molto lontano da un chiarimento e da uno sviluppo delle loro affermazioni.

La postulazione dell'impossibile intellesione astratta e *a priori* delle circostanze improprie è suggestiva, sebbene paia scontrarsi con la fenomenologia dei criteri di commisurazione della pena²⁰⁵. Criteri di commisurazione come gravità del danno, pericolosità del mezzo usato, intensità del dolo, grado della colpa, forma di dolo, sono, infatti, ben identificabili *a priori* e possono incidere già in astratto, sono utilizzati, difatti, come elementi di fattispecie in singole ipotesi di reato²⁰⁶. Lo stesso art. 133 c.p. non è generico rispetto all'identificazione di questi criteri. Certo, come sostiene Bricola, ci si chiede perché allora il legislatore non li abbia positivizzati. La ragione è legata, probabilmente, alla diversa funzione che questi indici avrebbero se fossero tipizzati in una circostanza propria. Il legislatore preferisce ch'essi non incidano sulla cornice edittale, sulla forbice che delimita il disvalore del fatto contenendo la severità e la lievità della pena. È solo una questione di tecnica legislativa²⁰⁷. Ma si può andare anche oltre. Il loro impiego nell'identificazione della pena singolare fa sì che essi spostino la loro funzione dalla rilevanza generalpreventiva a quella specialpreventiva, esse individualizzano, ritagliandole addosso al fatto e all'autore, la tipologia e la misura di pena²⁰⁸.

Certo, non è trascurabile la questione della precaria determinatezza, senza la quale l'efficacia tipizzante non potrebbe aver luogo. Per questa ragione, è necessaria un'analisi che limiti l'indeterminatezza di tali criteri allo scopo di fissarne l'esistenza già *a priori*, durante la commissione del reato, e non solo *ex post* al momento della decisione giudiziale²⁰⁹.

---

²⁰⁵ Per un'indagine comparatistica sulla commisurazione della pena in ambito europeo, si veda, A. MENGHINI, *Sistemi sanzionatori a confronto*, in G. FORNASARI, A. MENGHINI, *Percorsi europei di diritto penale*, Padova, 2005, p. 158 e ss.

²⁰⁶ Si rinvia a quanto affermato a conclusione del paragrafo 1, capitolo I, parte I.

²⁰⁷ Come del resto ha affermato la giurisprudenza tedesca con la decisione BGH., 10.07.1975, in «Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen», 26, p. 167, p. 173.

²⁰⁸ Questi argomenti verranno ripresi nel prosieguo, e in particolare a proposito dell'analisi della fattispecie penale come concetto tipologico, si rinvia, quindi, alle sezioni II e III del capitolo IV.

²⁰⁹ Cfr., E. DOLCINI, *La commisurazione delle pena*, cit., p. 330. Sebbene rinvigorita negli ultimi anni, il grande passo per la teoria della commisurazione della pena fu fatto, almeno in Italia, alla fine degli anni Settanta, quando fu

Qui è necessaria una duplice indagine. Da un lato, si deve cercare di individuare *a priori* la connotazione fattuale ed empirica astratta delle circostanze improprie. Se questo processo non è generalizzabile a tutte le possibili circostanze improprie si deve, dall'altro, quantomeno cercare d'individuare quelle situazioni circostanziali improprie che hanno un'indubbia efficacia astratta, come le circostanze di tipo quantitativo relative all'entità dell'offesa arrecata o quelle inerenti la tipologia dei mezzi usati²¹⁰.

8. *La concretizzazione della fattispecie nella tensione gradualistica del reato*

Proprio nel momento in cui l'alchimia di Beling era riuscita nel tentativo di sintetizzare un concetto puro di fattispecie che potesse ergersi a colonna portante dell'attività di costruzione del concetto di reato, è iniziato lo spiegamento di forze contrarie a questa sintesi "esangue"²¹¹. Egli sentì la necessità di sostituire, almeno nella sua funzione macro-sistemica, la fattispecie astratta con il tipo di delitto, il *Tatbestand* con il *Deliktstypus*²¹².

---

affermata la diversità tra la colpevolezza di fattispecie e quella della commisurazione della pena (si veda, *ibidem*, pp. 330, 337). In particolare, si ritiene che ci sono degli elementi ulteriori rispetto a quelli di fattispecie che, incidendo sul *quantum* di pena, non incidono, invece, sull'*an*: motivi, modalità dell'azione, conseguenze colpevoli. Per quanto concerne le conseguenze della condotta, esse vengono distinte in interne ed esterne (ancora, *ibidem*, pp. 344, 345). Le interne sono rilevanti non per la mera presenza, ma solo nella misura in cui sono rivelatrici di peculiarità rispetto all'ipotesi media, intesa così dal punto di vista qualitativo e quantitativo. Per le conseguenze esterne, invece, qualcuno utilizza il limite della sfera di tutela della norma; altra dottrina preferisce lasciare il compito di selezione delle conseguenze colpevoli al solo parametro della colpevolezza. Il concetto normativo di colpevolezza, come rimprovero per una condotta che non si doveva tenere, è il parametro che viene utilizzato anche nella comminazione della pena (si veda ancora *ibidem*, p. 356).

²¹⁰ Così anche, G. DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, cit., p. 515, si rinvia al paragrafo 1, capitolo 1, parte I; al paragrafo 3, sezione II, capitolo III, parte II e alla sezione III, capitolo IV, parte II.

²¹¹ In questi termini, e più precisamente parlando di *blutleeres Gespenst* si esprime lo stesso Beling, si veda E. BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, cit., p. 17.

²¹² Con "macro-sistemica" si intende il rapporto con gli altri elementi del reato, cioè antigiuridicità e colpevolezza, e non con il concetto stesso di *Deliktstypus*. Per il rapporto che il secondo Beling tesse tra i due concetti si veda, *ibidem*, p. 11 e ss.

C'è, come detto, una certa tensione concretizzatrice nell'opera del giurista di Tübingen, tendenza testimoniata non solo dalla teorizzazione del binomio *Kernzone-Aussenzone*²¹³, ma anche dalla capacità d'arricchimento e avvicinamento al fatto storico, scaturita dalla contiguità tra norma incriminatrice e norma penale di parte generale²¹⁴.

Al di là della posizione critica degli studiosi del dopo Beling, la teorizzazione sull'endo-sistematica del reato, cioè sui rapporti tra tipicità e antigiuridicità, e anche le dogmatiche sull'eso-sistematica, cioè sulla relazione tra il concetto di reato e l'insieme dei suoi elementi, sono "marchiate" dalla tensione concretizzatrice verso gli aspetti infinitesimali, apicali, personali e persino "esoterici" di questo rapporto²¹⁵.

Come si è visto, la quasi totalità delle dottrine che cercano di spiegare la relazione tra teoria della fattispecie e teoria della sanzione postula tra i due elementi un legame molto stretto, in alcuni casi funzionale in altri persino ontologico²¹⁶. Questa promiscuità tra fattispecie e sanzione, tra fatto astratto e fatto concreto, si manifesta in modo particolarmente nitido nelle teorie che intendono

²¹³ Cfr., E. BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, cit., p. 245 e ss.

²¹⁴ Ancora, *ibidem*, pp. 113-114.

²¹⁵ Qui ci si riferisce, con una terminologia molto sintetica, alle teorie che studiano il rapporto tra concetto di reato e insieme dei suoi elementi o componenti, settore che nel testo è stato chiamato eso-sistematica. In particolare, si rinvia alla trattazione precedentemente fatta sulla teoria analitica del reato di Nowakowski, sulla teoria piramidale di Radbruch, sulla teoria ontologica di Welzel e sulla teoria unitaria della Scuola di Kiel e, oggi, di Schild. Oltre ai riferimenti specifici contenuti nelle note precedenti, per una sintesi riepilogativa si rinvia a W. SCHILD, *Die Merkmale der Straftat und ihres Begriffs*, cit., p. 6 e ss.

²¹⁶ A parte la teoria dell'*Implikationscharakter*, le altre teorie in tema riconoscono rapporti intensi tra i due ambiti dogmatici: un nesso funzionale viene riconosciuto dalla teoria della corrispondenza materiale che postula la necessaria proporzionalità; dalla teoria dell'interdipendenza funzionale tra *Tatbestand* e *Rechtsfolge*, la dottrina dell'equivalenza funzionale e quella della relazione condizionale tra fatto e sanzione. Un approccio ontologico pare avere, invece, la teoria della *antizipierte Strafzumessung* di Bruns. Oltre ai riferimenti specifici contenuti nelle note precedenti, per una sintesi riepilogativa si rinvia a M. KRAHL, *Tatbestand und Rechtsfolge*, cit., p. 64 e ss.

gli elementi della fattispecie come criteri anticipati di commisurazione della pena²¹⁷.

In questi ambiti è la cornice edittale che relaziona fattispecie e fatto, norma e accadimento, legislatore e soggetto attivo. La gravità concreta del reato storico è orientata da parametri astratti che ne indicano i connotati. Le circostanze del reato, proprie e improprie, sono strumenti prossimi al fatto, che tuttavia cercano di coglierne dati giuridicamente rilevanti e aprioristicamente rappresentabili. C'è, in questi anfratti della dogmatica penalistica, una situazione d'antagonismo tra concezioni estese e concezioni ristrette della fattispecie, tra visioni aperte e altre, invece, intimorite dalla confluenza di astrazione e concretizzazione, intimidite dalla teorizzazione sulla commistione tra norme e fatti.

Questa vocazione alla concretezza dei concetti giuridici astratti si realizza dentro lo spazio relazionale precetto-sanzione, attraverso la capacità degli elementi del reato di flottare sulle modulazioni del fatto storico, di adattarsi, scomponendosi in gradi, alle peculiarità dell'accadimento singolare.

Questi percorsi di concretizzazione rivelano l'essenza anche graduale del reato, e conducono allo studio dei gradi della colpevolezza e dell'illiceità, sia rispetto al tema della commisurazione della pena sia a quello dell'esiguità del fatto penale. Si esige, così, una nuova attenzione al tema della commisurazione, cifra del grado d'illecito e di colpevolezza e culmine dell'applicazione della fattispecie penale.

Dalla concretizzazione dogmatica dei concetti penalistici si passa, dunque, alla rielaborazione dogmatica di questa tendenza attraverso le concezioni gradualistiche del reato.

---

²¹⁷ Sulla dottrina della *antizipierte Strafzumessung*: In questo senso, H.J. BRUNS, *Strafzumessungsrecht*, cit., pp. 70 e ss., 363 e ss.; Id., *Das Recht der Strafzumessung*, cit., p. 133; H. SCHRÖDER, *Gesetzliche und richterliche Strafzumessung*, cit., p. 426. Si veda anche, H.H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., pp. 263 ss, 270 e ss.; M. MAIWALD, *Bestimmtheitsgebot*, cit., p. 137; M. MAIWALD, *Zur Problematik der "besonders schweren Fälle"*, cit., p. 435; W. STREE, sub *Vorbem. §§ 38 ff.*, cit., p. 726 e ss.; J. WESSELS, *Zur Problematik der Regelbeispiele*, cit., p. 299.

CAPITOLO III

LA LETTURA GRADUALISTICA DEL REATO

Sezione I: Le concezioni gradualistiche del reato nel grado dell'illecito e della colpevolezza

1. *Le concezioni gradualistiche del reato e dei suoi elementi*

Con un certo stupore si deve riconoscere che gli studi epistemologici sul concetto di tipo, oggetto del prossimo capitolo, che legittimano scientificamente la logica graduale di fronte a quella classificatoria, oltre che la consapevolezza dogmatica del significato di un'analisi sulla "quantità" del reato, sulla quantità della colpevolezza e dell'illecito, nacquero e si svilupparono indipendentemente seppure parallelamente¹. Sono dei primi anni del Novecento le ricerche di Oppenheim che portarono nel 1936 al saggio, scritto con Hempel, che consacra la logica ordinale². Dei primi anni del secolo scorso è anche la meditazione dogmatica del concetto di colpevolezza operata dal Frank che introduce la graduazione nell'essenza dell'ele-

---

¹ Prova non ne è solo la mancanza di citazioni nei saggi, quanto piuttosto da un lato, un certo scetticismo di Hempel e Oppenheim sulla validità del ragionamento tipologico in campo giuridico, dall'altro, la valorizzazione del purismo giuridico di stampo kelseniano.

² Il già citato, P. OPPENHEIM, *Die natürliche Ordnung der Wissenschaften*, Jena, 1926, p. 221 e ss.; la cui base di ricerca, rielaborata a quattro mani con Carl Hempel, diviene la notissima opera, C.G. HEMPEL, P. OPPENHEIM, *Der Typusbegriff im Lichte der neuen Logik*, Leiden, 1936.

mento soggettivo del reato³. E nei primi anni Trenta con Zimmerl il pensiero penalistico si sofferma sulla graduabilità dell'illiceità⁴. Di certo, non si può addurre l'aspirazione della dottrina nazista alla concretezza del pensiero e la lotta contro il diritto penale liberale come causa di questa convergenza scientifica⁵. Come si vedrà, il regime nazista piuttosto sfruttò e piegò le tendenze già in atto nelle scienze naturali e sociali a cogliere le attitudini quantitative e comparative della ricerca e dei suoi oggetti⁶.

L'indipendenza, se non addirittura la contrapposizione, dei rispettivi processi formativi e l'affinità della metodologia utilizzata e degli approdi raggiunti rivendicano una concettualizzazione *ex post* di questo rapporto biunivoco. Da un lato, è indubitabile che la logica tipologica fornisce la struttura epistemica di tutto il ragionamento quantitativo sul reato, sull'illecito e sulla colpevolezza. L'attenzione ai passaggi gradualisti, il rifiuto di separazioni rigide dell'essere storico e della realtà, legittima e spiega la ricerca dei gradi della colpevolezza, della fenomenologia scalare dell'illecito, e spinge certo anche a considerare il rintracciamento di una soglia di esiguità del fatto al di sotto della quale venga eliminata ogni rilevanza penale del comportamento come esigenza scientifica e, quasi, ontologica⁷. Infine, non si può negare che l'approccio tipologico al diritto penale, stimoli l'espansio-

---

³ In particolare, R. FRANK, *Über den Aufbau des Schuldsbegriffs*, in *FS für die juristische Fakultät in Giessen*, Giessen, 1907, p. 519 e ss.; Id., *Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz*, Tübingen, 1925¹⁶.

⁴ L. ZIMMERL, *Strafrechtliche Arbeitsmethode de lege ferenda*, Berlin-Leipzig, 1931, p. 130 e ss.; Id., *Zur Lehre vom Tatbestand. Übersehene und vernachlässigte Probleme*, Breslau, 1928, p. 71; L. ZIMMERL, *Aufbau des Strafrechtssystems*, cit., p. 74 e ss.

⁵ Sulla lotta dei nazisti al pensiero liberale nel diritto penale tedesco, anche con i riflessi sulla dottrina italiana si veda, G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti*, cit., p. 1190 e ss.; si rinvia, in ogni caso, al capitolo II della presente parte, e in particolare al paragrafo 3 del capitolo II, oltre che al paragrafo 3 della Sezione I del capitolo IV.

⁶ Oltre alle indicazioni contenute alla nota precedente, si veda, il paragrafo 2 della sezione I, capitolo I.

⁷ Su tutti questi luoghi dogmatici e sulla quantità in generale del reato, illuminante è C.E. PALIERO, *Minima non curat praetor*, cit., specialmente 633 e ss. Sull'esiguità, si veda, anche, V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., p. 253 e ss.

ne dell'analisi gradualistica del reato anche ad altri ambiti, persino a quelli nei quali a dominare è indubbiamente l'anima classificatoria: concetto di fattispecie e giudizio di tipicità⁸. Dall'altro lato, la graduazione dentro il concetto di reato fornisce una struttura solida e vivificante alle ricerche epistemologiche sul concetto di tipo, indagini che trovano inaspettata verifica proprio nel campo del diritto a maggiore vocazione per la separazione e la classificazione⁹.

La rivalutazione dell'anima scalare del reato, partita dalla dottrina tedesca¹⁰, svolge una funzione decisiva non solo sulla quantità in sé del reato, ma anche sul fondamento d'impostazioni che coinvolgono il tema stesso dell'*an* della punibilità¹¹. Essa è apprezzabile già dal punto di vista della responsabilità¹², prospettiva rispetto alla quale si ritiene che la quantità incida sulla tipicità del fatto potendone determinare l'eliminazione¹³ attraverso una progressiva degradazione verso l'illecito extrapenale¹⁴.

---

⁸ Che sarà l'oggetto della seconda e terza sezione dell'ultimo capitolo della parte II.

⁹ La verifica inizia proprio con G. RADBRUCH, *Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken*, in appendice a *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, Darmstadt, 1967, p. 167, e si concentra, oltre che su illecito e colpevolezza, anche sulla commisurazione della pena in generale, come sintesi della graduazione dei diversi elementi del reato.

¹⁰ Già nelle discussioni della Commissione di riforma del diritto penale, si veda W. GALLAS, *Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommissionen*, I, Bonn, 1958, p. 88; Id., *Kriminalpolitik und Strafrechtssystematik unter besonderer Berücksichtigung des Sowjetrussischen Rechts*, Berlin-Leipzig, 1931, p. 12; G. SPENDEL, *Zur Lehre vom Strafmass*, Frankfurt am M., 1954, p. 185 e *passim*; H. WELZEL, *Studien zum System des Strafrechts*, in «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», 1939, pp. 514 e 527 e ss.; C. ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, Berlin-New York, 1973², p. 24; H. OSTENDORF, *Das Geringfügigkeitsprinzip als strafrechtliche Auslegungsregel*, in «Goldammer's Archiv für Strafrecht», 1982, p. 333 e ss.

¹¹ Cfr., C.E. PALIERO, *Minima non curat praetor*, cit., p. 653 e ss.

¹² Premessa fondamentale per i teorici del reato bagatellare, nella misura in cui si vuole introdurre la clausola di tenuità del fatto già a livello del fatto tipico e all'interno dei c.d. reati bagatellari impropri, cioè per manifestazioni minimamente lesive di un bene che normalmente viene leso in maniera consistente.

¹³ Espressamente, H. OSTENDORF, *Das Geringfügigkeitsprinzip*, cit., p. 333 e ss. che costruisce la rilevanza di tale esiguità sul disvalore di evento; nella dottrina tedesca questa visione si oppone a quella che vede il principio di esiguità come espressione dell'adeguatezza sociale e quindi la riferisce al disvalore di condotta, si

Qui si ricerca e si pondera il “peso” del reato¹⁵. Nella ricerca dei parametri di graduazione degli elementi della fattispecie emerge la “quantità” del reato¹⁶. Il reato è indubbiamente qualità. È un fatto aggressivo e lesivo di un bene giuridico conforme a una fattispecie legale. Ma un reato è anche quantità, un reato ha quantità¹⁷. Si tratta di due aspetti di una stessa realtà. Non esiste qualità senza quantità, non è concepibile un’offesa giuridica senza una qualche consistenza che la materializzi, che manifestandola la renda percepibile.

Le impostazioni di teoria del reato che strutturano il concetto di quantità del delitto e che oggi si giovano, come si vedrà, del fonda-

---

veda, per tutti, H. ZIPF, *Rechtskonformes und Sozialadäquates Verhalten*, in «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», 1970, p. 638; per un’analisi delle tecniche codicistiche di valorizzazione della tenuità quantitativa del reato si veda, C.E. PALIERO, *Minima non curat praetor*, cit., p. 665 e ss.; la visione quantitativa è utilizzata dalla dottrina italiana che si occupa dell’offensività del fatto. A impostare la tematica in termini di delimitazione del fatto tipico sono, A. MORO, *Unità e pluralità di reati*, Padova, 1951, p. 2; M. GALLO, *Il dolo. Oggetto e accertamento*, Milano, 1951-1952, p. 263; C.E. PALIERO, *Minima non curat praetor*, cit., p. 653 e ss.; la dottrina che accede alla concezione realistica del reato vede la quantità operante accanto a una conformità, sebbene solo apparente, al tipo del reato, sul punto, M. SINISCALCO, *La struttura del delitto tentato*, Milano, 1959, p. 131 e ss., p. 163 e ss.; G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, Milano, 1965, pp. 200-214; F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in «Novissimo digesto italiano», XIX, 1973, pp. 68 e ss., 72 e ss.; si veda anche, C. FIORE, *Principio di tipicità e concezione realistica del reato*, in G. VASSALLI (a cura di), *Problemi generali di diritto penale: contributo alla riforma*, Milano, 1982, p. 60; nella manualistica, anche, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 183 e ss.

¹⁴ Sul concetto di “tecniche di degradazione”, concetto che s’inserisce proprio nel processo di avvicinamento tra illecito penale e amministrativo e che presuppone una concezione gradualistica del reato, si veda, M. DONINI, *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, in Id., *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova, 2003, p. 397 e ss.

¹⁵ Icasticamente, A. MORO, *Unità e pluralità di reati*, cit., p. 2; sviluppa le tesi di Moro, M. GALLO, *Il dolo*, cit., p. 263.

¹⁶ Sul concetto di quantità si veda, oltre a Moro, G. CONTENUTO, *Introduzione allo studio delle circostanze del reato*, Napoli, 1963, in particolare p. 35 e ss.; si veda poi l’argomentare e la ricchissima bibliografia di C.E. PALIERO, *Minima non curat praetor*, cit., p. 653 e ss.

¹⁷ Così, F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto penale. Il reato*. Milano, 1943, p. 219.

mento epistemologico della logica del tipo¹⁸, sono individuate dalla breviloquenza «concezione gradualistica del reato»¹⁹. In particolare, la lettura gradualistica del reato inizia a muoversi con la concezione normativa della colpevolezza, la cui natura graduale è funzione dell'imputabilità, del legame psicologico col fatto e della misura di esigibilità della condotta²⁰. Anche l'illiceità, oggetto del giudizio d'antigiuridicità, è ritenuta capace di graduazione. La concezione assoluta dell'antigiuridicità come esistente o non esistente, *aut aut*,

¹⁸ L'opera di riferimento è, C.G. HEMPEL, P. OPPENHEIM, *Der Typusbegriff im Lichte der neuen Logik. Wissenschaftliche Untersuchungen zur Konstitutionsforschung und Psychologie*, Leiden, 1936.

¹⁹ Con la breviloquenza "concezione gradualistica del reato" utilizzata in Italia da Paliero non ci si riferisce alla teoria gradualistica detta anche *Stufentheorie* elaborata da Kelsen e Merkl. La dottrina kelseniana vive dentro la teoria generale del diritto pubblico e non contiene riferimenti a concetti quantitativi, bensì si muove dentro il tema della gerarchia delle norme e delle condizioni di validità di una norma contingente e del relativo sistema normativo. Da qui, la posizione della *Ursprungsnorm* o *Grundnorm* che legittima il sistema delle norme positive. Per un'analisi della dottrina gradualistica kelseniana nell'ordinamento francese si veda, R. CARRÈ DE MALBERG, *La teoria gradualistica del diritto. Confronto con le idee e le istituzioni del diritto positivo francese*, Milano, 2003, p. 3 e ss. Per quanto concerne la dottrina tedesca che apre al concetto di grado della colpevolezza e dell'illecito: P. NOLL, *Tatbestand und Rechtswidrigkeit: die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung*, in «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», 1965, p. 1 e ss.; ID., *Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe im besondern die Einwilligung des Verletzten*, Basel, 1955, p. 15 e ss.; ID., *Übergesetzliche Milderungsgründe aus vermindertem Unrecht*, in «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», 1956, p. 181 e ss.

²⁰ Il Frank concepì la struttura normativa della colpevolezza proprio come una struttura graduabile, anche per rispondere alle esigenze nascenti da una rivisitazione degli scopi della pena: R. FRANK, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, in *FS für die juristische Fakultät in Giessen*, Giessen, 1907, p. 519 e ss.; ID., *Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz*, Tübingen, 1925¹⁶, p. 155. Successivamente, Goldschmidt precisa il carattere della contrarietà all'obbligo e dell'esigibilità della condotta: J. GOLDSCHMIDT, *Der Notstand, ein Schuldproblem*, in «Österreichische Zeitschrift für Strafrecht», 1913, p. 129 e ss.; ID., *Normativer Schuldbegriff*, in *Festgabe für Reinard Frank*, I, Tübingen, 1930, p. 428 e ss. Nowakowski, per vero, impone una trattazione sistematica più completa al tema della graduazione della colpevolezza utilizzando compiutamente il parametro dell'esigibilità, si veda F. NOWAKOWSKI, *Das Ausmass der Schuld*, in «Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht», 1950, p. 302. Sull'evoluzione del concetto di esigibilità, in una valorizzazione anche dell'apporto di Engisch, si veda, G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, cit., p. 52 e ss., p. 92 e ss.; sul punto anche, E. VENAFRO, *Scusanti*, Torino, 2002, p. 18 e ss.

lascia, così, il posto a teorizzazioni dirette a una sistematica interna alla stessa categoria penale. La concezione gradualistica del reato ha avuto, inoltre, un ruolo diretto nella costruzione di modelli di *Tatbestand* bagatellari, cioè all'interno della complessa tematica dell'irrelevanza penale del fatto²¹.

Oltre a questi percorsi tradizionali delle teorie gradualistiche del reato, itinerari che verranno tra breve approfonditi, non si può negare che altri sentieri sarebbero immaginabili dentro la quantità scomponibile del reato. Si va dai normali strumenti di descrizione particolareggiata del fatto²², circostanze proprie e improprie, al tema dell'irrelevanza penale del fatto. Si va dalle versioni analitiche del tipo, che si analizzeranno in chiusura della prima sezione del prossimo capitolo²³, al tema del concorso di norme e di reati, dell'unità e pluralità delle azioni. La stessa teoria della costruzione separata delle fattispecie è, a suo modo, l'esito di una riproposizione in chiave analitica e sistematica della scomposizione quantitativa e graduale del reato. Non a caso, a questo proposito «si contesta il monopolio della concettualizzazione classificatoria» e si sottolinea il «bisogno, per la compiuta comprensione dei più diversi istituti del diritto vigente, di una varietà di schemi concettuali: classificatori, teleologici, ordinatori e tipologici»²⁴.

2. Il grado della colpevolezza

Forze diverse portano alla scoperta del carattere graduale della colpevolezza. La coscienza dell'essenza scalare, da un lato, nasce come risposta alla monoliticità della concezione psicologica della

---

²¹ Il riferimento è a J. KRÜPELMANN, *Die Bagatelldelikte, Untersuchungen zum Verbrechen als Steigerungsbegriff*, Berlin, 1966, p. 38 e ss.; oltre che a C.E. PALIERO, *Minima non curat praetor*, cit., p. 693 e ss.

²² Si esprime in questo modo, A. MALIVERNI, voce *Circostanze del reato*, in *Enciclopedia del diritto*, Torino, 1960, VII, p. 67.

²³ Il riferimento è ai saggi di Ingeborg Puppe e di Lothar Kuhlen che si analizzeranno al paragrafo 7 della sezione I, al capitolo IV.

²⁴ Così, G. MARINUCCI, *Il reato come azione*, cit., 153 nota 75.

colpevolezza²⁵, quindi da una spinta esogena che porta alla teoria normativa, e, dall'altro, si può identificare un processo endogeno che conduce la dottrina all'individuazione della gradualità in sé della colpevolezza.

Caratteristica peculiare della colpevolezza in senso normativo è proprio questa sua essenza graduale²⁶, meta prefissata già agli albori della sua gestazione dogmatica²⁷. All'inizio del secolo scorso appare, infatti, il saggio di Frank che "fissa" la lenta rivoluzione nella comprensione della colpevolezza, trasformandola da concetto generale in categoria complessa²⁸. Si assiste a un disallineamento tra colpevolezza, da un lato, e dolo e colpa, dall'altro. La colpevolezza non è più vista come concetto di genere che sintetizza dolo e colpa, ma come giudizio di antidoverosità della condotta²⁹. Non c'è più solo una disomogeneità quantitativa tra colpevolezza e stati psichici soggettivi, nel senso che la prima è meno analitica della seconda, ma un passaggio qualitativo: l'essenza passa da psicologica a normativa³⁰.

---

²⁵ Per la concezione psicologica l'elemento soggettivo richiesto al soggetto è solo un *minimum* nel senso che rileva solo il suo raggiungimento, senza avere alcuna importanza la dimensione della sua soddisfazione, in questo senso Malinverni, come citato da T. PADOVANI, *Il grado della colpa*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1969, p. 832; sulla concezione psicologica, adesivamente D. SANTAMARIA, voce *Colpevolezza*, in *Enciclopedia del diritto*, Torino, VII, p. 648 e ss.

²⁶ Chiarissimo in tal senso, T. PADOVANI, *Il grado della colpa*, cit., pp. 832, 836 e ss.

²⁷ Si dice, infatti, che l'esigenza di Frank fu proprio costruire un concetto gradualistico di colpevolezza, da cui scaturisce il rilievo dato alle circostanze concomitanti, decisive in funzione gradualistica. Sul punto, D. SANTAMARIA, voce *Colpevolezza*, cit., p. 652; vedi anche, D. PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976, p. 82; richiamato opportunamente anche da C.E. PALIERO, *Minima non curat praetor*, cit., p. 698.

²⁸ Cfr., R. FRANK, *Über den Aufbau des Schuldsbegriff*, cit., p. 521 e ss.; per una rimeditazione della posizione e del ruolo effettivo dell'opera di Frank nell'approdo alla teoria normativa della colpevolezza, negando che sia stato una «subitanea intuizione», e sottolineando, invece, il fatto che sia stato un vero e proprio «processo di pensiero» comunque «fissato» dallo stesso Frank, si veda, G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990, 7 (nota 5), p. 39 e ss.

²⁹ Ancora, R. FRANK, *Über den Aufbau des Schuldsbegriff*, cit., pp. 528, 529.

³⁰ *Ibidem*, p. 528.

Vengono indagate, quindi, le condizioni per l'effettuazione di questo giudizio di natura scalare³¹, che lo stesso Frank vede nella maturità psicologica del reo, nel collegamento psichico fatto-autore e nella misura di "abnormità" delle circostanze concomitanti del fatto³².

L'impostazione viene ripresa qualche anno dopo da Goldschmidt³³ che evidenzia i caratteri gradualistici insiti nel concetto di esigibilità della condotta non antidoverosa³⁴, sottolineandone contestualmente anche il momento valutativo³⁵. Quanto più esigibile è la condotta, tanto più colpevole è il comportamento³⁶: entrano in gioco concetti come motivabilità all'azione lecita e prevedibilità della lesione del bene giuridico³⁷, concetti che catalizzano a loro volta la graduazione del dolo e della colpa in quanto profili psicologici della colpevolezza³⁸.

Subito dopo la seconda guerra mondiale, Nowakowski ritorna sulla concezione normativa approfondendone ulteriormente il carattere gradualistico³⁹. Si ripropone la centralità dell'esigibilità ai fini

³¹ Engisch precisa, riferendosi proprio a Frank, che non si dovrebbe parlare di concezione graduale della colpevolezza, poiché essa non è un concetto graduale ma un concetto di classe dai confini non rigidi, così, K. ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung*, cit., pp. 287-288.

³² Le *Begleitumstände*, cfr., R. FRANK, *Über den Aufbau des Schuldsbegriff*, cit., pp. 530, 531; Fornasari sottolinea come Frank possa essere considerato un precursore delle concezioni decisionistiche dell'inesigibilità, che attribuiscono al giudice la libertà di valutazione delle condizioni applicative del concetto di esigibilità, si veda G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, cit., p. 56. Sulla posizione di Frank si veda anche J. GOLDSCHMIDT, *Normativer Schuldbegriff*, cit., p. 429. A prosito della colpevolezza, come anche rispetto all'antigiuridicità, Welzel propone il noto schema che distingue tra valutazione e oggetto di valutazione, separando la colpevolezza come giudizio di riprovevolezza dalla colpevolezza intesa come volontà antigiuridica dell'azione, si veda H. WELZEL, *Il nuovo volto del sistema penale*, cit., p. 49.

³³ Cfr., J. GOLDSCHMIDT, *Normativer Schuldbegriff*, cit., p. 428 e ss.; oltre che ID., *Der Notstand, ein Schuldproblem*, cit., p. 129 e ss.

³⁴ Ancora, ID., *Normativer Schuldbegriff*, cit., p. 430 e ss., p. 455 e ss.; sulla teoria della norma di dovere, si veda ancora, G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, cit., p. 60 e ss., che spiega come Goldschmidt postuli l'esigibilità come limite alla stessa norma di dovere.

³⁵ In questo senso, C.E. PALIERO, *Minima non curat praetor*, cit., p. 698.

³⁶ J. GOLDSCHMIDT, *Normativer Schuldbegriff*, cit., p. 456.

³⁷ *Ibidem*, p. 457.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ F. NOWAKOWSKI, *Das Ausmass der Schuld*, cit., p. 301 e ss.

della graduazione della colpevolezza⁴⁰, la quale diviene funzione del grado d'affidamento sul comportamento non antidoveroso del soggetto⁴¹, comportando anche l'analisi dell'influsso degli elementi caratteriologici del reo sulla volontà⁴², oltre che dell'imputabilità come elemento biologico della colpevolezza⁴³.

Matura, così, la discussione per concentrarsi sulla differenziazione degli stati soggettivi, del dolo e della colpa, per tramite dell'analisi, contigua allo studio dell'esigibilità⁴⁴, sulla motivazione del reo. Il percorso si rivela tuttavia anomalo. È la stessa misura dell'illiceità a influire sulla graduazione dell'elemento psicologico della colpevolezza⁴⁵. Strumento di quest'incidenza è il concetto di «riflesso soggettivo del fatto storico»: modalità di condotta, identità e grado di lesione del bene tutelato, rivelano l'evento lesivo che si è voluto, la lesione colposa che si è negligenemente prodotta⁴⁶.

Anche se proprio grazie al concetto di esigenza la questione della misura della colpevolezza è stata affrancata dall'ambito della commisurazione della pena, aprendosi allo studio del grado di dolo e colpa⁴⁷, il legame tra colpevolezza e illiceità non viene ancora affrontato direttamente nella teoria generale del reato, ma per tramite della teoria della commisurazione della pena⁴⁸. Sono i criteri di commisurazione della pena a costituire il piano di relazione dei

---

⁴⁰ *Ibidem*, p. 302.

⁴¹ Ovvero del grado di esigenza, ancora, F. NOWAKOWSKI, *Das Ausmass der Schuld*, cit., pp. 303, 306; mentre il grado di rappresentabilità viene dosato a seconda della coscienza dell'illiceità penale della condotta, sul punto ancora, H. WELZEL, *Il nuovo volto del sistema penale*, cit., p. 60.

⁴² F. NOWAKOWSKI, *Das Ausmass der Schuld*, cit., p. 308.

⁴³ *Ibidem*, pp. 327-329.

⁴⁴ *Ibidem*, pp. 315, 316.

⁴⁵ Ancora, *ibidem*, pp. 303, 307. Per vero Nowakowski è contraddittorio, almeno apparentemente, quando sostiene nelle stesse pagine che, in sé, l'illiceità è giudizio binario, classificatorio, cfr., *ibidem*, p. 303.

⁴⁶ Cfr., *ibidem*, p. 304.

⁴⁷ Così, C.E. PALIERO, *Minima non curat praetor*, cit., pp. 698-700.

⁴⁸ Sul punto, K.L. KUNZ, *Das strafrechtliche Bagatelprinzip*, cit., p. 195; e J. KRUMPELMANN, *Die Bagatelldelikte*, cit., pp. 44, 46.

due concetti, risultando dalla confluenza di valutazioni attinenti alla colpevolezza e all'illiceità⁴⁹.

Si passa dalle concezioni che graduano il dolo attraverso la freddezza d'animo ad autori che utilizzano il paradigma dell'intensità dei motivi⁵⁰, sino a impostazioni che ritengono determinante la coscienza dell'antigiuridicità dell'azione⁵¹. Su tutti, la lucida affermazione di chi vede il disvalore del dolo nella forza volutaristica del reo di trasformare appetizioni primitive in progetti razionali di azioni oggetto di deliberazione. Qui, l'intensità del dolo viene misurata utilizzando indici che rivelano la complessità dei contrasti e la dimensione della lotta tra i motivi⁵². Ferma restando l'articolazione delle forme del dolo⁵³, la durata e la difficoltà del processo deliberativo segmentano il dolo in tre livelli d'intensità, impeto, proposito e premeditazione, che vanno da una reazione quasi involontaria, poiché estremamente "primitiva", al trionfo della razionalizzazione della spinta al reato⁵⁴.

⁴⁹ Per vero, una certa disomogeneità nell'utilizzazione dei termini "illecito" e "colpevolezza" oscura il verso della loro relazione ontologica, non si capisce se la colpevolezza incida sull'antigiuridicità o se accada l'inverso. Anche i termini "illiceità" e "antigiuridicità" non sempre sono utilizzati consapevolmente. Talvolta l'illiceità è la sintesi del reato, altre volte attiene solo all'intensità degli elementi oggettivi del reato, e, quindi, alle modalità della condotta e di lesione del bene giuridico. Emblematica la critica che da viene mossa a Kern, a causa della sua indicazione equivoca della concezione quantitativa dell'illecito come grado dell'antigiuridicità, si veda ad esempio, K.L. KUNZ, *Das strafrechtliche Bagatelprinzip*, cit., p. 126; di difficile inteliezione, poi, anche la struttura del ragionamento di H.L. GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss. Studien zur Rechtswidrigkeit als Straftatmerkmal und zur Funktion der Rechtsfertigungsgründe im Strafrecht*, Köln, 1983, pp. 114, 115.

⁵⁰ I motivi per taluni sono criteri di valutazione scalare della colpevolezza in generale, sui veda ad esempio, H. GOLDSCHMIDT, *Normativer Schuldbegriff*, cit., p. 456; e F. NOWAKOWSKI, *Das Ausmass der Schuld*, cit., pp. 311, 317; per altri, invece, essi hanno una duplice valenza, requisiti essenziali o accidentali del reato, da un lato, e, dall'altro, indici di valutazione della capacità criminale, si veda A. MALIVERNI, voce *Motivi, diritto penale*, in «Enciclopedia del diritto», XXVII, Torino, 1977, p. 295.

⁵¹ Su tutti il quadro critico di T. DELOGU, *La teoria della intensità del dolo*, in «Annali di diritto e procedura penale», 1935, pp. 851-859.

⁵² Ancora, T. DELOGU, *La teoria della intensità del dolo*, cit., pp. 862-867.

⁵³ Per tutti, S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, Milano, 1999, p. 184 e ss.

⁵⁴ Sempre, T. DELOGU, *La teoria della intensità del dolo*, cit., pp. 867-869; sull'intensità del dolo, si veda, G. DE SIMONE, *L'elemento soggettivo: il dolo*, in F. BRICOLA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Giurisprudenza sistematica di diritto penale. Parte generale*, I, Torino, 1996², p. 480 e ss.

Per quanto concerne il grado della colpa, si va da dottrine che indicano il parametro della prevedibilità oggettiva dell'evento, che misura la colpa tramite elementi estranei al controllo del reo⁵⁵, a impostazioni che si basano sulla prevedibilità soggettiva escludendo del tutto valutazioni normative⁵⁶, passando per autori che ritengono necessario ricorrere più a intuizioni emotive che a criteri logici controllabili⁵⁷. L'approdo odierno, tutto fondato sulla concezione normativa della colpevolezza e della colpa, rintraccia il parametro per regolare la severità del rimprovero della condotta antidoverosa, nel grado d'esigibilità del comportamento doveroso⁵⁸, e nello scarto tra questo e il comportamento effettivamente tenuto⁵⁹.

Il riconoscimento della dimensione graduale della colpevolezza⁶⁰ non ha impedito alla dottrina dominante di distinguere questa colpevolezza della teoria del reato da quella della commisurazione

---

⁵⁵ Sul punto, si veda, T. PADOVANI, *Il grado della colpa*, cit., p. 840 e ss.

⁵⁶ Ancora critico, *ibidem*, p. 848 e ss.

⁵⁷ Il riferimento è a M. GALLO, voce *Colpa penale (diritto vigente)*, in *Enciclopedia del diritto*, VII, Torino, 1960, p. 643, ripreso criticamente da T. PADOVANI, *Il grado della colpa*, cit., p. 828; sulla scia, tra l'altro, di un concetto unitario di colpevolezza molto sensibile al concetto unitario di reato della Scuola di Kiel, sul punto si vedano le considerazioni di G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti*, cit., p. 1190.

⁵⁸ Sul grado della colpa come funzione dell'esigibilità e, chiaramente, sul concetto stesso di esigibilità, si veda, per tutti, G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., pp. 336 e ss., 53 e ss. Sull'interessante dialogo tra le dottrine soggettive e quelle oggettivo-soggettive nella dottrina tedesca, si rinvia, per tutti, a F. BASILE, *La colpa in attività illecita*, cit., p. 603 e ss. Sulla disponibilità dei mezzi idonei a evitare l'evento cagionato per colpa, cfr., R. ALAGNA, *Sul reato omissivo improprio: spunti problematici e sistematici*, in «Il foro italiano», 2001, c. 232.

⁵⁹ Si veda ancora, T. PADOVANI, *Il grado della colpa*, cit., p. 881 e ss.; che rintraccia nella colpa cosciente una diversa forma di colpa rispetto a quella incosciente, e propone due diversi parametri per la valutazione del loro grado: la prima, da valutare secondo il grado di possibilità dell'evento, la seconda, invece, attraverso il grado di negligenza, si veda *ibidem*, p. 851; per alcuni profili critici sulla posizione di Padovani si veda, F. BASILE, *La colpa in attività illecita*, cit., pp. 664-665. Per una prospettiva che individua la gravità della colpa orientandola verso i confini col dolo, per tutti, S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, cit., p. 76 e ss.

⁶⁰ Che non viene inficiata, semmai valorizzata, dall'interessante prospettiva di una figura "terza" di imputazione soggettiva del fatto di reato, la quale, infatti, si riferirebbe a una sua autonoma cornice editale, quindi a sua volta capace di graduazione, si veda, F. CURI, *Tertium datur. Dal "common law" al "civil law" per una scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato*, Milano, 2003, p. 240 e ss.

della pena⁶¹. Determinante pare essere stato il dato della presenza di un numero maggiore di elementi che possono comportare una mera modificazione della colpevolezza, rispetto a quelli che implicano la sua integrazione *ex novo*. Si deve allo sforzo di alcuni autori la sopravvivenza di un'impostazione non schizofrenica della colpevolezza⁶², e la precisazione che non possono valere criteri diversi per la sua interpretazione, come elemento del reato e come parametro di commisurazione della pena. La questione è, piuttosto, quella di una duplice prospettiva d'osservazione: da un lato, la mera soddisfazione delle condizioni di punibilità, dall'altro lato, lo studio graduale sulla quantità della colpevolezza e la sua incidenza sulla gravità del reato⁶³.

Alla tradizionale impostazione graduale della colpevolezza in senso normativo, fanno eco gli autori che analizzano la tensione gradualistica della colpevolezza in relazione al tema dell'esiguità del reato e quindi della teoria del reato bagatellare⁶⁴. In ogni caso, e ancora una volta, l'identificazione della soglia di rilevanza penale del fatto passa attraverso il diretto influsso sulla misura della pena, la quale ritaglia dall'illiceità formale i reati bagatellari impropri⁶⁵.

---

⁶¹ Se ne è già parlato nel secondo capitolo a proposito del rapporto tra la fattispecie astratta e il fatto concreto. Qui si ricorda che, tra gli altri, sostengono questa tesi della divergenza E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., pp. 330, 337; si veda anche C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 747 e ss.

⁶² In particolare a W. FRISCH, *Unrecht und Schuld im Verbrechensbegriff und in der Strafzumessung*, in *Grundfragen staatlichen Strafsens*, FS für H. Müller-Dietz, München, 2001, p. 239 e ss.; sul legame tra la dimensione gradualistica della colpevolezza e i paradigmi d'individualizzazione della pena *ex art.* 133 c.p., si veda, G. MARINUCCI, *Il reato come azione*, cit., pp. 161-162.

⁶³ Ancora si veda, W. FRISCH, *Unrecht und Schuld*, cit., pp. 247-248; l'A. sostiene, in particolare, che l'apparente maggiore estensione della colpevolezza della commisurazione, apparenza che stimola il dualismo dei concetti di colpevolezza, nasce dal fatto che in dottrina si continua ad avallare una concezione sostanzialmente oggettiva di illecito, e questo farebbe sì che elementi subiettivi appartenenti in realtà all'illecito, vengano considerati come elementi propri della colpevolezza. Sul punto ancora, W. FRISCH, *Unrecht und Schuld*, cit., p. 251 e ss.

⁶⁴ In particolare, le già citate opere di Krumpelmann e Kunz.

⁶⁵ Cfr., K.L. KUNZ, *Das strafrechtliche Bagatellprinzip*, cit., p. 198.

3. Il grado dell'illiceità

La vicenda della graduazione dell'illecito⁶⁶ è delineata dal costante rapporto con il dogma bindinghiano della *Rechtswidrigkeit*, intesa come concetto binario, presente o assente, *entweder oder*⁶⁷. Per vero, nel percorso evolutivo dell'antigiuridicità, le intuizioni relative alla sua graduabilità, sebbene presto manifestatesi, non maturarono altrettanto rapidamente a causa di una generalizzata approssimazione degli assunti⁶⁸, a volte meramente incidentali⁶⁹, spesso chiaramente contraddittori⁷⁰.

È dentro la concezione materiale dell'antigiuridicità che la graduazione dell'illecito si esprime compiutamente⁷¹. Se l'antigiuridicità formale è integrazione di una norma incriminatrice di parte speciale, l'antigiuridicità materiale, coordinandosi alla dottrina dell'illecito penale come lesione di un bene giuridico, rappresenta l'an-

---

⁶⁶ Oltre agli autori che si citeranno alle note seguenti, si vedano, T. HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, Berlin, 1999, p. 207 e ss.; oltre che H.H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., p. 234 e ss. e W. FRISCH, *Unrecht und Schuld*, cit., p. 250 e ss.

⁶⁷ Cfr., J. KRUMPELMANN, *Die Bagatelldelikte*, cit., pp. 14-15.

⁶⁸ Si pensi al riferirsi di Beling (E. BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, cit., p. 128) al grado di offesa al bene giuridico che non lo conduce a volgere lo sguardo all'antigiuridicità. Si pensi ancora alla distinzione di Baumgarten (A. BAUMGARTEN, *Notstand und Notwehr*, Tübingen, 1911, p. 30) tra condotta disapprovata e vietata e la sua intuizione non approfondita della graduabilità della prima.

⁶⁹ Si pensi al primo Welzel (H. WELZEL, *Studien zum System des Strafrechts*, in «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», 1939, pp. 491, 536) o allo stesso Engisch (K. ENGISCH, *Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht*, in «Monatsschrift für Kriminalbiologie und Strafrechtsreform», 1938, p. 133 e ss.).

⁷⁰ Si pensi a F. NOWAKOWSKI, *Das Ausmass der Schuld*, cit., pp. 303-304; che ammette la graduazione dell'illecito in funzione della graduazione della colpevolezza, ma nega il grado dell'antigiuridicità; o Mezger (si veda E. KERN, *Grade der Rechtswidrigkeit*, cit., p. 258) che pur riconoscendo l'importante funzione dell'antigiuridicità materiale, non esporta la sua naturale graduazione dentro il concetto generale di antigiuridicità. Si pensi anche a Sauer (W. SAUER, *Kriminalsoziologie. Zugleich eine systematische Einführung in die Weiterentwicklung und in die Hilfswissenschaften des Strafrechts*, Berlin, 1933, p. 80) che postula attenuanti dentro la teoria dell'illiceità, le quali, tuttavia, non gli permettono di guardare all'antigiuridicità formale come concetto graduale.

⁷¹ Alcuni spunti sono già contenuti in K. ENGISCH, *Einheit der Rechtsordnung*, Heidelberg, 1935, (ristampa Darmstadt, 1987), p. 58.

tisocialità e dannosità dell'azione⁷². Come l'antigiuridicità formale guarda alla conformità del fatto storico rispetto a quello descritto dalla norma penale, esaurendosi in un giudizio di classificazione, l'antigiuridicità materiale, collegandosi all'intensità della verifica del danno e degli altri elementi del fatto tipico, rende possibile la misurazione. La radice di questo ragionamento è la stessa che giunge sino alla teoria dell'esiguità e del reato bagatellare⁷³.

Eppure, anche se logicamente e dogmaticamente è l'antigiuridicità materiale a sviluppare il concetto di grado d'illiceità, si deve a una sensibilità di tipo formale la prima analisi convincente dei meccanismi di graduazione dell'illecito. Dopo decenni di oscuramento da parte della letteratura tedesca più blasonata⁷⁴, viene scoperta e valorizzata la dottrina di Leopold Zimmerl⁷⁵. L'interesse per questo autore non è tuttavia di tipo "archeologico". Studioso di levatura, dota di ampio respiro le varie concezioni gradualiste, introducendo anche elementi di originalità che precorrono di qualche decennio non solo le analisi sugli illeciti bagatellari, ma anche le questioni su *Tatbestand* e tipo, oggi ancora soltanto abbozzate nel diritto penale⁷⁶.

Nei suoi concetti e nel suo linguaggio non c'è traccia alcuna di una visione sostanzialistica dell'antigiuridicità. Tipi, fattispecie e tipicità sono i concetti più ricorrenti. Qui sta forse la sua grandezza: tentare d'irreggimentare l'intuita fluidità della fattispecie, volere appropriarsi della ricchezza del fatto storico senza tradire il concetto di reato all'incertezza di clausole sostanzialiste. In questo senso, c'è ermeneutica giuridica *ante litteram* nel suo "dottrina dell'equivicinanza" tra fatto astratto

⁷² Cfr., E. KERN, *Grade der Rechtswidrigkeit*, cit., p. 262 e ss.; J. KRUMPELMANN, *Die Bagatelldelikte*, cit., p. 28 e ss.

⁷³ Oltre alle opere di Krumpelmann e Kunz si veda anche L. ZIMMERL, *Aufbau des Strafrechtssystems*, cit., p. 69 e ss.

⁷⁴ L'autore di questa riscoperta che rende giustizia a decenni di oscuramento è C.E. PALIERO, *Minima non curat praetor*, cit., p. 702.

⁷⁵ Austriaco della Scuola di Marburgo, Zimmerl spazia con le sue ricerche dalla scienza della legislazione alla metodologia del diritto penale, passando anche attraverso una delineazione della teoria del *Tatbestand*. Le sue opere più significative: L. ZIMMERL, *Aufbau des Strafrechtssystems*, Tübingen, 1930; ID., *Strafrechtliche Arbeitsmethode de lege ferenda*, Berlin-Leipzig, 1931; ID., *Zur Lehre vom Tatbestand. Übersehene und vernachlässigte Probleme*, Breslau, 1928.

⁷⁶ Il riferimento è orientato soprattutto dalla tendenza di Zimmerl di coordinare all'analisi che attinge dal fatto concreto una struttura formalizzata tipica.

e fatto concreto⁷⁷. In questo rapporto tra fatto tipico e fatto concreto s'innesta il concetto di «tipicità interna», che lo porta alla concettualizzazione degli *Hilfstypen*, tipi ausiliari che sono schemi formali di rivalutazione del fatto tipico non espressi nella fattispecie incriminatrice⁷⁸. Tali schemi ulteriori e interni alla tipicità formale ed espressa della legge, permettono, in determinati casi, di spostare il livello sanzionatorio individuato dalla fattispecie base, dal *Grundtatbestand*⁷⁹.

Si teorizza, allora, un moto oscillatorio dell'illecito tipico tra un limite superiore e uno inferiore, per cui il contenuto astratto dell'illecito si gradua in corrispondenza delle peculiarità del fatto concreto⁸⁰. Intuizione, questa della serie infinita di gradini intermedi di gravità tra massimo e minimo⁸¹, che precorre la *kontinuierliche Schwereskala*, la teoria della scala continua di gravità di Dreher, che rappresenta una delle dottrine più feconde in tema di commisurazione della pena⁸². Determinante per l'individuazione e commisurazione della pena è il *Vergeltungsunwert* del fatto che dipende dalla gravità della colpevolezza e dell'illiceità⁸³, la quale dipende, a sua volta, dal disvalore dell'evento e della condotta⁸⁴.

---

⁷⁷ Cfr., L. ZIMMERL, *Aufbau des Strafrechtssystems*, cit., pp. 66-67; e si riallaccia all'immorale, ma efficace, suggestione del minore disvalore dell'uccisione di un "farabutto" rispetto all'omicidio di un "paladino" dello Stato e della giustizia sociale, suggestione tratta da H. von HENTIG, *Folgen der Tat*, in «Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform», 1929, p. 368.

⁷⁸ Ancora, L. ZIMMERL, *Aufbau des Strafrechtssystems*, cit., p. 66; ID., *Strafrechtliche Arbeitsmethode*, cit., p. 129 e ss.

⁷⁹ Cfr., ID., *Strafrechtliche Arbeitsmethode*, cit., p. 138 e ss.; ID., *Zur Lehre vom Tatbestand*, cit., p. 71 e ss.; Zimmerl si rappresenta l'obiezione della possibile lesione del principio di legalità, che, tuttavia, viene negata nella misura in cui il principio è, a parer suo, esclusivamente orientato a evitare la punizione di una condotta che non realizza il fatto tipico, e non una maggiore punizione di una condotta già tipica, si veda ID., *Strafrechtliche Arbeitsmethode*, cit., p. 136.

⁸⁰ Così, C.E. PALIERO, *Minima non curat praetor*, cit., pp. 702-703.

⁸¹ Cfr., L. ZIMMERL, *Strafrechtliche Arbeitsmethode*, cit., pp. 130, 131 e ss.; ID., *Zur Lehre vom Tatbestand*, cit., p. 71.

⁸² Si rinvia alla sezione II di questo capitolo che è dedicata alla commisurazione della pena.

⁸³ ID., *Strafrechtliche Arbeitsmethode*, cit., p. 65.

⁸⁴ Si veda, per tutti, N. MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale*, Milano, 1983, pp. 1 e ss., 77, e, per una sottolineatura della rilevanza dell'evento concreto, anche 203 e ss.

Da qui la teorizzazione delle semiscusanti e delle cause d'attenuazione dell'illiceità, che individuano controtipi i quali si muovono nella direzione opposta a quella della fattispecie incriminatrice⁸⁵: si va verso i limiti inferiori, le *Untergrenzen* del tipo illecito, al di sotto delle quali si accede alla non punibilità⁸⁶.

Di lì a poco, nella dottrina tedesca si giunge non solo alla prima riflessione giuridica sulla logica ordinale⁸⁷, ma anche alla consapevole distinzione tra antigiuridicità intesa come giudizio, come predicato oggettivo di valore che esprime il contrasto oggettivo con l'intero ordinamento giuridico, e la fattispecie d'illecito che è il suo sostrato materiale, l'azione oggetto del giudizio d'antigiuridicità, nelle sue componenti oggettive e soggettive⁸⁸. La prima, "predicato di relazione" della condotta, è identica per tutto l'ordinamento. La seconda, "sostantivo" di cui viene predicato, prende la forma del settore giuridico in cui nasce la condotta giudicata antigiuridica, diviene *Unrechtstatbestand*, illecito penale⁸⁹. Si tenta di superare il dogma del-

⁸⁵ L. ZIMMERL, *Strafrechtliche Arbeitsmethode*, cit., p. 132, 136 e ss.; si veda, sul punto, ancora C.E. PALIERO, *Minima non curat praetor*, cit., pp. 705-706.

⁸⁶ L. ZIMMERL, *Strafrechtliche Arbeitsmethode*, cit., p. 130 e ss.

⁸⁷ Come si è già ripetutamente sottolineato, e come si vedrà meglio, alla fine degli anni Trenta viene pubblicato il saggio che introduce nel diritto penale lo studio sui concetti ordinali di Hempel e Oppenheim, ovvero, G. RADBRUCH, *Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken*, ora in appendice a *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, Darmstadt, 1967, p. 167 e ss.

⁸⁸ Tutto questo argomentare è frutto della riflessione welzeliana, si veda H. WELZEL, *Il nuovo volto del sistema penale*, cit., pp. 37-38.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 38; sul concetto di *Unrechtstatbestand* si veda anche E. SCHMIDHÄUSER, *Der Unrechtstatbestand*, in *FS für Engisch*, Frankfurt, 1969, p. 433 e ss. Questo concetto di *Unrechtstatbestand* è una specie di "ibridazione" che utilizza gli elementi del fatto tipico, condotta evento e nesso causale, per graduare il concetto d'illecito. In questo modo, da un lato, non si cerca una graduazione della tipicità e si evita, dall'altro lato, mediante un artificio sistematico, che possa venire intaccato il concetto di "giudizio di antigiuridicità," che rimane, quindi, assoluto e non graduato. L'effetto di questa costruzione rafforza un certo pregiudizio sul concetto di tipicità che viene visto come assoluto, esistenza o assenza, mentre i gradi degli elementi della tipicità continuano a "fluidificare" la categoria dell'antigiuridicità. La ragione di questa costruzione risiede nel fatto che con difficoltà è immaginabile una graduazione della categoria della tipicità in sé, limitando le analisi allo studio dell'intensità dei suoi elementi, intesi in funzione della graduazione dell'antigiuridicità. La modifica degli elementi della tipicità non viene guardata in funzione della

l'indeclinabilità dell'antigiuridicità, spostando l'attenzione sull'oggetto materiale del giudizio d'illiceità, che viene così riconosciuto come graduabile⁹⁰.

Quest'attenzione alla quantità nell'antigiuridicità materiale di viene più consapevole, dato l'oscuramento di Zimmerl, con il saggio che Kern pubblica nel 1952⁹¹. I connotati dell'oggetto materiale dell'aggressione, il suo valore, le modalità della condotta aggressiva del bene, le circostanze peculiari di svolgimento del fatto, il comportamento *post factum* del reo, sono tutte variabili indipendenti della graduazione dell'illecito⁹². Pur non brillando per approfondimento teorico e dogmatico, il saggio rivela, attraverso

---

graduazione della tipicità, ritenuta non possibile, bensì trasferita sull'antigiuridicità, dove esplica una determinante funzione in ordine, tra l'altro, ai reati bagattellari impropri e alla clausola di esiguità del fatto. Queste considerazioni potrebbero, da un lato, avere rilievo sulla concezione tripartita del reato, per cui l'antigiuridicità o è non graduabile, o se lo è, si devono necessariamente trovare dei parametri diversi dagli elementi del fatto tipico. Fuori da questa alternativa, essa non sarebbe altro che una sintesi sistematica di elementi del fatto tipico e, quindi, sarebbe dentro il fatto tipico e non fuori, almeno dal punto di vista ontologico, con potenziali riflessi sull'antinomia tra concezione bipartita e tripartita del reato. Dall'altro lato, poi, il tentativo di costruire la tipicità come categoria graduabile tramite la graduazione dei suoi due caratteri, previsione espressa e determinata, e applicazione necessitata sulla pena, ovvero del binomio precetto-sanzione potrebbe, invece, far dipendere la graduazione dell'antigiuridicità dagli elementi del fatto tipico.

⁹⁰ Cfr., H. WELZEL, *Il nuovo volto del sistema penale*, cit., p. 38; su questo processo visto nell'ottica delle concezioni gradualistiche del reato, ancora, C.E. PALIERO, *minima non curat praetor*, cit., pp. 706-707. Di recente, si è sostenuto che il concetto d'illecito oggetto del giudizio di antigiuridicità è troppo oggettivo e legato alla lesione e messa in pericolo del bene tutelato. Con questa consapevolezza, dunque, si propone una rivisitazione della natura del concetto di illecito, collegandolo al disconoscimento del diritto, rispetto alla generalità e nei confronti della vittima. Questa misura di disconoscimento dipenderebbe anche, ad esempio, dalla misura della lesione dolosa del bene o dalla risoluzione per un'azione più o meno pericolosa. In questo senso, W. FRISCH, *Unrecht und Schuld*, cit., p. 250 e ss., p. 254 e ss.

⁹¹ E. KERN, *Grade der Unrechtswidrigkeit*, cit., p. 255, che erroneamente si riferisce al grado dell'antigiuridicità, nel senso che pur rimanendo convinto della monoliticità del contrasto con l'intero ordinamento, utilizza un termine dogmaticamente inidoneo, appunto "antigiuridicità", al posto di quello corretto di "illecito".

⁹² Sul punto ancora, C.E. PALIERO, *Minima non curat praetor*, cit., p. 709.

una ricca casistica⁹³, la convinzione che al centro della graduazione dell'antigiuridicità si debba collocare il tema della commisurazione della pena. L'adeguamento della gravità del fatto storico alla pena e della sanzione alle modalità concrete del fatto sono punto di partenza teorico, e uno dei traguardi pratici, della teorizzazione. I rapporti d'intensità tra questi elementi, e lo stesso grado d'illiceità, sono colti soltanto in sede di commisurazione della pena e non *a priori* o al di fuori⁹⁴.

La successiva rivisitazione della teoria a opera di Peter Noll⁹⁵ passa attraverso due tappe. Nella prima, ripercorrendo sostanzialmente le argomentazioni tradizionali, s'introduce una distinzione tra la graduazione legislativa delle diverse gravità dell'illecito, e quella giudiziale, per tramite dei criteri di commisurazione della pena⁹⁶. In un secondo momento, invece, si cerca di affrancare la teoria dell'antigiuridicità materiale e dei gradi d'illecito dalla commisurazione della pena in senso stretto: la gravità dell'illecito sta nel rapporto tra il numero e la consistenza degli elementi d'illecito, rispetto al numero e alla consistenza degli elementi scriminanti⁹⁷. La

---

⁹³ Cfr., E. KERN, *Grade der Rechtswidrigkeit*, cit., p. 263 e ss.; esemplifica parlando di ipotesi di antigiuridicità attenuata nel caso di violazione di un divieto non espresso; del superamento dei limiti di un'azione permessa; lievità del danno cagionato; condotta omissiva; grado di lesione inferiore alla media; uccisione di un malato; omicidio del consenziente; omicidio di un "farabutto"; concorso della vittima; attenuazione dell'antigiuridicità nella violazione del dovere di denuncia rispetto al dovere di impedimento dell'evento. Si ritiene che la lesione di un bene senza il consenso del titolare sia meno grave di quella attuata contro il consenso. Parallelamente, l'illecito commesso in violazione di un'autorizzazione è meno grave di quello commesso in assenza di un'autorizzazione (oggi sul punto, si veda, M. MANTOVANI, *L'esercizio di un'attività non autorizzata. Profili penali*, Torino, 2003, p. 28 e ss., p. 35 e ss.); si veda ancora, C.E. PALIERO, *Minima non curat praetor*, cit., p. 708. Per una serie di criteri di graduazione dell'illiceità si veda anche G.V. DE FRANCESCO, *La proporzione nello stato di necessità*, Napoli, 1978, p. 162.

⁹⁴ Ancora, E. KERN, *Grade der Rechtswidrigkeit*, cit., p. 290; anche se non si capisce se come criterio di sintesi o come portatore di un proprio plusvalore che non trova rappresentanza negli altri criteri di commisurazione della pena. Si veda anche la posizione di J. KRUMPELMANN, *Die Bagatelldelikte*, cit., p. 31.

⁹⁵ Cfr., P. NOLL, *Übergesetzliche Milderungsgründe*, cit., p. 181 e ss.; e ID., *Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe im besondern die Einwilligung des Verletzten*, Basel, 1955.

⁹⁶ Si veda, ID., *Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe*, cit., p. 45.

⁹⁷ ID., *Übergesetzliche Milderungsgründe*, cit., p. 184.

graduazione dell'illecito viene separata, così, dalla commisurazione della pena⁹⁸, e si avvia ad applicarsi oltre il mero ambito dei conflitti tra beni e doveri⁹⁹, cioè verso la teoria dell'esiguità e dell'irrelevanza penale del fatto¹⁰⁰.

4. Concezione gradualistica e teoria degli illeciti bagatellari

Qualità e quantità del reato si confrontano anche in tema di bagatelle e di esiguità del fatto¹⁰¹. La posizione tradizionale di due maestri come Beling e Binding, sulla natura esclusivamente qualitativa della conformità alla fattispecie e sull'insensatezza di una delimitazione quantitativa tra lecito e illecito, ha una sua ragione profonda¹⁰². L'inammissibilità di una visione gradualistica dell'illecito, infatti, onora il dogma garantista che affida al solo diritto positivo la capacità e l'effetto di tracciare la linea di demarcazione tra lecito e illecito¹⁰³. La possibilità di graduare la risposta penale è esclusivamente affidata alla diversificazione della pena edittale. Solo una rinnovata attenzione alla concretezza, insieme con la prospettiva di efficacia *in bonam partem*, modificherà il quadro di riferimento politico e culturale della questione.

⁹⁸ Cfr., J. KRUMPELMANN, *Die Bagatelldelikte*, cit., p. 31.

⁹⁹ Ancora, *ibidem*, p. 29.

¹⁰⁰ Cfr., K.L. KUNZ, *Das Strafrechtliche Bagatellprinzip*, cit., p. 126; oltre che J. KRUMPELMANN, *Die Bagatelldelikte*, cit., p. 27; Paliero parla di criterio di governo dei processi di depenalizzazione, si veda C.E. PALIERO, *Minima non curat praetor*, cit., p. 714; qualche anno prima della ricerca di Paliero, appare la fondamentale indagine sulle *Ordnungswidrigkeiten* e, quindi, sui rapporti di contiguità tra illecito amministrativo e illecito penale, di H. MATTES, *Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten*, vol II, *Geltendes Recht und Kritik*, Berlin, 1982, pp. 8 e ss., 25 e ss., 43 e ss., 125 e ss.

¹⁰¹ Sulle teorie quantitative di distinzione tra illecito amministrativo e illecito penale si veda l'indagine di H. MATTES, *Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten*, cit., p. 8 e ss., p. 25 e ss.; che ribadisce anche le difficoltà reali di una distinzione materiale tra i due ordinamenti, ID., *Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten*, cit., p. 125, p. 139 e ss.

¹⁰² Si veda il riferimento di K.L. KUNZ, *Das Strafrechtliche Bagatellprinzip*, cit., p. 125.

¹⁰³ Cfr., J. KRUMPELMANN, *Die Bagatelldelikte*, cit., p. 27.

L'introduzione della visione quantitativa si ha, come già visto, con la teoria dell'antigiuridicità materiale¹⁰⁴. La legge non tutela più obblighi e divieti, ma beni giuridici che diventano contenuto stesso della norma. Il diritto positivo è necessario ma non più sufficiente per la qualificazione penale¹⁰⁵. Adesso è l'illecito materiale che indica la soddisfazione dei requisiti della meritevolezza e del bisogno di pena. Solo dinanzi all'azione materialmente *strafwürdig* e sostanzialmente *strafbedürftig*, il diritto e la sanzione penale si applicano in condizioni di legittimità¹⁰⁶. Il giudizio d'antigiuridicità formale sancisce la conformità alla fattispecie e apre alla valutazione sostanziale e quantitativa dell'antisocialità materiale¹⁰⁷.

Il concetto di bagatella, caratterizzato da una rilevante diminuzione del grado d'illecito, si colloca proprio nello stacco tra antigiuridicità formale e materiale¹⁰⁸. Il concetto d'esiguità, essenza del reato bagatellare, si presenta come concetto graduale e relazionale¹⁰⁹ e viene definito in base alla collocazione di un caso concreto dentro una serie ordinale di casi. La definizione quantitativa di un caso è la sua posizione dentro la serie; l'esiguità è, invece, quella proprietà caratteristica delle posizioni di livello più basso¹¹⁰. Questa graduazione verso il basso di cui è espressione l'esiguità, che incide sia sul *quomodo* che sull'*an* della punibilità¹¹¹, è *ratio essendi* del tipo bagatellare e «non fonda soltanto un criterio di politica criminale ma può assurgere, se puntigliosamente rintracciata in via

¹⁰⁴ Cfr., E. KERN, *Grade der Rechtswidrigkeit*, cit., p. 262 e ss.; J. KRUMPELMANN, *Die Bagatelldelikte*, cit., p. 28 e ss.; K.L. KUNZ, *Das Strafrechtliche Bagatellprinzip*, cit., p. 126; L. ZIMMERL, *Aufbau des Strafrechtssystems*, cit., p. 71 e ss.

¹⁰⁵ Si veda, K.L. KUNZ, *Das Strafrechtliche Bagatellprinzip*, cit., p. 126.

¹⁰⁶ Ancora, *ibidem*, p. 130.

¹⁰⁷ L'interpretazione quantitativa della differenza tra diritto penale e diritto amministrativo è stata parzialmente avallata dalla Corte Costituzionale tedesca (v. BverfG, 21.06.1977, in «Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts», 45, p. 288 e ss.) che, sebbene rintracci ordinariamente tra diritto penale e amministrativo una differenza di valore e qualità dei beni, nei casi limite vede, tuttavia, solo una differenza di grado.

¹⁰⁸ K.L. KUNZ, *Das Strafrechtliche Bagatellprinzip*, cit., p. 130.

¹⁰⁹ J. KRUMPELMANN, *Die Bagatelldelikte*, cit., p. 39.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 41.

¹¹¹ C.E. PALIERO, *Minima non curat praetor*, cit., p. 654.

interpretativa nel sistema positivo, a connotato tipizzante, sia pure eventuale, del fatto di reato»¹¹².

La concettualizzazione del reato bagatellare passa, quindi, attraverso la categoria dell'esiguità¹¹³. Posta la tradizionale distinzione tra reati bagatellari propri e impropri¹¹⁴, cioè tra fattispecie incriminatrici già in astratto lievi e realizzazioni concretamente lievi di fattispecie che a livello edittale non sono tenui, si capisce come la graduazione dell'esiguità possa essere d'ausilio nel rintracciamento dei parametri materiali d'individuazione del reato bagatellare improprio¹¹⁵. Dentro il concetto di fatto si lasciano individuare, dunque, una molteplicità di fattispecie in rapporto scalare di gravità dell'offesa al bene tutelato¹¹⁶. Sulla scia illuminata di Zimmerl, si sottolinea come sia necessaria una ricostruzione della tipicità bagatellare "interna", che indichi formalmente quali sottofattispecie concrete possano essere considerate esigue ai fini dell'individuazione del reato bagatellare improprio¹¹⁷.

I due modelli tradizionali di accesso al reato bagatellare sono quello ristretto di Krümpelmann, basato esclusivamente sul disvalore di evento, di condotta e sulla colpevolezza intesa come *Tatschuld*, quindi priva di elementi caratterologici e personologici¹¹⁸, e quello esteso di una parte della dottrina tedesca che sposa la già

---

¹¹² In questi termini, *ibidem*, p. 659; sulla compatibilità tra le clausole di irrilevanza del fatto e il principio di legalità che in questo caso contiene solo un divieto di punizione, si veda, G. VASSALLI, voce *Nullum crimen nulla poena sine lege*, cit., p. 282.

¹¹³ Sui modelli normativi di valorizzazione dell'esiguità si veda, ancora, C.E. PALIERO, *Minima non curat praetor*, cit., pp. 670-682.

¹¹⁴ Cfr., *ibidem*, p. 146 e ss.

¹¹⁵ Ancora, *ibidem*, p. 694.

¹¹⁶ Così, esattamente, G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti*, cit., p. 1216; sulla stessa linea, E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., p. 356.

¹¹⁷ In questo senso, C.E. PALIERO, *Minima non curat praetor*, cit., pp. 648-650; lo scopo è l'edificazione di un "modello analiticamente costruito sulla base di criteri il più possibile razionali trasparenti e controllabili", così, ancora, *ibidem*, cit., p. 695.

¹¹⁸ J. KRÜMPELMANN, *Die Bagatelldelikte*, cit., p. 92; sul punto, C.E. PALIERO, *Minima non curat praetor*, cit., p. 718 e ss.

nota commisurazione anticipata della pena¹¹⁹. *Antipizierte Strafzumessung* che considera la colpevolezza arricchita da elementi personologici e caratterologici e si concentra sulla vittima del reato, introducendo valutazioni di tipo preventivo e unendo elementi del fatto e dell'autore¹²⁰.

Negli ultimi anni si sono affacciati altri due modelli di reato bagatellare improprio. Secondo una prima impostazione, criterio centrale per decodificare l'esiguità dev'essere il disvalore d'evento, la cui modulazione, all'interno dell'esclusiva considerazione del disvalore del fatto, può individuarsi sia attraverso una disciplina di parte speciale, sia grazie a una clausola di chiusura orientata al modello dei criteri quantitativi anelastici. Alle considerazioni preventive inerenti il tipo di autore sarebbe affidata la funzione di limite negativo per l'esiguità del fatto commesso da un autore non bagatellare¹²¹.

Un ulteriore modello bagatellare è quello tipologico¹²². Il problema dell'identificazione del limite della rilevanza penale viene affrontato, così, mediante l'utilizzazione di casi-modello cui confrontare il fatto concreto, intesi sia come casi di media frequenza di verifica, sia come ipotesi di media gravità¹²³. Operativamente, tuttavia, esso non rivela una facile intelligenza quando si dice che, introducendo la distinzione tra fattispecie e tipo, solo la prima, il *Tatbestand*, comprende modalità di realizzazione tipiche che sono anche immeritevoli e non bisognose di sanzione penale, a differenza

---

¹¹⁹ Si veda la dottrina citata da C.E. PALIERO, *Minima non curat praetor*, cit., p. 724 e ss.; sulla commisurazione anticipata della pena, si vedano le opere citate alla nota n. 217 del capitolo precedente.

¹²⁰ Parla di commisurazione ipotetica della pena, R. MOOS, *Zur Reform des Strafprozeßrechts und des Sanktionsrechts für Bagatelldelikte*, Wien-New York, 1981, p. 155; definisce la commisurazione anticipata della pena H. ZIPF, *Die mangelnde Strafwürdigkeit der Tat*, Salzburg, 1975, p. 23. Questa impostazione è anche quella seguita dalla giurisprudenza italiana, sul punto ancora C.E. PALIERO, *Minima non curat praetor*, cit., pp. 724-731.

¹²¹ È la proposta di C.E. PALIERO, *Minima non curat praetor*, cit., pp. 733-753.

¹²² K.L. KUNZ, *Das Strafrechtliche Bagatellprinzip*, cit., p. 198 e ss.; sul concetto di tipo in ambito bagatellare si veda anche H. MATTES, *Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten*, cit., p. 154 e ss.

¹²³ K.L. KUNZ, *Das Strafrechtliche Bagatellprinzip*, cit., p. 204 e ss.

del *Typus*, il quale sarebbe costruito in modo tale da comprendere soltanto comportamenti non bagatellari¹²⁴. Appare chiaro, invece, il riferimento alla funzione del tipo: non essendo possibile una definizione classificatoria della soglia di rilevanza, si accede alla sua localizzazione tipologica, cioè ordinale.

Interessante è il tentativo di confutare la posizione welzeliana che distingue l'antigiuridicità, in quanto classificatoria, dall'illiceità, quale oggetto graduale del giudizio della prima¹²⁵. Non esiste, si dice, una divergenza metodologica, poiché solo il risultato dell'accertamento dell'antigiuridicità è classificatorio, il procedimento consisterebbe, invece, di una valutazione ordinale degli elementi legislativi di fattispecie, unico modo per interpretare e far vivere il dettato formale e aprioristico della fattispecie. Antigiuridicità e illiceità non utilizzerebbero metodologie differenti, ma sarebbero momenti diversi di un unico processo cognitivo stratificato che rappresenta il punto di contatto, il *Bezugspunkt* tra fattispecie astratta e caso concreto¹²⁶.

La costruzione gradualistica del reato contribuisce ampiamente, in definitiva, all'individuazione delle differenze tra fatti di reato simili, che è una delle grandi conquiste del diritto penale moderno¹²⁷, e si rivela uno degli approdi dogmatici più significativi e fecondi degli ultimi decenni di scienza penale: mostra una capacità ermeneutica specifica nel diritto penale¹²⁸ e profondi legami epistemologici con la logica dei concetti ordinali e la teoria del tipo¹²⁹. È, d'altro canto, struttura portante della stessa commisurazione della pena, che sintetizza, nel grado della gravità del fatto, i rilievi scalari in ordine alla colpevolezza e all'illiceità, trasformandoli in "cifra penale".

¹²⁴ *Ibidem*, pp. 213-214.

¹²⁵ *Ibidem*, pp. 229-230.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 231.

¹²⁷ Di questa opinione è T. PADOVANI, *Il grado della colpa*, cit., p. 880.

¹²⁸ Utilizzata da C.E. PALIERO, *Minima non curat praetor*, cit., p. 693 e ss.; e accennata in alcune ricostruzioni del fondamento della distinzione tra delitti e contravvenzioni; si veda quanto riportato in M. DONINI, *Teoria del reato*, cit., p. 238 e ss.

¹²⁹ L'opera di riferimento è, come già più volte segnalato quella di Hempel e Oppenheim.

Sezione II

La graduazione del reato nella commisurazione della pena

1. *Il ruolo della cornice edittale e il procedimento verso la pena individuale*

L'attuale stato problematico della teoria della commisurazione della pena scopre il carattere illusorio della preconizzazione positivista di tardo Ottocento della scomparsa delle questioni di commisurazione della pena¹³⁰, previsione ripresa poi dal sogno novecentesco del giudice-computer¹³¹. Anzi, l'interesse per la commisurazione è stato rinvigorito nel secondo dopoguerra, certamente anche per reazione alla deriva intuizionistica e arbitraria ch'esso visse durante il regime nazista¹³².

Intonso è, dunque, il tema del peso del reato¹³³ e del rapporto tra qualità e quantità nell'approccio al, e del, diritto penale. La rivalutazione degli aspetti quantitativi del reato si pone come la ricerca della quantità di una certa qualità che corrisponde alla quantità di un'altra qualità¹³⁴. Il problema nasce dal fatto che le teorie tradizionali della commisurazione della pena intendono la qualità alla quale la pena deve corrispondere, come un'entità metafisica: la giustizia, la colpevolezza. Questa trascendenza del parametro di quantifi-

¹³⁰ Ne riferisce H.J. ALBRECHT, *Strafzumessung bei schwerer Kriminalität im Vergleich*, in «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», 1990, p. 596.

¹³¹ Sul punto si vedano le considerazioni di W. HASSEMER, *Die Formalisierung der Strafzumessungsentscheidung*, in «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», 1978, p. 64; ID., *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur Strafrechtlichen Hermeneutik*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1968, p. 17 e ss.

¹³² Si veda, W. FRISCH, *Straftatsystem und Strafzumessung. Zugleich ein Beitrag zur Struktur der Strafzumessungsentscheidung*, in *140 Jahre Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, Heidelberg, 1993, p. 3.

¹³³ Si dice che i comportamenti possono essere pesati proprio come se fossero dei corpi solo se hanno una caratteristica che può essere misurata, così, A. MONTENBRUCK, *Abwägung und Umwertung*, Berlin, 1989, p. 24.

¹³⁴ Quasi testualmente, G. SPENDEL, *Zur Lehre vom Strafmaß*, Frankfurt am M., 1954, p. 171, l'A. si sofferma anche sulle ascendenze aristoteliche della questione, rinviando a, e commentando, alcuni brani dell'*Etica Nicomachea* (p. 171 e ss.).

cazione rende estremamente difficile un procedimento razionale ed eguale di risoluzione della norma astratta nel fatto concreto, e della cornice edittale nella misura individuale della pena.

Di recente, diversi autori hanno tentato di limitare queste incertezze introducendo parametri più concreti, aprendo alla comparazione tra casi, indirizzandosi verso prospettive di tipo graduale, cioè rinforzando la riflessione quantitativa sul concetto di reato. Tappa necessaria di questo percorso è una rivalutazione della posizione e funzione della cornice edittale, del ponte tra la norma astratta e il fatto storico.

La rotta tracciata sinora evidenzia come il rapporto tra astrattezza e concretezza, tra legge e storia, tra fattispecie e fatto reale, guidi l'analisi dei rapporti tra tipicità e diritto penale intertemporale, tra la fattispecie riformulata e la sua antecedente. Questa prospettiva colloca la cornice edittale, uno dei concetti più negletti della dogmatica penalistica, in un inusitato centrale ruolo dogmatico. Essa media tra astrattezza e concretezza, fornisce criteri e limiti per il giudizio sul fatto, nella sua confinata indeterminatezza permette la concretizzazione e l'individuazione della pena giusta. Essa esprime la via migliore, la terza, tra la previsione di pena assoluta e il quasi completo arbitrio nell'individuazione e commisurazione della giurisdizione preilluministica. La cornice edittale è "l'altra faccia" della medaglia dell'astrattezza e della tipicità di fattispecie¹³⁵, oltre che lo strumento primo e privilegiato per la comparazione dei reati¹³⁶.

La cornice è l'ingresso per una riconsiderazione in chiave ermeneutica della fattispecie, poiché essa permette all'attività del giudice di compiere la norma di fattispecie, di farle spiegare pienamente le

---

¹³⁵ In questo senso l'interessante lavoro di S. BAHLMANN, *Rechts- oder kriminalpolitische Argumente innerhalb der Strafgesetzauslegung und anwendung*, Baden-Baden, 1999, p. 122 e ss.

¹³⁶ In questo senso, invece, M. MAURER, *Komparative Strafzumessung*, Berlin, 2005, p. 100; che, impostando tutta la sua ricerca sull'individuazione e l'analisi dei parametri di comparazione tra sentenze per casi simili, allo scopo di proporre un'impostazione che possa ridurre la disuguaglianza dei giudicati, necessariamente deve dedicarsi alla cornice edittale anche se poi di fatto si limita a un'indicazione piuttosto generica sul ruolo della forbice edittale.

proprie funzioni e quelle della pena. La rieducazione del reo passa proprio attraverso l'analisi che il giudice deve fare al momento dell'individuazione della sanzione delimitata dalla forbice edittale. Essa svela, come si vedrà¹³⁷, che accanto al precetto generale "non commettere reati" c'è il precetto speciale che impone, dietro minaccia di una pena più severa, che il reato già commesso non abbia caratteri di gravità. L'apertura all'approccio ermeneutico del diritto penale sottende, così, anche valutazioni normoteoretiche, relative alla natura e all'estensione dei precetti penali, e dogmatiche, inerenti la valutazione di comportamenti già penalmente illeciti.

La cornice edittale non è, tuttavia, solo viatico dogmatico dove s'intersecano le strade della vita sociale e della norma penale, dove norma astratta e fatto concreto ermeneuticamente si fondono, essa porta con sé delle valutazioni che risultano, da un lato, vincolanti, e, dall'altro, paradigmatiche per l'onere commisurativo affidato al giudice. Non si escludono soltanto le pene che giacciono al di là dei confini inferiori e superiori, la cornice contiene anche una valutazione positiva, cioè impone che una differente severità di pena tra fatti omogenei sia espressione di una corrispondente divergenza della gravità dei due fatti storici¹³⁸. Di questa visione s'è fatta carico la dottrina della *kontinuierliche Schwereskala*¹³⁹. Essa stabilisce un vincolo tra la severità della pena e la gravità del reato, in modo che si debbano costruire due serie ordinali: una contenente le variazioni quantitative della pena, e l'altra le diverse gravità delle ipotesi di

¹³⁷ Si rinvia ai paragrafi 2 e 3, della Sezione II, capitolo IV.

¹³⁸ Tra gli altri, citati alle note successive, spicca W. FRISCH, *Massstäbe der Tatproportionalität und Veränderungen des Sanktionenniveaus*, in W. FRISCH, A. VON HIRSCH, H.J. ALBRECHT (a cura di), *Tatproportionalität*, Heidelberg, 1999, pp. 150-160.

¹³⁹ Quest'impostazione si deve compiutamente a E. DREHER, *Über die gerechte Strafe*, Heidelberg, 1947, p. 61 e ss.; ripresa e approfondita da H.J. BRUNS, *Das Recht der Strafzumessung*, Köln, 1985², p. 60 e ss. Su questa dottrina si veda, A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato*, cit., p. 351; sul raffronto tra fattispecie e pene nella prospettiva di una scala di valori costituzionali si vedano, V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., p. 264 e ss.; e M. PAPA, *Considerazioni sul controllo di costituzionalità relativamente alla misura edittale delle pene in Italia e negli U.S.A.*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1984, pp. 742-743.

reato da confrontare. Dal loro incrocio s'individua la pena adeguata alla gravità¹⁴⁰.

Anche la giurisprudenza tedesca ha riconosciuto tale interpretazione del ruolo della cornice edittale. In una sentenza dell'*Oberlandesgericht* di Stoccarda, si sottolinea che la cornice edittale contiene una scala di gravità dal lieve al grave¹⁴¹, e che essa fornisce prescrizioni al giudice sulla valutazione di colpevolezza e illiceità del fatto¹⁴². Il BGH ha confermato la teoria della *scala di gravità* nella fondamentale sentenza della terza sezione pronunciata il 13 settembre del 1976¹⁴³, nella quale si precisa anche il concetto di *Normalfall*, caso normale, strettamente legato a quella teoria, poiché permette di stabilire se un fatto tende alla maggiore gravità o alla maggiore esiguità, utilizzando come riferimento per la commisurazione della pena l'ipotesi più frequente e non quella espressione della media aritmetica¹⁴⁴.

---

¹⁴⁰ Tra i sostenitori anche W. STREE, sub *Vorbem.* §§ 38 ff., in A. SCHÖNKE, H. SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München, 2006²⁷, p. 725; anche E. HORN, sub § 46, in *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Berlin, 1994, p. 37; H. TRÖNDLE, T. FISCHER, sub §46, in *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, München, 2007, p. 344; e, ancora, H.J. BRUNS, *Anmerkungen zu BGH, Beschl. 13.9.1976*, in «Juristische Rundschau», 1977, p. 165; W. FRISCH, *Revisionsrechtliche Probleme der Strafzumessung*, Köln, 1971, p. 161; W. FRISCH, M. BERGMANN, *Zur Methode der Entscheidung über den Strafraumen*, in «Juristenzeitung», 1990, p. 947; più sfumato G. GRIBBOHM, sub §46, in *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Berlin, 2003¹¹, pp. 136-137. Anche se gli autori non ne fanno cenno, quest'impostazione è perfettamente in armonia con una concezione tipologica della commisurazione della pena.

¹⁴¹ La Corte parla esattamente di «scala approssimativa di gravità».

¹⁴² La decisione è OLG Stuttgart, 28.08.1960, in «Monatsschrift für deutsches Recht», 1961, p. 343; la Corte ha ricevuto il rinvio di un caso annullato dal BGH nel quale si sosteneva che la cornice edittale fornisce solo un limite massimo e minimo vincolati, ma nessuna altra vera indicazione sulla commisurazione della pena, per cui si ritenne in un caso concreto la pena minima come eccessiva in assoluto, e la si applicò senza motivare sulla tenuità del fatto. La sentenza è stata annullata da BGH, 15.06.1976, in «Juristische Rundschau», 1977, p. 159; ne riferisce anche T. SCHOTT, *Gesetzliche Strafraumen und ihre tatrichterliche Handhabung*, Baden-Baden, 2004, p. 40.

¹⁴³ Così, BGH., 13.09.1976, in «Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen», 27, p. 2 e ss.

¹⁴⁴ Proprio nella sentenza che si citava, pronunciata il 13 settembre del 1976, si ritiene che questo paradigma che orienta la direzione di valutazione non si deve intendere come media aritmetica della cornice edittale ma come la manifestazione più frequente di un determinato reato, quindi un approccio fenomenologico e non formale. Si rinvia a quanto detto alla nota n. 194 del capitolo precedente.

Quest'impostazione della valenza della cornice edittale, insieme con tutto l'impianto della teoria della scala di gravità, è stata sottoposta a più di una critica¹⁴⁵. Si imputa¹⁴⁶ a questa teoria d'essere eccessivamente malleabile dal giudice, il quale può individuare il caso normale in base al risultato pregiudiziale che vuole ottenere¹⁴⁷. Le si addebita, ancora, la soggezione all'obsolescenza politico-criminale della cornice edittale, che muta di significato col passare del tempo, e, inoltre, di non essere quasi mai espressione genuina di una tavola condivisa di valori, condizione, da taluno, ritenuta essenziale per affidare una tale importanza alla cornice edittale¹⁴⁸. In altri casi, infine, si considerano alcune incongruenze legislative¹⁴⁹ relative alla medesimezza di pena tra ipotesi base e reato attenuato, per ribadire l'infondatezza della teoria della *kontinuierliche Schwere skala*¹⁵⁰.

Purtuttavia, non pare che si possa pensare, anche di fronte alle critiche più ficcanti, a un abbandono della dottrina della scala di gravità. Essa è fonte di razionalità del sistema penale a tutti i livelli. A livello politico criminale, dove forbici edittali diverse distinguono categorie di reati a gravità disomogenea. A livello dell'applicazione del diritto penale, ponendo una gerarchia di gravità dal massimo al minimo edittale che il giudice deve rispettare, e di cui deve dare conto nella motivazione della sentenza. A livello dogmatico, perché trasforma gli elementi del reato, tipicità illicei-

¹⁴⁵ Per una visione generale delle critiche oltre ai commentari si vedano T. SCHOTT, *Gesetzliche Strafraumen*, cit., p. 42 e ss.; e C. FAHL, *Zur Bedeutung des Regelatbildes bei der Bemessung der Strafe*, Berlin, 1996, p. 185 e ss.

¹⁴⁶ Oltre a obiezioni di piccolo cabotaggio, come quelle che a fronte di una limitata gradazione della pena ci sono molte più variabili nella gravità del fatto, e che la commisurazione della pena attiene alla tipologia di sanzione e non solo alla quantità.

¹⁴⁷ F. STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen. Die Strafzumessung und ihre Grundlagen*, Stuttgart, 2002², p. 259, Rn. 493 (prima edizione 1991).

¹⁴⁸ Cfr., U. FRANK, *Anmerkungen zu BGH, Beschl. 13.9.1976*, in «Neue Juristische Wochenschrift», 1977, p. 686; F. STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen. Die Strafzumessung und ihre Grundlagen*, Stuttgart, 260, Rn., 494.

¹⁴⁹ Questa è almeno la difesa di E. DREHER, *Über Strafraumen*, in *Fs für H.J. Bruns*, Berlin, 1978, p. 151.

¹⁵⁰ Ancora, U. FRANK, *Anmerkungen zu BGH, Beschl. 13.9.1976*, in «Neue Juristische Wochenschrift», 1977, p. 687.

tà e colpevolezza, in fattori di ponderazione anticipati, orientati all'identificazione non solo della punibilità ma anche della gravità del reato¹⁵¹.

Questa dottrina riconsidera, così, la funzione della cornice editale non solo come modalità d'indicazione della sanzione penale ma soprattutto come strumento d'interpretazione della fattispecie. Quest'impostazione culturale si può connettere allo sforzo di razionalizzazione che negli anni '50 si profuse a favore del procedimento di "riduzione" della cornice editale nella pena per il fatto storico. Qui, utilizzando la nota distinzione tra elementi del fatto e loro valutazione¹⁵², Spendel adotta, nella sua monografia di abilitazione, la celebre tripartizione tra fase finale, reale e logica della commisurazione della pena¹⁵³.

La fase finale è quella in cui si devono individuare gli scopi della pena¹⁵⁴, la fase reale quella nella quale individuare i criteri effettivi di declinazione della commisurazione della pena¹⁵⁵.

¹⁵¹ Sulla dottrina della *antizipierte Strafzumessung* si rinvia alle opere già più volte citate alle note precedenti, qui, per tutti, H.J. BRUNS, *Strafzumessungsrecht, Gesamtdarst.*, cit., pp. 70 e ss., 363 e ss.; inoltre, W. FRISCH, *Gegenwärtiger Stand*, cit., p. 798, parla dell'utilità degli elementi graduali della fattispecie per la commisurazione della pena.

¹⁵² Spendel "sovrascrive" la definizione prima ricordata di A. WIMMER, *Bemerkungen zur Revisibilität der Strafzumessung*, in «Neue Juristische Wochenschrift», 1947, 48, p. 316; si veda anche, Id., *Die ändernde Sachentscheidung des Revisionsgerichts im Strafsachen*, in «Monatsschrift für deutsches Recht», 1948, p. 72 e ss.

¹⁵³ Ci si riferisce alla nota opera di G. SPENDEL, *Zur Lehre vom Strafmass*, Frankfurt am M., 1954, p. 191 e ss.; posizione che l'A. ha avuto modo di ribadire diverse altre volte, per esempio, si ricorda G. SPENDEL, *Zur Entwicklung der Strafzumessungslehre*, in «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», 1971, p. 204; saggio che è per metà recensione dell'opera di Bruns, Zipf, Henkel e Haag, e per metà riproposizione aggiornata della propria dottrina. Sul punto si veda anche, A. MONTENBRUCK, *Abwägung und Umwertung*, cit., p. 19 e ss.

¹⁵⁴ È uno schema in sé vuoto, quindi accessibile a qualsiasi funzione ipotizzata per la pena, anche se Spendel dal canto suo era ben convinto della funzione retributiva e repressiva della sanzione penale; si veda G. SPENDEL, *Zur Lehre vom Strafmass*, cit., p. 192.

¹⁵⁵ Spendel distingue tra circostanze oggettive e soggettive inerenti il fatto; circostanze inerenti la persona del reo; circostanze esterne al fatto in senso stretto ma che ricadono dentro la sua sfera di influenza; si veda *ibidem*, p. 202. In particolare, nel suo riferirsi a questa terza categoria di circostanze è chiara la contiguità col modello belinghiano della *Aussenzone*.

Il momento logico ha lo scopo, invece, di mettere in relazione le prime due fasi: il giudice articola la motivazione e il fondamento dell'entità della pena, seguendo gli scopi e i mezzi per realizzarla¹⁵⁶.

Bruns ha, poi, ulteriormente diversificato il modello di Spindel in un procedimento a cinque fasi. Le prime due fasi ricalcano, nella sostanza, l'impostazione di Spindel. Nelle ultime tre, invece, Bruns estende e specifica la fase logico-intellettuale prevedendo, come terza tappa, l'identificazione della direzione modificatoria delle circostanze. Come quarta fase, si aggiunge la loro globale valutazione e reciproca ponderazione. Si pone, poi, come contenuto della quinta fase, la trasposizione delle valutazioni effettuate in cifra penale, in misura di sanzione¹⁵⁷.

La dottrina non si è, per vero, fermata a questo livello, ed è giunta a ipotizzare procedimenti decisorî a sette o otto fasi¹⁵⁸, utili a una razionalizzazione scientifica del processo di commisurazione della pena, ma complessi e poco praticabili¹⁵⁹. Considerazioni parzialmente simili meritano le teorie matematiche di commisurazione della pena. Simili, perché esse non pretendono un'impostazione valoristica legata a una specifica funzione della pena, come fanno, invece, le teorie della commisurazione che si analizzeranno successivamente. Solo parzialmente, tuttavia, nel-

¹⁵⁶ Così, *ibidem*, p. 193; a criticarne l'impianto, per la promessa non mantenuta di razionalità ci pensa, F. STRENG, *Strafzumessung und relative Gerechtigkeit. Eine Untersuchung zu rechtlichen, psychologischen und soziologischen Aspekten ungleicher Strafzumessung*, Heidelberg, 1984, p. 45.

¹⁵⁷ Cfr., H.J. BRUNS, *Das Recht der Strafzumessung*, Köln², 1985, pp. 6, 23, 243, 259; ancora, ID., *Grundprobleme des Strafzumessungsrechts*, in «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», 1982, p. 115; critico tra gli altri F. STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen. Die Strafzumessung und ihre Grundlagen*, Stuttgart, 2002², p. 264, Rn. 503, che lo ritiene un procedimento troppo articolato e teorico, quindi inapplicabile nelle aule di giustizia.

¹⁵⁸ Le sette tappe sono articolate da H. SCHALL, G. SCHIRRMACHER, *Doppelverwertungsverbot und Bewertungsrichtung in der Systematik des richterlichen Strafzumessungsaktes*, in «Jura», 1992, p. 515; il procedimento octofasico è di H.L. GÜNTHER, *Systematischen Grundlagen der Strafzumessung. Eine Bestandsaufnahme*, in «Juristenzeitung», 1989, p. 1026.

¹⁵⁹ Si rinvia ancora a F. STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen*, cit., p. 264, Rn. 503.

la misura in cui essi sono espressione della tendenza storica alla formalizzazione dei processi decisionali giudiziari, al mito del giudice-computer, alla chimera, seguita da una parte del positivismo giuridico, della scomparsa della questione della commisurazione¹⁶⁰. Forse non a caso essi trovano la loro origine storica nell'efficientismo statunitense del secondo dopoguerra, che negli anni Settanta giunge in Europa attraverso teorizzazioni che, sebbene tradotte con termini giuridici "continentali" come "disvalore di azione e di evento", si servono degli strumenti analitici delle scienze economiche, o di riferimenti razionali all'analisi matematica e alle scienze chimiche¹⁶¹.

2. *Teorie della commisurazione della pena*

Il coordinamento delle funzioni della pena con il procedimento di conversione della gravità del reato in misura di sanzione è attività molto dibattuta e oggetto di dottrine approfondite e molteplici.

Mentre l'articolazione in fasi è un procedimento strumentale e legato, come si è visto, da un particolare modo d'intendere il ruolo della pena, il legame teleologico con la ragione stessa dell'esistenza del diritto penale è, invece, il punto di partenza di una serie di dot-

---

¹⁶⁰ Si veda, ancora, H.J. ALBRECHT, *Strafzumessung bei schwerer Kriminalität im Vergleich*, cit., p. 596.

¹⁶¹ Tra gli autori che si sono fatti tentare dalla "chimera matematica" si ricordano innanzitutto, K. HAAG, *Rationale Strafzumessung*, Köln, 1970; che utilizza modelli di analisi delle scienze economiche; E.O. BRUCKMANN, *Vorschlag zur Reform des Strafzumessungsrecht*, in «Zeitschrift für Rechtspolitik», 1973, p. 30 e ss.; e poi di recente e con molteplici contributi, H. KOHLSCHÜTTER, *Die mathematische Modellierung der Strafzumessung. Das Strafwerkkalkül als Idee zur Evolution der Strafrechtstheorie?*, Marburg, 1998, pp. 17, 81 e ss.; si vedano anche ID., *Das Mass des Straftatunwerts und der Massstab der Strafbemessung*, Marburg, 2000; dove accentua il suo legame con la dottrina penalistica continentale attraverso la considerazione del pericolo della condotta; per una critica al mito della commisurazione come processo analitico e al giudice-computer, per tutti, W. HASSEMER, *Die Formalisierung der Strafzumessungsentscheidung*, in «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», 1978, p. 64; e W. HASSEMER, *Tatbestand und Typus*, cit., p. 17 e ss.

trine che, problematicamente, cercano di adattare la commisurazione della pena alla propria “idea” di diritto penale¹⁶².

Si possono individuare tre percorsi privilegiati accanto ai quali si collocano una costellazione di altre impostazioni che possono essere considerate, per lo più, delle varianti o integrazioni di alcuni punti delle dottrine principali. La teoria dello *Spielraum*, la teoria gradualistica o *Stellenwerttheorie*, e la recente dottrina della *Tatproportionalität*.

Legata all’approccio diversificato delle dottrine che tentano d’associare lo scopo retributivo a quello preventivo¹⁶³, la *Spielraumtheorie*, di gran lunga dominante nella giurisprudenza e dottrina tedesche¹⁶⁴, si fonda su due pilastri. Da un lato, si dice che la pena adeguata alla responsabilità non è singolare, ma c’è un intervallo di pene comprese tra un minimo e un massimo all’interno della cornice edittale che gode dell’adeguatezza alla colpevolezza. Dall’altro, si ritiene che il raggiungimento della pena singolare possa avvenire successivamente, e grazie alla considerazione delle esigenze preventive. “Prevenzione dentro la repressione” ne è il motto eloquente. L’icasticità evita fraintendimenti ma non colma le lacune teoriche e pratiche. Rimane misterioso come si debbano combinare le due anime ideologiche della teoria, prevenzione e repressione. Altrettanto difficile è difendersi dall’accusa che la posizione di un intervallo di pene tutte adeguate alla colpevolezza non sia altro che un modo per impedire un controllo sull’attività commisurativa del giudice. L’idiosincrasia per le ricerche empiriche in tema di prevenzione mostrata

¹⁶² Qualcuno giunge anche ad applicare il pensiero di Wittgenstein alla commisurazione della pena, il riferimento è a W. GRASNICK, *Über Schuld, Strafe und Sprache. Systematischen Studien zu den Grundlagen der Punktstrafen- und Spielraumtheorie*, Tübingen, 1987.

¹⁶³ Si vedano, H.H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., p. 75; oltre che C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., pp. 36 e ss., 55; per una difesa dell’approccio retributivo si veda, F. D’AGOSTINO, *La sanzione nell’esperienza giuridica*, Torino, 1991², p. 133 e ss.

¹⁶⁴ Cfr., C. ROXIN, *Prävention und Strafzumessung*, in *FS für H.J. Bruns*, Berlin-Köln-Bonn-München, 1978, p. 183; G. JAKOBS, *Allgemeiner Teil*, cit., p. 28; H.J. BRUNS, *Das Recht der Strafzumessung*, cit., p. 105 e ss.; W. STREE, sub § 46, in A. SCHÖNKE, H. SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München, 2006²⁷, p. 757 e ss.; G. GRIBBOHM, sub §46, in *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Berlin, 2003¹¹, p. 105 e ss.; H. TRÖNDLE, T. FISCHER, sub §46, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, München, 2007⁵⁴, p. 342 e ss.; H.H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., p. 880 e ss.

da alcuni autori che si rifanno a quest'impostazione¹⁶⁵, non contribuisce, d'altronde, all'affidabilità degli assunti teorici¹⁶⁶.

La teoria graduale, o *Stellenwerttheorie*, elimina dalla commisurazione della quantità della pena ogni riferimento alla prevenzione. In questa fase, si devono tenere in considerazione esclusivamente gli aspetti relativi alla responsabilità e colpevolezza del reo, su cui si stabilisce la misura della pena giusta. Solo in una seconda fase, cioè nella scelta della qualità o tipologia della sanzione, possono entrare considerazioni afferenti lo scopo preventivo della pena¹⁶⁷. Qui si eliminano i problemi relativi alla difficile gestione delle antinomie tra

---

¹⁶⁵ Ne riferisce dettagliatamente, T. HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, Berlin, 1999, p. 29 e ss.

¹⁶⁶ Per un quadro sulle critiche si veda, *ibidem*, p. 27 e ss.; per una serie di critiche ficcanti su diversi punti della teoria, si veda, W. FRISCH, *Gegenwärtiger Stand*, cit., p. 361 e ss. Alcune critiche alla *Spielraumtheorie* si sono concretizzate nella teoria della *Punktstrafe* che ritiene, invece, che sia una, e una soltanto, la pena adeguata al fatto commesso. Non ci sono intervalli e non ci sono scuse per gli errori giudiziari. Questa rimane, tuttavia, un'affermazione di principio, dato che si riconosce la difficoltà d'individuazione di questa pena (si veda ART. KAUFMANN, *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, Heidelberg, 1976², p. 261), anche se si ribadisce che lo *Spielraum* certo non risolve il problema del rintracciamento della pena giusta ma lo aggrava perché trasferisce l'opacità della conoscenza metafisica, quale è quella della "giustizia della pena" e della "colpevolezza", all'oggetto di conoscenza che, in sé, non è sfuggente (si veda ancora, ART. KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, cit., p. 66). Sul punto si vedano anche, W. GRASNICK, *Über Schuld, Strafe und Sprache*, cit., p. 265; e U. NEUMANN, *Zur Bedeutung von Modellen in der Dogmatik des Strafzumessungsrechts*, in *FS für G. Spandel*, Berlin, 1992, p. 439 e ss. Alcuni autori hanno adottato sfumature ulteriori a quelle tipiche della *Punktstraftheorie*. In particolare, Dreher e Jescheck, quello del *Lehrbuch* delle prime edizioni sino alla quarta cioè fino al 1988, ritengono che sia necessario collocare il giudice *a quo* nel contesto sociale, quindi soggetto all'influenza di determinati fattori come le aspettative della società, la tradizione dell'ufficio, le relazioni con i colleghi e con l'imputato. Questa teoria del *sozialen Gestaltungsakt* richiedendo comunque una sola pena adeguata al fatto, è una variante della *Punktstraftheorie* e non fornisce autonomi criteri di commisurazione, ma ha funzione meramente integrativa. Cfr., E. DREHER, *Zur Spielraumtheorie als der Grundlage der Strafzumessungslehre des Bundesgerichtshofes*, in «Juristenzeitung», 1967, p. 41 e ss.; e H.H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, Berlin, 1988⁴, pp. 781, 786.

¹⁶⁷ Dottrina inaugurata da H. HENKEL, *Die richtige Strafe, Gedanken zur richterlichen Strafzumessung*, Tübingen, 1969; poi seguita da H. SCHÖCH, *Grundlage und Wirkungen der Strafe*, in *FS für Schaffstein*, Göttingen, 1975, p. 255 e ss.; E. HORN, *Wieder die doppelspürige Strafhöhenzumessung*, in *FS für Schaffstein*, Göttingen, 1975, p. 241 e ss.; critico, invece, C. ROXIN, *Prävention und Strafzumessung*, cit., p. 186 e ss.

gli scopi della pena individuati, prevenzione e repressione, e si mostra maggiore coerenza rispetto alla grande incertezza empirica in ordine all'identificazione della misura di pena in funzione special-preventiva¹⁶⁸. Essa paga, tuttavia, il prezzo di un'indicazione troppo generica.

Ancora diverse sono impostazione e ispirazione della teoria della *Tatproportionalität*. L'ispirazione originaria scaturisce dalla reazione alle torture commisurative nate negli *States* per l'eccessivo peso dato alle componenti preventive, e in particolare alla recidiva¹⁶⁹. Nasce da questo contesto la spinta a limitare le considerazioni e la funzione preventiva stessa della pena. L'ispirazione teleologica di riferimento, almeno nel contesto continentale, è la funzione comunicativo-espressiva della sanzione, la nota di rimprovero che la pena rivolge al reo nel momento dell'inflizione¹⁷⁰. Una funzione, quindi, stigmatizzante, oltre che, ovviamente, repressiva.

L'impostazione è costruita, infatti, attorno alla rilevazione della gravità del fatto e non della colpevolezza e responsabilità del reo. Cambia la prospettiva: si richiede proporzione non tra colpevolezza e pena, ma tra quest'ultima e la gravità del reato¹⁷¹. La misura del male che s'infligge con la pena ricalca il rimprovero, che è, a sua volta, proporzionato alla gravità del fatto¹⁷².

Trovata una certa risonanza nella letteratura scandinava, la teoria è stata introdotta al dibattito più generale da un saggio di Schü-

¹⁶⁸ Cfr., H. SCHÖCH, *Grundlage und Wirkungen der Strafe*, cit., p. 262 e ss.; e H.J. ALBRECHT, *Strafzumessung bei schwerer Kriminalität*, cit., p. 43.

¹⁶⁹ Si veda, W. FRISCH, *Einleitung-Hintergrund*, cit., p. 1.

¹⁷⁰ Così, T. HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, cit., p. 135 e ss.

¹⁷¹ Si possono individuare due versioni della teoria in esame: una proporzionalità ordinale, dove fatto e potenziale conseguenza penale sono messi a confronto con altri casi già giudicati e con le loro pene, per cui ci si muove dentro i *topoi* della concezione della fattispecie di reato come *Schwereskala*. L'altra versione è quella cardinale, che mira al rintracciamento di una pena proporzionata in sé al fatto, in valore assoluto. Ne riferisce, W. FRISCH, *Einleitung-Hintergrund*, cit., pp. 4-5; l'A. parrebbe più in sintonia con la versione ordinale della teoria (si veda, infatti, *ibidem*, p. 11).

¹⁷² L'A. nella *Zusammenfassung* finale si difende dall'accusa di retribuzionismo kantiano rivendicando per la sua teoria una genesi estranea alle c.d. teorie assolute della pena.

nemann, a cui è seguita la ricerca monografica di Tatjana Hörnle¹⁷³. Qui si precisano i caratteri di questa versione della *Tatproportionalität*, che esclude quasi ogni rilevanza dei tradizionali elementi a carattere preventivo della commisurazione: precedenti penali, motivi, scopi, stati personali, condotta di vita e attività *post factum*¹⁷⁴. In questa prospettiva di gravità del reato, disvalore d'azione e d'evento giocano un ruolo centrale¹⁷⁵. Dentro questa centralità è racchiusa un'altra importante novità della teoria in esame, cioè il fatto che proprio con riferimento al disvalore d'evento, e in particolare concentrandosi sulla vittima del reato¹⁷⁶, sul titolare del bene giuridico offeso dal fatto, viene individuato un criterio effettivo di commisurazione¹⁷⁷. Riprendendo gli studi statunitensi sui cinque gradi di compromissione della vittima nella valutazione del disvalore d'evento, si fornisce un parametro effettivo per la commisurazione della pena¹⁷⁸.

---

¹⁷³ Ovvero, B. SCHÜNEMANN, *Plädoyer für ein neue Theorie der Strafzumessung*, in A. ESER, K. CORNILIS, *Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik*, Freiburg, 1987, p. 209 e ss.; il testo di riferimento nel diritto penale scandinavo è A. VON HIRSCH, N. JAREBORG, *Strafmass und Strafgerechtigkeit. Die deutsche Strafzumessungslehre und das Prinzip der Tatproportionalität*, Bonn, 1991.

¹⁷⁴ T. HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, cit., pp. 30-31, 40 e ss., 151.

¹⁷⁵ *Ibidem*, pp. 221 e ss., 260 e ss.

¹⁷⁶ Sul rapporto tra riparazione del danno da reato e vittima, si veda, D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, Milano, 1999, p. 279 e ss.

¹⁷⁷ Lo sottolinea giustamente T. SCHOTT, *Gesetzliche Strafraumen und ihre tatrichterliche Handhabung*, cit., p. 147.

¹⁷⁸ Cfr., T. HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, Berlin, 1999, p. 221 e ss.; i cinque parametri di valutazione della portata del disvalore di evento sono tratti dall'esperienza statunitense e riproposti intonsi dalla Hörnle. Essi sono: incidenza sulle condizioni della sopravvivenza; compromissione del benessere basilare della vittima; lesione del livello adeguato di benessere della vittima; impedimento di un innalzamento del benessere. L'ultimo stadio, mancando di compromissione del benessere della vittima, è indicato come soglia di esiguità, si veda *ibidem*, pp. 226-228. Quest'impostazione pare aver esercitato una certa suggestione su Frisch che, fautore di severe critiche nei confronti dell'impostazione tradizionale dello *Spielraum*, è difficilmente collocabile all'interno della tradizionale articolazione delle dottrine (culmine di questa impostazione fortemente critica è il saggio *Gegenwärtiger Stand* già più volte citato; le obiezioni sono poi riprese e analizzate sia criticamente che autocriticamente da H.J. BRUNS, *Neues Strafzumessungsrecht?*, Köln, 1988, p. 4 e ss.). Dei punti di vicinanza sono riscontrabili, come detto, proprio con la teoria della *Tatproportionalität*. In particolare, l'attenzione alle categorie della teoria del reato, come disvalore di azione e di evento, la sensibilità per la graduazione e per la comparazione tra casi giudicati e giudicandi. Oltre che una

3. La commisurazione come procedimento graduale

La retribuzione della colpevolezza e la ricerca della pena giusta rispetto a istanze preventive sono stati, e sono perlopiù ancora, i riferimenti della commisurazione della pena¹⁷⁹. Quest'impostazione "metafisica" che cerca d'individuare la misura della colpevolezza e cerca di ottenere "giustizia" ha visto crescere, negli ultimi tempi, un'opposizione di un certo rilievo¹⁸⁰. Tale forza contraria non ha semplicemente sostituito a quegli scopi della pena altri diversi. È la cultura che sta a fondamento dell'*incipit* di questo nuovo corso a rivelare differenze profonde con la storia della commisurazione della pena. C'è un'inusitata attitudine pratica che s'accompagna a una peculiare funzione della pena, che s'allontana da prospettive metafisiche, evidenziando, anche, una spiccata sensibilità comparativa.

Lo scopo non è più trovare la pena che retribuisca la colpevolezza o la misura di pena che garantendo la prevenzione sia giusta. Le nuove tendenze, seppure con profili differenti, cercano una proporzione tra la gravità del fatto e la pena rispetto a casi già giudicati¹⁸¹. S'introduce una comparazione effettiva tra casi modello, ma reali o realizzabili, e il caso da giudicare. Questo sposta l'obiettivo da una giustizia assoluta verso una correttezza singolare e relativa della de-

---

certa vicinanza con i dettami della teoria della *Schwereskala* e una particolare riluttanza all'utilizzo di criteri subiettivistici come moventi, scopi e stati interiori del reo (si veda ancora, W. FRISCH, *Gegenwärtiger Stand*, cit., pp. 766 e ss., 773 e ss.). Ci sono, tuttavia, delle differenze che non permettono di collocare Frisch tra i sostenitori: da un lato, diverso è lo scopo della pena: Frisch parla di "messa in discussione del diritto" e di "lesione della validità del diritto", per cui la pena ha la funzione di ristabilire il diritto violato e messo in discussione, (si veda, W. FRISCH, *Unrecht und Schuld*, cit., p. 254; ID., *Einleitung-Hintergrund, Grundlinien und Probleme*, cit., p. 7; ID., *Strafkonzept*, cit., p. 279). In secondo luogo, Frisch manifesta comunque sensibilità per il concetto di colpevolezza, anche se decisamente inferiore a quella di altri autori come ad esempio Bruns. Una certa diversità pare anche potersi riscontrare nel ridotto valore che la vittima assume nell'impostazione frischiana, rispetto, ad esempio, a quella della Hörnle e nell'equilibrio, che la Hörnle non cerca e non realizza, tra disvalore di azione e di evento.

¹⁷⁹ La prima è tipica della *Spielraumtheorie*, la seconda della *Punktstraftheorie*.

¹⁸⁰ Metafisica nel senso letterale di trascendente la realtà sensoriale.

¹⁸¹ Cfr., W. FRISCH, *Einleitung-Hintergrund*, cit., p. 11; ancora, ID., *Massstäbe der Tatproportionalität*, cit., pp. 159-160; oltre che T. HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, cit., p. 128 e ss.

cisione. La maggiore severità di pena rispetto al caso modello scatta data la maggiore gravità del fatto, ed è dovuta all'incremento del disvalore d'evento e di condotta¹⁸².

Le radici di tale tendenza sono nelle articolazioni dogmatiche della teoria della *kontinuierliche Schwereskala* di Dreher, che impone un legame tra quantità di pena e gravità del reato, ma che rimane, tuttavia, accessorio dogmatico delle dominanti teorie della commisurazione¹⁸³. Recentemente, essa ha trovato conferma nelle dottrine della *Tatproportionalität*, e la più autorevole riflessione, sia in chiave critica che costruttiva, nell'opera di Wolfgang Frisch¹⁸⁴. Eppure,

¹⁸² Si veda ancora, T. HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, cit., p. 135.

¹⁸³ Cfr., E. DREHER, *Über die gerechte Strafe*, Heidelberg, 1947, p. 61 e ss.

¹⁸⁴ Oltre alle opere di Frisch citate alle note immediatamente precedenti e all'opera di Hörnle, si vedano anche, W. FRISCH, *Straftatsystem und Strafzumessung*, cit., pp. 30-31; e B. SCHÜNEMANN, *Plädoyer für ein neue Theorie der Strafzumessung*, cit., p. 209 e ss. Si può individuare attraverso tutta la bibliografia frischiana sulla *Strafzumessung* un doppio filo rosso: da un lato la costante tendenza a importare nel discorso sulla commisurazione concetti e problematiche della teoria generale del reato, quindi l'impostazione sul disvalore di azione, disvalore di evento, e sulla colpevolezza. Dall'altro lato, si nota una chiara tendenza alla normativizzazione delle problematiche della commisurazione, forse non tanto dovuto alla sfiducia sulle possibilità della ricerca empirica, quanto piuttosto alla desolata constatazione della loro scarsità. Si veda sul punto, W. FRISCH, *Gegenwärtiger Stand.*, cit., p. 795 e ss.; e ID., *Über die Bewertungsrichtung von Strafzumessungstatsachen. Ein Beitrag zur Problematik komparativer Aussagen im Strafrecht*, in «Goldammer's Archiv für Strafrecht», 1989, p. 354 e ss. Culmine della sua impostazione unitaria tra teoria del reato e della commisurazione è l'affermazione secondo la quale la colpevolezza della teoria del reato e quella della commisurazione, sono concetti dogmatici identici (W. FRISCH, *Unrecht und Schuld*, cit., pp. 247-248). Egli quindi nega la tesi della divergenza e della duplicazione dei concetti di colpevolezza, si veda, C. ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, I, München, 1997⁵, p. 747 e ss. In Italia, sul punto, T. PADOVANI, *Teoria della colpevolezza e scopi della pena. Osservazioni e rilievi sui rapporti fra colpevolezza e prevenzione con riferimento al pensiero di Claus Roxin*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1987, p. 832 e ss.; e R. BARTOLI, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino, 2005, pp. 8-10. Il concetto di colpevolezza della teoria del reato ha, in sostanza, valenza anche nella commisurazione. Per l'interpretazione scalare del reato non valgono criteri diversi da quelli della qualificazione del fatto come reato. È una mera discrasia prospettica: là interessa il soddisfacimento di condizioni di punibilità, qui interessa se il fatto di reato è più o meno grave. Frisch indica la strada per l'eliminazione dell'apparente dualismo concettuale nell'individuazione dell'illecito del fatto, nella messa in discussione della validità del diritto, e nel suo disconoscimento (W. FRISCH, *Unrecht und Schuld*, cit., p. 254). In questo modo, la pena serve a ristabilire la pace e la validità compromessa del diritto penale. Con questo concetto di illecito si elimina quell'apparenza della duplicazione concettuale della colpevolezza, poiché se ne elimina la causa, ovvero un concetto eccessivamente oggettivo di illecito.

la sua dimensione d'avanguardia non sta solo nell'opposizione alle teorie tradizionali e nella tensione efficace verso parametri concreti di commisurazione della pena. L'aspetto più avanzato e interessante è la sua contiguità con la tipologia giuridico-penalistica, cioè con i concetti ordinali e il tipo.

In questo contesto si devono leggere i riferimenti della dottrina della commisurazione al metodo comparativo come metodo non classificatorio ma ordinale¹⁸⁵, gli studi sull'essenziale omogeneità dogmatica, la mera differenza prospettica tra qualificazione e commisurazione¹⁸⁶, e l'individuazione nella commisurazione di questioni classificatorie e questioni ordinali¹⁸⁷. E qui sta la contiguità con lo studio metodologico del concetto di tipo nel diritto penale a opera di Radbruch, Engisch e Hassemer¹⁸⁸. Questi studiosi hanno applicato, infatti, il concetto di tipo all'ambito della commisurazione della pena e a quello della meritevolezza di pena. Si individua, così, la comparazione come procedimento ordinale e tipologico, che ha la funzione di comparare caso giudicando con casi giudicati, o comunque casi-modello, in modo da creare, per ogni criterio di commisurazione, una serie ordinale che attribuisca la posizione di gravità per ogni singolo aspetto; molteplicità di serie che, ridotte a una, individuino la gravità complessiva del fatto di reato¹⁸⁹.

Il percorso indicato si colloca, come si vedrà, nell'ambito dell'ermeneutica giuridico-penalistica, dove si attribuisce un ruolo particolarmente significativo alla commisurazione della pena. Da tale prospettiva la commisurazione è il compimento della legislazione stessa. La fattispecie come tipo indica che la concretizzazione della norma astratta è determinante per lo spiegamento delle funzioni della pena. Da qui si scorge, considerando la funzione della cornice editale, anche una duplicità di precetti incardinati nella fattispecie:

---

¹⁸⁵ Così, T. HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, cit., p. 153; l'A. cita a sostegno anche Frisch.

¹⁸⁶ Cfr., W. FRISCH, *Unrecht und Schuld*, cit., p. 248.

¹⁸⁷ Ancora, ID., *Straftatsystem und Strafzumessung*, cit., p. 28 e ss.; ID., *Massstäbe der Tatproportionalität*, cit., p. 170; e T. HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, cit., p. 195 e ss.

¹⁸⁸ Si rinvia all'analisi svolta al capitolo IV.

¹⁸⁹ Si veda, G. RADBRUCH, *Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe*, cit., p. 66.

non compiere la condotta penalmente vietata; non aggravare la commissione di un fatto già penalmente rilevante¹⁹⁰. La stessa professione dell'omogeneità della colpevolezza tra reato e commisurazione, acquisisce senso compiuto attraverso le lenti dell'ottica tipologica ed ermeneutica¹⁹¹.

La questione problematica persistente della commisurazione della pena è, per contro, l'individuazione dei criteri, delle circostanze improprie, quindi il tema della loro determinatezza¹⁹². Non è coerente con lo spirito e i confini di questa ricerca analizzare i dettagli dei criteri di commisurazione della pena, né valutare il peso delle obiezioni coalizzatesi contro ciascuno di essi. Anche se non si può negare che una certa *verve* critica rispetto ai criteri personologici, e

---

¹⁹⁰ Tutte queste ultime considerazioni sono oggetto della trattazione del capitolo IV.

¹⁹¹ La maggior parte degli autori è ancora decisamente legata alla visione bifronte della colpevolezza: quella della teoria del reato e quella della commisurazione della pena, tra questi si veda H.J. BRUNS, *Das Recht der Strafzumessung*, cit., p. 145; W. STREE, sub § 46, in A. SCHÖNKE, H. SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München, 2006²⁷, p. 759 e ss.; H.H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., p. 887, e in questo senso, anche E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., pp. 350-357. Soltanto alcuni autori accedono alla concezione unitaria della colpevolezza che si armonizza bene con la visione tipologica della commisurazione della pena e l'individuazione della fattispecie penale come tipo (temi e concetti che saranno oggetto del prossimo capitolo). Tra questi, W. FRISCH, *Gegenwärtiger Stand*, cit., p. 386; W. FRISCH, *Unrecht und Schuld*, cit., p. 239 e ss.; E. HORN, sub § 46, in *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Berlin, 1994, p. 33 e ss.; tuttavia, anche considerando le affermazioni del primo gruppo di studiosi, che descrivono la colpevolezza della teoria del reato come il "se" della pena, mentre la colpevolezza della commisurazione come il "modo" della sanzione, non si notano stonature rispetto all'impostazione tipologica del discorso sulla fattispecie e sulla commisurazione. Come si dirà nel prossimo capitolo, il concetto di reato e la fattispecie sono, infatti, contemporaneamente tipo e classe. Alla grossolana selezione classificatoria segue l'affinamento tipologico della commisurazione della pena. Da tale punto di vista, anche la concezione della "doppia colpevolezza" non inficia, quindi, il discorso sulla tipologia della fattispecie e della commisurazione della pena.

¹⁹² Sul tema, tra gli altri, H.H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., p. 886; W. FRISCH, *Gegenwärtiger Stand*, cit., p. 349 e ss., p. 751 e ss.; H.J. BRUNS, *Strafzumessungsrecht*, cit., p. 331 e ss.; Id., *Neues Strafzumessungsrecht?*, cit., *passim*; T. HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, cit., p. 221 e ss.; W. STREE, sub § 46, cit., p. 755 e ss.; molto approfondito il commento di G. GRIBBOHM, sub §46, in *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Berlin, 2003¹¹, p. 118 e ss.

a quelli relativi alla condotta di vita, sia più che appropriata¹⁹³. Ma altro è il compito della ricerca. Rispetto all'analisi delle riforme e con riferimento al tema specifico dei problemi intertemporali dovuti a riformulazione del reato, si deve capire se sia possibile individuare un certo numero di criteri chiari, tassativi, univoci¹⁹⁴; e se accanto a questa chiarezza, la necessità della loro incidenza dentro la cornice editale non gli faccia assumere connotazioni di tipicità.

I criteri di commisurazione si possono ricondurre quasi interamente alla ripartizione tra disvalore della condotta, dell'evento e caratteristiche personali del reo. L'elencazione che i codici fanno è naturalmente esemplificativa e non esaustiva¹⁹⁵, anche se vi rientrano tutti i più importanti e frequenti criteri di commisurazione. Il numero dei soggetti passivi, le particolari caratteristiche del soggetto passivo, il concorso della responsabilità della vittima, il grado del pericolo per il bene giuridico, la misura del danno, le modalità della condotta, i moventi e motivi del reo, gli scopi che si intendevano perseguire, quelli effettivamente perseguiti, gli scopi realizzati, i convinimenti del reo e i suoi sentimenti, il dolo intenzionale ed eventuale, l'energia criminale, cioè la capacità di superare freni inibitori al delitto, la qualità dei rapporti personali, la situazione economica, la posizione sociale e professionale, il comportamento processuale, l'eventuale risarcimento del danno e i precedenti penali¹⁹⁶.

Questi sono i principali criteri che orientano la commisurazione della pena. Come si è detto, ai fini della soluzione delle questioni che nascono dalla riformulazione, solo alcuni di questi criteri hanno rilevanza. In particolare, anche considerando le linee di riforma di questi ultimi decenni, e seguendo quell'impostazione che ritie-

---

¹⁹³ Tutto il saggio di Frisch, *Gegenwärtiger Stand*, è orientato a questa acuta critica, poi ripresa e meditata dal Bruns di *Neues Strafzumessungsrecht?*; sul punto si veda ancora, W. FRISCH, *Strafkonzept*, cit., p. 286 e ss.

¹⁹⁴ Si rinvia al paragrafo 1, capitolo I, parte I.

¹⁹⁵ Si veda l'analisi critica che vuole orientata la commisurazione alla «comprensione equitativa» e assolutamente estranea a giudizi preventivi o di difesa sociale, si veda L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1990, pp. 402-404.

¹⁹⁶ Sul concetto di danno, anche in relazione al suo risarcimento, si veda, per tutti, D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., p. 107 e ss., 435 e ss.

ne determinante lo studio delle fattispecie per individuare criteri di commisurazione¹⁹⁷, solo gli scopi della condotta, i motivi, il dolo intenzionale, il grado e tipo del danno o del pericolo e le modalità pericolose della condotta hanno una rilevanza diretta. Questi stessi criteri rivelano una determinatezza tale da permettere una loro considerazione come manifestazioni della tipicità con riguardo ai singoli tipi di reato¹⁹⁸.

4. *La tensione gradualistica del reato e la questione della forma concettuale della fattispecie penale*

Dalla panoramica sulle teorie gradualistiche del reato è emerso che la vocazione alla concretezza espressa dalla fattispecie penale è rafforzata dalla capacità ch'essa rivela di adattarsi al fatto storico tramite la graduazione dei suoi elementi d'illiceità e di colpevolezza, sia in sé, che intesi come fattori del procedimento di commisurazione della pena. Il pensiero penale non è, in sostanza, pensiero di mera classificazione¹⁹⁹. La peculiare modulazione graduale fornisce la struttura materiale e teorica per il confronto tra la norma astratta e il fatto concreto. Gli elementi della fattispecie incriminatrice, le circostanze proprie e quelle improprie, sono i diversi itinerari di questo rapporto. Si deve vedere se questa capacità di modulazione degli elementi del reato ha riscontro in una particolare strutturale logica della fattispecie. Ma non è solo dentro la fattispecie che si cede al

---

¹⁹⁷ Oltre alle opere più volte citate sulla *antizipierte Strafzumessung*, si veda W. FRISCH, *Gegenwärtiger Stand*, cit., p. 798; l'A., infatti, parla ancora di utilizzo, nella commisurazione di criteri sviluppati nella teoria generale del reato e utilizzati nelle fattispecie, W. FRISCH, *Unrecht und Schuld*, cit., p. 248.

¹⁹⁸ Così, il grado del danno o del pericolo si incorporerà nel grado della lesione, nelle lesioni dolose, nel numero di vittime nell'omicidio, nella misura della perdita economica, nei delitti contro il patrimonio, nell'intensità della minaccia e della privazione dell'autodeterminazione nei reati sessuali, e così via. Appare qui una nuova funzione del bene giuridico, quella di individuare il parametro in base al quale considerare il grado del danno e la pericolosità della condotta. Si rinvia al paragrafo 1, capitolo I, parte I e alla sezione III del capitolo IV.

¹⁹⁹ Si veda, W. HASSEMER, *Die Rechtstheoretische Bedeutung des gesetzlichen Strafrahmens*, cit., p. 283.

pensiero ordinale e che si pone la domanda sulla forma concettuale del reato. È necessario anche valutare se la fattispecie stessa, intesa come concetto di genere, come *Garantietatbestand*, è soggetta alla logica ordinale, subisce delle scomposizioni gradualistiche che mantenendone inalterata la funzione garantista la declinino, tuttavia, secondo il paradigma del fatto storico.

La cornice edittale gioca un ruolo importante all'interno degli scenari gradualistici ed ermeneutici del diritto penale. La posizione della cornice crea il precetto penale, suscitando la classificazione, ma svela anche i confini del procedimento d'individuazione e applicazione della pena concreta²⁰⁰. La forbice edittale mette in comunicazione fattispecie e pena, qualificazione e grado, concetto classificatorio e concetto tipologico.

Alla radice di queste tensioni teoriche intorno al tema della concretizzazione sta, così, la questione della comprensione della dimensione ontologica della fattispecie, sia in sé, che nei rapporti con la sua capacità epistemologica e la sua prestazione metodologica. Sullo sfondo si vede un potenziale nuovo ruolo della sanzione, dell'*iter* decisivo del giudice, del procedimento d'applicazione della pena.

C'è una pressante, sebbene forse inconscia, necessità d'equilibrare il diritto penale che separa il criminoso dal penalmente irrilevante, con il diritto penale che individua e applica la sanzione. L'esigenza di restituire al concetto di fattispecie penale e al processo di concretizzazione un valore euristico ed epistemologico nuovo e vero.

Da tempo si segnala l'assenza di una proficua ed esaustiva spiegazione di ciò che sta sotto e dentro il concetto di fattispecie, della sua forma concettuale, della sua storica fenomenologia, della sua vocazione metodologica e delle attitudini alla realizzazione della sua natura e della natura del diritto penale²⁰¹. Questo, in un contesto in cui le scienze sociali hanno già conosciuto, e adesso perfezionato, la distinzione tra concetti classificatori e concetti tipologici. Sono, infatti, trascorsi settant'anni dalla monografia di Carl Hempel e Paul Oppenheim che, appunto nel 1936, iniziava lo studio sistematico

---

²⁰⁰ Ancora, *ibidem*, p. 284.

²⁰¹ Cfr., K. TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, cit., p. 68.

delle connessioni tra diverse formulazioni concettuali, tra il concetto classificatorio e il concetto tipologico, tra la logica binaria e la logica ordinale, tra il grado positivo e quello comparativo delle attribuzioni²⁰².

Per vero, l'aspetto giuridico di questo studio era stato precocemente iniziato da Gustav Radbruch che per primo si pose il problema degli effetti del nuovo pensiero sul diritto e sul diritto penale in particolare²⁰³. Non sono molte, tuttavia, le ricerche sul tema²⁰⁴.

Con queste considerazioni sullo sfondo, si rivela necessario approfondire la questione della natura della fattispecie, per cogliere sino in fondo il legame tra astratto e concreto nel diritto penale. Questa problematica conduce direttamente allo studio del concetto tipologico e dei suoi rapporti con il concetto classificatorio. C'è la necessità di capire cosa sono tipo e classe, e, tenendo presenti contenuto e funzione della fattispecie penale, valutare a quale di queste forme concettuali essa sia assimilabile, traendone le conseguenze rispetto all'oggetto della ricerca.

---

²⁰² L'opera, analizzata al prossimo capitolo, è C.G. HEMPEL, P. OPPENHEIM, *Der Typusbegriff im Lichte der neuen Logik*, Leiden, 1936.

²⁰³ Il riferimento è a G. RADBRUCH, *Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken*, ora in appendice a *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, Darmstadt, 1967, p. 167.

²⁰⁴ Per vero, Tiedemann dedica una parte, poco più di un'intuizione, alla questione del tipo, si veda K. TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, cit., p. 86 e ss. Hassemer, invece, costruisce la sua filosofia ermeneutica e il concetto stesso di spirale ermeneutica attorno alla struttura del tipo, sebbene privilegi più lo sfondo filosofico che il concetto dogmatico di tipo, si veda, W. HASSEMER, *Tatbestand und Typus*, Köln, 1968; ID., *Die Rechtstheoretische Bedeutung des gesetzlichen Strafraumens, Bemerkungen zu Radbruchs Lehre von den Ordnungsbegriffen*, in *GS für G. Radbruch*, Göttingen, 1968, p. 261; inoltre, di recente, si è tentata un'intera costruzione tipologica del reato, si veda F. HARFT, *Kritische Anmerkung zur Auslegung von Straftatbestände*, in *FS für T. Lenckner*, München, 1998, p. 92 e ss. Si consideri che il secondo dopoguerra tedesco era ammantato da un consistente tabù di fronte a tendenze antiformalistiche, come in parte potrebbero essere intese le ricerche sul tipo.

CAPITOLO IV

LA FORMA CONCETTUALE DELLA FATTISPECIE PENALE E I RIFLESSI SUL TEMA DELLA RIFORMULAZIONE DEL REATO

Sezione I

La tipologia nel diritto penale

1. *Esperienze classificatorie e tipologiche nella teoria della scienza*

Una tappa avanzata della ricerca sul concetto di fattispecie e sul giudizio di tipicità è il tentativo di decodificazione della sua forma concettuale, cioè l'analisi della sua struttura logica ed epistemologica. Il dubbio sull'essenza concettuale investe precisamente la natura, classificatoria oppure tipologica, della fattispecie penale. Da questo inquadramento, come si vedrà, dipendono implicazioni dirette sul concetto di tipicità penale, e indirette sulla verifica della presupposizione dogmatica da cui partono le teorie esaminate, ovvero l'assenza di una selezione di alternative già tipiche. È necessario premettere, dunque, alcune considerazioni sul concetto di tipo cercando di inquadrare il ruolo che questa tematica occupa nelle scienze giuridiche e nel diritto penale.

La moderna teoria della scienza distingue tra concetti qualitativi, concetti comparativi e concetti quantitativi¹. I concetti qualitativi attribuiscono all'oggetto o all'individuo cui si riferiscono una carat-

---

¹ In tema, R. CARNAP, *Physikalische Begriffsbildung*, Karlsruhe, 1926; C.G. HEMPEL, *Grundzüge der Begriffsbildung in der empirischen Wissenschaft*, Düsseldorf, 1974, p. 51 e ss.; W. STEGMÜLLER, *Probleme und Resultate der Wissenschaftstheorie und analytischen Philosophie*, Band II, *Theorie und Erfahrung*, Berlin,

teristica specifica che gli permette di essere ricondotto a una classe ben precisa di elementi. I concetti comparativi, invece, descrivono i rapporti tra due oggetti o una coppia di individui adottando come criterio di raffronto una determinata loro comune qualità. I concetti quantitativi, per ultimo, esprimono la cifra, la misura della distanza tra gli oggetti che sono stati comparati². Grossolanamente, e solo in prima approssimazione, si può esemplificare dicendo che l'espressione "il comportamento di Tizio è un furto" identifica una qualificazione, utilizza un concetto classificatorio; dire "il comportamento di Tizio è un furto aggravato rispetto all'ipotesi base" è un'espressione comparativa che applica un concetto tipologico; e dire che a questo reato corrisponde la pena di anni tre di reclusione è una considerazione quantitativa o metrica.

L'ipotesi di cui alla seconda esemplificazione, cioè il concetto comparativo, viene chiamata anche concetto tipologico, più semplicemente e diffusamente, tipo³. La tipologia è così lo studio sistematico del concetto di tipo e delle sue attribuzioni, delle sue differenziazioni dalle altre forme concettuali, della sua capacità euristica, della portata epistemologica dei suoi assunti e dell'efficacia ermeneutica del suo impiego⁴.

Heidelberg, New York, 1970; F. VON KUTSCHERA, *Wissenschaftstheorie*, I, München, 1972, p. 16 e ss. In ambito giuridico si rinvia alla breve ma chiara analisi di U. KIND-HÄUSER, *Zur Definition qualitativer und komparativer Begriffe-eine Entgegnung auf Herschels Typologie im Arbeitsrecht*, in «Rechtstheorie», 1981, p. 235 e ss.

² Si veda, L. KUHLEN, *Typuskonzeptionen in der Rechtstheorie*, Berlin, 1977, p. 34 e ss.

³ Tra le innumerevoli suggestioni di questo termine si ricorda, ad esempio, la nota questione riportata da Rorthy sulla differenza, che fa riecheggiare la visione wittgensteiniana di Sellars, tra "sapere come una cosa è" e "sapere che tipo di cosa è", si veda, R. RORTHY, *La filosofia e lo specchio della natura*, Milano, 1986, p. 139.

⁴ La letteratura sul concetto di tipo è decisamente ampia anche se rarissima in lingua italiana; qui ci si limita a esporre esclusivamente la letteratura, citata nel prosieguo del capitolo, che ha avuto riflessi sul percorso di analisi che il concetto di tipo ha avuto nel diritto, e nel diritto penale in particolare: H. AOI, *Die sogenannten verdeckten Lücken- Typenjurisprudenz contra Begriffsjurisprudenz?*, in *Strafgerichtigkeit, FS für Arthur Kaufmann*, Heidelberg, 1993, p. 23; K. ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, 8 Aufl., Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1983, p. 256; K. ENGISCH, *Formale Logik, Begriff und Konstruktion in ihrer Bedeutung und Tragweite für die Rechtswissenschaft*, in *FS für U. Klug*, I, Köln, 1983, p. 41; K. ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung*,

Bisogna fare un passo indietro e chiedersi a cosa afferiscano effettivamente classi e tipi, cioè cosa è il concetto. La parola concetto è il segno che sintetizza e rinvia alla disputa degli universali, questio-

---

cit., pp. 176 e ss., 242 e ss., 266 e ss.; ART. KAUFMANN, *Analogie und "Natur der Sache"*. *Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, Karlsruhe, 1965; ART. KAUFMANN, *Die Rolle der Abduktion im Rechtsgewinnungsverfahren*, in *Grundfragen staatlichen Strafans. FS für H. Müller-Dietz*, München, 2001, p. 349; W. HASSEMER, *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur Strafrechtlichen Hermeneutik*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1968; G. DUTTGE, *Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten*, Tübingen, 2001; K. HELFRICH, *Die Bedeutung des Typusbegriffs im Denken der Geisteswissenschaften*, Giessen, 1938; C. BEDUSCHI, *Tipicità e diritto. Contributo allo studio della razionalità giuridica*, Padova, 1992; A. MARRADI, *La tipologia da Aristotele alle scienze umane moderne*, in AA.VV., *Una facoltà nel Mediterraneo*, Milano, 2000, p. 183; Id., voce *Classificazioni, Tipologie, Tassonomie*, in *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, vol. II, Roma, 1993, p. 22; H.M. PAWLOWSKI, *Introduzione alla metodologia giuridica*, Milano, 1993 (trad. di H.M. Pawlowski, *Einführung in die Juristische Methodenlehre*, Heidelberg, 1986); M. LOSANO, *Sistema e struttura del diritto*, II: *Il Novecento*, Milano, 2002; R. RORTHY, *La filosofia e lo specchio della natura*, Milano, 1986; P. ROSSI, *Lo storicismo tedesco contemporaneo*, Milano, 1994; J. KOKERT, *Der Begriff des Typus bei Karl Larenz*, Berlin 1995; C.G. HEMPEL, P. OPPENHEIM, *Der Typusbegriff im Lichte der neuen Logik*, Leiden, 1936; H.E. HENKE, *Die Tatfrage Der unbestimmte Begriff im Zivilrecht und seine Revisibilität*, Berlin, 1966; C. KELLER, *Zur tatbestandliche Handlungseinheit*, Berlin, 2004; L. KUHLEN, *Typuskonzeptionen in der Rechtslehre*, Berlin, 1977; D. LEENEN, *Typus und Rechtsfindung. Die Bedeutung der typologischen Methode für die Rechtsfindung dargestellt am Vertragsrecht des BGB*, Berlin, 1971; I. PUPPE, *Vom Umgang mit Definitionen in der Jurisprudenz. Kreative Definitionen oder warum sich Juristen über Begriffe streiten*, in *GS für Armin Kaufmann*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1989, p. 15; G. RADBRUCH, *Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken*, in appendice a *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, Darmstadt, 1967, p. 167; K.L. WOLF, *Urbildliche Betrachtung*, in «Studium generale», 1951, pp. 7, 365; W. TROLL, *Biomorphologie und Biosystematik als typologische Wissenschaften*, in «Studium generale», 1951, 7, p. 376; A. REMANE, *Das Problem des Typus in der morphologischen Biologie*, in «Studium generale», 1951, 7, p. 390; E. KRETSCHMER, *Der Typus als erkenntnistheoretisches Problem*, in «Studium generale», 1951, 7, p. 399; K. STRUNZ, *Zur Methodologie der psychologischen Typenforschung*, in «Studium generale», 1951, 7, p. 402; E. LEWY, *Die Lehre von den Sprachtypen*, in «Studium generale», 1951, 7, p. 415; H.J. WOLFF, *Typen im Recht und in der Wissenschaft*, in «Studium generale», 1952, 4, p. 195; si veda J. KEMPSKY, *Zur Logik der Ordnungsbegriffe, besonders in den Sozialwissenschaften*, in «Studium generale», 1952, 4, p. 205; J.H. HEYDE, *Typus. Ein Beitrag zur Typologie*, in «Studium generale», 1952, 4, p. 235; B. ZITTEL, *Der Typus in der Geschichtswissenschaft*, in «Studium generale», 1952, 6, p. 378; B. SCHÜNEMANN, *Zum Verhältnis von Norm und Sachverhalt bei der Rechtsanwendung, von Ober- und Untersatz im Justizsyllogismus und von Rechts- und Tatfrage im Prozessrecht*, in *Strafgerichtigkeit, FS für Arthur Kaufmann*, Heidelberg, 1993, p. 299;

ne fondamentale nella storia del pensiero⁵. Il termine concetto designa, dunque, gli universali cioè gli oggetti del pensiero che connettono il generale con il particolare, il genere con la specie, l'astratto con il concreto⁶. Classe e tipo sono, quindi, forme di collegamento tra astratto e concreto, sono forme di connessione di elementi concreti mediante conservazione di ciò che si ripete ed eliminazione di ciò che è unico⁷.

Per secoli è stato il concetto di classe a dominare lo scenario scientifico e filosofico delle società di cultura greco-romana. A par-

---

E. WOLF, *Typen der Tatbestandsmässigkeit. Vorstudien zur allgemeinen Lehre vom besonderen Teil des Strafrechts*, Breslau, 1931; R. ZIPPELIUS, *Die Verwendung von Typen in Normen und Prognosen*, in *Fs für K. Engisch*, Frankfurt am M., 1969, p. 224; W. BOTTKKE, *Strafrechtswissenschaftliche Methodik und Systematik bei der Lehre vom strafbefreienden und strafmildernden Täterverhalten*, Ebelsbach, 1979. Nel diritto penale italiano, sul tema del tipo, si vedano, A.A. CALVI, *Tipo criminologico e tipo normativo d'autore*, Padova, 1967, p. 35 e ss., p. 210 e ss.; che prende spunto da alcune elaborazioni del concetto di tipo per applicarlo alla formulazione penalistica delle tipologie d'autore, proponendo una comparazione tra l'analisi di Kretschmer e di Lombroso (p. 210 e ss.); l'A. non utilizza, tuttavia, il concetto di tipo come paradigma logico, come forma concettuale, ma esclusivamente come condensato di caratteristiche che individuano un elemento riconoscibile e separatamente disciplinabile della realtà. In tema si veda soprattutto, F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979; Id., voce *Legge penale*, in «Digesto delle discipline penalistiche», VII, Torino, 1993, p. 338, opere che saranno specificatamente analizzate nel prosieguo del capitolo. Utilizza il portato logico del concetto di tipo a proposito della rilevanza/irrelevanza penale del fatto e degli illeciti bagatellari, anche C.E. PALIERO, «*Minima non curat praetor*». *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985.

⁵ Cfr., C. BEDUSCHI, *Tipicità e diritto. Contributo allo studio della razionalità giuridica*, Padova, 1992, p. 17.

⁶ La disputa nasce da un passo dell'*Introduzione* (*Isagoge*, 270 d.C.) e commento di Porfirio di Tiro (233-305 d.C) alle categorie fondamentali dell'*Organon* di Aristotele. Viene ripresa da Severino Boezio attorno al 500 d.C. e inizia a essere trattato sistematicamente dall'XI secolo, e lo è tutt'ora. Essi fanno riferimento a un qualcosa, una qualità, che risulta predicabile di tutta una categoria di oggetti del pensiero: *id quod aptum est predicari de pluribus*. La questione è notissima e concerne la natura di questi oggetti del pensiero umano: sono parole o sono realtà? Da qui tutta la discussione tra nominalisti (l'universale non è una cosa ma solo un nome, tra i sostenitori Guglielmo d'Ockham) e realisti (tra i fautori lo stesso Tommaso d'Aquino), che giunge alla ontologia dei nostri giorni, al confronto tra empiristi e razionalisti. Si veda il recente contributo di A. VARZI, *Parole, oggetti, eventi ed altri argomenti di metafisica*, Roma, 2001, p. 165 e ss.

⁷ Per dirla con Edmund Husserl, E. HUSSERL, *Erfahrung und Urteil, Untersuchungen zur Genealogie der Logik*, Hamburg, 1985, 385 ss., 386.

tire da Aristotele e dagli studiosi dell'età alessandrina si praticava la classificazione come esercizio intellettuale. Dominava una visione essenzialista e binaria, la classificazione era lo specchio della natura, coglieva l'essenza delle cose: la specie che cambia non esiste. A parte alcuni precursori della tipologia e dell'evoluzionismo come Teofrasto e Porfirio di Tiro⁸, i secoli successivi hanno visto perpetuarsi e affinarsi, e non solo grazie agli scolastici, l'insegnamento aristotelico della classificazione per *differentiam specifica et genus proximum* che per tutto il Medioevo venne ritenuta strumento idoneo a cogliere l'essenza e l'ordine creaturale della natura⁹.

Con l'evoluzionismo darwinista, per cui le specie si sono modificate e si modificano nel tempo, si mette fine alla convinzione dell'immutabilità delle specie e si svela la fallacia essenzialista. È la comunanza di origine che permette a Darwin di individuare l'unità del tipo¹⁰. La tipologia diviene la vera anima e fondamento della conoscenza¹¹. Tra questi *nuovi* ricercatori si trova addirittura il poeta e botanico Goethe che elaborò, durante l'*italienische Reise*, la sua teoria morfologica e il principio tipologico delle proporzioni variabili¹².

---

⁸ Porfirio è l'allievo di Plotino, e suo successore alla guida della Scuola neoplatonica, cui si deve la posizione ufficiale, nel 270 d.C., della questione degli universali.

⁹ Questa convinzione nella storia del pensiero è chiamata "fallacia essenzialista". Si pensava in sostanza, che il pensiero fosse in grado di giungere all'essenza, penetrando al di sotto delle apparenze. Questo ha creato notevoli confusioni tra l'analisi gnoseologica e il piano ontologico. Cfr., A. MARRADI, *La tipologia da Aristotele*, cit., p. 183 e ss.; e ID., voce *Classificazioni*, cit., p. 22 e ss.

¹⁰ Cfr., W. TROLL, *Biomorphologie und Biosystematik*, cit., p. 379; per uno studio sulla epistemologia evoluzionista che confronta la filosofia analitica di Wittgenstein e l'evoluzionismo di Popper, si veda M. BARBERIS, *L'evoluzione del diritto*, Torino, 1998, p. 20 e ss.

¹¹ Cfr., K.L. WOLF, *Urbildliche Betrachtung*, cit., p. 365.

¹² La sua ricerca della "pianta originaria" da cui discenderebbero tutte le altre viene esaltata da molti studiosi, si veda per esempio, K.L. WOLF, *Urbildliche Betrachtung*, cit., p. 365 e ss.; W. TROLL, *Biomorphologie und Biosystematik*, cit., p. 376 e ss., il quale dà il nome al c.d. "principio delle proporzioni variabili", per cui la molteplicità di un organismo si basa sulla mera diversità dei rapporti di proporzione in cui i membri dell'organismo stesso stanno tra loro (p. 380); ancora, si veda, A. REMANE, *Das Problem des Typus in der morphologischen Biologie*, cit., p. 390 e ss. Nel tentativo di definire la struttura logica del tipo nella differenziazione con quella della classe accenna a Platone e Goethe, K.H. STRACHE, *Das Denken in Standards*, Berlin, 1968, pp. 20-21 e ss.

Dopo gli eccessi critici dell'empirismo logico, la tipologia trova nelle scienze sociali terreno fertile per un approfondimento anche epistemologico¹³ e diretto da prospettive eterogenee come le scienze storiche, la sociologia, la psicologia, la linguistica e il diritto¹⁴. Qui nasce la tipologia delle *Weltanschauungen* di Dilthey, quella usata da Jellinek nella sua *Teoria generale dello Stato*¹⁵ e la riflessione weberiana sull'*Idealtypus*¹⁶.

Il grande sviluppo che il concetto di tipo ha avuto attorno all'inizio del secolo scorso portò con sé una confusione inevitabile e una buona misura di approssimazione scientifica. L'essere un termine di moda¹⁷ svuotava il concetto di tipo di significato e funzione scientifica, quando però, nella Germania degli anni Trenta, mutò il contesto generale. Allora si spiegirono due forze antagoniste attorno al concetto di tipo: da un lato, la cultura giuridica nazionalsocialista cercava

¹³ Per una sintetica ma efficace carrellata si veda, A. MARRADI, *La tipologia da Aristotele*, cit., pp. 183-201; Id., *Classificazioni, tipologie, tassonomie*, cit., pp. 22-30.

¹⁴ In particolare, una rivista tedesca come *Studium Generale*, importante per la profondità scientifica e il respiro interdisciplinare dei suoi contributi, dedicò proprio al tema della tipologia due interi fascicoli tra il 1951 ed il 1952, che affrontano praticamente tutti gli ambiti di utilizzo del concetto di tipo. Ad esempio nel campo della linguistica si veda E. LEWY, *Die lehre von den Sprachtypen*, cit., p. 415; per quanto concerne la teoria della conoscenza, si veda E. KRETSCHMER, *Der Typus als erkenntnistheoretisches Problem*, cit., p. 399; nelle scienze psicologiche, si veda, K. STRUNZ, *Zur Methodologie der psychologischen Typenforschung*, cit., p. 402; nella teoria della storia, sebbene con qualche perplessità per il timore di perdere l'unicità dell'evento storico, si veda B. ZITTEL, *Der Typus in der Geschichtswissenschaft*, cit., p. 378 e ss.; ancora, in generale nelle scienze sociali, von J. KEMPSKY, *Zur Logik der Ordnungsbegriffe, besonders in den Sozialwissenschaften*, cit., p. 205; e, nel diritto, per limitarci soltanto alla summenzionata rivista, H.J. WOLFF, *Typen im Recht und in der Wissenschaft*, cit., p. 195 e ss.

¹⁵ Si vedano, K. HELFRICH, *Die Bedeutung des Typusbegriffs im Denken der Geisteswissenschaften*, Giessen, 1938, p. 26 e ss.; e H.J. WOLF, *Typen im Recht und in der Wissenschaft*, cit., p. 196 e ss.

¹⁶ La letteratura in tema è sterminata, praticamente tutte le opere che si sono e che verranno ancora citate in tema di *Typus* fanno riferimento, normalmente critico, al modello ideale di Max Weber, qui si cita esclusivamente una delle più autorevoli opere italiane su quel periodo della scienza tedesca, ovvero, P. ROSSI, *Lo storicismo tedesco contemporaneo*, Milano, 1994, p. 287 e ss.

¹⁷ Tanti hanno sottolineato l'inflazione del termine tipo, qui basti ricordare, per tutti, K. ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung*, cit., p. 266 e ss., in particolare 289.

nell'attaccamento alla concretezza della realtà una giustificazione per l'applicazione *contra legem* dei valori espressi dal regime; dall'altro, invece, appariva lo studio logico-scientifico fondamentale sul concetto di tipo, base per tutta la successiva elaborazione concettuale¹⁸.

2. La svolta tipologica degli anni Trenta

Indebolito dalla disomogeneità dei contesti e dei contenuti affidatigli, il concetto di tipo ha bisogno di una purificazione e nello stesso tempo di una definitiva consacrazione a forma concettuale alternativa al concetto classificatorio, non solo in prospettiva pratica ma anche dal punto di vista logico. A questa necessità di rifondazione della tipologia rispondono Carl Gustav Hempel e Paul Oppenheim¹⁹.

Il saggio, pubblicato nel 1936, si proponeva, così, una riorganizzazione della concezione del tipo, una sua fondazione logica e la fornitura di alcune regole che potessero in qualche modo limitarne l'abuso. Come si è detto, il clima culturale e politico non era certo sfavorevole alle ricerche di opposizione al pensiero classificatorio, e per vero gli stessi autori piegarono opportunisticamente il titolo della loro opera, *Der Typusbegriff im Lichte der neuen Logik*, alla retorica nazista della novità, accostando la *nuova* logica ordinale al nuo-

---

¹⁸ Si pensi che addirittura alcune tematiche della tipologia, come la capacità di rendere concettualmente le sfumature della realtà, sono oggi oggetto della c.d. logica *fuzzy*. Branca della logica applicata che si fonda sulla polivalenza, e non utilizza la logica binaria nella costruzione e progettazione di macchine elettroniche. Sul tema, B. KOSKO, *Il fuzzy pensiero. Teoria ed applicazioni della logica fuzzy*, Milano, 2002; per gli sviluppi nel diritto si veda M.M. FRACANZANI, *Analogia ed interpretazione estensiva nell'ordinamento giuridico*, Milano, 2003, p. 265 e ss.; B. TRONCARRELLI, *Complessità e diritto. Oltre la ragione sistemica*, Milano, 2002, p. 128 e ss.

¹⁹ Le prime pubblicazioni in tema sono quelle di Oppenheim, ma il lavoro fondamentale è scritto a "quattro mani" e rimane il lavoro più citato in assoluto nella teoria del tipo, ed è C.G. HEMPEL, P. OPPENHEIM, *Der Typusbegriff im Lichte der neuen Logik*, Leiden, 1936. In Italia, il lavoro di Hempel e Oppenheim è stato poco considerato, salvo alcune autorevoli eccezioni: innanzitutto, G. MARINUCCI, *Il reato come azione*, cit., p. 9; che parla dell'opera tedesca come di uno sforzo verso l'abbandono del concettualismo impregnato di assoluto di stampo filosofico a favore di uno spirito maggiormente pratico; la ricerca sul concetto di tipo viene anche analizzata e citata a sostegno da C.E. PALIERO, *Minima non curat praetor*, cit., p. 693 e ss.

vo *Reich* e alla *nuova* grande Germania. Eppure la retorica del titolo non deve trarre in inganno, l'intento era piuttosto quello di arginare l'arbitrio scientifico del tempo, fornendo alcune coordinate di fondo che irrigidissero e strutturassero il concetto di tipo²⁰.

Lo scopo era sintetizzare, dunque, una logica adatta al tipo indagando la natura del pensiero tipologico stesso²¹. Si tentò di costruire la logica del tipo come logica di un pensiero ordinale e multifattoriale contrapposto a quello classificatorio e binario²². Mentre la logica classificatoria assegna a ogni elemento del concetto una e una sola qualità, la teoria dei concetti ordinali e tipologici parte, per contro, dal presupposto che possono essere diverse le qualità secondo le quali vengono ordinati questi oggetti²³. Ruolo centrale riveste, così, la critica del concetto classificatorio, della sua capacità euristica e del suo fondamento epistemologico. La classificazione spezza i legami, si impone rigidamente e oppressivamente sulla realtà, non potendone cogliere la molteplicità, che conosce continue forme di passaggio tra un oggetto e un altro, tra un individuo e un altro²⁴.

La logica del tipo si fonda, invece, sullo schema più-meno e sulla costruzione di una serie ordinale che mette in ordine di posizione, rispetto a una certa caratteristica, gli oggetti presi in considerazione. Condizione per la sintesi di una serie ordinale è che tra gli oggetti si stabiliscano le condizioni per l'applicabilità di due relazioni: l'equiparazione e la precedenza²⁵. Traducendo in linguaggio penalistico: a parità di condizioni, la gravità di un furto dipende dal valore della cosa mobile sottratta; se essa ha lo stesso valore, i due comportamenti occupano la stessa posizione, altrimenti quello in cui l'ogget-

---

²⁰ Si veda, sul punto, J. KOKERT, *Der Begriff des Typus bei Karl Larenz*, Berlin, 1995, pp. 88-90.

²¹ All'origine di quest'analisi stanno le ricerche di Oppenheim sulla distinzione tra sussunzione statica e dinamica, cioè tra un'alternativa *aut aut*, e una logica che si struttura attorno allo schema "più-meno", si veda P. OPPENHEIM, *Die natürliche Ordnung der Wissenschaften*, Jena, 1926, p. 221 e ss.

²² C.G. HEMPEL, P. OPPENHEIM, *Der Typusbegriff im Lichte der neuen Logik*, cit., p. 8.

²³ *Ibidem*, pp. 12-16.

²⁴ *Ibidem*, pp. 1-2.

²⁵ *Ibidem*, pp. 22-34.

to materiale del reato ha valore maggiore precede l'altro ed è quindi più grave²⁶.

Quest'attività di traduzione della logica ordinale in linguaggio penalistico, sebbene nasconda diverse insidie²⁷, in alcuni momenti si giova di una certa immediata analogicità di ragionamento, e l'ambito cui il pensiero del penalista si volge per analogia è senza dubbio la commisurazione della pena. Si pensi, ad esempio, che il procedimento di stabilimento di un ordine, di relazioni di equiparazione e precedenza, tra elementi o tra comportamenti, può avvenire attraverso due vie: da un lato, le relazioni di equiparazione e precedenza possono essere definite mediante valutazioni soggettive; dall'altro, invece, serie ordinali tipologiche possono essere stabilite mediante l'utilizzo di criteri oggettivi. Nel primo caso è necessario che sia un esperto a indicare quando due oggetti occupano la stessa posizione e a quali condizioni invece si collocano in posizioni diverse²⁸. Nella seconda ipotesi, invece, possono essere applicati criteri oggettivi per la definizione della posizione di un oggetto o di un comportamento rispetto agli altri²⁹. Il collegamento di questo processo logico al procedimento di commisurazione della pena, inteso sia come attività soggettiva di libero convincimento del giudice che come applicazione di canoni tipizzati di commisurazione, è di tutta evidenza³⁰.

---

²⁶ Come si può notare, qui le proprietà che vengono coinvolte nella serie ordinale sono espressione di un'aggettivazione posta al grado comparativo, *più grave*, mentre quelle classificatorie indicano soltanto il grado positivo di un attributo.

²⁷ Che hanno portato, probabilmente, ad alcune imprecisioni epistemologiche il primo lavoro sistematico che si è preoccupato dell'incidenza della logica ordinale sul diritto penale, ci si riferisce al saggio *Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe* di Radbruch, criticato per il fraintendimento di alcuni punti dell'opera di Hempel e Oppenheim già dallo stesso K. ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung*, cit., p. 286 e ss.

²⁸ C.G. HEMPEL, P. OPPENHEIM, *Der Typusbegriff im Lichte der neuen Logik*, cit., p. 48 e ss.

²⁹ *Ibidem*, p. 63 e ss.

³⁰ Bisogna, tuttavia, fare attenzione a un elemento. Qui non si dice che il criterio soggettivo indichi secondo quale qualità essi debbano essere confrontati, che è una scelta sostanzialmente di valore, ma come, una volta individuata la qualità il cui grado si vuole comparare tra diversi soggetti, si possa dire che uno dei due soggetti precede o occupa lo stesso posto rispetto all'intensità di questa caratteristica. Questa precisazione vuole evitare la distorsione che, nell'euforia nazionalsocialista, è stata fatta del metodo tipologico. Allora, infatti, si cercavano intuitivamente i valori da graduare, che venivano trovati nell'ideologia al potere, nei binomi sangue e razza, sangue e terra, *Blut und Boden*.

Il pensiero tipologico non si preoccupa, almeno in prima istanza, di selezionare informazioni ma soltanto di ordinarle rispetto a determinate qualità. Caratteristica della classe è, invece, proprio quella di selezionare, di dividere³¹. Le leggi che presiedono alla sua individuazione rendono perfettamente la portata della sua funzione: a) la mutua esclusività, per cui un oggetto non può appartenere a entrambe le classi, reati e non reati; b) l'esaustività, per cui tutti gli oggetti devono avere una classe di riferimento³². Continuando nella traduzione: la classe dice *se* il comportamento è reato e quale non lo è; il tipo indica *quanto* un comportamento è reato rispetto ad altri comportamenti. Il concetto di tipo ha una natura logica relazionale³³, la classe è autoreferenziale³⁴. Essa non ammette sfumature, il tipo si fonda sulla graduazione e porta costituzionalmente un numero maggiore di informazioni, è più preciso e concreto della classe. Se per collocare un oggetto nello spazio è necessario individuare la sua posizione secondo l'altitudine, la longitudine e la latitudine, il tipo fornisce al comportamento da conoscere e valutare un *luogo* dentro lo spazio tipologico delle caratteristiche³⁵.

Si pensi ancora alla commisurazione della pena. Lo scopo del procedimento è quello d'individuare la pena da applicare a un fatto già qualificato come reato identificando il grado di gravità che esprime. Si deve usare un altro comportamento di riferimento, reale o ipotetico, da confrontare con il fatto storico e per il quale si ha già una misura di pena appropriata³⁶. Si utilizzano le graduazioni dei criteri di commisurazione della pena, inerenti l'intensità dell'elemento soggettivo, la misura del danno, il grado del pericolo, la qualità dei motivi e così via. Per ognuno di questi criteri di com-

³¹ Per una disamina sulla distinzione tra concetto classificatorio e concetto tipologico si veda, K.H. STRACHE, *Das Denken in Standards*, cit., p. 21 e ss.

³² Cfr., A. MARRADI, *La tipologia da Aristotele*, cit., p. 185 e ss.

³³ C.G. HEMPEL, P. OPPENHEIM, *Der Typusbegriff im Lichte der neue Logik*, cit., p. 40.

³⁴ Proprio nel senso luhmanniano di riferirsi a elementi interni che si differenziano da quelli che cadono fuori dal concetto classificatorio, che ne costituiscono il negativo.

³⁵ *Ibidem*, pp. 66, 67.

³⁶ Si può partire, ad esempio, anche dall'integrazione minimale delle caratteristiche del reato che svela il comportamento meno riprovevole.

misurazione della pena viene stilata una serie ordinale che fornisce l'informazione relativa al grado di quella caratteristica nel fatto storico e nel fatto modello³⁷.

Scopo della tipologia è quello di individuare come “ridurre” una serie a più dimensioni come è quella della commisurazione della pena, a una serie mono-dimensionale che esprima la posizione relativa dei vari comportamenti rispetto all'attributo “gravità”³⁸. Si devono trovare, così, delle regole che connettano le diverse caratteristiche gradualità, che riducono, per la commisurazione, le diverse variabili a un'unica graduazione espressione della posizione definitiva del fatto storico, assegnando al comportamento una cifra identificativa, la misura della pena³⁹. Una vera teoria tipologica esiste solo se ci sono dei collegamenti affidabili tra gli elementi di diverse serie ordinali⁴⁰.

Nonostante la teoria logica dei concetti ordinali e tipologici di Hempel e Oppenheim riscrivesse la struttura del tipo fornendogli una base logica stringente e alcuni paradigmi che, limitandone le disfunzionalità, gli permettevano un'applicazione controllabile dell'arricchimento informativo sui dati della realtà⁴¹, la cultura nazionalsocialista continuò a interpretare il tipo come una mera scatola vuota, asservendolo al *nuovo* rapporto con la *nuova* realtà.

---

³⁷ *Ibidem*, p. 70 e ss.

³⁸ Sul punto, sia per la traduzione penalistica in chiave di commisurazione della pena, che sul tema della riduzione della multifattorialità in serie mono-dimensionali, si veda, G. RADBRUCH, *Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken*, cit., p. 65; difforme, e non solo linguisticamente, l'approccio di chi parla di proiezione della molteplicità nella monodimensionalità, ad esempio, K. ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung*, cit., p. 289.

³⁹ C.G. HEMPEL, P. OPPENHEIM, *Der Typusbegriff im Lichte der neuen Logik*, cit., p. 73 e ss. Ad esempio, si può dire che una delle caratteristiche, per ragioni inerenti la funzione della pena, è preponderante nello stabilire la gravità del reato rispetto a un'altra, o che essa contiene già in sé un'altra caratteristica.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 104 e ss.

⁴¹ *Ibidem*, p. 120 e ss.

3. *La dottrina giuridica nazionalsocialista e la tipologia di Karl Larenz*

In un contesto culturale e politico come quello del regime nazionalsocialista, dove il pensiero concettuale-astratto era persino ritenuto responsabile della sconfitta bellica nella prima guerra mondiale⁴², le “nuove” ricerche tipologiche ottennero grande spazio, subendo enormi forzature, proprio per la loro capacità di rivolgersi alla “realtà vitale” e al divenire storico. Screditando ogni pensiero formale e concettuale, i nazisti ebbero l’esigenza di un “nuovo” supporto per l’analisi teorica del diritto⁴³. Così il concetto di tipo fu preso in considerazione da alcuni dei più autorevoli giuristi dell’epoca e piegato alle esigenze di politica del diritto espresse dal partito nazionalsocialista.

In questa fase si consolidò la posizione di Karl Larenz, giurista destinato a sopravvivere anche alla Scuola di Kiel e al nazismo. Egli, sebbene non condivise la volontà schmittiana di creare una dottrina giuridica radicalmente nuova per il *Terzo Reich*, preferendo piuttosto riallacciarsi alla corrente neohegeliana⁴⁴, disegnò una dottrina del tipo adatta alle esigenze dell’ordinamento nazista, dottrina che sopravvisse anche quando, molti anni dopo, diede alle stampe la prima edizione del suo famoso manuale⁴⁵. La dottrina del tipo di Larenz fu a tal punto legata all’impostazione neohegeliana e talmente asservita alle esigenze del regime, che ancora oggi si dubita del-

---

⁴² Questa è l’opinione espressa nel libretto di J. BINDER, *Die Gerechtigkeit als Lebensprinzip des Staates*, Langensalza, 1926; persino Radbruch dichiarò che il pensiero concettuale distrugge la varietà della vita alterandone i connotati; si veda sul punto, J. KOKERT, *Der Begriff des Typus bei Karl Larenz*, Berlin, 1995, pp. 88-89.

⁴³ Sottolinea l’influsso nazista sulla maggiore sensibilità al pensiero concreto che nello specifico del diritto penale ha portato alla svalutazione della parte generale a favore di quella speciale, G. MARINUCCI, *Il reato come azione*, cit., p. 41.

⁴⁴ Cfr., M.G. LOSANO, *Sistema e struttura del diritto*, II, *Il novecento*, Milano, 2002, p. 183 e ss.

⁴⁵ Egli utilizza per la prima volta il concetto di tipo in un’opera del 1938, e poi torna a riutilizzarlo nel 1960, con la prima edizione della *Methodenlehre*; lo scritto del 1938 è, K. LARENZ, *Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenken*, Berlin, 1938; il manuale cui si allude, in tutte le sue innumerevoli edizioni, è K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin, 1991.

la sua effettiva conversione al pensiero democratico, della genuinità del passaggio dalla fase nazista a quella democratica della sua vita scientifica⁴⁶.

Costruzione scientifica e selezione ideologica dei valori da tutelare si fondono nella teoria di Karl Larenz, che abbandona i tradizionali concetti generali e astratti, ormai inadatti alla realtà della società nazista, e approda al concetto concreto-generale di stampo hegeliano, contenitore utile a essere riempito dei valori da trasferire al tipo⁴⁷. È qui necessario precisare che, nella visione larenziana, il tipo non è più una struttura logicamente precisa e articolata, se ne colgono soltanto, e parzialmente, gli aspetti di elasticità e apertura⁴⁸. Si valorizza la flessibilità del tipo senza considerarne i limiti, esso viene snaturato e applicato a istituti giuridici come la capacità giuridica, la proprietà e il contratto che, allontanati dal giuspositivismo e avvinghiati all'ideologia hitleriana, mutano profondamente di significato⁴⁹.

Nel periodo successivo al nazismo il concetto di tipo rimase nella dottrina di Larenz ma non più legato all'ideologia e senza che gli venisse affidata l'impropria funzione di politica del diritto⁵⁰. Quando tra gli anni Sessanta e Settanta il neohegelismo fu considerato corresponsabile degli illeciti del nazismo, Larenz eliminò progressivamente dal suo manuale quasi ogni riferimento a Hegel, introducendo gradualmente elementi del pensiero di Gadamer, e avvicinandosi alla nuova ermeneutica filosofica.

---

⁴⁶ Si vedano, ad esempio, le diverse opinioni di J. KOKERT, *Der Begriff des Typus bei Karl Larenz*, cit., p. 223 e ss.; e M.G. LOSANO, *Sistema e struttura del diritto*, cit., pp. 183-184.

⁴⁷ Sul concetto "concreto-generale" si veda K. ENGISCH, *Formale Logik, Begriff und Konstruktion in ihrer Bedeutung und Tragweite für die Rechtswissenschaft*, in *FS für U. Klug*, I, Köln, 1983, p. 47 e ss.; K. ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung*, cit., pp. 32-33, 77.

⁴⁸ Parzialmente, poiché nella misura in cui privilegia i concetti generali-concreti, Larenz squalifica forme concettuali meno ricche, per cui, ad esempio, nella sua dogmatica, l'azione domina sull'omissione e il dolo sulla colpa, con l'emersione di critiche al metodo e merito della sua ricerca, sul punto G. MARINUCCI, *Il reato come azione*, cit., pp. 38-41.

⁴⁹ Cfr., M.G. LOSANO, *Sistema e struttura del diritto*, cit., p. 185 e ss.

⁵⁰ Si veda, J. KOKERT, *Der Begriff des Typus bei Karl Larenz*, cit., p. 224.

Nonostante i mutamenti, il concetto di tipo di Larenz continua a presentare delle anomalie, ovvero continua, anche se in un contesto profondamente diverso, a essere, da un lato, l'introduttore di valori dentro la realtà giuridica⁵¹, e dall'altro lato, un concetto classificatorio indefinito, adatto più alla concezione dell'atipicità dei contratti, che alle esigenze generali dell'ordinamento giuridico e del diritto penale in particolare⁵².

4. *Gustav Radbruch e la trasposizione della tipologia nel diritto penale*

Lo stesso anno della prima grande opera di Karl Larenz fu pubblicato il saggio che introduceva definitivamente e con notevole successo la categoria del tipo dentro le scienze giuridiche e specialmente nel diritto penale⁵³. *Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken* portava con sé la stessa euforica affermazione della decadenza del pensiero classificatorio nata durante il ciclo nazionalsocialista e sospinta anche da un vigoroso neohegelismo, purtuttavia è qualcosa di profondamente diverso⁵⁴. Innanzitutto Gustav Radbruch non si inchina all'ideologia ma ne subisce gli abusi⁵⁵. La vera discrasia sta, però, nel fatto che Radbruch coglie appieno il metodo graduale proposto e fondato da Hempel e Oppenheim, a differenza di Larenz che si ferma a un concetto degra-

⁵¹ K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin, 1991, p. 221.

⁵² Si veda *ibidem*, p. 215 e ss., p. 461 e ss.; sul punto anche, M.G. LOSANO, *Sistema e struttura del diritto*, cit., p. 182, p. 193; e H.M. PAWLOWSI, *Introduzione alla metodologia giuridica*, Milano, 1993, pp. 142-143; Id., *Methodenlehre für Juristen*, Heidelberg, 1981, 78; per la critica di Kuhlen si rinvia all'ultimo paragrafo di questa sezione.

⁵³ G. RADBRUCH, *Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken*, cit., p. 60 e ss.

⁵⁴ Se ne è parlato come dell'istituzione di un proficuo rapporto tra concetti astratti e concetti tipologici, si veda, G. MARINUCCI, *Il reato come azione*, cit., 41 nota 108.

⁵⁵ Radbruch, parlamentare e ministro della giustizia della SPD tra il 1920 e 1924, verrà sospeso dall'insegnamento a Heidelberg durante il regime, docenza che riprese nel 1945; cfr. G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, cit., p. 397.

dato di classe, già utile peraltro a introdurre nel sistema giuridico valori extrasistematici⁵⁶.

Al di là della retorica dell'attacco al pensiero classificatorio⁵⁷, egli si concentra sul concetto di graduabilità del tipo e lo trasferisce sul reato e sui suoi elementi⁵⁸, e da lì alla commisurazione della pena⁵⁹. Si propone, quindi, la costruzione di una serie ordinale per ogni criterio di commisurazione della pena⁶⁰ e la loro riduzione a un'unica serie, che esprimerebbe, così, la cifra di pena adeguata alla gravità del fatto⁶¹.

---

⁵⁶ Anche se da più parti, benché in modo non del tutto convincente, gli verrà imputato di aver commesso errori nell'interpretazione dell'opera dei due studiosi; cfr. ad esempio, L. KUHLEN, *Typuskonzeptionen in der Rechtstheorie*, cit., p. 57 e ss.; l'A. sostiene che il saggio di Radbruch è frutto di una serie di incomprensioni. In primo luogo, l'unico esempio vero di tipo che descrive sarebbe quello della commisurazione della pena, tutti gli altri evidenzerebbero una distorsione del pensiero di Hempel e Oppenheim, i quali intendevano il tipo come una serie ordinale a due cifre, e non a una sola cifra (stessa incomprensione viene imputata a Leenen, si veda p. 74) che riporta il pensiero alla logica binaria della classificazione (si veda p. 58); in secondo luogo, Kühlen sostiene che Radbruch confonde i concetti tipologici con le classi indefinite. Non pare, tuttavia, che ci siano tracce di quest'incomprensione se non il richiamo al pensiero di Carl Schmitt che, tuttavia, non può di per sé implicare tale dimostrazione. Si veda, anche C. BEDUSCHI, *Tipicità e diritto*, cit., p. 92 e ss.; H. AOI, *Die sogenannten verdeckten Lücken*, cit., p. 48 e ss.

⁵⁷ Retorica che lo porta addirittura a giustificare il concetto di *konkretes Ordnungsdenken* di Carl Schmitt, si veda, G. RADBRUCH, *Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken*, cit., pp. 63, 64; per vero, proprio questo passaggio viene indicato dai suoi detrattori come testimonianza delle incomprensioni del pensiero di Hempel e Oppenheim, si veda ancora, L. KUHLEN, *Typuskonzeptionen in der Rechtstheorie*, cit., p. 58.

⁵⁸ Cfr., G. RADBRUCH, *Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken*, cit., p. 66; H.E. HENKE, *Die Tatfrage*, Berlin, 1966, p. 81.

⁵⁹ Ancora, G. RADBRUCH, *Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken*, cit., p. 65 e ss.

⁶⁰ Cfr., H.J. WOLFF, *Typen im Recht und in der Wissenschaft*, cit., p. 198.

⁶¹ Si vedano, G. RADBRUCH, *Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken*, cit., p. 66; e H.J. WOLFF, *Typen im Recht und in der Wissenschaft*, cit., p. 198. A questo proposito, nella parte della *Idee* che Engisch dedica all'analisi della dottrina di Radbruch, egli afferma di preferire il concetto di proiezione dell'ordine pluridimensionale dei fattori di commisurazione della pena, rispetto alla dizione radbruchiana di "riduzione della pluralità di serie ordinali a una unidimensionale" che rivela livello di gravità e severità della pena, si veda sul punto ancora, K. ENGISCH, *Idee der Konkretisierung*, cit., p. 289.

Tale traduzione in linguaggio giuridico del concetto di tipo è stata accusata, forse a ragione, di fraintendere in alcuni punti la teorizzazione originaria che si riferisce al tipo intendendolo come predicato a più cifre, postulando quindi una necessaria struttura comparativa dell'essenza del tipo⁶². Tuttavia, il percorso di Radbruch offre delle suggestioni che vanno decisamente oltre lo scopo di trovare un fondamento epistemologico ad alcune categorie penalistiche. La sua impostazione, infatti, e in questo poi fondamentalmente si sostanzia la critica, oscilla tra una considerazione del reato come classe, quando afferma che classe e tipo sono concetti assolutamente differenti e riconosce il carattere fondamentalmente classificatorio della scienza penalistica⁶³, e uno slancio verso la ricerca della sua dimensione graduale e tipologica, attraverso l'analisi della meritevolezza di pena e della commisurazione della sanzione⁶⁴.

L'oscillazione tra classe e tipo giunge sino alla natura della legge penale. La legge in sé, dice, è un concetto tipologico⁶⁵, essa infatti non può prevedere tutti i singoli casi, il legislatore deve lasciare al giudice il compimento dell'opera della legislazione attraverso la valutazione del caso concreto⁶⁶.

Non è azzardato forse sostenere che Radbruch percepisce e abbozza, in sostanza, due anime del reato, quella classificatoria e quella tipologica⁶⁷, riconducendole alla natura e funzionalità tipologica della norma penale incriminatrice⁶⁸.

---

⁶² In chiave critica, si veda per tutti, L. KUHLEN, *Typuskonzeptionen in der Rechtstheorie*, cit., p. 57 e ss.

⁶³ G. RADBRUCH, *Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken*, cit., p. 66.

⁶⁴ Quello che Engisch gli rimprovera, cioè disconoscere la possibilità che nel diritto ci siano classi e tipi insieme, nasce probabilmente dalla sottovalutazione della natura ambivalente della costruzione di Radbruch, e anche dalla spiccata valenza che Engisch dà alla questione definitoria della forma concettuale (Engisch parla infatti del reato come concetto classificatorio a confini non rigidi, K. ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung*, cit., p. 285), anche se, come egli stesso afferma, la sostanza non cambia, si veda ancora, *ibidem*, p. 288, nota 194.

⁶⁵ G. RADBRUCH, *Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken*, cit., p. 69.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 65.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 67.

⁶⁸ Si veda anche H.J. WOLFF, *Typen im Recht und in der Wissenschaft*, cit., p. 200; e G. DUTTGE, *Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts*, cit., p. 424.

5. Tipo penale e analogia in Arthur Kaufmann

Arthur Kaufmann riprende alcune intuizioni di Radbruch, suo maestro⁶⁹, e va oltre, almeno secondo due differenti direzioni. La prima inerisce proprio il concetto di tipo e la sua funzione. L'altra, invece, ha a che fare con l'impianto generale della sua teoria da cui traspaiono, anche se opacamente, alcuni stilemi dell'impianto ermeneutico che poi svilupperà più compiutamente l'allievo Winfried Hassemer⁷⁰.

Qui il tipo accede pienamente alla sua funzione di ponte tra astratto e concreto. Se, infatti, la legislazione contiene in sé il necessario rinvio all'attività di concretizzazione del giudice⁷¹, è il tipo a permettere la connessione tra realtà e norma⁷². La legge contiene questo aspetto tipologico che ne condiziona il compimento al contatto con la realtà concreta⁷³. Di fronte a tale impostazione non poteva essere la sussunzione il procedimento logico di promozione della corrispondenza tra vita e norma, tra essere e dover essere; per Arthur Kaufmann il procedimento che permette il loro avvicinamento, nel rispetto di una diversità che non può mai diventare identità, è l'analogia⁷⁴. Il senso stesso della legge viene riconosciuto nella connessione con la realtà concreta. La *Natur der Sache*, la natura del

---

⁶⁹ Per una genealogia delle Scuole penalistiche o penal-filosofiche tedesche si rinvia a K. KÜHL, *Die Bedeutung der Rechtsphilosophie für das Strafrecht*, Baden-Baden, 2001, p. 22 e ss.

⁷⁰ Cfr., B. SCHÜNEMANN, *Zum Verhältnis von Norm und Sachverhalt*, cit., pp. 299-300.

⁷¹ ART. KAUFMANN, *Analogie und Natur der Sache*, cit., p. 44; G. DUTTGE, *Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts*, cit., p. 424.

⁷² Si veda anche, W. BOTTKE, *Strafrechtswissenschaftliche Methodik und Systematik bei der Lehre vom strafbefreienden und strafmildernden Täterverhalten*, Ebelsbach, 1979, pp. 256-257.

⁷³ Cfr., G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, cit., p. 403.

⁷⁴ Si veda, ART. KAUFMANN, *Analogie und Natur der Sache*, cit., p. 18 e ss., p. 37 e ss.; secondo Fiandaca, l'interpretazione ha in sé natura analogica per cui tra interpretazione estensiva e analogia esiste solo una differenza di grado e non di essenza, si veda G. FIANDACA, *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova, 2002, p. 38. Su Kaufmann e sul concetto di analogia, si veda, O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006, p. 49 e ss.

fatto, risiede nell'assimilazione tra norma e realtà che rinvia al concetto di tipo⁷⁵, all'universale *in re*⁷⁶.

Come concetto capace di graduazione, il tipo è chiaramente la forma più appropriata per rappresentare il ragionamento della *Natur der Sache* e il procedimento analogico di Kaufmann⁷⁷. In ogni caso, la sua teoria apre le porte a una profonda rivisitazione culturale del tipo e alla sua collocazione dentro un'impostazione che ne valorizza le affinità con la *Sein-Sollen-Frage*. Si è a un passo dal concetto di *Typus* e dall'impostazione ermeneutica di Winfried Hassemer.

6. *Il tipo penale di Hassemer come sintesi dell'approccio ermeneutico*

La profonda riflessione engischiana sulla concretizzazione⁷⁸ e le intuizioni ermeneutiche non pienamente espresse dal successore di Engisch alla Scuola di Monaco, Arthur Kaufmann, maturano definitivamente con Winfried Hassemer⁷⁹.

L'impostazione teorica di Hassemer si presta a una duplice valutazione. Da un lato, è certamente il frutto maturo e completo di un pensiero ermeneutico che era solo abbozzato e ancora acerbo nella

⁷⁵ Sul punto si veda, W. HASSEMER, *Die Hermeneutik im Werk Arthur Kaufmanns*, in W. HASSEMER (a cura di), *Dimensionen der Hermeneutik*, Heidelberg, 1984, pp. 8-10.

⁷⁶ ART. KAUFMANN, *Analogie und Natur der Sache*, cit., p. 47; riprendendo l'affermazione di K. ENGISCH, *Idee der Konkretisierung*, cit., p. 239.

⁷⁷ Come noto, l'analogia, nel senso di Kaufmann, non ha a che fare con il problema della legalità penalistica relativa alla colmatatura delle eventuali lacune dell'ordinamento, in violazione del principio di riserva di legge, mediante l'applicazione della stessa pena a due situazioni simili, esso non è una relazione tra due dati di fatto, ma esclusivamente il rapporto tra il fatto e la norma, si veda, per tutti, K. LARENZ, *Methodenlehre*, cit., p. 136.

⁷⁸ Riflessione che è la linea rossa di tutta la sua produzione scientifica, e che trova in *Die Idee der Konkretisierung* il maggiore punto di riferimento.

⁷⁹ Cfr., W. HASSEMER, *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1968; sul punto, B. SCHÜNEMANN, *Zum Verhältnis von Norm und Sachverhalt*, cit., pp. 299-300; Sul tema anche L. KUHLEN, *Typuskonzeptionen in der Rechtstheorie*, cit., pp. 15 e ss., 76 e ss.; e C. KELLER, *Zur tatbestandlichen Handlungseinheit*, cit., p. 137 e ss.

letteratura precedente. Dall'altro lato, tuttavia, la sua pretesa di costruire un *Tatbestand* come *Typus*, non tocca, se non in alcuni punti secondari, il cuore dogmatico-penalistico di questa qualificazione, non ne coglie tutti gli elementi costitutivi e le ripercussioni sulla teoria del reato e sulla normoteoretica. Emerge, dunque, una versione tipologica del *Tatbestand* culturalmente ben definita ma dogmaticamente meno curata di quella dello stesso Radbruch⁸⁰.

La ragione risiede, probabilmente, nel fatto che nella Germania del secondo dopoguerra gli accenni di antiformalismo, che in parte si riscontrano in una lettura tipologica della fattispecie penale, subivano l'accusa impietosa di rievocare i fantasmi della Scuola di Kiel. Ecco che una necessaria contestualizzazione storica dell'opera del giovane Hassemer, era pur sempre il *Doktorarbeit*, può edulcorare il giudizio di appiattimento della ricerca su profili ermeneutici generali a scapito delle categorie dogmatiche direttamente operative.

La ricerca si limita a un'impostazione metodologico-giuridica che, criticando il modello logico-deduttivo della sussunzione, esige un compimento ermeneutico della fattispecie penale tramite il riferimento alla realtà concreta⁸¹. Il suo programma di esplicazione concettuale della fattispecie rimane incompiuto e raggiunge solo il livello dinamico dell'analisi del procedimento di applicazione. Nessun cenno, dunque, alla dimensione statica della fattispecie come tipo⁸².

Sul piano dinamico del processo di applicazione delle fattispecie viene perentoriamente alla luce la definitiva consacrazione del modello ermeneutico nel diritto penale. La dimensione ermeneutica della fattispecie è l'insieme di tutte le sue applicazioni corrette⁸³. La pienezza della fattispecie, il suo *Spielraum logico*, si lascia studiare

---

⁸⁰ Cfr., ancora, W. HASSEMER, *Tatbestand und Typus*, cit., p. 110 e ss.

⁸¹ Si veda ancora, *ibidem*, p. 109; D. LEENEN, *Typus und Rechtsfindung*, cit., pp. 31, 32; Leenen sostiene che Hassemer nel concentrarsi esclusivamente sul rapporto di realtà della norma, *Wirklichkeitsbezug*, perda la molteplicità caratteristica del tipo, cioè la sua graduabilità, la sua apertura, la sua integralità e chiarezza (così, D. LEENEN, *Typus und Rechtsfindung*, cit., p. 32). In effetti, Hassemer sacrifica certamente aspetti non trascurabili nell'analisi del concetto di tipo a un impianto ermeneutico che risulta invadente e assorbente. È come se Hassemer usasse un concetto di cui non ha interesse a evidenziare l'effettiva consistenza.

⁸² W. HASSEMER, *Tatbestand und Typus*, cit., pp. 12, 39-40.

⁸³ *Ibidem*, p. 15.

solo con riferimento al fatto concreto. Da qui due conseguenze: da un lato, la sentenza che correla un fatto storico a una determinata fattispecie incide direttamente sul contenuto di questa fattispecie; senza la pronuncia la fattispecie ha una diversa estensione⁸⁴. Dall'altro lato, l'unico procedimento che permette questa sinergia tra norma e realtà è quello che Engisch chiama *das Hin- und Herwandern des Blickes*, l'andare di qua e di là dello sguardo tra fattispecie e fatto storico, che permette alle due dimensioni di completarsi e di lasciarsi pienamente comprendere⁸⁵. È qui che Hassemer introduce la nota teoria della spirale ermeneutica: non si instaura un circolo tra fatto e norma ma una spirale: il ripetersi delle reciproche definizioni avviene a diversi livelli di conoscenza, l'avvicinamento dei due elementi è contemporaneo e irreversibile⁸⁶.

Con la norma si seleziona il fatto limitandolo, con la concretezza della realtà si riducono le potenzialità della norma penale. Solo gli elementi storici penalmente rilevanti vengono selezionati⁸⁷, solo la meritevolezza di pena permette la contiguità tra norma e fatto⁸⁸. L'incontro tra norma e fatto storico è, per Hassemer, testimone efficace della natura tipologica della fattispecie⁸⁹. La formulazione concettuale assume, tuttavia, un inusitato basso profilo: non se ne fornisce una dimostrazione analitica, non si cerca un'integrazione dogmatica nel (e con) il diritto penale, non si affrontano le questioni decisive della graduazione del reato e dell'impianto normoteoretico della tipicità.

Premettendo quanto prima affermato sullo *Zeitgeist* della Germania del 1968 che avversava con veemenza impostazioni ispirate a un, pur ristretto, orizzonte d'antiformalismo, nella costruzione hassemeriana il tipo rimane mero simbolo, mero marchio di riconoscimento ermeneutico della fattispecie. L'impianto culturale soffoca l'analisi dogmatica. Tralasciandone la gradualità, del tipo rimane so-

---

⁸⁴ *Ibidem*, p. 98 e ss.

⁸⁵ *Ibidem*, pp. 105-106.

⁸⁶ *Ibidem*, pp. 106-108.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 110.

⁸⁸ *Ibidem*, pp. 94-95.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 110 e ss.

lo il carattere trascendente, il fatto di rinviare alla realtà fuori dalla fattispecie: rimane, prudentemente, una forma senza contenuto⁹⁰.

7. *La crisi della tipologia classica e le più recenti versioni del tipo penale*

Attorno alla fine degli anni Settanta al concetto di tipo vengono mosse delle critiche provenienti da prospettive analitiche che ne comportano l'abbandono per almeno un quindicennio⁹¹. Punto focale di questa critica è l'asserita confusionaria distinzione tra concetti tipologici e concetti classificatori che insieme a una costituzionale indefinibilità del concetto ne sancirebbero una scarsa utilità⁹². Sebbene foriero di acute intuizioni relative alla tensione verso la concretezza del diritto, verso la graduabilità e l'elasticità dei concetti giuridici, il concetto di tipo non avrebbe tradotto queste suggestioni in modo formalmente accettabile⁹³, non avendo indicato né alcuni elementi infungibi-

---

⁹⁰ *Ibidem*, p. 112; questo rinvio al di fuori della fattispecie non è da confondere con i rinvii extrasistemati di cui si parlava a proposito di Larenz; quest'ultimo, infatti, rinvia a valori esterni e sovrastanti l'ordinamento giuridico, e cioè ai concetti nazisti di sangue e razza. Hassemer, invece, allude soltanto ai dati di fatto storici e concreti dell'accadimento.

⁹¹ Cfr., B. SCHÜNEMANN, *Zum Verhältnis von Norm und Sachverhalt*, cit., p. 305; alla fine degli anni Settanta, anche Palazzo, confrontandosi con il concetto di tipo, lo rifiuta in quanto vago e malleabile, si veda, F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979, p. 361. La concezione complessiva che risulta dalla posizione dell'illustre autore, tuttavia, indica il termine *Typus* come entità omogenea di disvalore, che si accetta soltanto in quanto mero riferimento al procedimento conoscitivo e non anche "come dato a se stante". Il tipo è, invece, una mera forma concettuale, non una entità che può essere "a se stante".

⁹² Si vedano, R. ZIPPELIUS, *Die verwendung von Typen*, cit., p. 224 e ss.; L. KUHLEN, *Typuskonzeptionen in der Rechtslehre*, cit., p. 19 e ss.; B. SCHÜNEMANN, *Zum Verhältnis von Norm und Sachverhalt*, cit., p. 305; K. LARENZ, *Methodenlehre*, cit., p. 461 e ss.; D. LEENEN, *Typus und Rechtsfindung*, cit., p. 57 e ss.; J. KOKERT, *Der Begriff des Typus bei Karl Larenz*, cit., p. 31, p. 276 e ss.; H. AOI, *Die sogenannten verdeckten Lücken*, cit., p. 48 e ss.; U. KINDHÄUSER, *Zur Definition qualitativer und komparativer Begriffe. Eine Entgegnung auf herschels Typologie im Arbeitsrecht*, in «Rechtslehre», 1981, pp. 226, 244 e ss.

⁹³ Cfr., B. SCHÜNEMANN, *Zum Verhältnis von Norm und Sachverhalt*, cit., p. 305 e ss.

li né le dinamiche specifiche della loro combinazione⁹⁴. Si chiedeva, in sostanza, di dare al tipo un'anima rigida lasciandogli gravitare attorno elementi fungibili⁹⁵. Diversi autori scoprono, poi, alcune imperfezioni nell'interpretazione giuridica del pensiero di Hempel e Oppenheim relative, in particolare, all'errata considerazione del tipo come un concetto classificatorio con confini indefiniti⁹⁶.

Tuttavia, nei primi anni Novanta si assiste alla rinascita del concetto di tipo in una veste che permette di coniugare il rispetto di alcune esigenze analitiche con la parte più feconda delle sue intuizioni⁹⁷.

Una parte della dottrina propone di limitare il tipo a quei concetti che possiedono almeno un elemento graduabile, in tal modo il nucleo di elementi costanti renderebbe "analiticamente" tollerabile il rinvio a elementi variabili⁹⁸. Questo compromesso tra esigenze giuridiche e impostazione tipologica hempeliana nasce dalla natura stessa del diritto e rafforza le importanti considerazioni con cui Engisch aprì alla contaminazione tra classe e tipo⁹⁹. Il giurista lavora con concetti per lo più vaghi e ha quindi bisogno di forzare la realtà e di porre barriere rigide a una sfuggente concretezza¹⁰⁰.

---

⁹⁴ Si veda, J. KOKERT, *Der Begriff des Typus bei Karl Larenz*, cit., p. 277.

⁹⁵ Quest'esigenza vengono soddisfatte dal concetto ermeneutico di fattispecie penale: un nucleo rigido che è la fattispecie primaria a scopo qualificatorio e classificatorio, e una periferia che gode di alcuni gradi di libertà, in cui tutto è fungibile poiché dovendo graduare la gravità siamo già nel reato, sono già integrati gli elementi rigidi. L'immagine che si può usare è quella del concetto di "campo di forze" usato nella fisica.

⁹⁶ Cfr., L. KUHLEN, *Typuskonzeptionen in der Rechtstheorie*, cit., pp. 57 e ss., 76 e ss.

⁹⁷ La rivisitazione si ha con lo stesso Kuhlen che, dopo aver aspramente criticato il concetto di tipo, ne dà una nuova formulazione, si veda, L. KUHLEN, *Regel und Fall in der juristischen Methodenlehre*, in «Archiv für Recht und Sozialphilosophie», 45, 1992, p. 101 e ss.; e poi con un interessante saggio di I. PUPPE, *Vom Umgang mit Definitionen in der Jurisprudenz*, in *GS für Armin Kaufmann*, 1989, pp. 15 e ss., 25 e ss.; un quadro lo si trova in B. SCHÜNEMANN, *Zum Verhältnis von Norm und Sachverhalt*, cit., p. 305 e ss.

⁹⁸ Si veda, I. PUPPE, *Vom Umgang mit Definitionen in der Jurisprudenz*, cit., pp. 25 e ss., 30-31. Questa dottrina ritiene si possa fare una similitudine tra il concetto di tipo, così concepito, e le c.d. definizioni disgiuntive, concetti che rinviano per la chiarificazione di un elemento a un altro ambito, come sono, ad esempio, le fattispecie con elementi normativi.

⁹⁹ Si veda, K. ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung*, cit., p. 288, nota 194.

¹⁰⁰ Si veda, ancora, I. PUPPE, *Vom Umgang mit Definitionen in der Jurisprudenz*, cit., p. 28.

La possibilità che si apre al compromesso è la deducibilità di concetti classificatori da concetti ordinali e tipologici. Ponendo al posto di uno degli elementi variabili una costante che individua il grado minimo per l'attribuzione di una determinata qualità, gli elementi che superano i requisiti di quella costante minimale sono nuovamente e interamente graduabili. Si fa l'esempio del concetto roxiano di *Tatherrschaft*, di dominio funzionale sul fatto, secondo cui un soggetto ha tanto più dominio sul fatto quanto più è difficile sostituire il suo contributo nella fase esecutiva. Si conservano la certezza e la gradualità tramite l'argomento *a minore ad maius*¹⁰¹. La struttura gradualistica viene salvata, però, all'interno di un contesto classificatorio.

Un'altra dottrina, invece, per individuare uno spazio analiticamente accettabile dal concetto di tipo percorre le strade del rapporto tra norma e fatto, tra dover essere e realtà concreta¹⁰². L'occasione è fornita dal commento alle manifestazioni pacifiste che tentatore di bloccare il passaggio di convogli militari (noto come il *Sitzblockade-Fall*¹⁰³) in astratto qualificabili come "coercizione" dal codice penale tedesco (§ 240 StGB).

Dato che la norma richiede la riprovevolezza della minaccia o del male impiegato ai fini della valutazione di antigiuridicità, questa dottrina cerca di rintracciare delle regole di similitudine connesse al fatto concreto, *fallgebundenen Ähnlichkeitsregeln*¹⁰⁴. Ritenendo insufficiente la distinzione tra norma e fatto storico¹⁰⁵, si sostiene che per

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 29.

¹⁰² Ci si riferisce a L. KUHLEN, *Regel und Fall*, cit., p. 101 e ss.; per una visione d'insieme si veda, invece, B. SCHÜNEMANN, *Zum Verhältnis von Norm und Sachverhalt*, cit., p. 306.

¹⁰³ Cfr., L. KUHLEN, *Regel und Fall*, cit., p. 110 e ss.

¹⁰⁴ Chiaramente questo percorso si interseca, per una buona misura, con il pensiero ermeneutico, che abbate le barriere tra norma e fatto. Qui, invece che argomentare in generale come rapporto tra regole e fatto si parla, in realtà, con una differenza forse solo linguistica, di relazione tra "decisioni orientate al fatto" e "decisioni non orientate al fatto". In ogni caso, taluno (e precisamente, B. SCHÜNEMANN, *Zum Verhältnis von Norm und Sachverhalt*, cit., p. 306) ha visto in questa apertura alle regole di similitudine una perfetta rappresentazione ed esplicazione del concetto di *Natur der Sache* come utilizzato da Arthur Kaufmann.

¹⁰⁵ Cfr., L. KUHLEN, *Regel und Fall*, cit., p. 103.

accertare la riprovevolezza si debba analizzare il caso concreto alla ricerca di indici, di circostanze che possano rivelare tale giudizio di disvalore¹⁰⁶. A loro volta, queste dimensioni rilevanti del fatto possono dare seguito a un giudizio di riprovevolezza solo se comparate a casi simili¹⁰⁷. I criteri che danno vita alla comparazione non possono che essere strettamente legati alla commisurazione della pena¹⁰⁸.

Il recupero del concetto di tipo avviene, come si vede, attraverso una valorizzazione della sua natura comparativa: solo la collocazione della sua gravità relativa rispetto a casi simili può illuminare sulla qualificazione come penalmente rilevante, come fatto antigiuridico. Questo procedimento è di carattere comparativo e ordinale, è tipologico¹⁰⁹.

Sezione II

La fattispecie penale come tipo: lineamenti di un approccio ermeneutico

1. *I sentieri dogmatici del "Typusbegriff" verso il concetto di fattispecie penale*

L'antica e dibattuta questione degli universali, attraversando tutta la storia del pensiero occidentale, ha trovato nel diritto l'ennesimo luogo di manifestazione. Come scienza sociale o dello spiri-

¹⁰⁶ *Ibidem*, pp. 117-118; in particolare, tramite un'istruttiva esemplificazione, l'A. sostiene che nel caso del *Sitzblockade*, regole rilevanti fossero ad esempio: l'importanza del tema della protesta; il coinvolgimento personale emotivo e morale dell'imputato; il grado della lesione della fluidità del traffico; i rapporti tra le vittime; l'evitare che questo blocco causasse l'impossibilità per la circolazione di veicoli tematicamente estranei alla protesta, come ambulanze e pedoni.

¹⁰⁷ Si veda, *Id.*, *Regel und Fall*, cit., pp. 122-123.

¹⁰⁸ Ancora, *ibidem*, p. 125; l'A. sostiene la necessità di regole il più possibile vicine al fatto da utilizzare nella commisurazione della pena, e in quest'ottica, ritiene esemplare il lavoro di chi ha proprio cercato di fornire i modelli di orientamento per la ricerca di questi criteri concreti, ovvero il lavoro di W. FRISCH, *Gegenwärtiger Stand*, cit., pp. 797 e ss., 803 e ss.

¹⁰⁹ Cfr., L. KUHLEN, *Regel und Fall*, cit., p. 124.

to, il diritto, da un lato, ha a che fare con diverse forme concettuali, dall'altro, cerca la maniera metodologicamente corretta di riportare il suo apparato concettuale alla realtà concreta. La questione delle forme concettuali si pone nel diritto penale in modo parzialmente diverso che negli altri ambiti, poiché esso è strutturato dal principio di legalità che impone proprio particolare attenzione nella scelta e nell'uso delle "forme concettuali"¹¹⁰.

Quest'attenzione ai principi ha imposto, almeno dalla comparsa delle società moderne fondate sulla legalità formale, l'uso dei concetti classificatori. La realtà viene sezionata e regolata, e i confini che distinguono un comportamento giuridicamente significativo da uno non significativo sono rigidi. È la dottrina formale della legalità e la concezione formale del reato. È un parametro formale e legale a stabilire la distinzione tra lecito e illecito, non ci sono valutazioni sostanziali, parametri di riferimento che ineriscono l'offensività o l'antisocialità del comportamento¹¹¹. Da qui l'attenzione per le forme concettuali rigide e classificatorie, attenzione che con il passare del tempo ha posto, tuttavia, la questione di una maggiore aderenza della disciplina penalistica alla realtà¹¹². Le tematiche sono le più varie: dai gradi della colpevolezza alla concretizzazione della pena, dalla graduazione dell'illiceità al tema dell'irrilevanza penale del fatto¹¹³.

---

¹¹⁰ Sensibilità che non è mancata ad autori classici come Radbruch ed Engisch che, sebbene da prospettive formali differenti, hanno avuto accesso alla dimensione peculiare che il concetto ordinale, che il tipo, ha nel diritto penale, dimensione che si rivela duplicemente nelle loro intuizioni, G. RADBRUCH, *Klassenbegriffe*, cit., p. 67; K. ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung*, cit., p. 288, nota 194.

¹¹¹ Esclusi, s'intende, quegli ordinamenti e quei sistemi che si sono fondati proprio sull'antigiuridicità materiale, intesa come strumento di realizzazione di forme di Stato autoritarie o totalitarie, come il diritto penale sovietico e quello della Germania nazista.

¹¹² Un'attenta analisi della funzione classificatoria dei concetti penalistici, anche se riferita specificamente al concetto di azione, è effettuata da Marinucci. In particolare, l'A. sottolinea i rischi che si annidano nello stesso metodo della ferrea logica classificatoria, così, G. MARINUCCI, *Il reato come azione*, cit., pp. 36-37.

¹¹³ Sulle formule di offensività sostanziale che cedono l'individuazione della soglia, in senso lato, di punibilità alla graduazione di determinati fattori, si veda V. ZAGREBELSKY, *Contenuti e linee evolutive della giurisprudenza in tema di rapporti fra tassatività del fatto tipico e lesività*, in G. VASSALLI (a cura di), *Problemi generali di diritto penale*, Milano, 1982, p. 418.

Il progressivo affermarsi in questi ambiti di concetti graduabili ha non solo posto il tema dell'efficacia e opportunità di concetti giuridici esclusivamente classificatori, ma ha anche spinto ad analizzare cos'è essenzialmente un concetto ordinale e graduale, cos'è un tipo. Questa ricerca è giunta, attraverso fasi alterne, sino a oggi. È compito del giurista capire sotto che sembianze, con quali mutamenti e soprattutto con quali limitazioni per il diritto penale; e se le nuove esigenze della dogmatica e della "pratica" penalistica possono trovare nel tipo una struttura concettuale affidabile ed efficace per spiegare i processi di formazione e applicazione del diritto, migliorandone complessivamente la funzionalità.

Meditando su forma, collocazione e funzione del concetto di tipo, la domanda centrale è, dunque, se la fattispecie penale sia un tipo, se, al contrario di quanto comunemente ritenuto, essa non classifichi solamente ma, in qualche modo, implichi una graduazione dei comportamenti. Bisogna analizzare, sia le possibili forme di questa graduazione e le eventuali peculiarità del tipo nella fattispecie penale, sia la funzione attribuita alla fattispecie penale intesa come tipo.

Il dato principale che emerge dallo studio del tipo è che esso porta con sé una natura comparativa. La comparazione costituisce la struttura portante e innovativa del concetto di tipo rispetto a quello di classe. Sin da Hempel e Oppenheim, questa peculiarità emerge con chiarezza non solo nella dimensione primaria dell'analisi relazionale di più comportamenti rispetto a più parametri, ma anche nella dimensione secondaria che si realizza nella ricerca di regole per ridurre la complessità di tutte le relazioni che intercorrono tra più comportamenti, in modo tale che si possano esprimere i rapporti interni tramite un unico parametro riassuntivo, rispetto al quale vengono assegnate le posizioni dentro la serie ordinale¹¹⁴.

Questa vicenda per i giuristi ha avuto sempre un significato indubbio, ovvero il riferirsi alla commisurazione della pena. Così, la dottrina di Radbruch trasforma le argomentazioni teoriche in descrizioni di procedimenti giuridici: la gradualità del tipo entra nella commisurazione della pena¹¹⁵. Anche i detrattori della tipologia giuridica

¹¹⁴ Si rinvia ai paragrafi 1 e 2 della sezione I.

¹¹⁵ Si rinvia a tutta la sezione I di questo capitolo, e in particolare al paragrafo 4.

riconoscono nella commisurazione un procedimento, spesso l'unico, con chiare caratteristiche di graduazione e tipologiche¹¹⁶. Le stesse considerazioni valgono per il procedimento analogico di Arthur Kaufmann che vede nell'attività concretizzatrice del giudice, quindi anche nella commisurazione, quella modalità di connessione tra realtà e norma che è l'espressione della sua concezione della *Natur der Sache*¹¹⁷.

Anche se nella trasposizione giuridica il concetto di tipo subisce le limitazioni scaturenti dalla funzione prescrittiva del diritto penale, che necessita in ogni caso di una struttura di qualificazione caratterizzata da elementi minimi di ingresso, il procedimento di commisurazione della pena è riconosciuto come tipologico¹¹⁸. Indirettamente da Hassemer che valorizza le modalità del fatto rivelatrici di meritevolezza di pena¹¹⁹. Più esplicitamente da Kuhlen, che, in un contesto culturale diverso, ritiene determinante nell'interpretazione di una fattispecie la comparazione con i casi simili attraverso i criteri di commisurazione della pena, la cui esiguità può portare fino all'esclusione della rilevanza penale del fatto¹²⁰.

C'è, dunque, un portato specifico del diritto penale all'indagine del tipo. Se il tipo introduce nell'analisi penalistica questa necessità dello studio delle relazioni tra i comportamenti, il diritto penale trasforma questa peculiarità tecnica nella struttura logica della commisurazione della pena, sia come procedimento generale che nell'individuazione dei parametri di commisurazione. E c'è di più.

Il diritto penale inserisce le attitudini del tipo dentro un contesto normativo. Il tipo è nesso tra fatto e norma. Il tipo è il *trait d'union* tra realtà normativa e realtà storica. Il tipo è il canale che permette alla norma di concretizzarsi e alla realtà di essere normativamente regolata. Si va dalle intuizioni di Engisch¹²¹, alla loro rielab-

¹¹⁶ Per la posizione di Kuhlen si rinvia al paragrafo 7 della sezione I.

¹¹⁷ Per Kaufmann, si veda il paragrafo 5 della sezione I.

¹¹⁸ Cfr., H.J. WOLFF, *Typen im Recht und in der Wissenschaft*, cit., p. 195; R. ZIPPELIUS, *Die Verwendung von Typen in Normen und Prognosen*, cit., p. 234; e poi le posizioni già analizzate di Radbruch. Schünemann, Puppe e Hassemer.

¹¹⁹ Si rinvia al paragrafo 6 della sezione I.

¹²⁰ Ed è la posizione di Kuhlen esaminata al paragrafo 7 della sezione I.

¹²¹ Cfr., K. ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, cit., p. 256; ID., *Formale Logik*, cit., p. 41; ID., *Die Idee der Konkretisierung*, cit., p. 176 e ss., pp. 242 e ss., 266 e ss.

borazione con Arthur Kaufmann¹²², sino alla matura consapevolezza che il contesto culturale ermeneutico assume con l'Hassemer di *Tatbestand und Typus*.

La dirittura d'arrivo di questo percorso interpretativo è l'intuizione della natura tipologica della fattispecie incriminatrice. Gustav Radbruch¹²³, Arthur Kaufmann e Winfried Hassemer, anche se non perseguono fino in fondo la loro intuizione, soprattutto rispetto alle questioni problematiche che essa introduce nella dogmatica penalistica, iniziano un percorso di rimediazione della funzione e della forma concettuale della fattispecie penale, itinerario ricco di suggestioni e che tenta di colmare quella lacuna della teoria del reato già segnalata da Tiedemann¹²⁴.

Si rimane, però, solo all'intuizione. La letteratura delinea più precisamente la cornice culturale di riferimento, la concezione ermeneutica del diritto penale, che vede il compimento della legislazione nell'attività concretizzatrice del giudice, connessione essenziale tra norma astratta e sua applicazione concreta. Emerge il mutamento di prospettiva: si accetta la funzione del giudice non perché è impossibile fare altrimenti, ma non si fa altrimenti perché è questo l'equilibrio corretto tra norma e fatto, tra funzione prescrittiva e precettiva della norma penale.

Delineato il quadro generale, bisogna approfondire il contesto culturale di riferimento sotto cui cadono le valutazioni e le concettualizzazioni di questo percorso dogmatico, cioè il pensiero ermeneutico, e soprattutto compiere quella valutazione determinante sulla forma concettuale della fattispecie incriminatrice rimasta ancora allo stato embrionale, spesso alla mera enunciazione, e considerarne i riflessi per il diritto penale.

Prima di giungere alla lettura della fattispecie penale come concetto tipologico, è necessario e utile analizzare la concezione del *Typus* penetrata nella dottrina italiana, attraverso ricerche sia in tema di ti-

---

¹²² Si veda, ART. KAUFMANN, *Die Rolle der Abduktion im Rechtsgewinnungsverfahren*, in *Grundfragen staatlichen Strafens, FS für H. Müller-Dietz*, München, 2001, p. 349 e ss.; ID., *Das Verfahren der Rechtsgewinnung. Eine rationale Analyse*, München, 1999, p. 54 e ss.

¹²³ Il quale afferma che il legislatore non può prevedere tutti i singoli casi e deve necessariamente servirsi del giudice che, in questo modo, completa l'attività legislativa.

¹²⁴ Si rinvia a quanto affermato alla sezione I.

po di autore¹²⁵, che di principio penalistico di determinatezza¹²⁶. La necessità nasce dal fatto che, insieme a *Minima non curat praetor*¹²⁷, sono, per quanto sia dato sapere, tra le pochissime ricerche penalistiche italiane che rendono conto del tema tipologico nel diritto penale. L'utilità, al di là del momento squisitamente descrittivo, sta nelle differenze esistenti con il concetto di tipo scaturito dal percorso tracciato in questo capitolo, divergenze che permettono, *a contrario*, di chiarire e ribadire i punti focali della disegnata concezione di tipo.

In primo luogo, diversa è la prospettiva dell'indagine. Mentre nell'indagine del tipo tracciata in queste pagine è tutta la fattispecie, tutto il reato, che viene indagato per scoprire la sua natura tipologica, nella prospettiva di Palazzo, sono tendenzialmente gli elementi della fattispecie che vengono relazionati al concetto di tipo¹²⁸, con lo specifico scopo di vagliare dei paradigmi di verifica della loro determinatezza. Allo stesso modo, sono soltanto le categorie d'autore a essere analizzate da Calvi¹²⁹.

La divergenza fondamentale si ha, tuttavia, a proposito del significato stesso del concetto di *Typus*. Nell'impostazione di Palazzo il tipo è «sintesi unitaria di un disvalore omogeneo sempre esprimibile con parole diverse da quelle utilizzate dalla descrizione legislativa, e costituente nella sua elasticità il parametro di riferimento del procedimento interpretativo»¹³⁰. Il tipo viene individuato a partire dal significato linguistico¹³¹ e dovrebbe garantire, a differenza dell'utilizzo della *ratio legis*, l'apertura della lettera della legge alla realtà sociale e valutativa, senza il rischio di andare "oltre" la fattispecie¹³². Quest'omogeneità di disvalore

¹²⁵ Il riferimento è a, A.A. CALVI, *Tipo criminologico*, cit., p. 35 e ss., 210 e ss.

¹²⁶ Ovvero, F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza*, cit., p. 356 e ss.

¹²⁷ Il riferimento è a C.E. PALIERO, *Minima non curat praetor*, cit., p. 693 e ss.

¹²⁸ Ancora, F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza*, cit., p. 356 e ss.

¹²⁹ Si veda, A.A. CALVI, *Tipo criminologico*, cit., pp. 35 e ss., 210 e ss.

¹³⁰ Così, F. PALAZZO, *Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza-tassatività in materia penale*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1991, p. 335, e ancora in F. PALAZZO, voce *Legge penale*, cit., pp. 342, 362. Segue l'impostazione di Palazzo, A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, cit., p. 174.

¹³¹ Altrove si parla di usi linguistici consolidati, si veda, F. PALAZZO, *Orientamenti dottrinali*, cit., p. 334.

¹³² Utilizzando quasi le stesse parole, ancora, F. PALAZZO, voce *Legge penale*, cit., p. 362.

di cui è espressione il tipo è destinata, dunque, da un lato, alla *Gesetzgebung*¹³³, alla formulazione di fattispecie coerenti e armoniche anche nella loro cornice edittale¹³⁴, caratteristica che permette la funzione prescrittiva della norma, e, dall'altro, all'interpretazione come parametro di verifica della determinatezza degli elementi della norma incriminatrice¹³⁵. Nella ricerca di Calvi il tipo è inteso in senso weberiano come entità idonea alla classificazione della realtà naturale, in particolare dei tipi d'autore, mediante schemi categoriali¹³⁶. Non si analizza, in sostanza, la struttura logica e ordinale del concetto di tipo¹³⁷.

Nella prospettiva di questa ricerca, invece, il tipo è, come si è intuito e come si vedrà nel prossimo paragrafo, una forma concet-

¹³³ Si dice suggestivamente che il tipo è «un modo di pensare la realtà, un modo di saper ritagliare nella indistinta superficie della realtà ben delimitate tipologie offensive rese evidenti dalla loro omogeneità di disvalore», così, F. PALAZZO, voce *Legge penale*, cit., p. 342. Qui vengono individuate due ipotesi in cui il legislatore deve allontanarsi dalla costruzione tipologica della fattispecie, e concernono sia i casi di legislazione emotiva, che quelli di regolamentazione di una materia obiettivamente complessa. In tale contesto, si sottolinea come, da questo punto di vista, rispetto alla fattispecie si pongano due concetti: costruzione e funzione. La costruzione della fattispecie sarebbe nell'induzione dello schema astratto dalle peculiarità del fatto concreto. La funzione starebbe nella sussunzione sotto lo schema, così, G. CAPOZZI, *Temporalità e norma nella critica della ragione giuridica*, Napoli, 2000, p. 79. La posizione di quest'ultimo autore, tenta di connettere orizzontalmente tipo e sussunzione, facendo del tipo un mero strumento di induzione dal particolare storico (pp. 80-83). C'è, però, l'equivoco di un concetto anomalo di tipo, poiché separa, scinde, isola (pp. 257-260). Ma questa è la funzione di un concetto classificatorio e non del tipo che è invece, concetto ordinale. Certo, nel diritto penale, come si vedrà, queste due parti non possono essere scisse. Eppure, in ogni caso, è la natura ordinale che caratterizza l'essenza del concetto tipologico. E natura ordinale significa assemblare, arricchire e storicizzare la rilevanza giudica del fatto. Il tipo ha spazio, così, solo in una concezione ermeneutica del diritto.

¹³⁴ Si parla di «limiti ragionevoli del compasso edittale» e questa ragionevolezza passa attraverso la corrispondenza «al disvalore omogeneo e unitario espresso dal tipo»; solo rispetto alla finalità rieducativa della pena è ammessa una flessione, si veda ancora, F. PALAZZO, voce *Legge penale*, cit., pp. 342, p. 357, dove si fa anche riferimento a F. BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., p. 356 e ss.

¹³⁵ Nei termini di una vera e propria indagine tipologica della tassatività, ancora, F. PALAZZO, *Orientamenti dottrinali*, cit., p. 354 e ss.

¹³⁶ Cfr., A.A. CALVI, *Tipo criminologico*, cit., pp. 40, 41. Sottolinea la tendenza del tipo alla riduzione del sapere a unità metodologica, C. BEDUSCHI, *Tipologia e diritto*, in «Studi Parmensi», XXX, 1981, p. 45.

¹³⁷ Probabilmente i due studiosi sono influenzati dall'impostazione di Engisch che esclude che la qualificazione tipologica muti la struttura logica del concetto cui si applica, si veda, a conferma, A.A. CALVI, *Tipo criminologico*, cit., pp. 38-39, nota 97.

tuale congenita della fattispecie, formato da una parte classificatoria e una ordinale, dal qualificare e dal commisurare. Non si tenta, dunque, di ricostruire un concetto “terzo” di tipo che serva da ponte tra la fattispecie astratta e i fatti concreti. Il tipo non è un dato a sé stante ma il portato epistemologico, e quasi ontologico, della fattispecie penale¹³⁸.

Interpretando il tipo come dato autonomo, invece, se ne sottolineano giustamente la vaghezza e l'instabilità nella funzione interpretativa¹³⁹, elementi che portano al soggettivismo, all'intuizionismo¹⁴⁰. Se non ci sono strutture rigide, il giudice si coordinerà al fatto storico e alla sua personale intuizione della dimensione interpretativa del caso concreto¹⁴¹. Ecco che il tipo, avulso dalla combinazione tra natura classificatoria e ordinale, cioè inteso come unità di senso e di disvalore del fatto descrittivo, può essere accettato soltanto come mero termine che designa il procedimento cognitivo di applicazione e concretizzazione della norma¹⁴².

Come si cercherà di segnalare, il tipo non ha, però, confini labili, ma elastici, gradualmente e bilanciati, nel diritto penale, da un nucleo

---

¹³⁸ In questo senso, è interessante la sottolineatura di Palazzo in ordine all'introduzione di elementi valutativi nella fattispecie, di elementi cioè che hanno bisogno della mediazione dell'attività valutativa. Qui si richiede, continua Palazzo, un procedimento tipologico e analogico, non esiste possibilità alcuna di sussunzione. Il motivo è proprio che il termine valutativo manca di significato definitorio, per cui non è in grado di arginare e contenere l'attività dell'interprete, così, F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza*, cit., pp. 426-428. Eppure, trasferendo il discorso su tutta la fattispecie, è proprio quest'impossibilità della deduzione a caratterizzare il diritto penale, perché il dato storico deve essere ponderato e valutato anche nelle sue rilevanti espressioni concrete. Bisogna certo capire come individuare questa rilevanza.

¹³⁹ Si veda il paragrafo 7 della sezione I di questo capitolo per una rivisitazione analitica e meno melliflua del concetto di tipo.

¹⁴⁰ Palazzo, in sostanza, critica proprio il modello aperto e indefinito che si avvicina molto a quello di Larenz, e che, in effetti, storicamente è servito, forse non direttamente nel diritto penale, a permeare l'applicazione del diritto d'intuizioni personali del giudice dedotte dallo spirito della società nazista.

¹⁴¹ Ecco che Palazzo critica sia la posizione di Engisch che quella di Arthur Kaufmann, i quali cercano di articolare un itinerario di ricostruzione del tipo, il primo attraverso la legge, il secondo servendosi del concetto di natura del fatto, nella relazione tra fatto tipico e fatto storico, si veda F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza*, cit., p. 359 e ss.

¹⁴² Si veda ancora, *ibidem*, p. 361.

centrale rigido e classificatorio. La concezione del tipo, aggiornata ai paradigmi analitici, non ha carattere solo valutativo ma anche definitorio, due aspetti che sono immagine stessa della funzione e applicazione della fattispecie penale.

2. *Qualificare e commisurare: la fattispecie penale come tipo*

Nel percorso di questa ricerca si sono analizzate le relazioni che intercorrono tra fatto e sanzione. Si è visto come parte della dottrina riconosca un concetto ampio di fatto, allargato agli elementi che determinano una modifica della meritevolezza di pena. D'altra parte si è analizzato il tipo come forma concettuale, il ruolo che può assumere nel diritto penale e come la commisurazione in sé, l'«economia del contrappasso»¹⁴³, sia intesa quale procedimento tipologico. La fattispecie entra, così, in contatto con elementi certamente tipologici del diritto penale, con un pensare ordinale e non solo classificatorio, con la misura e non solo con la qualità. È il momento di individuare con più precisione i connotati di quest'intersezione, che avviene dentro il concetto di tipo, tra fatto tipico e sanzione.

L'accusa centrale mossa all'applicazione della teoria del tipo al diritto è quella di una mancanza di chiarezza nella distinzione tra concetti classificatori e tipologici¹⁴⁴. Tuttavia, la natura epistemologica di una forma concettuale non viene meno se essa si adatta alle regole vigenti nel campo in cui viene applicata, se questo adattamento non ne snatura l'essenza. Ciò vale a maggior ragione per il concetto di tipo. Il malinteso sta, forse, nel credere che il tipo debba necessariamente escludere sinergie con concetti classificatori. Quest'interpretazione purista può andare bene, probabilmente, per le scienze matematiche, ma crolla già di fronte alle necessità delle scienze naturali e fisiche e, a maggior ragione, dinanzi al diritto. L'essenza del tipo esportabile fuori dalla logica matematica è la sua capacità di scomporsi in gradi, la sua natura, questa sì, necessariamente com-

---

¹⁴³ Così, F. CORDERO, *Gli osservanti. Fenomenologia delle norme*, Milano, 1967, p. 281.

¹⁴⁴ Si veda la posizione di Kuhlen, al paragrafo 7 della sezione I.

parativa, la vocazione a ordinare e non attribuire di per sé qualità al grado positivo, bensì presupporle.

Questa commistione tra classe che fa accedere e grado che ordina, tra l'attribuzione di una qualità e la sua graduazione, tra la separazione e la continuità nella differenza, non è il difetto della tipologia nel diritto ma è la caratteristica, è il dato peculiare della tipologia nelle scienze naturali, fisiche e nel diritto penale¹⁴⁵. Il diritto penale non si limita a prevedere una scala di riprovevolezza dei comportamenti umani, né semplicemente a indicare quali comportamenti sono penalmente rilevanti e quali non lo sono, senza prevedere delle possibilità d'individualizzazione rispetto al fatto concreto. Il diritto penale contiene in sé queste due nature: il qualificare e il commisurare¹⁴⁶.

Il concetto di tipo nel diritto penale presuppone, o comunque si accompagna a, una struttura classificatoria¹⁴⁷. La commisurazione è possibile nella misura in cui si è certi che i fatti che si stanno commisurando sono tutti penalmente rilevanti. La tipologia giunge quando è già stato garantito il rispetto minimo della legalità¹⁴⁸. Il tipo nasce

---

¹⁴⁵ Suggestivo risulta, in quest'ottica, il riferimento di Fiandaca alla combinazione tra approccio ermeneutico-giuridico e principio di legalità, tra la fase creativa dell'interpretazione e il vincolo alla legge penale scritta, si veda, G. FIANDACA, *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova, 2002, p. 61 e ss. Per l'indicazione secondo cui il diritto in quanto problema speculativo non può risolversi con la mera astrazione generalizzatrice, e anche per un riferimento, tra le righe, a un giusto processo di limitazione del formalismo e di rivalutazione del "dato presupposto" alla forma, si veda, A.E. CAMMARATA, *Limiti tra formalismo e dogmatica nelle figure di qualificazione giuridica*, Catania, 1936, ora in *Formalismo e sapere giuridico*, Milano, 1963, risp. 358 e 395 e ss.

¹⁴⁶ Vicinanza d'ispirazione è quella che porta al concetto di *Gattungstypus*, che sarebbe un concetto classificatorio capace, ma non necessitatamente, di graduazione. Esso viene utilizzato per studiare il concetto anglosassone di *standards*, con una sensibilità vicina a quella della filosofia ermeneutico-giuridica e alla tipologia dell'Europa continentale. La prospettiva è, tuttavia, diversa da quella tradizionale della tipologia, si rifiuta la connotazione ordinale del tipo, eppure questa sua doppia natura ricorda l'impostazione duplice che il concetto di tipo assume nel diritto penale. Il riferimento è in questo studio, l'opera di K.H. STRACHE, *Das Denken in Standards*, cit., pp. 24-25.

¹⁴⁷ La posizione di Ingeborg Puppe è stata tratteggiata al paragrafo 7 della sezione I.

¹⁴⁸ Sul concetto di "sanzione" in prospettiva etimologica, intesa come "ente che separa", che attua partizioni mediante un giudizio, che, quindi, classifica, si veda F. D'AGOSTINO, voce *Sanzione (teoria gen.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XLI, Milano, 1989, p. 308.

dalla graduazione di alcuni elementi della classe¹⁴⁹. D'altra parte, la legalità d'ingresso nel sistema penale, e quindi la descrizione della fattispecie incriminatrice, è solo il primo livello di previsione di un fatto riprovevole. A questo livello si aggiungono i criteri di commisurazione della pena e le circostanze del reato. Questi due ulteriori livelli individuano la misura di sanzione tipica per il fatto storico¹⁵⁰.

In sostanza, la fattispecie penale come tipo ha queste due anime: da un lato confini rigidi che dividono ciò che è lecito da ciò che è penalmente rilevante; dall'altro lato, confini mobili per collocare il comportamento concreto che abbia superato limiti rigidi all'interno della scala di disvalore¹⁵¹.

Questa duplice attitudine concettuale della fattispecie non porta ambiguità, piuttosto rivela la natura intrinseca della fattispecie penale. Essa descrive un comportamento e lo rende precetto attraverso una sanzione. È la sanzione a rendere precetto una descrizione e contestualmente a chiedere che questa prescrizione venga ulteriormente specificata per rintracciare la pena individuale. La cornice editale impone, infatti, questa concretizzazione del disvalore tipico del fatto storico, quest'individuazione della misura della meritevolezza di pena¹⁵². Da un lato, la descrizione del comportamento ha bisogno della previsione della sanzione per essere vista come precet-

¹⁴⁹ Anche se con differenze terminologiche pare orientato verso la stessa considerazione, K. ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung*, cit., p. 288, nota 194.

¹⁵⁰ Gli elementi del reato hanno, dunque, anche la funzione di parametro per la graduazione. Sul punto, rispetto al tema della colpa, e in particolare al concetto di esigibilità, si scrive «l'esigibilità assolve una duplice funzione: qualitativa, nel momento in cui contribuisce a distinguere le condotte che si possono definire colpose da quelle che non comportano responsabilità penale; quantitativa, laddove incide, presupposta una condotta esigibile, sulla misura delle conseguenze sanzionatorie», così, G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, cit., p. 338.

¹⁵¹ Come già ricordato, taluno, a proposito del concetto di colpevolezza, parla di un'identità tra la colpevolezza della teoria del reato e quella della commisurazione, unità che sarebbe a fondamento dell'unione funzionale tra punibilità e commisurazione, tra qualificare e commisurare, così, W. FRISCH, *Unrecht und Schuld*, cit., p. 250.

¹⁵² Il termine *meritevolezza di pena*, traduzione dall'originale tedesco *Strafwürdigkeit*, è un termine che sebbene generico e impreciso viene utilizzato spesso con la collocazione che gli si dà nel testo, in senso critico, sul concetto di *Strafwürdigkeit*, argomentando mediante un'esposizione bibliografica ragionata, si veda, A. DI MARTINO, *La sequenza infranta*, Milano, 1998, p. 100 (nota 250), p. 218 e ss.

tiva, quindi è la sanzione che rende classificatoria quest'anima della fattispecie. Ma d'altro canto, la posizione "a forbice" della sanzione impone la presenza di una struttura ordinale e tipologica della fattispecie, che, nel descrivere la scala di gravità dei comportamenti penalmente rilevanti, trovi la pena adeguata al fatto¹⁵³.

Questa doppia tensione della fattispecie, da un lato classificatoria e dall'altro ordinale, è l'impronta della funzione che tende a rivestire il diritto penale attraverso gli scopi della pena. La pacificazione sociale cui il diritto penale anela è il traguardo di un percorso a diverse tappe: la prima delle quali è la prevenzione generale, la seconda è la prevenzione speciale. Imporre un modello di valori e dissuadere dalla lesione dei beni giuridici che l'ordinamento ha inteso tutelare, consentire la risocializzazione e l'adeguata neutralizzazione del reo, sono le fasi del processo che mira insieme alla generalità e al singolo.

Le due funzioni sono espresse dalle due dimensioni concettuali della fattispecie. La prevenzione generale s'avvia attraverso l'utilizzazione di un concetto classificatorio che individuando un comportamento generico gli correla una sanzione penale: qui c'è lo spiegamento della funzione generalpreventiva attraverso mezzi astratti e generali, le norme penali in quanto tali¹⁵⁴. Questo spiegamento viene confermato e compiuto dalla specialprevenzione attraverso quel mezzo concreto e singolare rappresentato dalla condanna e dalla sua esecuzione¹⁵⁵. Verso la generalità dei consociati s'indicano e si descrivono innanzitutto i requisiti minimi di ciò che lede il bene tutelato e i connotati qualitativamente e quantitativamente ancora indeterminati di

---

¹⁵³ Con riferimento ai modelli di decodificazione del concetto di pericolo, si afferma che il passaggio dal profilo qualitativo, inerente i criteri per la formazione del giudizio di pericolo, al profilo quantitativo, concernente la misura di questo pericolo, è un mutamento delle stesse modalità di conoscenza, poiché si passa da giudizi di qualità a quelli di quantità, ovvero da parametri binari a sfumature molteplici della realtà, così, F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, Milano, 1994², pp. 243-244.

¹⁵⁴ Minimo e massimo edittale sono concepiti in funzione generalpreventiva, così, E. DOLCINI, voce *Potere discrezionale del giudice (diritto processuale penale)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIV, Milano, 1985, p. 755.

¹⁵⁵ Sul punto con una disamina che parte dal Rocco, si veda, A. DI MARTINO, *La sequenza infranta*, cit., p. 15.

una pena che tuttavia si può riconoscere nel suo profilo generale¹⁵⁶. Verso il singolo individuo che ha già leso il bene giuridico, invece, è necessaria una descrizione particolareggiata della misura di meritevolezza di pena del suo comportamento: solo se ritagliata accuratamente sul fatto concreto e sui criteri di commisurazione, la pena può neutralizzare senza abbrutire, risocializzare avendo educato¹⁵⁷. La misura della pena scelta dal giudice attraverso i parametri e i processi tipologici della commisurazione completa la funzione del diritto penale iniziata con l'aspetto classificatorio della fattispecie, ne rivela la natura tipologica e ne realizza compiutamente gli scopi¹⁵⁸.

Dal punto di vista normoteoretico, la fattispecie incriminatrice contiene, così, due specie di precetti. La prima, impone il comportamento omissivo o attivo attraverso la minaccia della pena. La seconda, contiene tutti i precetti che impongono il comportamento portatore della minore gravità possibile, attraverso la disposizione "a forbice" della sanzione edittale, che lievita verso i limiti massimi nel caso di violazione di questo precetto, o eventualmente li supera nel caso di integrazione di una circostanza aggravante. Entrambe le specie di precetti sono formati dalla combinazione di una norma primaria di comportamento, con una norma secondaria che prevede una sanzione¹⁵⁹.

Così, si distingue tra proposizioni prescrittive penali, che contengono precetti orientati alla costituzione, alla modifica e all'estinzione della sanzione, e proposizioni incriminatrici che sono orientate alla

¹⁵⁶ Cfr., I. PUPPE, *Vom Umgang mit Definitionen*, cit., pp. 28-30.

¹⁵⁷ Individua una dimensione retributiva dentro la funzione rieducativa della pena, per tramite del limite alla pena costituito dalla colpevolezza, E. DOLCINI, voce *Potere discrezionale del giudice*, cit., p. 751. Mentre, c'è chi individua una funzione rieducativa già nella stessa minaccia di pena, così, S. CORBETTA, *La cornice edittale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1997, pp. 154-155.

¹⁵⁸ È proprio la dialettica astratto-concreto a rivivere dentro il dialogo, condotto nella fattispecie penale, tra funzione preventiva generale e speciale, si vedano le considerazioni di F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., p. 187.

¹⁵⁹ La norma secondaria del secondo precetto dipende da quella del primo precetto, dato che le modalità di concretizzazione della pena edittale, cioè le circostanze proprie e improprie, si basano sulla forbice legislativa. Sulla distinzione tra norme primarie e secondarie, e sull'inversione fatta da Kelsen rispetto al loro significato, si veda per tutti, N. BOBBIO, *Norme primarie e norme secondarie*, in N. BOBBIO, *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, 1970, p. 175 e ss.

mera costituzione della sanzione¹⁶⁰. È l'ordinamento che pone queste proposizioni prescrittive per tutelare i propri precetti¹⁶¹. Se la fattispecie incriminatrice traccia la linea oltre la quale si accede nel penalmente rilevante¹⁶², le circostanze del reato, e la fase tutta della commisurazione della pena¹⁶³, contenendo sia precetti che sanzioni, descrivono anch'esse proposizioni prescrittive penali, e modulano la risposta penale secondo la gravità del fatto e gli scopi del diritto penale¹⁶⁴.

Questa connessione essenziale tra i due precetti, tra le due funzioni della pena, tra la natura classificatoria e quella tipologica del reato, tra qualificazione penalistica e commisurazione della pena, impone una precisazione e una maggiore scientificizzazione del processo di commisurazione della pena¹⁶⁵. Questo processo di creazione di serie ordinali, una per ogni criterio di commisurazione della pena, e poi la loro riduzione secondo regole di reciproca interrelazione, ha bisogno di una maggiore attenzione dogmatica, di un maggiore sforzo d'individuazione delle categorie attraverso le quali comparare i fatti e commisurare la sanzione¹⁶⁶.

---

¹⁶⁰ Si veda, A. DI MARTINO, *La sequenza infranta*, cit., p. 73; questa distinzione è uno dei punti focali della teorizzazione mirata all'individuazione delle fattispecie a sanzione positiva che interrompono la sequenza tra illecito e sanzione, sul punto, ancora, *ibidem*, p. 213.

¹⁶¹ Si veda, *ibidem*, p. 73.

¹⁶² Ancora, *ibidem*, p. 213.

¹⁶³ Di diverso avviso pare, invece, *ibidem*, p. 121, che riconduce il discorso sulle proposizioni prescrittive alle sole circostanze in senso tecnico, mentre, a proposito della commisurazione della pena in senso stretto ex art. 133 c.p., parla di mera norma di disciplina dell'attività di concretizzazione, di una "norma su norme".

¹⁶⁴ Cfr., *ibidem*, p. 78.

¹⁶⁵ Esigenza fortemente segnalata nelle più volte citate opere di Frisch.

¹⁶⁶ In un certo senso, anche la Corte Costituzionale, in una nota sentenza sul concetto di "misura rilevante" nella frode fiscale, Corte Cost., 15-16 maggio 1989, n. 247, in «La giustizia penale», I, 1989, c. 294, ha indicato, da prospettive diverse, questa duplicità interna alla fattispecie penale. La prospettiva era quella della misura necessaria di determinatezza. Qui la Corte introduce una diversificazione in gradi della determinatezza: quella della previsione normativa che distingue il lecito dall'illecito; e quella degli elementi che, non ponendo questo confine, non devono sottostare alla stessa ferrea esigenza di determinatezza, ma a una minore. La prima, orientata alla garanzia della libertà, la seconda, all'esigenza dell'uguaglianza. Su quest'impostazione, per tutti, F. PALAZZO, *Elementi quantitativi indeterminati e loro ruolo nella struttura della fattispecie (a proposito della frode fiscale)*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1989, p. 1198 e ss., pp. 1223-1224.

La capacità della sanzione penale di orientarsi secondo la gravità è la sintesi ultimativa delle attitudini graduali di tutti gli elementi del reato, della misura dell'illecito come della misura della colpevolezza¹⁶⁷. La natura logica, ordinale e classificatoria, della fattispecie trova una sponda nella capacità graduale dell'illiceità e della colpevolezza. Anche seguendo queste tracce, una volta stabilita la linea classificatoria superata la quale si è nel campo del penalmente rilevante, c'è la possibilità di graduare i comportamenti a seconda dell'intensità dell'illiceità e della colpevolezza¹⁶⁸.

Oltre che a misurare la capacità graduale dell'illiceità e della colpevolezza, e cercare la loro sintesi nel procedimento d'identificazione del grado di gravità del reato e quindi della misura della pena, la natura tipologica della fattispecie penale deve fare riflettere sulla stessa tipicità. Bisogna chiedersi se la natura tipologica porta la fattispecie stessa, e non solo i suoi elementi, alla graduazione, o meglio alla stratificazione. La tipicità che la connota forse è essa stessa elemento funzionale del tipo, essa stessa graduale, essa stessa espressione ordinale di caratteri suoi costitutivi. Si deve approfondire, come già fatto preliminarmente con i gradi del reato e della gravità, se e come avviene questa graduazione della fattispecie, se è ammissibile tracciarne i limiti, e sottolinearne gli effetti sulla gestione intertemporale della riformulazione del reato¹⁶⁹.

---

¹⁶⁷ Si rinvia alla bibliografia sul grado di illecito e colpevolezza indicata e analizzata nella prima sezione del capitolo III.

¹⁶⁸ Per una critica delle fattispecie penali caratterizzate dall'«appiattimento sulla trasgressione», ovvero sulle tipologie incriminatrici che non permettono una graduazione oggettiva e soggettiva, si veda, F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, cit., p. 22.

¹⁶⁹ Prima di continuare l'indagine sul quadro culturale di riferimento della qualificazione della fattispecie penale come tipo, bisogna dissipare alcuni dubbi inerenti quest'assimilazione, e, in particolare, distinguere la posizione che il concetto di tipo ebbe durante il regime nazista e l'attuale considerazione della fattispecie come tipo. Innanzitutto, c'è da dire che solo Larenz accetta scientificamente il concetto di tipo, altri giuristi dell'epoca non hanno mai utilizzato, se non in maniera del tutto atecnica, questa forma concettuale. Passando alla tipologia di Larenz, si notano, tuttavia, alcune differenze importanti con l'impostazione che si tenta di avanzare. In primo luogo, Larenz non coglie l'aspetto graduale del tipo, mettendolo in secondo piano rispetto alla caratteristica dell'apertura, cioè di non richiedere elementi assolutamente necessari per la sua integrazione. L'aspetto

Prima di giungere ad affrontare questi quesiti, con i quali si chiuderà la ricerca su tipicità e riformulazione del reato, ci sono ancora due tappe. Innanzitutto, bisogna affrontare un problema che potrebbe prospettarsi rispetto all'individuazione appena fatta di una pluralità di precetti dentro la fattispecie, di due *species* precettive penali dentro la norma incriminatrice: precetti penali di qualificazione e precetti penali di commisurazione. Le perplessità che potrebbero sorgere sono legate, in particolare, alla nota questione della compatibilità tra un precetto assoluto, non commettere reati, e un precetto relativo, orientato a "guidare" la stessa commissione del reato.

In secondo luogo, e in ultima analisi, si vuole cercare di comprendere se l'indirizzo preso dalla ricerca sia rapportabile, *ex post*, a una particolare impostazione filosofica del diritto penale. Tutto lo studio fatto in questa seconda parte, cioè l'analisi dei legami tra norma astratta e fatti concreti per tramite di parametri d'inclinazione della prima verso i secondi e di declinazione dei secondi rispetto alla prima, parrebbe prossimo, infatti, alle teorie ermeneutiche del diritto; anche se le peculiarità proprie del diritto penale, e dell'analisi fatta, non permettono, probabilmente, una piena adesione a tutti i luoghi dogmatici tipici del percorso giuridico del pensiero ermeneutico¹⁷⁰.

---

che, invece, viene sottolineato da Larenz è proprio quello che, in un certo modo, la tipologia come ricostruita in questa ricerca vorrebbe escludere, ovvero il rinvio incontrollato a valori extrasistematici senza però incidere formalmente sul contenuto delle norme, nel caso specifico i valori propri della cultura nazista. Allora si rinviava alla coscienza della *Comunità* e al *Führer*, producendo una legislazione sostanzialmente *contra legem* (sul punto chiarissimi, H. Aoi, *Die sogenannten verdeckten Lücken*, cit., p. 54; e anche, G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, cit., p. 379 e ss.). Con il riconoscimento di un tipo a struttura parzialmente analitica, e, quindi, con un'ossatura robusta di stampo classificatorio a garanzia della certezza del diritto, non è possibile, invece, una *Rechtsfindung* irrazionale, indipendente o, addirittura, contraria alla legge. Ciò su cui può incidere la flessibilità del tipo è dentro i confini della classe, è la creazione di stratificazioni della fattispecie, l'individuazione di sottofattispecie.

¹⁷⁰ Sebbene al di fuori dell'identificazione con il contesto filosofico di riferimento, Fiandaca ritiene che due conquiste della teoria ermeneutica del diritto sono ormai imprescindibili: da un lato, che l'interpretazione e applicazione del diritto è, in qualche misura, un'attività creativa; dall'altro, che l'interpretazione s'inserisce sempre in un contesto che l'influenza anche tramite fattori extratestuali, si veda G. FIANDACA, *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova, 2002, p. 34.

3. *L'armonia logica e sistematica della pluralità precettiva*

Ci si interroga, dunque, sulle possibilità di coabitazione tra il divieto di commettere il reato, che è espresso dalla parte classificatoria della norma penale, e il divieto di aggravare il reato, espresso dalla dimensione graduale della fattispecie. La questione verte, così, sulla coerenza e sulla tenuta di quest'impostazione normoteoretica e dogmatico-penalistica.

Il problema parrebbe porsi nella misura in cui il divieto di non aggravare il reato postulasse già una situazione illecita di base, coperta dal precetto assoluto "non commettere reati". Esso è relativo alla legittimità del riconoscimento di un obbligo di contenimento della lesività, ulteriore rispetto a quello di non commettere illeciti penali. Esso inerisce la logicità della postulazione di una modalità di lesione del bene giuridico, di violazione del precetto assoluto, che sia rispettosa di un ulteriore precetto, connesso all'aggravamento della fenomenologia illecita.

Le linee di questa problematizzazione corrono parallele a, e a volte si intersecano con, una delle questioni più dibattute e interessanti del diritto penale, ovvero il tema della colpa in attività illecita¹⁷¹. La questione è, come noto, quella di vagliare la plausibilità del rimprovero per colpa rivolto a chi agisce già in un contesto illecito¹⁷².

Secondo una nutrita parte della dottrina, non sarebbe possibile muovere un rimprovero per colpa a un soggetto che si trovasse già in un contesto illecito doloso. Nei casi di preterintenzione, di aberrazione del delitto e di delitti aggravati dall'evento, le conseguenze non volute del fatto doloso non possono venire addebitate a titolo di colpa¹⁷³.

---

¹⁷¹ Sul tema, da ultimo, l'opera di F. BASILE, *La colpa in attività illecita*, Milano, 2005.

¹⁷² Cfr., F. BASILE, *La colpa in attività illecita*, cit., pp. 7-8.

¹⁷³ Si vedano, tra gli altri, T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 1999⁵, p. 284; F. GIUNTA, *Illecito e colpevolezza nella responsabilità colposa*, I, *La fattispecie*, Padova, 1993, p. 367; A. CASTALDO, *La struttura dei delitti aggravati dall'evento tra colpevolezza e prevenzione generale*, in A. STILE (a cura di), *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, Napoli, 1989, p. 317; A. CARMONA, *Il "versarsi in re illecita" "colposo". Un breve percorso tra pratiche giurisprudenziali e suggestioni dogmatiche, pensando alla riforma del codice penale*, in «L'indice penale», 2001, p. 229.

L'argomento centrale ruota attorno all'aporia, presunta, di vietare in modo assoluto un comportamento doloso e contestualmente ascrivere la produzione di un evento ulteriore a titolo di colpa, cioè per la violazione di norme cautelari, che, in un contesto illecito, imporrebbero un obbligo di "commissione prudente e diligente del reato"¹⁷⁴. Quest'immagine di un "dolo senza colpa" è solo più sfumata nell'impostazione di altri autori che rifiutano la loro coabitazione non solo in base a un argomento puramente logico giuridico, ma ritenendo, nel campo più generale della teoria della colpa, che il rimprovero per un fatto che non si doveva produrre e che si è prodotto per imprudenza, negligenza o imperizia, possa essere elevato solo quando c'è alla base del comportamento un'attività lecita¹⁷⁵. La presenza di un'attività illecita non farebbe operare alcuna norma cautelare, e, tuttavia, la responsabilità conseguente non avrebbe i caratteri della responsabilità oggettiva, bensì di una responsabilità comunque colpevole, ma non colposa, fondata sull'attività-base illecita¹⁷⁶.

Diverse, e convincenti, sono peraltro le motivazioni portate a fondamento dell'accoglimento della rimproverabilità per colpa in ambito di base illecito. Non solo, infatti, le argomentazioni della dottrina contraria sono, spesso, sottolineate attraverso impostazioni non perfettamente coerenti¹⁷⁷, ma si utilizzano anche considerazioni interessanti per una ricerca ispirata dalla gradualità degli elementi del reato.

---

¹⁷⁴ F. BASILE, *La colpa in attività illecita*, cit., p. 245.

¹⁷⁵ Così, A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003, p. 327; sulla stessa posizione, V. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Milano, 1998, p. 237.

¹⁷⁶ Per una critica si veda, F. BASILE, *La colpa in attività illecita*, cit., p. 150.

¹⁷⁷ Incoerenze della dottrina rilevate da F. BASILE, *La colpa in attività illecita*, cit., p. 248 e ss. Con buona probabilità, grande parte dell'*engagement* contro la teoria della "colpa nel dolo" è dovuto alla tradizionale posizione di Leone che, per fondare la sua adesione alla colpa in attività illecita, ha inteso la colpa come mera violazione della legge penale, la quale, in quanto tale, sarebbe portatrice di una duplice funzione, repressiva e preventiva, sul punto si veda F. BASILE, *La colpa in attività illecita*, cit., p. 164 e ss. Questa posizione di Leone, unanimemente criticata in dottrina, non ha nessuna affinità, però, con l'impostazione della pluralità dei precetti della fattispecie penale, sostenuta in questa ricerca. Intanto, per Leone è uno stesso precetto ad avere due funzioni, e non due precetti che hanno la stessa funzione di tutela dei beni giuridici, secondo stratificazioni precettive e sanzionatorie differenti. In secondo luogo, e soprattutto, Leone si riferisce a un evento ulteriore non voluto, mentre in questa ricerca si fa riferimento allo stesso evento della fattispecie, che muta solo nell'intensità della soggezione all'aggressione, e non, invece, in qualità.

In primo luogo, la valorizzazione diretta di riflessioni di tipo graduale. Ci si riferisce innanzitutto allo slogan beffardo “uccidi con cautela”: impostare l'esempio sull'omicidio non ha senso, diversamente, invece, per le percosse o lesioni che possono sfociare in omicidio se si eccede nell'aggressività, o se si realizza la condotta in un contesto spazio-temporale molto rischioso¹⁷⁸. Ci si riferisce, però, anche alla compromissione dell'eguaglianza sostanziale, qualora comportamenti portatori di disvalori decisamente eterogenei venissero trattati con la stessa sanzione. Non solo modulando il grado della colpa, ma potendo anche escludere qualsiasi rimprovero nel caso di assoluta imprevedibilità dell'evento ulteriore¹⁷⁹.

Inoltre, ancora più interessante, e probabilmente risolutivo¹⁸⁰, è il riferimento alla disciplina delle circostanze del reato. Qui il legislatore accetta la possibilità di muovere un rimprovero per colpa, quindi per violazione di norme cautelari anche in attività illecite. Anche quest'elemento attiene al processo di concretizzazione della norma, alla modulazione degli elementi della fattispecie¹⁸¹.

In questo senso, è orientata la cospicua parte della dottrina che riconosce, quindi, la doverosità e l'utilità del rimprovero per colpa dentro il fatto illecito doloso¹⁸². Pur rimanendo sulla stessa traccia interpretativa, in dottrina si è cercato di distinguere la colpa in attività lecite dal comportamento imprudente realizzato in un contesto

¹⁷⁸ Su questa linea è E. GALLO, *Delitti aggravati dall'evento e delitti di attentato*, in «Giurisprudenza italiana», 1990, IV, p. 414.

¹⁷⁹ Ancora, F. BASILE, *La colpa in attività illecite*, cit., p. 250.

¹⁸⁰ Si usa un termine dubitativo perché viene segnalato (si veda F. BASILE, *La colpa in attività illecite*, cit., p. 266) il fatto che le circostanze non sono elementi da cui dipende la punibilità del fatto. Ai fini della presente ricerca, tuttavia, questa considerazione problematica non è determinante.

¹⁸¹ Si veda, ancora, F. BASILE, *La colpa in attività illecite*, cit., p. 265 e ss.

¹⁸² Già, F. BRICOLA, “*Dolus in re ipsa*”. Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo, 1965, p. 35, nota 57; in seguito, G. MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa. Morte della “imputazione oggettiva dell'evento” e trasfigurazione nella colpevolezza?*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1991, p. 38; G. FIANDACA, *Considerazioni su responsabilità obiettiva e prevenzione*, in A. STILE (a cura di), *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, Napoli, 1989, p. 49; E. DOLCINI, *Responsabilità oggettiva e principio di colpevolezza*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2000, p. 871; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2005, p. 371; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2001, p. 359.

illecito, attraverso una diversificazione del processo di formazione e accertamento della violazione di regole cautelari¹⁸³. Ci si riferisce alla nota teoria della colpa generica oggettivata, che non ammette la possibilità di costruire la teoria della colpa sulla figura del “delinquente modello”, concretizzazione dell’*homo eiusdem condicionis et professionis*¹⁸⁴. Oltre all’approfondimento e alla diversificazione in ordine al modello di agente, si ammette il rimprovero colposo a un soggetto che commette un fatto doloso¹⁸⁵.

Si è visto come le insidie logico-dogmatiche della colpa in attività illecita siano oggi meno imprevedibili e pericolose, e come una buona parte della letteratura sia orientata alla compatibilità dei due rimproveri. Sul piano dell’armonia tra le due *species* precettive individuate dalla lettura tipologica della fattispecie, cioè il precetto di qualificazione, “non commettere reati”, e quello di commisurazione “non aggravare il reato”, si può concludere per la loro compatibilità. La questione è analoga, e per tale motivo è stata trattata, ma tale analogia non si spinge, per vero, oltre una dimensione puramente logica e strutturale: verte cioè sul problema della non contraddizione, e attiene due tipologie precettive contenute dentro la stessa fattispecie. L’analogia si ferma qui, non è identità.

Nella colpa in attività illecita, infatti, la colpa è riferita a un evento ulteriore a quello del reato base. La fattispecie in sé, invece, contiene due specie precettive che sono entrambe riferite allo stesso risultato. Nell’ipotesi di colpa in attività illecita l’evento ulteriore dev’essere non voluto. Invece, nella fenomenologia monolesiva della fattispecie ordinaria, rispetto alla quale si pone lo studio tipologico delle specie di precetti contenute, può anche non postularsi una divergenza soggettiva: i reati dolosi possono essere commessi con ag-

---

¹⁸³ Qui sta il “punto centrale” della teoria di Canestrari, si veda S. CANESTRARI, *L’illecito penale preterintenzionale*, Padova, 1989, p. 121 ss, p. 127 e ss. ribadito poi in *Dolo eventuale e colpa cosciente*, Milano, 1999, p. 105 e ss., 109 e ss.

¹⁸⁴ A differenza del reato aberrante, questa è la posizione che si sostiene per quanto concerne la preterintenzione, chiaramente, ancora, ID., *L’illecito penale preterintenzionale*, cit., p. 260 e ss.

¹⁸⁵ Ancora, *ibidem*, p. 150 e ss. Per una critica, F. BASILE, *La colpa in attività illecita*, cit., p. 301 e ss., che lega la ricerca con il filo rosso della ricostruzione di un concetto “normale” di colpa anche in ambito illecito.

gravanti dolose della lesione; i reati colposi possono essere commessi con la conoscenza di una circostanza¹⁸⁶. Inoltre, nell'esame tipologico dell'aggravamento della fattispecie si rimane nello specchio qualitativo della lesione tipica della fattispecie, intensificandone esclusivamente la misura, a differenza delle ipotesi di colpa in attività illecita dove, invece, l'evento ulteriore è qualitativamente diverso.

Date le descritte eterogeneità, se anche si adottasse un'impostazione orientata a escludere la compatibilità tra rimprovero doloso e colposo nelle ipotesi di attività illecita di base, ciò non sfiorerebbe neanche l'assonanza tra il divieto di commettere reati e quello di non aggravare il reato. A differenza dell'ipotesi analoga, qui i due precetti non sono nemmeno logicamente in contrasto, essi procedono esattamente nello stesso verso: tra di essi c'è armonia logica e sistematica.

Si dice, a ragion veduta, che la posizione di cautele anche nei confronti di chi ha già commesso un illecito, serve all'ordinamento in quanto esso persegue l'obiettivo di tutelare a oltranza i beni giuridici, quindi intreccia e sovrappone anche proposizioni precettive diverse, per estendere, entro i limiti della ragionevolezza, la copertura tutoria¹⁸⁷. A questa considerazione si può aggiungere che, se si deve rimanere ancorati alla costruzione razionale del diritto penale, se cioè si deve presupporre che il reo si orienti effettivamente secondo una valutazione di costi e benefici del reato, senza la stratificazione precettiva si giungerebbe allora al paradosso che, una volta commesso il reato, una volta violato il precetto classificatorio di fattispecie, il soggetto attivo sarebbe razionalmente "obbligato" ad aggravare il più possibile la lesione del bene giuridico, per trarne il massimo "beneficio" a fronte di una pena già concretamente incombente.

La pluralità precettiva, almeno idealmente, sovrascrive al precetto d'ingresso nella rilevanza penale, altri precetti orientati proprio al contenimento delle conseguenze lesive. Questo contenimento viene fatto ponendo al reo una serie continua di precetti e quindi

---

¹⁸⁶ Dato che la norma non postula la volontà ma solo la conoscenza, così M. ROMANO, sub art. 59, in *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 2004, p. 650.

¹⁸⁷ Così, F. BASILE, *La colpa in attività illecita*, cit., p. 251.

di necessarie ulteriori risoluzioni criminose cui corrispondono nuove minacce di pena. Proporzionalmente al beneficio deve crescere anche il costo, altrimenti, paradossalmente, la violazione di un precetto penale, quindi la concretizzazione della minaccia di pena, spingerebbe alla commissione di reati e non al rispetto dei beni giuridici¹⁸⁸. Nel riferirsi alla pluralità precettiva, il termine “coabitazione” può essere, dunque, adeguato, ma solo se inteso nel senso di reciproco riconoscimento, di presenza costitutiva dell’altro precetto: il precetto sotteso alla cornice edittale, che si compie funzionalmente solo nella quantificazione individualizzante; i precetti sull’eccesso nel reato, che presuppongono a monte una funzione precettiva stigmatizzata dalla forbice edittale.

4. *Le teorie ermeneutiche del diritto penale e la forma tipologica della fattispecie*

La fattispecie intesa come tipo ha, dunque, due anime: una classificatoria e una ordinale, una di qualificazione e una di commisurazione, una che vieta un comportamento e una che vieta l’aggravamento della lesione inscritta nel comportamento, una generalpreventiva e una specialpreventiva, una astratta e una concreta¹⁸⁹. La connessione esistenziale tra la norma astratta e il fatto concreto che avviene tramite il compimento della struttura legislativa nell’attività di giurisdizione, quest’attenzione alla concretizzazione e alle sue

---

¹⁸⁸ Questo concetto è espresso grossomodo dalla locuzione “deterrenza restrittiva” o da quella di “intimidazione relativa”. Si rinvia alle interessanti considerazioni svolte da Padovani a proposito del pensiero di Bentham, sulla confluenza di più precetti su uno stesso fatto, il quale sottolinea come un’indifferenza sugli effetti di fatti a diversa gravità stimoli l’incremento della gravità stessa, si veda T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1992, pp. 444-445. Sul rischio che una confluenza di più precetti su di un medesimo fatto, se svincolati da rapporti di specialità in astratto, possa aggirare la tassatività-determinatezza della fattispecie, si veda, F. SGUBBI, *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio*, Milano, 1980, p. 262 e ss.

¹⁸⁹ Sul rapporto tra i concetti di “qualità” e di “quantità” e sulla loro dibattuta interpretazione si veda, R. THOM, *Qualità/quantità*, in *Enciclopedia Einaudi*, XI, Torino, 1980, p. 460 e ss.

modalità, trova nel pensiero ermeneutico giuridico l'appropriata collocazione filosofico-culturale¹⁹⁰.

Si abbandonano, qui, i metodi del positivismo giuridico¹⁹¹, fondati sui dogmi della compiutezza logica, della mancanza di lacune, della capacità di espansione logica della legge¹⁹². Si abbandona la cieca fedeltà nella sussunzione deduttiva della Giurisprudenza dei Concetti e il feticismo interpretativo della Scuola dell'Esegesi¹⁹³.

¹⁹⁰ Si avanza una quadripartizione delle metodologie epistemologiche, secondo l'orientamento naturalistico, quello ermeneutico, quello situazionista e quello sistemico, così, D. SPARTI, *Epistemologia delle scienze sociali*, Bologna, 2002, p. 17 e ss. In particolare, secondo lo stile naturalistico, la conoscenza sociale deve tendere alla scoperta di leggi generali, allo scopo di avanzare previsioni. Si concentra, quindi, sulle connessioni causali. Lo stile ermeneutico, invece, fa sì che le scienze sociali non debbano osservare ma comprendere il significato delle azioni. La domanda cruciale non è come un evento si è verificato, ma che tipo di evento si ha dinanzi, e, per fare questo, bisogna allargare l'orizzonte temporale a una serie di eventi simili che si devono conoscere per capire il significato dell'evento da analizzare. Per una panoramica ragionata sulla metodologia delle scienze sociali, si veda anche, A. PANEbianco, *Introduzione*, cit., p. 13 e ss. Sulla dimensione ermeneutica del *Tatbestand* anche, M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991, p. 123, nota 14; si veda anche ID., *Le garanzie istituzionali della legalità penale e un "nuovo" ruolo della Corte di Cassazione: a fianco o al posto del vecchio?*, in «Cassazione penale», 2002, p. 1165 e ss.

¹⁹¹ Nello sforzo di mettere in comunicazione "essere" e "dover essere" si scrive, «soltanto in un sistema che si sia liberato del feticcio positivistico e formalistico dell'indifferenza per la realtà fattuale che è oggetto della trama delle regole giuridiche vi è un campo d'azione adeguato per la rilevanza della fattispecie concreta», così, G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, cit., p. 234. Sull'abbandono dei metodi del positivismo a favore di una concezione non meccanicistica dell'interpretazione, vedi, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2004⁴, p. 110 e ss.

¹⁹² Cfr., F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di una teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 2001, p. 157; anche W. HASSEMER, *Juristische Hermeneutik*, in «Archiv für Recht und Sozialphilosophie», 1986, p. 195 e ss., p. 200 e ss.; in particolare egli ritiene che l'ermeneutica giuridica sia caratterizzata da una duplice essenza: da un lato, si pone un problema metodologico, e, quindi, appartiene alla metodologia giuridica, dall'altro, nello studio degli esiti di questo metodo e nella posizione delle sue premesse, è dentro la questione della filosofia del diritto (p. 200).

¹⁹³ Cfr., M. KLATT, *Teorie der Wortlautgrenze. Semantische Normativität in der juristischen Argumentation*, Baden-Baden, 2004, p. 53; e F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, cit., p. 176. Sul passaggio dalla Giurisprudenza dei Concetti, e dalla Scuola dell'Esegesi, alla svolta della Giurisprudenza degli Interessi, si veda anche, L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in «Jus», 1976, pp. 4-10.

Sotto giudizio è posta l'autoreferenzialità che la concezione dogmatica tradizionale attribuisce al diritto, l'asserito carattere meramente logico della sussunzione, la mancanza di zone di penombra nelle quali la norma si presenta di incerta applicazione¹⁹⁴. La sussunzione ha sempre avuto bisogno della verità delle sue premesse, ma «la società moderna non è più disposta a concedere acriticamente la verità delle premesse da cui il giurista deduce le sue soluzioni rivestendole della forma sillogistica»¹⁹⁵.

La dottrina ermeneutica si concentra sulla premessa minore della sussunzione, dove avviene un continuo scambio gnoseologico tra norma e fatto, «ein Hin- und Herwandern des Blickes zwischen Obersatz und Lebenssachverhalt», per dirla con Engisch, cioè l'andare di qua e di là dello sguardo dell'interprete tra norma e fatto storico¹⁹⁶. Non è possibile chiarire il significato di un testo normativo se non determinandone il campo d'applicazione con riferimento a fatti concreti, se non coordinando norma e fatto storico¹⁹⁷. L'interprete non è più uno strumento d'applicazione della norma¹⁹⁸,

---

¹⁹⁴ F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, cit., p. 178; per una critica della stessa funzione logica del diritto al di là della sussunzione, si veda, von C. METTENHEIM, *Recht und Rationalität*, Tübingen, 1984, pp. 30-31.

¹⁹⁵ Così, ancora, L. MENGONI, *Problema e sistema*, cit., p. 16.

¹⁹⁶ Così, K. ENGISCH, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 2 Aufl., Heidelberg, 1960, p. 15; (prima edizione nel 1942).

¹⁹⁷ F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, cit., p. 422 e ss. Anche se da prospettive non proprio ermeneutiche, a testimonianza di quell'avvicinamento tra ermeneutica giuridica e filosofia analitica già testimoniato da diversi autori (si veda per tutti, M. JORI, *Introduzione*, in M. JORI (a cura di), *Ermeneutica e filosofia analitica. Due concezioni del diritto a confronto*, Torino, 1994, p. 5 e ss.), si scrive lucidamente: «la presa d'atto di un significato dell'enunciato-fattispecie tutt'altro che valido *a priori* e una volta per tutte, ma, al contrario, da costruire dialetticamente all'interno di un processo in cui fattispecie astratta e concreta continuamente interagiscano tra loro- e il cui punto di partenza, beninteso, sia rappresentato dalle basi empiriche espresse dai casi paradigmatici di riferimento- porta inevitabilmente a rivedere, nei suoi aspetti salienti, il fondamentale rapporto interpretazione-significato-conoscenza», così, E.R. BELFIORE, *Contributo alla teoria dell'errore in diritto penale*, Torino, 1997, p. 221.

¹⁹⁸ Quest'idea del giudice come mero strumento di applicazione delle norme, era sostenuta dall'ottimismo tipico della Scuola dell'Esegesi, rispetto alla codificazione, e dall'ottimismo tipico della Pandettistica, rispetto al metodo deduttivo della scienza giuridica, sul punto, L. MENGONI, *Problema e sistema*, cit., p. 14.

egli si introduce nella dimensione stessa dell'azione¹⁹⁹. Nella società pluralistica la comunicazione dogmatica di un problema giuridico non è sostenibile. Il giurista può mediare solo esplicitando le ragioni che sono state premesse alle decisioni, in modo tale da esporsi alla critica razionale²⁰⁰.

Tra i primi a concentrarsi sui temi che poi sarebbero diventati *topoi* del pensiero ermeneutico giuridico c'è Karl Engisch²⁰¹. Nella sua celebre *Idee der Konkretisierung* studia a tutto tondo il rapporto tra norma e fatto, il procedimento intellettuale e giudiziario della concretizzazione della norma, svelando un insieme imponente e affascinante di prospettive analitiche sul rapporto tra astratto e concreto nel diritto: reale-ideale, chiaro-oscuro, vivo-morto, singolare-generale, determinato-indeterminato, materiale-formale, speciale-generale, autonomo-dipendente²⁰².

La dottrina di Engisch costituisce un ponte tra il modello tradizionale di sussunzione e la concezione ermeneutica del diritto²⁰³. Da un lato, si continua, infatti, a parlare di sussunzione, dall'altro, inve-

¹⁹⁹ In ambito penalistico, per una visione della giurisprudenza come elaboratrice del diritto attraverso un percorso ermeneutico di *Rechtsneubildung*, si veda, G. FORNASARI, *Riflessioni sui principi sovralegali*, cit., p. 360 e ss.; e, anche, G. FORNASARI, *Diritto giurisprudenziale e cause di giustificazione nell'esperienza tedesca - A margine, alcune considerazioni su interpretazione giudiziale e dogmatica giuridica*, in G. FIANDACA, (a cura di), *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, Padova, 1997, p. 21 e ss., e, nella manualistica, si vedano, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2004⁴, pp. 101-102; e, ancora, F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, cit., p. 128, oltre che, naturalmente, W. HASSEMER, *Rechtssystem und Kodifikation*, cit., p. 257 e ss.

²⁰⁰ Ancora, L. MENGONI, *Problema e sistema*, cit., p. 16.

²⁰¹ Ci sono, per certo, alcune contiguità tra il pensiero di Engisch sulla concretizzazione e quello di Edmund Husserl sul rapporto tra le parti e il tutto. Oltre a riferimenti espliciti di Engisch all'opera di Husserl o alla fenomenologia (come K. ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung*, cit., p. 2, pp. 19-29; ID., *Formale Logik, Begriff und Konstruktion in ihrer Bedeutung und Tragweite für die Rechtswissenschaft*, in *FS für U. Klug*, I, Köln, 1983, p. 38) si veda l'interessante ricerca di Smith, B. SMITH, *Parts and Moments. Studies in Logic and Formal Ontology*, München-Wien, 1982, pp. 35 e ss., 93, 496).

²⁰² Tutta l'opera di Engisch, particolarmente in *Idee der Konkretisierung*, è fondata sull'analisi di queste attribuzioni, prima rispetto al binomio concreto-astratto, e poi riferite al concetto di tipo.

²⁰³ Cfr., ART. KAUFMANN, *Das Verfahren der Rechtsgewinnung. Eine rationale Analyse*, München, 1999, pp. 75-76.

ce, lo stesso termine si riferisce a un procedimento profondamente diverso²⁰⁴. Da un lato, si differenzia dall'ermeneutica filosofica che abbatte le barriere tra interpretazione e sussunzione²⁰⁵, dall'altro, introduce il concetto di "concretizzazione" come dialogo tra norma e fatto, punto centrale della concezione ermeneutica del diritto²⁰⁶.

In *Logiche Studien* il concetto di sussunzione viene ricondotto alla sola premessa minore del sillogismo, alla comparazione tra il caso in esame e i casi già esaminati²⁰⁷. Svanisce l'autoreferenzialità del sistema, si esce fuori dalla purezza normativa²⁰⁸. L'"Hin- und Herwandern des Blickes" compie la concretizzazione²⁰⁹. Nell'ultima edizione della *Introduzione al pensiero giuridico* le osservazioni teoriche di Engisch vengono tradotte utilizzando il concetto di tipo²¹⁰, che pare, sebbene con talune riserve, vero punto di contatto tra astratto e concreto, tra essere e dover essere, un *universale in re*²¹¹.

Anche Gustav Radbruch prende parte al tracciamento del sentiero ermeneutico, e se nella monografia di abilitazione fondava la

---

²⁰⁴ Contro la sussunzione intesa nel senso di Engisch, si veda, F. BYDLINSKI, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2 Aufl., 1991, p. 397.

²⁰⁵ Cfr., A. MASCHKE, *Gerechtigkeit durch Methode. Zu Karl Engischs Theorie des juristischen Denkens*, Heidelberg, 1993, pp. 261-262.

²⁰⁶ Per una disamina approfondita ed interessante della metodologia di sussunzione, dei suoi limiti, legati alla qualità della legge, e dei suoi vantaggi connessi alla certezza del procedimento conoscitivo, si veda, F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza*, cit., p. 369 e ss. Qualche anno dopo, l'A. sembra più propenso a cedere ad una metodologia ermeneutica e analogica, si veda Id., *Orientamenti dottrinali*, cit., p. 333.

²⁰⁷ Ancora, K. ENGISCH, *Logiche Studien zur Gesetzesanwendung*, cit., p. 25 e ss.; Id., *Einführung in das juristische Denken*, cit., p. 210 e ss.; Id., *Subsumtion und Rechtsfortbildung*, in *Richterliche Rechtsfortbildung, Erscheinungsformen, Auftrag und Grenzen*, Heidelberg, 1986, p. 5 e ss.; si veda anche, E. OTTE, *Die Methode der Rechtsanwendung*, Zürich, 1979, pp. 101-102; e in generale sul pensiero engischiano, si veda D. WULFES, *Die Grenzen der Logik und die Aufgabe des Erkennens im Recht*, Hannover, 1994.

²⁰⁸ Cfr. A. BARATTA, *Introduzione*, in K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, 1970, pp. XXIII-XXIV.

²⁰⁹ Così, K. ENGISCH, *Logiche Studien*, cit., p. 15.

²¹⁰ Ancora, Id., *Einführung in das juristische Denken*, cit., 256; Id., *Formale Logik*, cit., p. 41; Id., *Die Idee der Konkretisierung*, cit., p. 176 e ss., pp. 242 e ss., 266 e ss.

²¹¹ Si veda, K. ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung*, cit., p. 239; in generale si veda, A. MASCHKE, *Gerechtigkeit durch Methode*, cit., p. 63 e ss.

sistematica del reato sulla sussunzione²¹², già nell'opera del 1930 sulla sistematica del reato svaluta i risultati della sussunzione, tanto che nell'ultimo lavoro dedicato alla sistematica²¹³, *Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe*, importa nel diritto penale lo studio dei concetti ordinali e tipologici²¹⁴.

L'ondata giusnaturalista seguita alla barbarie intellettuale e scientifica della dogmatica nazista della Scuola di Kiel ripropone la dialettica tra giuspositivismo e giusnaturalismo, tra essere e dover essere, e questa conflittualità diviene terreno fertile per il pensiero ermeneutico²¹⁵, per la valorizzazione della storicità del diritto²¹⁶, per la ricerca di una composizione delle antinomie²¹⁷.

²¹² Ovvero, G. RADBRUCH, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, ristampa, Darmstadt, 1967.

²¹³ Sul passaggio dal primo al secondo Radbruch, sebbene non nella prospettiva di una lettura ermeneutica, si veda G. MARINUCCI, *Il reato come azione*, cit., p. 56 e ss.

²¹⁴ In generale, su questo percorso, si veda, ART. KAUFMANN, *Das Verfahren der Rechtsgewinnung*, cit., p. 79; per un'analisi che connetta il concetto di tipo al percorso delle teorie ermeneutiche, si veda anche, K.H. STRACHE, *Das Denken in Standards*, cit., p. 59 e ss.

²¹⁵ Cfr., G. ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, Milano, 1984, pp. 13-14.

²¹⁶ ART. KAUFMANN, *Il diritto tra identità e differenza. Riflessioni su di un tema non approfondito*, in ID., *Filosofia del diritto ed ermeneutica*, Milano, 2003, pp. 90-91. A sottolineare il precoce avvicinamento di Art. Kaufmann all'ermeneutica, è W. HASSEMER, *Die Hermeneutik im Werk Arthur Kaufmanns*, in W. HASSEMER (a cura di), *Dimensionen der Hermeneutik*, Heidelberg, 1984, p. 3. Nel riconoscere centralità alla questione del rapporto tra essere e dover essere nella dottrina ermeneutica del diritto, Hassemer sostiene che rispetto a questa prospettiva possono essere riconosciuti elementi ermeneutici anche tra i sostenitori della *Natur der Sache*, come Bobbio e Baratta, tra i fautori delle *Sachlogischen Strukturen*, seguaci di Welzel, e alcuni teorici del diritto naturale, e concede a questa parte della tematica la funzione di integrare le due anime dell'ermeneutica, quella metodologica e quella filosofica, v. W. HASSEMER, *Juristische Hermeneutik*, cit., p. 205 e ss.

Ronald Dworkin ha paragonato la dinamica di un sistema giuridico a un romanzo a catena, *chain novel*, in cui ognuno dei capitoli è scritto da un autore diverso, per cui chi scrive un capitolo deve proseguire la scrittura rispettando lo stile degli autori precedenti, il carattere dei personaggi, e, tuttavia, inserisce qualcosa di originale e personale. L'interpretazione dei giudici è, allo stesso modo, il proseguimento di una storia e, come tale, è una riproduzione e, insieme, una creazione, uno sviluppo del senso originario. Cfr., R. DWORKIN, *L'impero del diritto*, Milano, 1989, p. 215 e ss.; per un inquadramento di Dworkin nel dibattito giuridico americano, come proceduralista di stampo decostruttivista, e, quindi, orientato alla valorizzazione dei precedenti giudiziari si veda, M. ROSENFELD, *Interpretazioni. Il diritto fra etica e politica*, Bologna, 2000, p. 39 e ss.

²¹⁷ Cfr., G. ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, cit., p. 19 e ss.; M. KLATT, *Teorie der Wortlautgrenze*, cit., p. 59.

Quale compositore di queste conflittualità, Arthur Kaufmann ribadisce e perfeziona il concetto di sussunzione di Engisch consolidandogli le fondamenta ermeneutiche²¹⁸. L'analogia, strumento di composizione, cuore pulsante del procedimento di interpretazione alimentato dalla comparazione dei casi e dall'abduzione²¹⁹, relega la deduzione alla mera fase di verifica per falsificazione dei possibili errori interpretativi²²⁰. Con l'analisi di Winfried Hassemer il percorso ermeneutico giuridico matura definitivamente²²¹ e agli inizi degli anni Settanta si parla di una vera e propria ermeneutica giuridica, filiazione autonoma di quella filosofica gadameriana²²². Autonomia che culmina nella riflessione dei giuspenalisti i quali non potendo non confrontarsi con i limiti alla discrezionalità del giudice²²³ si ri-

---

²¹⁸ Ci si riferisce a ART. KAUFMANN, *Die Rolle der Abduktion im Rechtsgewinnungsverfahren*, cit., p. 349 e ss.; ART. KAUFMANN, *Das Verfahren der Rechtsgewinnung. Eine rationale Analyse*, München, 1999, p. 54 e ss.; qui fa anche alcuni cenni alle similitudini con la logica fuzzy (p. 64). Si veda anche su Arthur Kaufmann, J. SCHAPP, *Hauptprobleme der juristischen Methodenlehre*, Tübingen, 1983, 7, p. 73.

²¹⁹ Questo concetto rivela, in sostanza, la precomprensione di Esser, ART. KAUFMANN, *Die Rolle der Abduktion im Rechtsgewinnungsverfahren*, cit., p. 356 e ss.; anche, K. LÜDERSEN, *Regel und Fall.*, in «Archiv für Recht und Sozialphilosophie», Beihefte 45, 1992, p. 134 e ss.

²²⁰ Cfr., ancora, ART. KAUFMANN, *Die Rolle der Abduktion im Rechtsgewinnungsverfahren*, cit., p. 352; per un'applicazione ermeneutica del concetto di analogia a quello di posizione di garanzia, si vedano ART. KAUFMANN, W. HASSEMER, *Der überfallener Spaziergänger (Der praktische Fall)*, in «Juristische Schulung», 1964, 153.

²²¹ Sul punto si veda, B. SCHÜNEMANN, *Zum Verhältnis von Norm und Sachverhalt*, cit., pp. 299-300.

²²² L'opera fondamentale è, naturalmente, H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, trad. di G. Vattimo, Milano, 1995, che ha tradotto la seconda edizione di ID., *Wahrheit und Methode*, Tübingen, 1965. Influssi del pensiero topico, della retorica, e, anche, dell'ermeneutica giuridica di Kaufmann e Hassemer, sono evidenti nell'opera di Fornasari. Oltre alle opere già più volte citate, qui si rinvia per tutte, a G. FORNASARI, *Diritto giurisprudenziale e cause di giustificazione*, cit., pp. 21 e ss., 45 e ss. sul pensiero ermeneutico giuridico, cfr., G. ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, cit., p. 23; come si è già precedentemente evidenziato, la terza edizione del manuale di Larenz segna la svolta del passaggio del suo pensiero dalle origini idealistico-hegeliane a intuizioni ermeneutiche; peraltro, come già sottolineato, qualcuno nega che la *Wende* sia frutto di una vera e propria maturazione ermeneutica, ma che sia stato, piuttosto, l'*escamotage* per sgombrare il campo dal suo passato nazionalsocialista e neohegeliano.

²²³ G. ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, cit., p. 31.

velano ermeneutici meno ortodossi, ad esempio, di autori come Josef Esser²²⁴.

Scaturita come questione di mera tecnica esegetica rispetto alle interpretazioni dei testi omerici, sulle quali si contrapposero la Scuola di Antiochia e quella di Alessandria, passata dalla diatriba tra l'interpretazione ebraica e quella cristiana dei testi sacri²²⁵, la questione ermeneutica diventa un vero tema filosofico inerente la teoria generale del comprendere²²⁶ con il romanticismo tedesco di Schleiermacher²²⁷. La Scuola di Schleiermacher e Dilthey, che pure si cura di distinguere tra scienze dello spirito e scienze della natura, impone, però, alle prime la struttura metodologica rigorosa delle scienze naturali²²⁸. Come reazione a quest'impostazione che sacrifica il portato metodologico peculiare delle scienze dello spirito, nasce la filosofia di Hans Georg Gadamer che rappresenta il fondamento filosofico sul quale verrà poi costruita l'ermeneutica giuridica²²⁹.

Il tema portante di *Verità e metodo* è affrancare la gnoseologia delle scienze dello spirito, il comprendere delle scienze sociali²³⁰ dal

---

²²⁴ Cfr., M. KLATT, *Teorie der Wortlautgrenze*, cit., p. 53 e ss.; G. ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, cit., p. 32; Esser nella sua teoria utilizza la precomprensione in tre diverse prospettive: nella teoria delle conoscenze, come elemento della psicologia giudiziaria e come passaggio metodologico.

²²⁵ Cfr., per tutti, M. FERRARIS, *Storia dell'ermeneutica*, Milano, 1997, p. 9 e ss.

²²⁶ Si vedano, *ibidem*, p. 134 e ss., e G. ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza. I fondamenti filosofici nella teoria di Hans Georg Gadamer*, Milano, 1984, pp. 10-13.

²²⁷ A Schleiermacher si deve anche l'approdo al circolo ermeneutico, che implica la circolarità del rapporto tra la parte singola e la totalità dell'oggetto del conoscere, per cui ogni parte esprime qualcosa del tutto, e il tutto è incomprensibile senza ricorrere alle singole parti. Questa riflessione oggi è in parte il punto di partenza della ricerca sulla logica fuzzy.

²²⁸ Si veda, ancora, G. ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza. I fondamenti filosofici nella teoria di Hans Georg Gadamer*, cit., p. 16; per un rapporto tra le due categorie di scienze, si veda, G. PRETI, *Retorica e logica*, Torino, 1968, p. 9 e ss., p. 211 e ss.

²²⁹ Cfr., H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, Milano, 1995, p. 25 e ss., cfr., anche, M. KLATT, *Teorie der Wortlautgrenze*, cit., p. 52 e ss.

²³⁰ Lo spiegare è l'attività caratteristica delle scienze della natura, il comprendere delle scienze dello spirito, lo spiegare è riferito agli aspetti oggettivi, il comprendere a quelli soggettivi. Lo spiegare è una procedura che rappresenta i casi particolari come elementi specifici di un fenomeno generale, il comprendere è interessato al significato e al valore dei fenomeni. Il comprendere è storico, lo spiegare è atemporale. Cfr., F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, cit., p. 112.

metodo delle scienze della natura²³¹. La verità sta oltre il metodo e non è oggetto di sperimentazione e verifica, l'ontologia precede l'epistemologia²³². S'intende studiare l'esperienza di verità che oltrepassa l'ambito sottoposto alla metodologia scientifica. Si cerca il senso senza preoccuparsi del metodo. Verità e metodo sono termini antitetici²³³. Si riscopre, così, la storicità e la linguisticità dell'interpretazione²³⁴. Ogni interpretazione unisce all'evento da interpretare il soggetto interpretante e il suo passato interpretativo²³⁵: l'interpretazione modifica contestualmente colui che interpreta e ciò che viene interpretato²³⁶.

---

²³¹ Cfr., G. ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza. I fondamenti filosofici nella teoria di Hans Georg Gadamer*, cit., p. 7.

²³² Si veda, G. VATTIMO, *L'ontologia ermeneutica nella filosofia contemporanea*, Introduzione a H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, Milano, 1995, IV e ss.; oltre che G. ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza. I fondamenti filosofici nella teoria di Hans Georg Gadamer*, cit., p. 18.

²³³ Cfr., F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, cit., p. 198.

²³⁴ Ancora, G. ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza. I fondamenti filosofici nella teoria di Hans Georg Gadamer*, cit., p. 7.

²³⁵ Si veda, ancora, *ibidem*, p. 24.

²³⁶ Cfr., *ibidem*, pp. 29-30; la teoria ermeneutica nel valorizzare la concretizzazione della norma valorizza, in sostanza, la prassi interpretativa. Alcuni autori radicalizzano quest'impostazione, sostenendo che chi è l'autore del testo normativo, non crea norme ma solo *input* normativi, mentre le norme vere e proprie sono prodotte dai giudici. Il riferimento è alla teoria strutturante di Müller che, in particolare, distingue il programma normativo che consisterebbe nella parte linguistica, e l'ambito normativo inteso come legame con la realtà storica, si veda, F. MÜLLER, *Strukturierende Rechtslehre*, Berlin, 1984, p. 232 e ss.; ID., *Juristische Methodik*, Berlin, 1995, p. 173; sul tema, si rinvia anche a D. BUSSE, *Juristische Semantik. Grundfragen der juristischen Interpretationstheorie in sprachwissenschaftlicher Sicht*, Berlin, 1993, p. 229 e ss.

Interessanti suggestioni in tema di concretizzazione vengono dalla teoria della colpa. Sulla colpa come elemento «a dimensione ellittica» nelle fattispecie ad evento naturalistico, dimensione caratterizzata dalla necessità d'integrare la singola fattispecie incriminatrice tramite le regole cautelari violate nel caso concreto, si veda, D. CASTRONUOVO, *Le definizioni legali del reato colposo*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2002, p. 514 e ss.; e ancora, ID., *Responsabilità da prodotto*, cit., pp. 316 e ss., 339, dove l'A. parla esplicitamente del procedimento di concretizzazione della colpa come di un processo a struttura ermeneutica, che fa dialogare nella relazione «a spirale» il fatto concreto e la norma. Sul carattere aperto delle fattispecie colpose, v. G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, p. 136 e ss. Sempre nella prospettiva della concretizzazione tipica del giudizio di colpa, e in particolare per l'inquadramento del principio di affidamento come

Un evento può essere interpretato solo se inserito nella totalità di dati di cui già si dispone; totalità che si modifica con la considerazione del particolare, producendo un movimento circolare, sospeso tra le parti e il tutto²³⁷. L'interprete ha determinate attese nel momento in cui si pone dinanzi all'evento da interpretare²³⁸, e queste devono essere criticamente considerate per evitare che esercitino un'influenza soggettiva indebita²³⁹: punto di partenza di ogni analisi gnoseologica è, così, proprio il pregiudizio, la pre-comprensione²⁴⁰.

---

delimitazione, storica e in concreto, dell'obbligo di diligenza, si veda, M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano, 1997, p. 138 e ss. sottolinea questa peculiarità del reato colposo, accentuando la concretizzazione della norma penale attraverso lo status del soggetto agente, L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2004, pp. 509, 510, l'A. scrive: «la "regola di comportamento" non è niente più che un paradigma di riferimento, una base orientativa dipendente dal contesto e dalle possibilità che questa rende disponibili, ma la scelta circa la corretta misura del proprio comportamento rispetto allo status rivestito è rimessa di fatto al soggetto che ne è portatore», e prosegue sostenendo che «non è del tutto corretto affermare che la colpa si struttura su norme "aperte", ma piuttosto su forme di tipizzazione di doveri giuridici la cui implementazione viene rimessa al singolo riconosciuto soggetto di diritto». Ancora, nell'ottica di una concretizzazione affidata allo stesso soggetto che potrebbe essere chiamato alla responsabilità, si consideri, lo scenario innovativo del d.lgs. 231/2001 e, in particolare, la funzione dei modelli di organizzazione gestione e controllo del rischio di commissione di reati da parte dei vertici aziendali. Qui «il legislatore demanda ad un privato il compito di dotarsi di un reticolo di norme comportamentali che assumeranno rilievo nell'imputazione della colpa», qui, «lo standard dirigenziale richiesto è estraibile dalla stessa realtà organizzativa che ad esso deve essere conformata», così A. NISCO, *Responsabilità amministrativa degli enti: riflessioni sui criteri ascrittivi "soggettivi" e sul nuovo assetto delle posizioni di garanzia nelle società*, in «Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia», 2004, pp. 324, 325.

²³⁷ G. ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza. I fondamenti filosofici nella teoria di Hans Georg Gadamer*, cit., p. 31.

²³⁸ Cfr., K. ENGISCH, *Subsumtion und Rechtsfortbildung*, cit., pp. 3-4.

²³⁹ G. ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza. I fondamenti filosofici nella teoria di Hans Georg Gadamer*, cit., p. 40.

²⁴⁰ Cfr., J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis*, Frankfurt am M., 1972; Arthur Kaufmann, insieme con Josef Esser, preferisce utilizzare il termine pre-comprensione *Vorverständnis* al posto di quello di pregiudizio, per le forti connotazioni negative che il termine *Vorurteil* (termine usato e analizzato, appunto, da Gadamer insieme a quello di *Vorstruktur des Verstehens* cfr., H.G. GADAMER, *Wahrheit und Methode*, Tübingen, 1965, p. 250 e ss.) ha nel linguaggio comune e non solo; cfr., ART. KAUFMANN, *Die Rolle der Abduktion im Rechtsgewinnungsverfahren*, cit., p. 356; si veda anche W. HASSEMER, *Juristische Hermeneutik*, cit., p. 210 e ss.

È questo, in estrema sintesi, il contesto filosofico oggetto di interesse per la cultura giuridica tedesca degli anni Sessanta e Settanta impegnata nella critica della concezione del diritto come macchina logico-deduttiva²⁴¹.

Nel diritto, quindi, lo spirito dell'ermeneutica filosofica si scontra con una struttura scientifica rigida, sedimentata, che nel suo volgersi all'applicazione concreta non riesce a fare a meno del metodo, dell'insieme dei procedimenti intellettuali e dei criteri di guida e di controllo utilizzati dai giuristi nell'esercizio della ricerca, della conoscenza e concretizzazione della norma²⁴². Lo stacco tra l'ermeneutica filosofica e quella giuridica consiste proprio nella valutazione della necessità della metodologia²⁴³. L'ermeneutica giuridica è, infatti, in un certo senso, antigadameriana come testimonia la posizione di Emilio Betti che, pur annoverandosi tra gli ermeneutici, sintetizza in quattro canoni interpretativi l'eredità della dottrina ermeneutica tradizionale²⁴⁴.

---

²⁴¹ G. ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza. I fondamenti filosofici nella teoria di Hans Georg Gadamer*, cit., p. 7; L'ermeneutica italiana, dunque, esprime una dimensione composita, la quale ha intercettato solo alcuni *topoi* dell'ermeneutica tedesca (importante mezzo per l'affermazione delle tesi ermeneutiche fu la traduzione che Gianni Vattimo fece dell'opera di Gadamer, oltre che l'esistenzialismo di Luigi Pareyson, si veda B. PIERI, A. ROTOLO, *La filosofia del diritto dei giuristi*, Bologna, 2003, p. 87), e si è sviluppata, per lo più, come reazione al predominio delle teorie analitiche e dei dogmi dell'avalutatività e della purezza del diritto, sostenuti dalla Scuola di Torino (si veda B. PIERI, A. ROTOLO, *La filosofia del diritto dei giuristi*, cit., p. 83). Solo negli anni Sessanta e Settanta, si riconosce l'interazione tra il momento legislativo e quello applicativo che si manifesta nel fenomeno giuridico (*ibidem*, p. 85). Quest'adozione di intuizioni ermeneutiche rivela, tuttavia, una particolare tendenza e un rinnovato interesse per i valori concernenti la giustizia, l'uomo e la società. Si annoverano tra le differenze di questa modalità di approccio ermeneutico giuristi come Bianca, Rodotà e Rescigno. Sul punto, si rinvia ancora a B. PIERI, A. ROTOLO, *La filosofia del diritto dei giuristi*, cit., p. 86. Si vedano, infine, le splendide pagine di P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, 2003, p. 106 e ss.

²⁴² Si veda, ad esempio, M. GRÜNHUT, *Begriffsbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht*, Tübingen, 1926, p. 15.

²⁴³ F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, cit., p. 196 e ss.

²⁴⁴ Cfr., M. FERRARIS, *Storia dell'ermeneutica*, cit., p. 363 e ss.; G. ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza. I fondamenti filosofici nella teoria di Hans Georg Gadamer*, cit., pp. 77-78; Essi sono: il canone dell'autonomia ermeneutica dell'oggetto; il canone della totalità di senso; il canone dell'attualità dell'intendere; il canone della corrispondenza di significato, si veda F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, cit., pp. 198-199.

L'ermeneutica giuridica gravita attorno alla concretizzazione della norma, all'avvicinamento tra norma e fatto, tra dover essere ed essere²⁴⁵, che si realizza nel "circolo ermeneutico", nella "spirale ermeneutica" di Hassemer²⁴⁶. Questo procedimento interpretativo parte dalla consapevolezza delle aspettative, dalla *Vorverständnis*²⁴⁷, termina con lo spiegamento di alcuni criteri di controllo per evitare il soggettivismo²⁴⁸, ma culmina con il metodo dialogico che mette in relazione fatto e norma, che ricerca nel fatto la conferma o la falsificazione degli assunti iniziali²⁴⁹.

²⁴⁵ Ecco che solo la commistione topica tra essere e dover essere può dare pienamente conto della realtà giuridica «perché è ormai dimostrato che le fattispecie giuridiche e gli eventi esistenziali, considerati separatamente gli uni dagli altri non hanno, agli effetti del diritto, quel significato compiuto che assumono soltanto in conseguenza del loro entrare in rapporto di corrispondenza reciproca», così, facendo riferimento ad Hassemer, e nel tentativo di contestualizzare il concetto di inesigibilità, si veda, G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, cit., p. 236.

²⁴⁶ Sul circolo ermeneutico di Heidegger e sulla spirale ermeneutica di Hassemer, si veda, O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale*, cit., p. 160 e ss., p. 255.

²⁴⁷ Essa è anticipazione degli strumenti che guidano l'interprete alla comprensione del testo, si veda L. MENGONI, *Problema e sistema*, cit., p. 25 e ss. Scrive Fiandaca che il contenuto della precomprensione, categoria che viene accettata dall'A., sono pregiudizi, concezioni politiche e ideologiche, preoccupazioni per le conseguenze della decisione, aspettative sociali sulla decisione, andamento contingente dei rapporti tra istituzioni. L'A. tesse un'interessante analisi su tre categorie di reati, alla ricerca di elementi di precomprensione: criminalità mafiosa, falso in bilancio e reati sessuali, si veda, G. FIANDACA, *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova, 2002, pp. 37, 59 e ss. Sui concetti di «contesto del fatto» e di «orizzonte di attesa», si veda O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale*, cit., p. 140 e ss., per alcune esemplificazioni 177 e ss. Per una rivalutazione della prassi come elemento di integrazione della tipicità, si veda, il già citato, C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, cit., p. 538 e ss.; sulla stessa linea osmotica tra prassi e legge, pare essere, A. VALLINI, *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale*, Torino, 2003, p. 385 e ss.

²⁴⁸ Cfr., F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, cit., p. 191 e ss.; il problema metodologico dell'ermeneutica giuridica non è, dunque, liberarsi dalle suggestioni anticipatrici, ma poterle controllare, così, L. MENGONI, *Problema e sistema*, cit., p. 27. Anche Fiandaca parla della teoria ermeneutica come di un utile strumento di autoanalisi e di autocritica sulle presupposizioni personali, si veda, G. FIANDACA, *Il diritto penale tra legge e giudice*, cit., p. 60.

²⁴⁹ F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, cit., pp. 189-191.

La relazione tra norma penale e fatto avviene attraverso un procedimento che non torna al punto di partenza ma si compie in una pluralità di livelli successivi, tramite un continuo rinnovamento della norma²⁵⁰. Fatto e fattispecie si comprendono vicendevolmente e contestualmente, la fattispecie acquista senso ed efficacia solo nella progressiva concretizzazione e il fatto concreto viene penalisticamente capito solo ricercandovi elementi del dover essere²⁵¹.

Il metodo ermeneutico, la spirale ermeneutica, la concretizzazione della norma penale attraverso la sua relazione con il fatto non sono altro che momenti della dimensione dinamica della tipicità penale²⁵². La fattispecie penale intesa come tipo non si limita a qualificare separando, ma preserva anche le peculiarità del fatto storico tramite la declinazione della natura graduale insita nella colpevolezza, nell'illiceità e nel grado di gravità del comportamento²⁵³. Questo è il legame tra tipizzazione ed ermeneutica, questo è il motivo per cui giuristi come Engisch, Arthur Kaufmann e Hassemer si confrontano con il concetto di tipo nel diritto penale: incontro tra fatto e norma, tra essere e dover essere²⁵⁴.

---

²⁵⁰ C'è chi ritiene un continuo rinnovamento concretizzatorio della norma, una sovrastruttura, così, A. CATAUDELLA, voce *Fattispecie*, in «Enciclopedia del diritto», XVI, 1967, p. 934.

²⁵¹ Si vedano, F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, cit., p. 306; G. ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, cit., pp. 174-175; K. LÜDERSSEN, *Regel und Fall*, cit., p. 134 e ss.

²⁵² Per uno studio che rapporta il contesto linguistico della norma che tipizza, e il fatto concreto, si veda F. RAMACCI, *Introduzione alla analisi del linguaggio legislativo penale*, Milano, 1970, pp. 76-77.

²⁵³ Per alcune considerazioni sul significato della tipizzazione giuridica, si vedano, ancora, F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, cit., pp. 130-131. A proposito della dimensione tipologica della fattispecie, e quindi della sua dimensione ermeneutica, si scrive che il fatto tipico «ha una intrinseca dimensione ermeneutica», così, G. FIANDACA, *Il diritto penale tra legge e giudice*, cit., p. 38. Si intende, tuttavia, qualcosa di molto preciso ed espressamente svincolato dall'accettazione della teoria ermeneutica tutta. In particolare, questa dimensione ermeneutica la si riscontrerebbe nell'interazione tra fattispecie astratta e fatto storico, che permette di modellare la stessa fattispecie grazie alla reale fenomenologia crimonologica che trasferisce, in una certa misura, le sue peculiarità alla fattispecie e alla sua interpretazione, in modo tale da accostare a un fatto tipo legale un vero e proprio fatto tipico in senso ermeneutico, si veda ancora, *ibidem*, pp. 38-39.

²⁵⁴ Sulla considerazione che l'attrazione tra norma e fatto storico genera il tipo anche, F. DIETMEIER, *Blankettstrafrecht. Ein Beitrag zur Lehre vom Tatbestand*, Marburg, 2002, p. 37.

Incontro che non è guidato dalla libera interpretazione del giudice ma dai canoni di legalità e di esercizio della discrezionalità scolpiti nel codice penale²⁵⁵.

Sezione III

Le stratificazioni “tipiche” della fattispecie penale e gli effetti sulla “gestione” della riformulazione del reato

1. *Dalla riformulazione al cammino dentro la tipicità*

L'oggetto della ricerca è individuare le condizioni di persistenza della funzione incriminatrice della fattispecie penale riformulata, oggetto che incide direttamente sulla distinzione codicistica tra successione di leggi penali e abolizione del reato. Nell'analisi e nell'elaborazione di un approccio alla questione si è cercato di mettere in effettiva comunicazione due momenti dogmatici eterogenei: la regolamentazione della legge penale nel tempo e il concetto di tipicità. Il punto di connessione tra i due ambiti è nell'idea di cambiamento.

In un interessante saggio, von Wright affronta proprio le relazioni tra tempo e cambiamento²⁵⁶ e sostiene che i due termini s'implicano reciprocamente. In particolare, il tempo avrebbe una priorità logica sul cambiamento, mentre quest'ultimo rivelerebbe una priorità epistemica sul tempo²⁵⁷. Nel diritto si coglie, nondimeno, una diversità rispetto a queste suggestioni filosofiche sul tempo²⁵⁸.

---

²⁵⁵ Cfr., F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, cit., pp. 271-272.

²⁵⁶ Ci si riferisce a G.H. von WRIGHT, *Tempo, cambiamento e contraddizione*, in C. PIZZI (a cura di), *La logica del tempo*, Torino, 1974, p. 267 e ss., specialmente 271-272.

²⁵⁷ Il tempo è logicamente prioritario perché se esso non ci fosse si dovrebbero attribuire agli oggetti, predicati tra loro contrastanti e quindi rinunciare al principio di non contraddizione; e, tuttavia, se non ci fosse il concetto di cambiamento, la nozione di tempo non potrebbe applicarsi, non potrebbe materializzarsi, cfr., C. PIZZI, *La logica del tempo*, Torino, 1974, pp. 255-256.

²⁵⁸ Cfr. G. STELLA, *I giuristi di Husserl. L'interpretazione fenomenologica del diritto*, Milano, 1990, pp. 162 e ss.

Mentre gli oggetti reali del mondo mutano spontaneamente, di talché se non ci fosse il tempo sarebbero uguali e contrari a se stessi, gli oggetti normativi del diritto non hanno un tempo concreto ma solo tempo astratto. Il tempo del diritto non si muove verso “una fine”, la sua validità è originariamente per sempre, il diritto è da se stesso “una fine”, per dirla con Gerhard Husserl: *das Recht ist selbst ein Ende*²⁵⁹. Per coordinare il diritto ai cambiamenti sociali, politici e scientifici, è necessaria, quindi, una modifica formale della legge, una riforma.

Qui accade un fatto singolare. In queste condizioni di riforma o riformulazione, cioè di modifica non essenziale e solo parziale di una realtà normativa che mantiene elementi di continuità con la precedente, il giudice e lo studioso devono compiere un’indagine sull’esistenza stessa della norma. Si deve innanzitutto comprendere quale norma esiste e quale norma si deve applicare. A certe condizioni, infatti, la norma formalmente stralciata persiste e s’instaura una specie di “legge d’inerzia esistenziale” per cui essa continua a essere efficace anche se abrogata. Il problema è capire a quali condizioni. La ricerca si dirige, così, verso un *Normermessen*²⁶⁰, cioè un puro apprezzamento dell’esistenza dei presupposti dell’inerzialità di una fattispecie incriminatrice.

Il percorso delle idee sulla gestione dogmatica della riformulazione del reato ha portato alla ribalta l’analisi fondata sulle relazioni strutturali diacroniche tra le fattispecie. Sfondo di questa parte della ricerca sono state alcune perplessità sul parametro strutturale, che, sebbene sia l’unico idoneo a quest’analisi, mostra alcune debolezze non di poco conto. Il concetto centrale, quello di sottofattispecie, non ha un fondamento positivo compatibile con le aspirazioni della teoria strutturale, la quale necessita di un parametro basato su valutazioni astratte che relazionino le fattispecie²⁶¹.

---

²⁵⁹ Così, G. HUSSERL, *Recht und Welt. Rechtsphilosophische Abhandlungen*, Frankfurt am M., 1964, p. 79.

²⁶⁰ Sul concetto di *Ermessen* nell’ordinamento tedesco, si veda, F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., pp. 160, 202.

²⁶¹ L’analisi delle debolezze del criterio strutturale è stata condotta al paragrafo 11 del capitolo II, parte I.

Il concetto di sottofattispecie scaturisce, invece, da una ricerca sul concorso apparente di norme²⁶², che la ritiene formata da sottoinsiemi della fattispecie incriminatrice²⁶³. Per identificare i tipi di relazione possibili tra norme, la sottofattispecie si presentò, dunque, come il concetto più idoneo ad andare oltre gli elementi espressamente descritti nella fattispecie incriminatrice, per giungere anche ai parametri in essa meramente impliciti, allo scopo d'identificarne esattamente tutte le componenti²⁶⁴.

Essa viene presentata, e lo si è già visto, come un *genus* comprensivo di tante *species* quanti sono i suoi possibili modi d'atteggiarsi²⁶⁵. Questi modi di essere "particolari" del reato sono ritenuti elementi normativi tipici proprio nella misura in cui sono tacitamente e implicitamente compresi nell'elemento costitutivo espresso²⁶⁶. Procedendo per via geometrica, la fattispecie, che è costituita da elementi scomponibili, sarà anch'essa transitivamente capace di molteplici contenuti, essendo un *genus* rispetto a un numero indefinito di *species*²⁶⁷. Queste specie vennero denominate sottofattispecie pro-

---

²⁶² Ci si riferisce a F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966, p. 206 e ss. Per una diversa interpretazione e collocazione dogmatica del concetto di sottofattispecie, si veda A. CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., p. 171 e ss. Per un'indagine che unisce il parametro della specialità del concorso di norme a quello della successione di leggi, si veda, S. CAMAIONI, *Specialità ed interferenza: appunti sulla comparazione strutturale delle fattispecie nel concorso e nella successione di norme penali*, in «La giustizia penale», 1992, II, c. 230 e ss.; e anche, G. LOZZI, *Profili di una indagine sui rapporti tra "ne bis in idem" e concorso formale di reati*, Milano, 1974, p. 82 e ss.; per un'indagine sulla funzionalità dell'elemento soggettivo dentro la specialità, ancora, G. LOZZI, *Errore e dolo nei reati in rapporto di specialità*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1995, p. 437 e ss., per l'errore sugli elementi specializzanti, G. FIANDACA, *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: prima lettura della sent. n. 364/88*, in «Il foro italiano», I, 1988, c. 1394; A. FIORELLA, *L'errore sugli elementi differenziali del reato*, Tivoli, 1979, pp. 34, 48, 50; sull'errore su elementi specializzanti si veda F. STELLA, *L'errore sugli elementi specializzanti della fattispecie criminosa*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1964, p. 81 e ss.

²⁶³ Cfr., F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., p. 209.

²⁶⁴ *Ibidem*, p. 208.

²⁶⁵ Sul punto, *ibidem*, p. 209; e R.A. FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, Milano, 1971, p. 80.

²⁶⁶ F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., p. 209.

²⁶⁷ *Ibidem*, p. 209; R.A. FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., pp. 80, 81.

prio in quanto varietà di una fattispecie²⁶⁸. Come si è già rilevato, questo concetto non è compatibile con un'analisi astratta e strutturale della riformulazione del reato, ma piuttosto si presta a un approccio meramente "in concreto" al tema della distinzione tra abolizione del reato e successione di leggi penali. Si parla di tipicità e di sottofattispecie, ma si costruiscono concetti fondati solo sull'assemblaggio di dati di fatto, di tutti i dati di fatto passibili di verifica. Tutto è "nascosto" e "storico", non c'è alcuna tipicità²⁶⁹.

Qui sta la causa principale della debolezza epistemologica del parametro strutturale. L'unico parametro in positivo è inadatto. Per il resto, la preferenza per il paradigma strutturale è dettata dalla sua buona funzionalità e dalla piena condivisibilità dei suoi esiti solutori concreti. Non c'è, però, una salda base epistemologica e dogmatica. Non è chiaro cosa sia, e se esista, la sottofattispecie, se sia effettivamente tipica, se sia effettivamente fattispecie.

Le altre perplessità trovano fonte in questo vizio d'origine del concetto di sottofattispecie. In primo luogo, fondandosi il giudizio di non retroattività sul concetto di fattispecie, le debolezze del secondo determinano la precarietà del primo. In secondo luogo, problematica è la fissazione del giudizio di colpevolezza, ricondotto dalla dottrina strutturale più matura a una mera rilevanza materiale *ex tunc* dell'elemento inserito successivamente nella fattispecie riformulata. Retroterra comune è l'interrogativo sulle effettive potenzialità formali e tipiche del concetto di sottofattispecie, cui è legata la necessità di un fondamento epistemologico che giustifichi la bontà dei risultati con salde coordinate dogmatiche. Qui, in breve, le questioni che hanno portato a iniziare un cammino dentro la tipicità, dentro il concetto di fattispecie, orientato all'analisi delle incidenze dogmatiche della, e sulla, riformulazione del reato.

Con la ponderazione dei rapporti tra cambiamento formale della norma e persistenza nel tempo della sua normatività, della sua capacità di regolamentare, ha inizio, dunque, l'ultima frazione della ricerca. Si è percorso un sentiero preciso, anche se non particolarmente breve né tantomeno piano. Il campo dove è stato disegnato l'iti-

²⁶⁸ F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., pp. 209-210.

²⁶⁹ Si rinvia ancora al paragrafo 11 del capitolo II, parte I.

nerario è quello dei rapporti tra norma e fatto storico, luogo denso di fratture tra schema astratto e accadimento concreto, determinate dal procedimento di tipizzazione della fattispecie²⁷⁰.

Singolare è il tracciato. Si è partiti dalla considerazione del concetto puro belinghiano di *Tatbestand* e si è visto come nella storia della dogmatica penalistica, esso sia stato costantemente oggetto di “concretizzazioni”, nel senso che col maturare della dogmatica gli furono attribuiti elementi ulteriori, soggettivi e normativi, che lo hanno, in qualche modo, avvicinato alla realtà storica. Da qui si è passati al concetto generale di fattispecie e alla sottolineatura delle sue tendenze “storiche” manifestate attraverso i legami tessuti con la sfera della sanzione. Relazioni intrattenute per mezzo dei criteri di commisurazione, in senso lato, della pena: circostanze proprie e improprie²⁷¹.

Con alle spalle questi “indizi” sulla tensione “storica” del diritto penale, è stata analizzata la modulazione del reato rispetto al fatto concreto. Si è osservato come il reato si flessibilizzi, sia tramite gli elementi del precetto, grado della colpevolezza e dell’illiceità, sia, e di conseguenza, attraverso l’individualizzazione della sanzione e la concretizzazione del grado di gravità del reato²⁷². La ricerca si è spinta poi sino all’analisi della struttura logica di questa tendenza “a modularsi” del reato. Qui si è cercato di dimostrare che la fattispecie penale cela un’essenza graduale e tipologica che spiega la tensione “storica” del reato, e svela un’affinità con il pensiero ermeneutico giuridico²⁷³.

In questa sede, si sottolinea una soltanto delle “tracce” di questo sentiero: il riferimento alla pluralità precettiva e al suo significato penalistico. Qualificare e commisurare, rendere punibile il comportamento penalmente rilevante e minacciare un irrigidimento della pena nel caso di aggravamento del reato, classificare e “ordinare” il fatto umano, sono le due specie di precetti espressi dalla fattispecie penale. Come si è visto, la loro relazione è d’interdipendenza: senza il precetto di graduazione, il reo sarebbe spinto ad aggravare il reato e non a

²⁷⁰ Così, F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., p. 388.

²⁷¹ Si rinvia al capitolo II di questa parte e in particolare ai paragrafi 5, 6 e 7.

²⁷² Si rinvia al capitolo III, di questa parte.

²⁷³ I riferimenti sono alle prime due Sezioni di questo capitolo.

limitare le conseguenze del suo fatto; senza la rigida delimitazione tra lecito e illecito, nessuno potrebbe sensatamente orientare le proprie condotte, sarebbe il regno del relativismo²⁷⁴.

Qui sta il cuore pulsante della stratificazione della fattispecie penale, proprio in questa “avvinta separatezza” delle due categorie precettive. Da un lato, si traccia la linea di confine tra lecito e illecito penale, il limite oltre il quale si “accede” al diritto penale. Dall’altro lato, non si accede alla responsabilità ma si “eccede” nella responsabilità. Non si varca, in sostanza, la linea di confine tra lecito e illecito, ma si prosegue nell’allontanamento dalla linea di demarcazione. Si “eccede” nella commissione del reato. Quest’eccesso e le sue conseguenze sono manifestazione della natura tipologica della fattispecie.

Questi illeciti “eccessivi” sono espressione, quindi, di una graduazione del reato fondata sulla graduazione degli elementi costitutivi, i quali aprono a diverse fenomenologie sanzionatorie²⁷⁵. Mentre il reato “accessivo” risponde al precetto primario che impone un determinato comportamento, pena la sanzione criminale, l’illecito “eccessivo” risponde al precetto secondario che impone di non aggravare le conseguenze del reato, pena un incremento sanzionatorio.

Si è parlato d’inerzia esistenziale della fattispecie penale. Il concetto è evocativo. Proprio come la forza d’inerzia è una “esuberanza” connessa alla massa dei corpi, che si oppone alla modifica dello stato di moto o di quiete, allo stesso modo l’illecito “eccessivo”,

²⁷⁴ Si rinvia a quanto detto al paragrafo 4 della Sezione I di questo capitolo.

²⁷⁵ Non risulta essere stata mai utilizzata questa terminologia, anche se nella letteratura tedesca si parla di *quantitative Exzess* a proposito della condotta che oltrepassa il limite superiore di gravità, integrando o un reato più grave, o un’ipotesi aggravata; di questo tema e della terminologia perfezionata da Maurach parla, K. ALTENHAIN, *Die Strafbarkeit des Teilnehmers beim Exzess*, Frankfurt am M.-Berlin-Bern-New York-Paris-Wien, 1994, p. 18 e ss.; l’A. poi affronta il tema dell’eccesso qualitativo e della *Wahlfeststellung*, istituto che facilita l’accertamento giudiziale perché sancisce che per la punibilità del reo non è necessario provare quale di due condotte alternative egli ha effettivamente realizzato, nella misura in cui esse hanno un contenuto illecito identico (p. 59 e ss.). Ecco che in questo ambito si pongono problemi simili a quelli della riformulazione del reato; si parla, difatti, di identità del nucleo di illecito, di identità del bene aggredito e delle modalità di aggressione, quindi si pone in essere una teorizzazione volta a stabilire un legame di assimilazione tra le due fattispecie alternative.

rompendo “l’unità essenziale del reato” e declinandosi secondo una pluralità di precetti, pone le condizioni per la persistenza del “moto normativo”, si oppone cioè all’abolizione del reato²⁷⁶, all’estinzione della funzione incriminatrice della fattispecie modificata.

Ci sono due strumenti tipizzati in maniera differente che, coordinando fattispecie astratta e fatto concreto, pongono dei precetti ulteriori legati a un incremento di pena: le circostanze proprie e improprie del reato. Bisogna verificare in che modo questi due mezzi tipici di commisurazione incidono sulla tematica della sottofattispecie.

2. *La stratificazione della fattispecie penale e il tentativo di consolidamento della teoria strutturale*

Evocativo, e centrale, è anche il concetto di stratificazione della fattispecie. Evocativo, in quanto l’etimologia del vocabolo tedesco *geschichte* corrispondente all’italiano “stratificato”, è la stessa del vocabolo “storia”, *Geschichte*, e dell’aggettivo “storico”, *geschichtlich*. “Storico”, allora, nel senso di concretizzazione della fattispecie astratta secondo canoni che ne evidenzino l’elasticità e facciano risaltare le peculiarità penalisticamente significative del fatto concreto, del fatto storico. Centrale, nella misura in cui proprio l’individuazione di questa natura stratificata, storica, ermeneutica, della fattispecie, rappresenta il tentativo di consolidamento dell’analisi strutturale dei rapporti diacronici tra la fattispecie originaria e quella modificata.

Il “moltiplicatore” della fattispecie penale è il precetto. La stratificazione avviene grazie alla pluralità precettiva che si è analizzata a proposito dell’individuazione della forma tipologica della fattispecie penale. La fattispecie incriminatrice di parte speciale si scompone, così, in diverse fattispecie, caratterizzate da un precetto speciale rispetto a quello dell’originaria. Queste fattispecie individuate da un

---

²⁷⁶ Parla di unità essenziale, e della sua rottura, sebbene in riferimento al tema del concorso di reati A. MORO, *Unità e pluralità di reati*, cit., p. 3 e ss., 6.

precetto speciale sono le sottofattispecie. Esse si stratificano modulandosi secondo il fatto storico.

Pluralità di fattispecie tipiche significa pluralità di precetti e anche di minacce di sanzione. Questa combinazione avviene in due ipotesi: nell'integrazione di una circostanza propria e nel caso in cui sia presente una circostanza impropria aggravante ovvero un criterio di commisurazione "verso l'alto" della pena²⁷⁷.

Sia le circostanze proprie che quelle improprie individuano fattispecie speciali, sottofattispecie, e hanno una loro dimensione precettiva corrispondente alla loro peculiare fenomenologia sanzionatoria. Esse esplicitano il precetto in vari modi e con varie misure di determinatezza; incidono direttamente e necessariamente su misura e tipologia della pena. Da tale combinazione scaturisce il precetto, e con esso la fattispecie, la sottofattispecie tipica.

I caratteri della tipicità in base ai quali identificare la presenza di una fattispecie tipica sono stati rintracciati nella determinatezza²⁷⁸, che presuppone l'espressa previsione legislativa²⁷⁹, e nell'ef-

---

²⁷⁷ Di grande interesse in questa prospettiva sono le considerazioni di Marinucci, originate da una riflessione sulle fattispecie bagatellari: «se il fatto soddisfacesse solo le esigenze formali del *nullum crimen*, o anche solo il compito di individuare specifiche forme di offesa ai beni giuridici, vi sarebbe spazio solo per risposte giuridiche [...] secondo la logica di tipo classificatorio: il fatto "c'è o non c'è"; la logica tipologica del "più e del meno" – di *gradi* diversi si offesa ricompresi o riconducibili sotto un medesimo fatto – non riuscirebbe ad affermarsi. L'incorporazione nel fatto di una sottostante tipologia empirico-criminologica, apre invece la strada a *graduazioni* dell'offesa in funzione dell'*intensità delle aggressioni* all'oggetto tipico della tutela (e dell'offesa); entro un unico e medesimo fatto, rilascia individuare una molteplicità di sottofattispecie, in rapporto scalare di gravità dell'offesa all'oggetto tutelato (o tutelabile). A questa logica già obbedisce almeno l'art. 133 comma 1° n. 2 c.p.».

²⁷⁸ Sui rapporti tra tipicità e determinatezza si veda, E. BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, cit., p. 23; si rinvia inoltre per le teorie sulla determinatezza a quanto affermato nel paragrafo 2 del primo capitolo della parte II.

²⁷⁹ Sulle difficoltà causate dal linguaggio legislativo si veda, F. SGUBBI, *Mecanismo di "aggiramento" della legalità e della tassatività nel codice Rocco*, in «La questione criminale», 1981, pp. 319 e ss., 321, che si riferisce anche alle tipicità plurime; inoltre, si veda, N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano 1999, p. 32; ritiene che i *deficit* di determinatezza possano essere colmati dall'apparato probatorio e quindi al processo, K. VOLK, *Prozessvoraussetzungen im Strafrecht. Zum Verhältnis von materiellem Recht und Prozessrecht*, Ebelsbach, 1978, p. 38 e ss.

ficacia obbligatoria, cioè nella capacità d'incidere necessariamente sull'individualizzazione della pena²⁸⁰.

Questi caratteri della tipicità, della fattispecietà, sono propri anche della commissione di un fatto di reato aggravato da una circostanza propria o impropria. Le norme che prevedono circostanze proprie e improprie sono espresse legislativamente, hanno un certo grado di determinatezza e obbligano il giudice a trarre le conseguenze dalla presenza dell'elemento aggravatore²⁸¹. Rivelano i caratteri della tipicità come giudizio in senso statico²⁸².

Certo, la previsione legale, espressa tramite le norme sulle circostanze e i criteri di commisurazione della pena, non mostra livelli tutti soddisfacenti di determinatezza²⁸³. Gli ordinari problemi di determinatezza della fattispecie rivivono nelle circostanze proprie, e sono ancora più insidiosi nel caso delle circostanze improprie. Se per le circostanze in senso tecnico la previsione è già sufficientemente determinata, la maggiore genericità della previsione dei criteri di commisurazione della pena necessita di qualche osservazione aggiuntiva.

---

²⁸⁰ Dalla ricerca sulla tipicità di Beling, sono emersi alcuni elementi salienti. In primo luogo, il fatto viene tipizzato da una legge penale incriminatrice integrata dalle norme di parte generale, individuate come norme penali non in senso stretto (E. BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, cit., p. 114). In secondo luogo, tale legge deve configurare in modo preciso il fatto tipo (*"fest formuliert"*, *ibidem*, p. 23). In terzo luogo, Beling ritiene che un'estensione orizzontale del fatto tipo, non infici la costruzione data al *Tatbestandskern*, ed egli lo porta ad affiancarsi, mediante un rapporto di accessorietà, a elementi di diversa natura ma, in ogni caso, esterni al concetto nucleare di fatto tipo (*ibidem*, p. 246). In quarto luogo, si ricollega tale estensione orizzontale a una minaccia relativa di pena legata al tipo nucleare e votata alla migliore individualizzazione della responsabilità. Tramite incidenza sulla pena principale si affianca, infatti, la zona esterna alla zona interna del fatto tipo, funzionalmente legata all'individualizzazione della pena (*ibidem*, p. 264 e ss.). In quinto luogo, l'effetto sanzionatorio si ritiene legato alla verifica della sussumibilità del fatto storico nel fatto tipo (*ibidem*, p. 23). In sesto luogo, si richiede che la norma sia prescrittiva di modalità tipiche, che cioè le disponga in modo tale che il giudice debba tenerle in considerazione.

²⁸¹ In questo senso, si vedano, per tutti, F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., pp. 304-305; e F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 416.

²⁸² Si veda, M. DONINI, *La partecipazione al reato*, cit., p. 175 e ss.

²⁸³ Per la previsione espressa di norme di parte generale e norme di parte speciale come carattere della tipicità si veda, E. BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, cit., p. 114.

Sul versante della sanzione, c'è la possibilità d'individuare una chiara minaccia di pena relativa al precetto di non aggravamento del reato, cui è, appunto, connessa una modifica *in peius* della sanzione. Dunque, la fattispecie ch'esprime il precetto generale implica l'accesso alla punibilità, correlando alla commissione del fatto una cornice edittale; le fattispecie individuate dai precetti ordinali delle circostanze proprie e improprie implicano rispettivamente una modifica della stessa cornice edittale, le prime,²⁸⁴ e una modifica intraedittale della pena, uno spostamento della pena verso i limiti superiori della forbice edittale, le seconde²⁸⁵.

Come per la fattispecie di parte speciale, la selezione di fatti operata attraverso l'utilizzo delle circostanze proprie e improprie è legislativamente prevista, obbligatoriamente valutabile dal giudice, dunque implicante un necessario effetto giuridico-penale. Resta da verificare come avvenga concretamente la stratificazione e quali limiti siano posti dalla minore determinatezza dei criteri di commisurazione della pena²⁸⁶.

La fattispecie penale di parte speciale contiene due specie di precetti: una di qualificazione e una di commisurazione. Il precetto di qualificazione distingue lecito da illecito penale. Il precetto di commisurazione indica la gravità di un aspetto della commissione

---

²⁸⁴ Sull'incidenza delle circostanze sulla conseguenza penale vengono individuati due modelli: da un lato, l'incidenza diretta sul tipo e misura di sanzione, dall'altro, l'azione sulla pena base anche oltre i limiti edittali. Si veda, E. DOLCINI, voce *Potere discrezionale del giudice*, cit., p. 765.

²⁸⁵ La modifica circostanziale della pena è attivata da una minaccia secondaria di pena, così, E. BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, cit., p. 264 e ss. Certo si pone la questione delle pene fisse, ma come si è sottolineato, anche le pene fisse, pur ponendo non pochi problemi alla razionalità del sistema sanzionatorio, precettivo e funzionale del diritto penale, possono essere graduate, sul punto si rinvia per tutti a F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., pp. 349-355. Per un'analisi critica delle fattispecie con una forbice edittale eccessivamente ampia si veda, S. CORBETTA, *La cornice edittale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1997, p. 149.

²⁸⁶ Diversa, ma interessante, è la prospettiva di chi vede nel diritto penale giurisprudenziale il produttore di sottofattispecie (sottonorme), intese come fattispecie più vicine al fatto concreto, procedimento che si inserisce nella creazione del precedente giudiziale, così, A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, cit., pp. 176-177.

del fatto²⁸⁷. Sul piano teorico una cosa è non commettere il reato, altra è non aggravare le conseguenze del reato commesso²⁸⁸.

Per quanto concerne la specie precettiva attinente all'aggravamento del reato, bisogna distinguere dogmaticamente due ipotesi: commisurazione regolata dal precetto di una circostanza propria, ovvero graduazione della gravità fondata sul precetto scaturente da un criterio di commisurazione della pena. Mentre nel primo caso non ci sono particolari limitazioni, dato il carattere tendenzialmente determinato delle norme che prevedono circostanze tecniche, e che tendono meramente a rinsaldare lo schema astratto della fattispecie²⁸⁹, la stessa cosa non vale nel caso dei criteri di commisurazione della pena²⁹⁰.

---

²⁸⁷ Taluno distingue il precetto principale, che non comprende le circostanze, dal precetto accessorio, tipico del reato circostanziato, il riferimento è a A. MALIVERNI, voce *Circostanze del reato*, in *Enciclopedia del diritto*, VII, 1960, pp. 69-70, che riporta ulteriori indicazioni bibliografiche.

²⁸⁸ Questa distinzione è per lo più dogmatica dato che sul piano concreto la qualificazione è avvinta al precetto di commisurazione. Ci sono due possibilità d'individuazione di un'autonomia anche sostanziale tra i due precetti, che sono sempre distinti ma non sempre separati: a) la prima è il riferimento al concetto di *Normalfall*; la seconda attiene alla limitazione del precetto generico alle condizioni minime per l'integrazione dell'illecito. Con il concetto di "caso normale", si designa l'eventualità che il fatto commesso abbia una gravità pari a zero. Sarebbe l'ipotesi paradigmatica della fattispecie, cioè senza aggravamenti. Impostata statisticamente tiene in considerazione anche la tendenza dei giudici a discostarsi dal massimo edittale e ad applicare spesso pene vicine al minimo (sul punto si veda, E. DOLCINI, voce *Potere discrezionale del giudice*, cit., p. 752). Come si è visto, esso viene individuato in due maniere: o tramite il riferimento al caso più frequente, che rappresenta, così, l'ipotesi base, ovvero tramite il riferimento a un fatto, immaginario, la cui gravità si collochi matematicamente a metà tra minimo e massimo edittale. b) La seconda possibilità è quella di limitare il precetto generale al mero minimo assoluto di gravità, cioè al caso più lieve ipotizzabile, e concedere lo spazio concreto al solo precetto di aggravamento.

²⁸⁹ In questi termini ancora, F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., p. 359.

²⁹⁰ La Consulta, nella già citata sentenza 247/1989, ha ripercorso il tema della determinatezza individuandone un'esigenza differenziata tra elementi che segnalano la linea tra lecito e illecito, ed elementi che descrivono, in un certo senso, la gravità del fatto, sul punto, F. PALAZZO, *Elementi quantitativi indeterminati*, cit., p. 1198 e ss., pp. 1223-1224.

Anche se la loro maggiore elasticità è legata alle esigenze costituzionali d'individualizzazione del rimprovero²⁹¹, la genericità dei parametri di commisurazione della pena impone una tipicizzazione ulteriore, che eviti di vanificare la selezione stratificante operata dai precetti speciali sul precetto generale. Ecco che in questo caso è importante una delimitazione della funzionalità stratificante dei criteri di commisurazione. Entra in gioco, allora, un procedimento di tipizzazione induttiva come quello che si è osservato a proposito della responsabilità penale nel danno da prodotto²⁹². Solo i criteri che di fatto sono chiari, precisi e riconoscibili, che sono in grado di agire *a priori* come precetti d'aggravamento del reato, possono essere tenuti in considerazione ai fini della stratificazione della fattispecie. Ci sono, infatti, alcuni criteri che non sono solo precisi e chiari, ma che proprio per questo sono quelli utilizzati nella riformulazione della fattispecie: dolo specifico, realizzazione dello scopo del dolo specifico, dolo intenzionale o diretto, soglie quantitative, patrimonialità del danno, ingiustizia del danno, patrimonialità o ingiustizia del vantaggio o profitto, modalità insidiose della condotta, elementi d'illeceità speciale. Questi elementi non sono obnubilati dentro il "calderone" della commisurazione della pena²⁹³. Essi sono identificabili e identificati, rispetto a questi scatta la prescrizione del precetto e l'irrogazione della sanzione²⁹⁴.

---

²⁹¹ Le pagine fondamentali sulla contemporaneità tra principio di legalità-tassatività e la funzione rieducativa della pena, ponderazione che impone un margine di elasticità alla commisurazione della pena, sono di F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., pp. 331, 360-363; ID., *Legalità e crisi: l'art. 25, commi 2° e 3°, della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70*, in «La questione criminale», 1980, p. 222. Si sostiene anche che gli elementi elastici a carattere quantitativo assolvano contemporaneamente la funzione di tipizzazione della fattispecie e di graduazione della responsabilità del soggetto agente, così, M. RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Torino, 1979, p. 133.

²⁹² C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, cit., p. 482 e ss.

²⁹³ Si rinvia al paragrafo 1 del primo capitolo della parte I, al paragrafo 7, capitolo II, parte II e al paragrafo 3 della sezione II, capitolo III, parte II.

²⁹⁴ Il giudice deve effettuare in sede di commisurazione una valutazione analoga a quella effettuata dal legislatore in sede di descrizione della fattispecie, cioè se le modalità del fatto concreto non portino a un accentuato bisogno di tutela, quindi non siano particolarmente riprovevoli rispetto al caso normale, così, E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., pp. 339-340.

La dimensione tipologica della fattispecie è, lo si ribadisce, la fonte della stratificazione della fattispecie penale²⁹⁵. Essa nasce, infatti, dalla sovrascrittura di precetti speciali su precetti generali, e questa pluralità precettiva è la veste funzionale e normoteoretica della sua struttura tipologica, cioè insieme di concetto classificatorio e ordinale. Questa “forma” impone alla fattispecie penale d’adattarsi in modo strutturato, cioè attraverso le circostanze, che segnalano un “incremento relativo” della gravità del fatto. La ragione sta, si ribadisce, nell’essenza stessa del diritto penale, che seleziona e adegua la risposta punitiva in modo da rendere il diritto “criminale” efficace, efficiente, fondato sulla colpevolezza e dal volto umano. È proprio la forma concettuale della fattispecie a determinare queste tensioni verso l’adattamento a una complessa realtà storica tramite precetti speciali. La stratificazione dei precetti permette quella tutela a oltranza dei beni giuridici che pone costantemente il reo, il quale si rappresenta la possibilità d’intensificare la lesione dell’interesse protetto dall’ordinamento, di fronte a una nuova risoluzione criminosa, evitando che la protrazione dell’attività illecita sia vista come una scelta razionale orientata a massimizzare il “beneficio” rispetto al “costo”²⁹⁶.

---

²⁹⁵ Anche la questione del divieto di doppia valutazione delle circostanze, una volta come elementi di fattispecie e un’altra come criteri di commisurazione della pena, si risolve nella concezione ermeneutico-tipologica del reato. Gli elementi che, presenti nella fattispecie, non sono graduabili, non possono essere valutati una seconda volta. Gli elementi di fattispecie che sono graduabili, come grado del danno dell’evento intensità del dolo, scopi da perseguire, possono essere valutati una seconda volta. Solo apparentemente è, tuttavia, una seconda valutazione, essi, infatti, condividono con il reato la natura doppia, classificatoria e ordinale, per cui ai fini della punibilità vengono in considerazione sotto il profilo qualificatorio, e ai fini della commisurazione sotto il profilo ordinale. Non c’è violazione del divieto di doppia valutazione.

²⁹⁶ Nella stratificazione della fattispecie si individuano due tipologie di risoluzione: da un lato, una risoluzione criminosa diacronica, per cui di fronte a due diversi precetti, vengono superate in due tempi diversi le barriere inibitorie al reato; dall’altro lato, si individua una risoluzione criminosa sincronica progressiva, di colui che vince preventivamente le resistenze a tutti i precetti. Ma questa differenza non incide sulla funzionalità della stratificazione. Nel commentare il concetto di deterrenza restrittiva, Padovani, sostituisce al binomio vantaggio-costi, quello offesa del reato-danno e della pena, così, T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio*, cit., p. 445.

Qui è la spiegazione completa della critica al concetto di specialità per aggiunta. Esistono elementi tipici del reato che non sono enunciati ma che sono rilevanti e logicamente espressi tramite la posizione della cornice edittale. Questi elementi hanno a che fare con l'aggravamento del reato, individuano delle sottofattispecie funzionalmente identiche, sebbene diverse nelle modalità descrittive, a quelle della specialità per specificazione degli elementi della fattispecie²⁹⁷.

L'utilizzo dei caratteri della tipicità e, soprattutto, la forma concettuale tipologica della fattispecie penale che impone una pluralità di precetti, hanno permesso d'individuare l'esistenza di sottofattispecie selezionate dalle circostanze proprie e improprie²⁹⁸. Ciò significa che il fatto storico è sì tipico rispetto alla fattispecie con il precetto generale, ma allo stesso tempo la sua tipicità è più aderente a quella della sottofattispecie, alla declinazione ermeneutica della natura tipologica della fattispecie penale.

Tornando alle perplessità sulla teoria strutturale si possono avanzare delle considerazioni ulteriori. In primo luogo, la presenza di una pluralità stratificata di fattispecie soddisfa l'esigenza di una formalizzazione del concetto di sottofattispecie. A determinate condizioni, cioè seguendo le vie d'aggravamento disegnate dalle circostanze proprie e da alcune circostanze improprie, la sottofattispecie esiste ed è tipica e formale, cioè è vera fattispecie. In secondo luogo, questa formalizzazione fa svanire le perplessità sulla potenziale torsione del parametro di verifica della non retroattività, essendo le sottofattispecie vere formalizzazioni del precetto speciale, l'elemento enunciato direttamente nella fattispecie riformulata era formalmente rilevante già al momento del fatto. Persiste lo stesso precetto,

---

²⁹⁷ Si rinvia per la spiegazione della critica alla distinzione tra specialità per aggiunta e per specificazione, al paragrafo 8 del capitolo II, parte I.

²⁹⁸ In un contesto molto differente, e senza il significato che, in questa ricerca, si è tentato di dare al concetto di sottofattispecie, anche la Corte costituzionale ha utilizzato la categoria della "sottofattispecie", in alcune sentenze sulla legittimità costituzionale delle cornici edittali. Ad esempio, nella sentenza 285/1991 si sostiene che dentro la cornice edittale il legislatore include in uno stesso modello di genere una pluralità di sottofattispecie diverse per struttura e disvalore, che servono proprio alla graduazione della pena, sul punto, per tutti, si veda S. CORBETTA, *La cornice edittale della pena*, cit., p. 142 con riferimenti anche ad altre sentenze della Consulta.

mutate sono soltanto, e in modo irrilevante, le modalità di descrizione del precetto: espresso prima tramite precetto speciale scaturente dalla combinazione della norma di parte speciale con quella di parte generale, poi direttamente ed esclusivamente come elemento della norma incriminatrice di parte speciale.

In terzo luogo, anche la colpevolezza del momento del fatto è perpetuata e continuativamente rilevante al momento del giudizio, sebbene la norma sia stata riformulata. Questa modifica della norma determina, infatti, solo una ricontestualizzazione del fatto, cioè una nuova collocazione dentro una riscritta scala di gravità. Il rischio, unico, di poter vedere il fatto aggravato dopo la ricontestualizzazione è neutralizzato dall'obbligo d'applicazione della legge più mite. La colpevolezza si è formata su elementi formalizzati, e il suo legame con la gravità del fatto è garantito dall'applicazione della *lex mitior*²⁹⁹.

Infine, rispetto all'autoreferenzialità dell'approccio strutturale si è cercato un fondamento epistemologico della sottofattispecie nella sua natura tipologica che sottolinea come essa sia creata da un precetto speciale nei confronti di quello della fattispecie rubricata. Essa è espressione della natura intrinseca del diritto penale che tramite il concetto tipologico di fattispecie tende alla specificazione del precetto e della sanzione. Questa specializzazione è formale, e porta con sé una dimensione della colpevolezza e una misura di pena. È il "modo vitale" della fattispecie e del diritto penale.

In definitiva, la fattispecie incriminatrice si può stratificare, tramite sottofattispecie individuate dalle circostanze proprie, ovvero per mezzo di sottofattispecie scaturenti da alcune tipologie precise e consolidate di circostanze improprie³⁰⁰.

---

²⁹⁹ In questo senso, si può vedere la *ratio* della retroattività a favore del reo nell'esigenza di preservarlo dagli effetti negativi della ricontestualizzazione del fatto e della fattispecie, a garanzia della colpevolezza esso sarebbe costituzionalizzato all'art. 27/1/3 Cost.

³⁰⁰ Con riferimento all'ordinamento tedesco, c'è chi parla di sottofattispecie del reato base con riferimento agli elementi di modifica della pena, si veda, A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato*, cit., pp. 337-338.

La prima ipotesi è che il passaggio da elemento di sottofattispecie a elemento di fattispecie, avvenga in modo che la caratteristica della sottofattispecie poi divenuta elemento di tipicità della norma incriminatrice post-riformulazione specializzante sia una circostanza in senso tecnico del reato base, come costruito prima della modifica legislativa³⁰¹. Il caso è quello di Tizio che commette il reato X integrando in concreto anche i tratti dell'aggravante H, la norma che prevede il reato X viene successivamente riformulata e la sua tipicità diventa X+H: Tizio si troverà a poter rispondere del fatto tipico X+H e non più di X con l'aggravante H. Se Tizio ha commesso un delitto contro il patrimonio procurando un danno di rilevante entità e successivamente la fattispecie viene riformulata con l'introduzione di una soglia di punibilità relativa all'entità del danno, se il fatto ha raggiunto un danno che va oltre la soglia introdotta *ex post factum*, il soggetto è responsabile, poiché già allora aveva integrato una fattispecie tipica, una stratificazione della fattispecie generale, che è rimasta intonsa con la riformulazione del reato. Questo è, almeno in parte, quello che è accaduto al reato di false comunicazioni sociali. La circostanza del danno di rilevante gravità nei delitti che offendono "comunque" il patrimonio, *ex art.* 61 n. 7 c.p., sarebbe stata integrata, sotto il vigore della precedente fattispecie di false comunicazioni sociali, da un'esposizione di fatti non rispondenti al vero ch'avesse causato un danno patrimoniale ai soci o ai creditori superiore al 5% del risultato economico d'esercizio³⁰². Il fatto che oggi quest'aggravante sia stata inserita nella struttura della fattispecie non neutralizza la funzione incriminatrice della norma abrogata. La sottofattispecie integrata *allora* è tipica esattamente come *ora* lo è lo schema incriminatorio del nuovo art. 2622 c.c.

Qui c'è successione di leggi penali, c'è continua punibilità. Il fatto commesso allora era già tipico non solo rispetto al livello di fat-

---

³⁰¹ Questa non è l'ipotesi presa in esame dal *Grosser Senat* del BGH nel famoso caso dello *Strassensraub*. In quel caso, infatti, una circostanza tipica venne sostituita da altra circostanza tipica, e venne punito per un fatto che era stato in concreto commesso con delle modalità che solo successivamente divennero *Qualifikationen*, cioè aggravanti, del reato di rapina. Si veda il paragrafo 2, capitolo II, parte I.

³⁰² Salvo, forse, nel caso di aziende di piccole dimensioni.

tispecie incriminatrice ma anche rispetto alla sottofattispecie circostanziale propria. Non si può parlare in questo caso di applicazione retroattiva di una caratteristica incriminatrice sopravvenuta. L'incidenza sulla gravità del reato attraverso l'integrazione di una circostanza in senso tecnico individua, già allora, una tipicità che la riforma ha in realtà solo selezionato³⁰³. È ipotesi di selezione di modalità già tipiche. È evitata la lesione del divieto di retroattività e della colpevolezza. La circostanze hanno, infatti, un loro regime soggettivo d'imputazione che tutela già *ex tunc* la rimproverabilità per il comportamento antidoveroso.

Nella seconda ipotesi, un criterio di commisurazione della pena diviene elemento formale della fattispecie base. Il caso è quello di Caio che, vigente la norma poi riformulata, non solo ha integrato gli elementi del reato X, ma lo ha anche fatto con modalità di condotta, di evento, o con una particolare intensità d'elemento soggettivo, che, sebbene non perfezionino una circostanza aggravante propria, vengono necessariamente valutate in sede di commisurazione della pena *ex art.* 133 del codice penale.

Si può fare l'esempio della realizzazione dello scopo del dolo specifico. Nella misura in cui la norma riformulata richiede la realizzazione dell'intenzione, cioè nella misura in cui il dolo specifico si trasforma in un dolo generico di un reato d'evento, la realizzazione dell'intenzione prima rilevante come mera circostanza impropria del reato, continua a essere rilevante quale evento del reato. È il caso che si è verificato, ad esempio, per la riformulazione del reato di utilizzazione di fatture per operazioni inesistenti. Se sotto il vigore della legge 429 del 1982 un soggetto avesse utilizzato tali documenti come supporto a una dichiarazione IVA, avrebbe aggravato il reato di cui al previgente art. 4 lettera d) mediante la realizzazione del dolo specifico d'evadere l'imposta sul valore aggiunto o di conseguire un indebito rimbor-

---

³⁰³ Per quanto concerne il problema della tenuità, esso, per vero, non si dovrebbe porre in un ordinamento razionale. La selezione, infatti, all'interno di una fattispecie di tipologie meno gravi di quella tipo, ma che permangono dopo l'abrogazione di quelle più gravi, dovrebbe palesamente dimostrare la paradossalità della questione. Certo l'irrazionalità non è mancata, ad esempio, nella riforma delle false comunicazioni sociali che, tra l'altro, prevedono l'ipotesi delittuosa a querela di parte, mentre la contravvenzionale a procedibilità d'ufficio.

so, cioè integrando un criterio determinato di commisurazione verso l'alto della pena. Qui il soggetto risponde poiché già allora il suo fatto aveva integrato una stratificazione della fattispecie che si è poi perpetuata nella, e con la, riformulazione. Anche qui, l'elemento soggettivo del fatto copre interamente anche la nuova norma, e i pericoli della ricontestualizzazione del disvalore del fatto sono neutralizzati dall'applicazione della legge più mite in concreto.

Certo, tra le due ipotesi di stratificazione ci sono delle differenze. Innanzitutto diversa è la collocazione sistematica delle norme che tipizza. C'è, poi, una riduzione, sino a una certa misura fisiologica, della determinatezza nella previsione delle circostanze di commisurazione della pena³⁰⁴. Si pongono una serie ulteriore di questioni rispetto alla presenza di circostanze tipiche e in particolare la possibilità d'individuare *a priori* queste sottofattispecie. Ma con la tipizzazione indotta, ermeneutica, dei criteri di commisurazione della pena, s'individuano non solo ipotesi effettivamente determinate e rilevanti, ma anche tutti i casi effettivi di riformulazione del reato, che, come visto, avviene sempre tramite l'enunciazione di circostanze improprie determinate nella fattispecie di parte speciale³⁰⁵.

La sottofattispecie che viene selezionata dalla riformulazione del reato non è meramente speciale rispetto alla norma previgente, essa seleziona, infatti, modalità allora già tipiche. Non è decisivo che il soggetto abbia integrato concretamente gli elementi della nuova norma, decisivo è che il soggetto abbia integrato la stessa fattispecie ora esclusivamente rilevante. Rilevante è che abbia commesso il fatto con dati di gravità tipizzati, che vincolano il giudice alla loro considerazione nell'individuazione della pena. In questo caso,

---

³⁰⁴ C'è un differente effetto che qui si pone solo rispetto alla pena intraeditatale. C'è un problema di potenziale differenza della colpevolezza rispetto ai due tipi di circostanze. C'è un problema relativo al momento della loro esistenza, le prime esistono *a priori* e normativamente, le seconde sono previste come categoria ma non sono indicate tassativamente le condizioni della loro esistenza; condizioni, queste, che saranno concretamente determinate solo al momento dell'effettiva commisurazione della pena. Le circostanze proprie devono, poi, essere contestate; le seconde sono comunque espressione di discrezionalità e non abbisognano allo *status quo* di veicolazione processuale per risultare efficaci.

³⁰⁵ Si rinvia al paragrafo 1, capitolo I, parte I.

il fatto non è solo tipico rispetto al precetto generico della fattispecie incriminatrice, ma anche rispetto alla prescrizione specifica della sottofattispecie “originata”, la quale è stata *ex post* trasformata in fattispecie originaria.

A queste condizioni, la gravità del fatto storico, tipizzata dalle sottofattispecie selezionate tipicamente attraverso le circostanze del reato, individua una fattispecie stratificata del reato e determina quell’inerzia esistenziale della fattispecie abrogata, che le fa riacquistare, limitatamente a queste ipotesi, piena validità ed efficacia³⁰⁶. C’è, così, persistenza della funzione incriminatrice della norma mutata, c’è continua punibilità e non abolizione del reato.

3. Considerazioni finali

Durante lo svolgimento dell’indagine si è visto come sia duplice il rischio di cui la riformulazione del reato è portatrice. Da un lato, che la rilevanza penale originaria del fatto sia mera occasione per “entrare” nella dimensione del fatto storico, considerando elementi accidentali del fatto concreto come condizioni d’inerzia della funzione incriminatrice della fattispecie modificata; il rischio che il primo reato sia semplicemente utilizzato come *chance* per valutare retrospettivamente tutte le peculiarità del fatto storico ai fini di una continua punibilità retroattiva³⁰⁷. Dall’altro lato, il pericolo simmetrico di non poter punire un fatto solo perchè la norma è mutata e

---

³⁰⁶ Sul carattere di norma di validità e non di disciplina dell’art. 2/4 c.p., corrispondente al § 2/3 StGB, si veda, K. TIEDEMANN, *Zeitliche Grenzen des Strafrechts*, cit., pp. 202-203; sostiene la teoria dell’abrogazione della legge modificata ancora nella seconda edizione del manuale e rifacendosi anche al dettato costituzionale, H.H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 1972², p. 109; si veda anche, G. JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1993², p. 93.

³⁰⁷ Questo primo rischio, quello del dominio della prospettiva storica su quella astratta, è relativo sia ai casi in cui due diverse incriminazioni vengono accidentalmente a essere connesse dal fatto concreto, sia alle ipotesi in cui una stessa incriminazione muta prospettiva tutoria, per cui uno stesso fatto assume due diversi significati penalistici. Si vedano gli esempi provocatori di U. SOMMER, *Das mildeste Gesetz*, cit., p. 137; e F.C. SCHROEDER, *Zeitliche Geltungsbereich der Strafgesetze*, cit., p. 793.

sebbene tale mutamento non pregiudichi il giudizio di colpevolezza per il fatto³⁰⁸.

La tradizionale teoria strutturale individua la condizione di persistenza della funzione incriminatrice nel concetto di sottofattispecie³⁰⁹, inteso come sottoinsieme dei casi della fattispecie incriminatrice di parte speciale, ma non riesce ad arginare il primo rischio. Lascia comunque spazio, infatti, a valutazioni politico-criminali sul significato dell'elemento specializzante³¹⁰ o sull'intenzione del legislatore³¹¹; né riesce a dare un fondamento solido alle scelte sulla continuità della funzione incriminatrice della fattispecie utilizzate per contenere il secondo rischio³¹².

Diverso è lo scenario se, come si è cercato di fare, il concetto di sottofattispecie viene fondato sulla specialità individuata dalle circostanze proprie e da, alcune, circostanze improprie del reato³¹³. Qui, gli elementi logicamente speciali ma che non incidono sulla gravità del reato non rintracciano una sottofattispecie, mancando un sottoprecetto della fattispecie generale. Ecco la prima differenza con l'approccio tradizionale: solo la selezione tramite circostanze del reato individua sottofattispecie, e non ogni sottoinsieme di fatti storici.

Soltanto nella misura in cui il reo avesse commesso un fatto previsto dalla legge come reato, con modalità tali da integrare una circostanza aggravante o d'azionare un criterio determinato di commisurazione della pena e, successivamente, tali modalità "sottotipiche" diventassero tipiche grazie alla riformulazione del reato, il fatto commesso verrebbe continuativamente punito, cioè sopravvivereb-

---

³⁰⁸ Qui ci sono le riformulazioni di questi anni, dall'abuso d'ufficio, alla bancarotta impropria e alle false comunicazioni sociali.

³⁰⁹ Spindel sostiene che l'etimologia stessa del termine *Tatbestand* sottolinei l'esigenza d'individuare la continuità, *Bestand*, di un fatto, *Tat*, dato il suo nucleo rimasto immutato, cfr., G. SPINDEL, *Zur Lehre vom Strafmass*, cit., pp. 227, 228.

³¹⁰ È quella che si è definita come funzione delimitativa dell'approccio strutturale, cfr., paragrafo 8, capitolo II, parte I.

³¹¹ Lo stesso Padovani, sebbene con alcune perplessità, non rinuncia a un riferimento all'intenzione del legislatore, si veda, T. PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali*, cit., p. 1368.

³¹² Si rinvia al paragrafo 11, capitolo II, parte I.

³¹³ È il portato della sezione III di questo capitolo.

be la funzione incriminatrice della fattispecie che ha subito la modifica³¹⁴.

La selezione tramite circostanze del reato individua, infatti, sottofattispecie che sono tipiche esattamente come lo è la norma incriminatrice generale. In questo senso, le sottofattispecie non sono altro che stratificazioni della fattispecie generale, che si formano per approfondimento e specificazione del precetto, e che incidono, quindi, sulla stessa sanzione minacciata dalla norma incriminatrice di parte speciale. In un certo senso, è un'ipotesi di selezione d'alternative già formalmente tipiche³¹⁵.

Ad esempio, il soggetto che realizzando false comunicazioni sociali causa il dissesto della società, non integra soltanto la fattispecie incriminatrice generale, nella versione precedente la riforma, ma anche un certo disvalore oggettivo aggiuntivo che è decodificabile attraverso le circostanze improprie del reato e che poi viene selezionato dalla fattispecie riformulata. Allo stesso modo, un pubblico ufficiale che abusa del suo ufficio procurandosi intenzionalmente un ingiusto vantaggio patrimoniale realizza non solo la fattispecie generale di abuso d'ufficio, come prima della riforma del 1997, ma anche una sua stratificazione tipica scaturente dalla combinazione tra la norma incriminatrice e i criteri di commisurazione della pena relativi alla realizzazione del fine del dolo specifico e alla patrimonialità del vantaggio.

Come si è detto più volte, questa stratificazione formale della fattispecie permette anche la formazione corretta dell'elemento soggettivo. Integrando una circostanza del reato, il reo viola, infatti, un precetto speciale connesso a un aggravamento del reato; il trasferimento di questo precetto d'aggravamento del reato nella definizione stessa dei caratteri d'ingresso nella rilevanza penale, nella fattispecie, non impedisce, rispetto alla norma sopravvenuta, la formazione corretta della colpevolezza già al momento della commissione del fatto. A essere selezionati sono stati, infatti, precetti già tipici che con la riformulazione hanno subito una mera ricontestualizzazione, la quale non inibisce la formazione della colpevolezza. Gli unici ef-

³¹⁴ Per un approfondimento il rinvio è al paragrafo precedente.

³¹⁵ Secondo la terminologia introdotta da *ibidem*, p. 1374.

fetti negativi sul reo sono legati all'eventuale inasprimento della valutazione del disvalore del fatto, effetto neutralizzato, tuttavia, dalla regola dell'applicazione della legge più favorevole in concreto.

Rispetto alle tradizionali impostazioni strutturali, qui si è rintracciato un diverso criterio di selezione delle sottofattispecie, che permette di considerarle vere e proprie ipotesi speciali di fattispecie, attribuendogli tutte le prerogative dell'essere effettivamente tipiche e formali. A fondamento di questa ricostruzione si è rintracciata la natura tipologica della fattispecie penale, che è, allo stesso tempo, concetto classificatorio che separa lecito da illecito e concetto ordinale che gradua dal lieve al grave³¹⁶.

Lo scopo della legislazione non è classificare più o meno artificialmente la realtà, ma far spiegare al diritto penale e alla pena le loro funzioni: proteggere e far progredire la società, prevenire e sanzionare i fatti socialmente dannosi. La tecnica di costruzione delle fattispecie, una sorta di sussunzione alla rovescia³¹⁷, è, però, ineluttabilmente sintetica ed emblematica. Il legislatore non riesce ad essere maggiormente aderente alla vita concreta. Queste lacune sistemiche vengono colmate, almeno in parte, dall'esistenza e dall'operatività delle circostanze proprie e improprie. Il motivo per cui esistono forbici edittali e circostanze del reato è proprio quello di realizzare le funzioni del diritto penale. Con sanzioni fisse, il diritto non potrebbe ordinare, la pena non potrebbe prevenire, la società non potrebbe adeguatamente tutelarsi e progredire.

La fattispecie nasce, in sostanza, come un "tipo" con nucleo fisso, che rivela non solo la sua natura di norma di qualificazione a struttura classificatoria, ma anche i confini fluttuanti della circostanziazione, che, fornendole una struttura stratiforme, permette l'adesione alla realtà, di dare senso all'esistenza del diritto e della pena³¹⁸.

---

³¹⁶ Cfr. la sezione II di questo capitolo.

³¹⁷ Così M. MAURER, *Komparative Strafzumessung*, cit., p. 95.

³¹⁸ La norma giuridica non come mero segno linguistico ma come concretizzazione di questo a contatto con la situazione di fatto per mezzo dell'interpretazione giudiziale, cfr., G. FORNASARI, *Diritto giurisprudenziale e cause di giustificazione*, cit., p. 49.

La consapevolezza di poter utilizzare sottofattispecie strutturate attraverso le circostanze del reato, che sono vere e proprie fattispecie con un precetto e una funzione sanzionatoria meramente “speciali” rispetto a quelli della norma incriminatrice, evita qualsiasi riferimento a parametri politico-criminali. La selezione attraverso circostanze d’aggravamento del reato, infatti, non è mai inconferente rispetto all’oggetto della tutela, dato che individua mere intensificazioni della direzione tutoria. Con l’utilizzo di stratificazioni tipiche della fattispecie incriminatrice generale, per dirla con Kant, «il diritto non si deve mai adattare alla politica, piuttosto la politica deve in ogni momento adattarsi al diritto»³¹⁹. L’utilizzo di schemi interpretativi formali, benché più vicini al fatto storico di quanto non riesca a fare la fattispecie in senso stretto, scongiura che l’interpretazione dei giuristi pieghi la legge alla presunta volontà di un legislatore che non è sempre immune dalla proposizione di linee politico-criminali di rottura con le dimensioni portanti dello Stato di diritto³²⁰.

Accanto a queste considerazioni prettamente riepilogative, la ricerca non può terminare senza un duplice accenno, da un lato, agli sviluppi che la trattazione del tema, e in particolare la natura tipologica della fattispecie penale, può avere in alcuni settori che sono stati attraversati dall’itinerario dell’indagine, e, dall’altro lato, alle obiezioni sollevate nei confronti dell’orizzonte culturale e filosofico che fa da sfondo alla stratificazione della fattispecie penale, ovvero alla teoria ermeneutica del diritto.

Rispetto ai possibili sviluppi, si devono innanzitutto sottolineare alcune suggestioni che la ricerca può offrire al diritto processuale penale. Il riconoscimento di fattispecie stratificate, anche secondo le circostanze improprie determinate, segnala la necessità che la precisione dell’imputazione, cioè il livello d’approfondimento della contestazione, sia orientata anche dai criteri determinati di commisurazione della pena cui si è fatto riferimento nel corso di questa ri-

---

³¹⁹ Esattamente «Das Recht muss nie der Politik, wohl aber die Politik jederzeit dem Recht angepasst werden», I. KANT, *Über ein vermeintes Recht aus Menschenliebe zu lügen*, in ID., *Akademie Textausgabe*, VIII, *Abhandlungen nach 1781*, Berlin, 1968, p. 429.

³²⁰ Cfr., paragrafi 9 e 10 del capitolo II, parte I.

cerca³²¹. Proprio questi criteri di commisurazione possono incidere pesantemente sull'individuazione della pena all'interno della cornice edittale, e l'imputato ha il diritto di vederli "evidenziati" per difendersi su aspetti che potranno influire sfavorevolmente sulla valutazione processuale del suo comportamento.

Anche le circostanze improprie, dunque, devono orientare la modifica dell'imputazione costituendo delle ipotesi di diversità del fatto. Si è visto che il problema processuale della riformulazione del reato è la necessità che il processo "insegua" le modifiche legislative³²². Dato che la riformulazione avviene per lo più con l'emersione a livello di fattispecie di elementi di commisurazione "verso l'alto" della pena³²³, approfondire e precisare l'imputazione su questi elementi può ridurre consistentemente il *gap* tra descrizione processuale del fatto imputato e riformulazione della fattispecie. Sempre sul piano processuale, infine, il rintracciamento di stratificazioni della fattispecie incriminatrice dovrebbe poter favorire sia i percorsi interpretativi che mantengono fluida l'imputazione processuale in Cassazione, concedendo il c.d. rinvio esplorativo per illogicità della motivazione o mancata assunzione di una prova decisiva, e aprendo, così, alla rilevazione della necessità di contestazione di un fatto diverso anche in sede di legittimità; sia l'integrazione probatoria dinanzi al giudice dell'esecuzione per acquisire la prova di elementi enunciati soltanto con la riformulazione³²⁴.

Passando al piano del diritto sostanziale, sono due gli ambiti incrociati dalla ricerca in cui l'affermazione della natura tipologica della fattispecie penale può avere qualche riflesso. Da un lato, il tema dei reati bagatellari e dell'esigua penale del fatto. L'aver identificato nella fattispecie penale una natura tipologica che accosta la funzione graduale a quella classificatoria, rende prettamente dogmatica la considerazione per cui a livelli infimi di gravità del reato, la gradualità "rompe" la qualificazione e la struttura classificatoria del-

---

³²¹ Si veda il paragrafo 1, capitolo I, parte I; il paragrafo 7, capitolo II, parte II; e il paragrafo 3 sezione II, capitolo III, parte II.

³²² Si veda quanto affermato al paragrafo 4, capitolo I, parte I.

³²³ L'argomentazione è al paragrafo 1, capitolo I, parte I.

³²⁴ Entrambe le tematiche sono state affrontate al paragrafo 4 del capitolo I, parte I.

la fattispecie, aprendo all'irrelevanza penale del fatto³²⁵. Dall'altro lato, la capacità di stratificarsi della fattispecie penale secondo livelli di gravità tipici del fatto impone al legislatore una razionalizzazione tra disvalore del fatto ed entità della pena minacciata³²⁶.

Rimane sullo sfondo, passando all'ultimo punto, l'obiezione concernente il "substrato" ermeneutico che fa da "coltura" alla concezione tipologica della fattispecie penale e alla conseguente identificazione di sue stratificazioni articolate secondo le circostanze, cioè per mezzo della modulazione della gravità del reato. Preoccupazioni relative al rischio d'abiezione dalla funzione conoscitiva del diritto, rischio che l'ermeneutica giuridica indurrebbe predicando "un'eccessiva flessibilità concettuale" incompatibile col carattere rigido del diritto penale³²⁷. Dinanzi a tali perplessità la ricerca su tipicità e riformulazione del reato tenta di dimostrare, invece, che nel diritto penale è possibile coniugare la rigidità analitica della qualificazione alla gradualità ermeneutica della commisurazione. Il concetto di tipo ha indubbiamente un portato ermeneutico-filosofico, e altrettanto sicuramente alcune delle teorie che l'hanno utilizzato sono davvero incompatibili con la struttura (de)ontologica del diritto penale³²⁸. Si è proposta, tuttavia, una versione rinnovata del concetto di tipo, una formulazione che unisce ontologicamente la funzione classificatoria, che divide il lecito dall'illecito, e la funzione ordinale, che gradua la gravità del reato, la veste "accessiva" con quella "eccessiva" della fattispecie, la vocazione "analitica" con le necessità "erme-

---

³²⁵ Sebbene abbia una struttura anche classificatoria, la fattispecie penale è un tipo dato che si compie solo nell'individuazione ordinale della gravità del reato. Questa natura tipologica, classe e ordine insieme, rende "opachi" i limiti della qualificazione in prossimità dei minimi della gravità, cioè dei livelli ordinali più bassi. Questo scompone la fattispecie orientandola verso l'abbattimento della funzione classificatoria e l'irrelevanza penale del fatto.

³²⁶ È la necessità che gli intervalli edittali corrispondano agli scarti effettivi di gravità del reato immaginati dal legislatore, quindi abolizione delle pene fisse, e nuova calibratura delle cornici edittali sul disvalore attuale della fattispecie rapportato a tutto il sistema penale.

³²⁷ La formulazione dell'obiezione è di O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale*, cit., pp. 183, 184.

³²⁸ Il riferimento è principalmente a Karl Larenz, per cui si rinvia al paragrafo 3, sezione I di questo capitolo.

neutiche”³²⁹. In questo modo, gli strumenti concettuali penali, cioè le fattispecie, rafforzano l’efficacia della pretesa gnoseologica, garantendo le “asprezze” della legalità, e modulandosi strutturalmente sulle peculiarità del fatto concreto.

Se si privilegiasse soltanto la funzione classificatoria svanirebbe il legame stretto, che è già a livello di teoria della legislazione, tra fatto astratto e fatto concreto. A questo sbilanciamento della riflessione scientifica a favore del passaggio, ontologicamente fondante, da una valutazione di liceità a una d’illiceità, non si possono opporre concezioni ermeneutiche “fondamentaliste” che sono fortemente a disagio dinanzi ai formalismi concettuali del diritto penale.

Questa prospettiva d’analisi della fattispecie nella riformulazione del reato è stata condotta, invece, senza tensioni antiformaliste: la stratificazione della fattispecie penale avviene, infatti, tramite la specializzazione del suo ambito precettivo per mezzo delle circostanze proprie e improprie del reato, cioè sempre attraverso schemi formali. È un adeguamento “ermeneutico” al fatto storico che procede, tuttavia, solo attraverso norme positive di parte generale, rifuggendo qualsiasi indicazione diretta sull’essenza che sostiene la struttura del reato. C’è la convinzione che la ricerca “romantica” del Kern, dell’essenza, non può condurre a risultati appaganti. Le essenze, i valori che il diritto penale vuole tutelare sono, infatti, inafferrabili. Questo è il motivo per cui il diritto deve rapportarsi per mezzo d’interfacce astratte. Non è solo perché il diritto non riesce a descrivere tutte le condotte, ma anche perché non è capace di comprendere e dominare gnoseologicamente il disvalore ch’esprime di voler tutelare. Ecco che si può avere a che fare soltanto con schemi astratti, con fattispecie e circostanze. Eppure, dei rapporti di valore che vivono dentro l’essenza sostanziale del reato, la stratificazione della fattispecie si rivela l’unica “immagine razionale”.

---

³²⁹ Sui terreni di convergenza tra filosofia analitica del diritto ed ermeneutica giuridica, si era già segnalato il contributo di M. JORI, *Introduzione*, cit., p. 4 e ss.; da un prospettiva ermeneutica questo rapporto è studiato anche da F. VIOLA, *La critica dell’ermeneutica alla filosofia analitica italiana del diritto*, in M. JORI (a cura di), *Ermeneutica e filosofia analitica*, Torino, 1994, p. 63 e ss.; e G. ZACCARIA, *Tra ermeneutica ed analitica: dal contrasto alla collaborazione*, in M. JORI (a cura di), *Ermeneutica e filosofia analitica*, cit., p. 105 e ss.

BIBLIOGRAFIA

- ABEGG J.F.H., *Ueber das Verhältniß neuer Gesetze zu früher vorgekommen Handlungen im Criminalrecht*, in «Archiv des Criminalrechts», 1850, 50.
- ALAGNA R., *Sul reato omissivo improprio: spunti problematici e sistematici*, in «Il foro italiano», 2001, c. 222.
- ALAGNA R., *Note sul concetto penalistico di conflitto di interessi*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2003, p. 743.
- ALBRECHT H.J., *Strafzumessung bei schwerer Kriminalität im Vergleich*, in «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», 1990, p. 596.
- ALESSANDRI A., *La legge delega n. 366 del 2001: un congedo dal diritto penale societario*, in «Il corriere giuridico», 2001, p. 1545.
- ALESSANDRI A., *I nuovi reati societari: irrazionalità e arretramenti della politica penale nel settore economico*, in «Questione giustizia», 2002, 1.
- ALESSANDRI A., *La riforma dei reati societari: alcune considerazioni provvisorie*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2002, p. 993.
- ALTENHAIN K., *Die Strafbarkeit des Teilnehmers beim Exzess*, Frankfurt am M.-Berlin-Bern-New York-Paris-Wien, 1994.
- AMBROSETTI E.M., *“Abolitio criminis” e modifica della fattispecie*, Padova, 2004.
- ANGELINI M., *Legalità e parametri di selezione nei casi di consegna obbligatoria*, in G. PANSINI, A. SCALFATI, (a cura di), *Il mandato d’arresto europeo*, Napoli, 2005, p. 123.
- ANGIOINI F., *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, Milano, 1994².
- AOI H., *Die sogenannten verdeckten Lücken- Typenjurisprudenz contra Begriffsjurisprudenz?*, in *Strafgerechtigkeit*, FS für Arthur Kaufmann, Heidelberg, 1993, p. 23.
- ARDIA P., *La riforma dei reati tributari e la nuova figura di frode in dichiarazione: riflessioni sul problema della continuità normativa tra fattispecie incriminatrici*, in «Cassazione penale», 2002, p. 400.

- ARNOLD J., *Normales Strafrecht der DDR?*, in *Die Normalität des Strafrechts der DDR. Gesammelte Beiträge und Dokumente*, Freiburg im Breisgau, 1995.
- ARNOLD J., KÜHL M., *Zur strafrechtlichen Beurteilung von Wahlfälschungen in der DDR*, in «Neue Justiz», 1992, p. 476.
- BAHLMANN S., *Rechts oder kriminalpolitische Argumente innerhalb der Strafgesetzesauslegung und -anwendung*, Baden-Baden, 1999.
- BANDEL S., *Anmerkung zum Urteil des BGH vom 13.12.1993*, in «Neue Zeitschrift für Strafrecht», 1994, p. 439.
- BARATTA A., *Natura del fatto e diritto naturale*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 1959, p. 177.
- BARATTA A., *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza*, Milano, 1963.
- BARATTA A., *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale*, Milano, 1966.
- BARATTA A., *Ricerche su “essere” e “dover essere” nell’esperienza normativa e nella scienza del diritto*, Milano, 1968.
- BARATTA A., *Introduzione*, in K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, 1970.
- BARBERIS M., *L’evoluzione del diritto*, Torino, 1998.
- BARGIS M., SELVAGGI E. (a cura di), *Mandato d’arresto europeo. Dall’extradizione alle procedure di consegna*, Torino, 2005.
- BARTONE N., *Mandato di arresto europeo e tipicità nazionale del reato*, Milano, 2003.
- BARTOLI R., *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino, 2005.
- BASILE F., *La colpa in attività illecita*, Milano, 2005.
- BAUMAN Z., *La società dell’incertezza*, Bologna, 1999.
- BAUMAN Z., *La società individualizzata: come cambia la nostra esperienza*, Bologna, 2002.
- BAUMAN Z., *Modernità liquida*, Roma-Bari, 2002.
- BAUMEISTER P., *Das Rechtswidrigwerden von Normen*, Berlin, 1996.
- BAUMGARTEN A., *Notstand und Notwehr*, Tübingen, 1911.
- BECK U., *Il lavoro nell’epoca della fine del lavoro. Tramonto delle sicurezze e nuovo impegno civile*, Torino, 2000.
- BECK U., *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, 2000.
- BEDUSCHI C., *Tipologia e diritto*, in «Studi Parmensi», XXX, 1981, p. 39.
- BEDUSCHI C., *Tipicità e diritto. Contributo allo studio della razionalità giuridica*, Padova, 1992.
- BELFIORE E.R., *Contributo alla teoria dell’errore in diritto penale*, Torino, 1997.
- BELFIORE E.R., *Giudice delle leggi e diritto penale. Il diverso contributo delle corti costituzionali italiana e tedesca*, Milano, 2005.
- BELING E., *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906.

- BELING E., *Methodik der Gesetzgebung, insbesondere der Strafgesetzgebung*, Berlin, 1922.
- BELING E., *Die Lehre vom Tatbestand*, Tübingen, 1930.
- BELING E., *Grundzüge des Strafrechts*, Tübingen, 1930¹¹.
- BEMMANN G., *Zu aktuellen Problemen der Rechtsbeugung*, in «Juristenzeitung», 1995, p. 123.
- BENCIVENGA F., *Successione di leggi penali e riforma tributaria*, in «Diritto penale e processo», 2002, p. 81.
- BERNER M., *Der Grundsatz des “ne bis in idem” im Strafprozess*, Leipzig, 1891.
- BETTI E., *Der Typenzwang bei den römischen Rechtsgeschäften und die sogenannte Typenfreiheit des heutigen Rechts*, in FS für L. Wenger, München, 1944, p. 249.
- BETTIOL G., *La correlazione tra accusa e sentenza nel processo penale*, Milano, 1936.
- BINDER J., *Die Gerechtigkeit als Lebensprinzip des Staates*, Langensalza, 1926.
- BINDING K., *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, Bd. I: Normen und Strafgesetze, 3° Aufl., Leipzig, 1916.
- BLEI H., *Das Problem: Von der alten zur neuen Fassung des § 250 StGB*, in «Juristische Arbeitsblätter für Ausbildung und Examen», 1976, p. 23.
- BLEI H., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, München, 1977¹⁷.
- BOBBIO N., *Norme primarie e norme secondarie*, in Id., *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, 1970, 175.
- BOLDRINI S., *Il processo al giudice Schill: la norma penale sull'abuso del diritto in Germania*, in «L'indice penale», 2005, p. 1217.
- BONINI S., *Quali spazi per una funzione simbolica del diritto penale?*, in «L'indice penale», 2003, p. 491.
- BORGNANN F., *Die Identität der That*, Göttingen, 1891.
- BOTTKE W., *Strafrechtswissenschaftliche Methodik und Systematik bei der Lehre vom strafbefreienden und strafmildernden Täterverhalten*, Ebelsbach, 1979.
- BRANDNER T., *Gesetzesänderung*, Berlin, 2004.
- BRICOLA F., *“Dolus in re ipsa”. Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, Milano, 1960.
- BRICOLA F., *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione ed aspetti costituzionali*, Milano, 1965.
- BRICOLA F., *Legalità e crisi: l'art. 25, commi 2° e 3°, della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70*, in «La questione criminale», 1980, p. 179.
- BRICOLA F., sub Art. 25, 2° e 3° comma, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione, Artt. 24-26, Rapporti civili*, Bologna-Roma, 1981, p. 227.

- BRICOLA F., SGUBBI F., MAZZACUVA N., *Dispensa per il corso di istituzioni di diritto penale*, Bologna, 1994.
- BRICOLA F., *Le aggravanti indefinite. (Legalità e discrezionalità in tema di circostanze del reato)*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1964, 1019, ora in F. BRICOLA, *Scritti di diritto penale*, vol. I, tomo I, Milano, 1997, p. 299.
- BRICOLA F., *Il potere discrezionale del giudice nell'applicazione della sanzione criminale (natura e profili costituzionali)*, in «Monitore dei tribunali», 1968, 1228, ora in F. BRICOLA, *Scritti di diritto penale*, vol. I, tomo I, Milano, 1997, p. 463.
- BRICOLA F., voce *Teoria generale del reato*, in «Novissimo digesto italiano», XI, Torino, 1973, p. 7, ora in F. BRICOLA, *Scritti di diritto penale*, vol. I, tomo I, Milano, 1997, p. 539.
- BRUCKMANN E.O., *Vorschlag zur Reform des Strafzumessungsrecht*, in «Zeitschrift für Rechtspolitik», 1973, p. 30.
- BRUNS H.J., *Strafzumessungsrecht. Gesamtdarstellung*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1974².
- BRUNS H.J., *Anmerkungen zu BGH Beschl. 13.09.1976*, in «Juristische Rundschau», 1977, p. 164.
- BRUNS H.J., *Grundprobleme des Strafzumessungsrechts*, in «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», 1982, p. 111.
- BRUNS H.J., *Das Recht der Strafzumessung. Eine systematische Darstellung für die Praxis*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1985.
- BRUNS H.J., *Über die "Bewertungsrichtung" negativ formulierter Strafzumessungstatsachen*, in «Juristische Rundschau», 1987, p. 89.
- BRUNS H.J., *Neues Strafzumessungsrecht?, "Reflexionen über eine geforderte Umgestaltung"*, Köln, 1988.
- W. BURCKHARDT, *Methode und System des Rechts*, Zürich, 1936.
- BUSSE D., *Juristische Semantik. Grundfragen der juristischen Interpretationstheorie in sprachwissenschaftlicher Sicht*, Berlin, 1993.
- BYDLINSKI F., *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2 Aufl., Wien, 1991.
- CADOPPI A., *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione "in action" della legalità*, Torino, 1999.
- CADOPPI A., *Il principio di irretroattività*, in G. INSOLERA, N. MAZZACUVA, M. PAVARINI, M. ZANOTTI, *Introduzione al sistema penale*, vol. I, Torino, 2000², p. 162.
- CAGLI S., *Sui rapporti tra l'art. 324 ed il nuovo testo dell'art. 323 c.p.*, in «L'indice penale», 1991, p. 575.
- CAIANIELLO M., FRONZA E., *Il principio di legalità nello Statuto della Corte penale internazionale*, in «L'indice penale», 2002, p. 307.
- CAIANIELLO V., VASSALLI G., *Parere sulla proposta di decisione sul mandato d'arresto europeo*, in «Cassazione penale», 2002, p. 462.

- C. CALABI, *Che cosa hanno in comune l'amore, il disprezzo e l'assassinio premeditato. Emozioni, basi cognitive e razionalità*, in T. MAGRI (a cura di), *Filosofia ed emozioni*, Milano, 1999.
- CALAMANDREI I., *Diversità del fatto e modifica dell'imputazione nel codice di procedura penale del 1988*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1996, p. 634.
- CALLIESS R.P., *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, Frankfurt am M., 1973.
- CALLIESS R.P., *Die Rechtsnatur der "besonders schweren Fälle" und die Regelbeispiele im Strafrecht*, in «Juristenzeitung», 1975, p. 112.
- CALVI A.A., *Tipo criminologico e tipo normativo d'autore*, Padova, 1967.
- CAMAIONI S., *Specialità ed interferenza: appunti sulla comparazione strutturale delle fattispecie nel concorso e nella successione di norme penali*, in «La giustizia penale», 1992, II, c. 230.
- CAMAIONI S., *Successione di leggi penali*, Padova, 2003.
- CAMMARATA A.E., *Il significato e la funzione del fatto nell'esperienza giuridica*, Tolentino, 1929, ora in *Formalismo e sapere giuridico*, Milano, 1963, p. 245.
- CAMMARATA A.E., *Limiti tra formalismo e dogmatica nelle figure di qualificazione giuridica*, Catania, 1936, ora in *Formalismo e sapere giuridico*, Milano, 1963, p. 345.
- CANESTRARI S., *L'illecito penale preterintenzionale*, Padova, 1989.
- CANESTRARI S., *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano, 1999.
- CAPOZZI G., *Temporalità e norma nella critica della ragione giuridica*, Napoli, 2000.
- CARLI L., *Fatto e verità nell'ideologia della riforma e della controriforma della procedura penale (le ragioni dei pratici)*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1995, p. 230.
- CARMONA A., *Il versari in re illecita "colposo". Un breve percorso tra pratiche giurisprudenziali e suggestioni dogmatiche, pensando alla riforma del codice penale*, in «L'indice penale», 2001, p. 223.
- CARNELUTTI F., *Lezioni di diritto penale. Il reato*, Milano, 1943.
- CARRÈ DE MALBERG R., *La teoria gradualistica del diritto. Confronto con le idee e le istituzioni del diritto positivo francese*, Milano, 2003.
- CASELLI LAPESCHI A., sub art. 673, in G. CONSO, V. GREVI, *Commentario breve al codice di procedura penale*, Padova, 2005, p. 2302.
- CASTALDO A., *La struttura dei delitti aggravati dall'evento tra colpevolezza e prevenzione generale*, in STILE A. (a cura di), *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, Napoli, 1989, p. 303.
- CASTRONUOVO D., *Le definizioni legali del reato colposo*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2002, p. 495.
- CASTRONUOVO D., *Responsabilità da prodotto e struttura del fatto colposo*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2005, p. 301.

- CATAUDELLA A., voce *Fattispecie*, in *Enciclopedia del diritto*, XVI, 1967, p. 926.
- CATENACCI M., *Legalità e tipicità del reato nello Statuto della Corte Penale Internazionale*, Milano, 2003.
- CERQUA L.D., PRICOLO C.M., *Frode fiscale mediante fatture per operazioni inesistenti: questioni di diritto transitorio*, in «Diritto penale e processo», 2000, p. 1383.
- CHIODI G.M., *Tempo della legge e tempo della storia*, Napoli, 1999.
- CLASS W., *Grenzen des Tatbestandes*, Breslau-Neukirch, 1933.
- CONSO G., *I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia*, Milano, 1955.
- CONTENTO G., *Introduzione allo studio delle circostanze del reato*, Napoli, 1963.
- CORBETTA S., *La cornice edittale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1997, p. 134.
- CORBI F., *L'esecuzione nel processo penale*, Torino, 1992.
- CORDERO F., *Le situazioni soggettive nel processo penale. Studi sulle dottrine generali del processo penale*, Torino, 1956.
- CORDERO F., *Considerazioni sul principio di identità del fatto*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1958, p. 935.
- CORDERO F., *Gli osservanti. Fenomenologia delle norme*, Milano, 1967.
- CORDERO F., *Procedura penale*, Milano, 1987⁹.
- CORDERO F., *Procedura penale*, Milano, 1995⁵.
- CORNACCHIA L., *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2004.
- CRESPI A., *Il falso in bilancio ed il pendolarismo delle coscienze*, in A. CRESPI, *Studi di diritto penale societario*, Milano, 2004, p. 579.
- CRESPI A., *Le false comunicazioni sociali: una riforma faceta*, in A. CRESPI, *Studi di diritto penale societario*, Milano, 2004, p. 551.
- CURI F., *Assunzione illegale di lavoratori stranieri: tra "abolitio criminis" e successione di leggi penali nel tempo*, in «Giurisprudenza di merito», 2001, p. 435.
- CURI F., *"Tertium datur". Dal "common law" al "civil law" per una scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato*, Milano, 2003.
- D'AGOSTINO F., *La sanzione nell'esperienza giuridica*, Torino, 1991².
- D'AGOSTINO F., voce *Sanzione (teoria gen.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XLI, Milano, 1989, p. 303.
- DAHM G., *Verbrechen und Tatbestand*, Berlin, 1935.
- DANNECKER G., *Das intertemporale Strafrecht*, Tübingen, 1993.
- DANNECKER G., *Der zeitliche Geltungsbereich von Strafgesetzen und der Vorrang des Gemeinschaftsrechts*, in *FS. für F.C. Schroeder*, Heidelberg, 2006, p. 76.

- DE FRANCESCO G.A., *“Lex specialis”. Specialità ed interferenza nel concorso di norme penali*, Milano, 1980.
- DE FRANCESCO G.V., *La proporzione nello stato di necessità*, Napoli, 1978.
- DE FRANCESCO S., *Successione di leggi penali nel tempo ed area di comune illiceità: questione teorica e riflessi applicativi in tema di false comunicazioni sociali*, in «L'indice penale», 2003, p. 1051.
- DE LUCA G., *Considerazioni intorno all'art. 477 c.p.p. (1930)*, in «La scuola positiva», 1964, p. 238.
- DE SIMONE G., *L'elemento soggettivo: il dolo*, in F. BRICOLA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Giurisprudenza sistematica di diritto penale. Parte generale*, I, Torino, 1996², p. 397.
- DEAN F., *La tipicità nella teoria generale dell'illecito penale*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2006, p. 133.
- DEAN G., *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, Torino, 2004.
- DEL CORSO S., voce *Successione di leggi penali*, in «Digesto delle discipline penalistiche», vol. XIV, Torino, 1999, p. 82.
- DEL CORSO S., *Commento all'art. 4 d.lgs. 11.4.2002 n.61*, in «La legislazione penale», 2003, p. 582.
- DEL TUFO M., *La doppia punibilità*, in G. PANSINI, SCALFATI A., *Il mandato d'arresto europeo*, Napoli, 2005, p. 111.
- DELITALA G., *Il “fatto” nella teoria generale del reato*, Padova, 1930, ora in ID. *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, vol. I, Milano, 1976.
- DELOGU T., *La teoria della intensità del dolo*, in «Annali di diritto e procedura penale», 1935, p. 849.
- DIETMEIER F., *Blankettstrafrecht. Ein Beitrag zur Lehre vom Tatbestand*, Marburg, 2002.
- DI GIOVINE O., *L'interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo della legge*, Milano, 2006.
- DI MARTINO A., *La sequenza infranta. Profili di dissociazione tra reato e pena*, Milano, 1998.
- DI MARTINO A., *Successione di norme penali: modifiche strutturali e giudizi di valore*, in «Diritto penale e processo», 2003, p. 533.
- DI MARTINO A., *La frontiera e il diritto penale*, Torino, 2006.
- DODARO G., *Dall'abrogato conflitto di interessi alla nuova infedeltà patrimoniale: problemi di diritto intertemporale*, in «Le società», 2003, p. 1651.
- DODARO G., *Principio di retroattività favorevole e “termini più brevi” di prescrizione dei reati*, in «Giurisprudenza costituzionale», 6, 2006, p. 112 (citato dal dattiloscritto).
- DOLCINI E., *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Padova, 1979.
- DOLCINI E., voce *Potere discrezionale del giudice (diritto processuale penale)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIV, Milano, 1985, p. 744.

- DOLCINI E., *Responsabilità oggettiva e principio di colpevolezza. Qualche indicazione per l'interprete in attesa di un nuovo codice penale*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2000, p. 863.
- DOLCINI E., *Leggi penali "ad personam", riserva di legge e principio costituzionale di eguaglianza*, in G. INSOLERA (a cura di), *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, Bologna, 2005, p. 59.
- DONINI M., *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1984, p. 175.
- DONINI M., *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991.
- DONINI M., *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996.
- DONINI M., *Selettività e paradigmi della teoria del reato*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1997, p. 338.
- DONINI M., voce *Teoria del reato*, in «Digesto delle discipline penalistiche», XIV, Torino, 1999, p. 221.
- DONINI M., *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto fra diritto penale e politica*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2001, p. 27.
- DONINI M., *"Abolitio criminis" e nuovo falso in bilancio. Struttura e offensività delle false comunicazioni sociali (artt. 2621 e 2622 c.c.) dopo il d.lg. 11 aprile 2002, n.61*, in «Cassazione penale», 2002, p. 1240.
- DONINI M., *Le garanzie istituzionali della legalità penale e un "nuovo" ruolo della Corte di Cassazione: a fianco o al posto del vecchio?*, in «Cassazione penale», 2002, p. 1165.
- DONINI M., *Discontinuità del tipo di illecito e amnistia. Profili costituzionali*, in «Cassazione penale», 2003, p. 2859.
- DONINI M., *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, in ID. *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova, 2003, p. 377.
- DONINI M., *Il diritto penale di fronte al "nemico"*, in «Cassazione penale», 2006, p. 735.
- DOVERE S., *L'omessa dichiarazione dei redditi: una nuova ipotesi di "abolitio criminis"*, in «Diritto penale e processo», 2001, p. 882.
- DREHER E., *Über die gerechte Strafe. Eine theoretische Untersuchung für die deutsche strafrechtliche Praxis*, Heidelberg, 1947.
- DREHER E., *Zur Spielraumtheorie als der Grundlage der Strafzumessungslehre des Bundesgerichtshofes*, in «Juristenzeitung», 1967, p. 41.
- DREHER E., sub. §§ 98 e 99, in *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, München, 1972³³, p. 507.
- DREHER E., *Rationalere Strafzumessung?*, in DREHER E., (a cura di), *Pönometrie. Rationalität oder Irrationalität der Strafzumessung*, Köln, 1977, p. 37.

- DREHER E., *Über Strafrahmen*, in *FS für H.J. Bruns*, Berlin-Köln-Bonn-München, 1978, p. 141.
- DURIGATO L., *Successione di leggi penali e abuso di ufficio: una annotazione sul tema*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1995, p. 1047.
- DUTTGE G., *Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten*, Tübingen, 2001.
- DWORKIN R., *L'impero del diritto*, Milano, 1989.
- EISELE J., *Die Regelbeispielsmethode im Strafrecht. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Tatbestand*, Tübingen, 2004.
- ELSNER T., *Das intertemporale Strafrecht und die deutsche Wiedervereinigung*, Aachen, 2000.
- ENGISCH K., *Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht*, in «Monatsschrift für Kriminalbiologie und Strafrechtsreform», 1938, p. 133.
- ENGISCH K., *Die Idee der Konkretisierung im Recht und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1953.
- ENGISCH K., *Die normative Tatbestandselemente im Strafrecht*, in *FS für E. Mezger*, 1954, p. 127.
- ENGISCH K., *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, Heidelberg, 1963.
- ENGISCH K., *Die Zeit im Recht*, in *Vom Weltbild des Juristen*, Heidelberg, 1965, p. 67.
- ENGISCH K., *Einführung in das juristische Denken*, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1983⁸.
- ENGISCH K., *Formale Logik, Begriff und Konstruktion in ihrer Bedeutung und Tragweite für die Rechtswissenschaft*, in *FS für U. Klug*, Band I, Köln, 1983, p. 33.
- ENGISCH K., *Subsumtion und Rechtsfortbildung*, in *Richterliche Rechtsfortbildung, Erscheinungsformen, Auftrag und Grenzen*, *FS der Juristischen Fakultät Heidelberg*, Heidelberg, 1986, p. 3.
- ENGISCH K., *Einheit der Rechtsordnung*, Darmstadt, 1987 (rist. di Heidelberg, 1935).
- ESER A., *Die strafrechtliche Sanktionen gegen das Eigentum. Dogmatische und rechtspolitische Untersuchungen zu Einziehung, Unbrauchbarmachung und Gewinnverfall*, Tübingen, 1969.
- ESER A., sub §2, in A. SCHÖNKE, H. SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München, 2006²⁷, p. 57.
- ESSER J., *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis*, Frankfurt am M., 1972.
- FAHL C., *Zur Bedeutung des Regeltatbildes bei der Bemessung der Strafe*, Berlin, 1996.
- FALZEA V., voce *Fatto giuridico*, in *Enciclopedia del diritto*, XVI, Milano, 1967, p. 941.

- FASSÒ G., *Storia della filosofia del diritto*, III, Bologna, 1970.
- FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1990.
- FERRARESE M.R., *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna, 2000.
- FERRARESE M.R., *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, 2002.
- FERRARIS M., *Storia dell'ermeneutica*, Milano, 1997.
- FEUERBACH A., *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts*, Giessen, 1801.
- FIANDACA G., *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: "prima lettura" della sent. n. 364/88*, in «Il foro italiano», I, 1988, c. 1385.
- FIANDACA G., *Considerazioni su responsabilità obiettiva e prevenzione*, in STILE A. (a cura di), *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, Napoli, 1989, p. 29.
- FIANDACA G., *Questioni di diritto transitorio in seguito alla riforma dei reati di interesse privato e abuso innominato di ufficio*, in «Il foro italiano», 1990, II, c. 637.
- FIANDACA G., voce *Fatto nel diritto penale*, in «Digesto delle discipline penalistiche», V, 1991, p. 152.
- FIANDACA G., *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova, 2002.
- FIANDACA G., *Relazione introduttiva*, in DONINI M. (a cura di), *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare: atti del Convegno, Modena, 14-15 dicembre 2001*, Milano, 2003.
- FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2006.
- IORE C., *Principio di tipicità e concezione realistica del reato*, in G. VASSALLI (a cura di), *Problemi generali di diritto penale: contributo alla riforma*, Milano, 1982, p. 57.
- IORELLA A., *L'errore sugli elementi differenziali del reato*, Tivoli, 1979.
- FISCHER H.A., *Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts*, München, 1966 (rist. ed. München, 1911).
- FOFFANI L., *La nuova disciplina delle false comunicazioni sociali (artt. 2621 e 2622)*, in A. GIARDA, S. SEMINARA (a cura di), *I nuovi reati societari: diritto e processo*, Padova, 2002, p. 231.
- FONDAROLI D., *I problemi della c.d. criminalità informatica e la legge francese n. 88-19 del 5 gennaio 1988*, in «L'indice penale», 1989, p. 762.
- FONDAROLI D., *La tutela penale dei "beni informatici"*, in «Il diritto dell'informazione e dell'informatica», 1996, p. 29.
- FONDAROLI D., *Illecito penale e riparazione del danno*, Milano, 1999.
- FORNASARI G., *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990.
- FORNASARI G., *Brevi note sul metodo interpretativo del giudice penale e sulla funzione dogmatica della giurisprudenza*, in A. STILE (a cura di), *Le discrasie fra dottrina e giurisprudenza nel diritto penale*, Napoli, 1991, p. 247.

- FORNASARI G., *I principi del diritto penale tedesco*, Padova, 1993.
- FORNASARI G., *Riflessioni sui principi sovralegali del diritto penale*, in *Studi in memoria di Renato Dell'Andro*, Bari, 1994, vol. I, p. 347.
- FORNASARI G., *Diritto giurisprudenziale e cause di giustificazione nell'esperienza tedesca. A margine, alcune considerazioni su interpretazione giudiziale e dogmatica giuridica*, in FIANDACA G. (a cura di), *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, Padova, 1997, p. 21.
- FORNASARI G., *Brevi riflessioni sul rapporto fra ragionamento retorico e decisioni del giudice penale*, in FERRARI G., MANZIN M. (a cura di), *La retorica fra scienza e professione legale. Questioni di metodo*, Milano, 2004, p. 311.
- FORNASARI G., *Il principio di legalità*, in G. FORNASARI, A. MENGhini, *Percorsi europei di diritto penale*, Padova, 2005, 1.
- FORTI G., *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990.
- FOSCHINI G., *La reigiudicanda*, in «Rivista italiana di diritto penale», 1954, p. 38.
- FOSCHINI G., *La litispendenza*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1965, p. 19.
- FRACANZANI M.M., *Analogia ed interpretazione estensiva nell'ordinamento giuridico*, Milano, 2003.
- FRANK R., *Über den Aufbau des Schuldsbegriffs*, in *FS für die juristische Fakultät in Giessen*, Giessen, 1907, p. 519.
- FRANK R., *Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz*, Tübingen, 1925¹⁶.
- FRANK U., *Anmerkungen zu BGH, Beschl., 13.09.1976*, in «Neue Juristische Wochenschrift», 1977, p. 686.
- FRISCH W., *Revisionsrechtliche Probleme der Strafzumessung. Eine Untersuchung über die Struktur und Revisibilität des richterlichen Ermessens bei der Strafzumessung*, Köln, 1971.
- FRISCH W., *Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik. Das Recht der Strafzumessung im Lichte der systematischen Darstellung von Hans-Jürgen Bruns und Franz Pallin*, in «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», 1987, pp. 349, 751.
- FRISCH W., *Über die "Bewertungsrichtung" von Strafzumessungstatsachen. Ein Beitrag zur Problematik komparativer Aussagen im Strafrecht*, in «Goldammer's Archiv für Strafrecht», 1989, p. 338.
- FRISCH W., *Straftatsystem und Strafzumessung. Zugleich ein Beitrag zur Struktur der Strafzumessungsentscheidung*, in *140 Jahre Goldammer's Archiv für Strafrecht*, Heidelberg, 1993, p. 1.
- FRISCH W., *Einleitung-Hintergrund, Grundlinien und Probleme der Lehre von der tatproportionalen Strafe*, in W. FRISCH, A. VON HIRSCH, H.J. ALBRECHT (a cura di), *Tatproportionalität*, Heidelberg, 1999, p. 1.

- FRISCH W., *Massstäbe der Tatproportionalität und Veränderungen des Sanktionenniveaus*, in W. FRISCH, A. VON HIRSCH, H.J. ALBRECHT (a cura di), *Tatproportionalität*, Heidelberg, 1999, p. 155.
- FRISCH W., *Strafkonzept, Strafzumessungstatsachen und Massstäbe der Strafzumessung in der Rechtssprechung des Bundesgerichtshofs. Eine kritisch-konstruktive Würdigung*, in *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft*, Band IV, München, 2000, p. 269.
- FRISCH W., *Unrecht und Schuld im Verbrechensbegriff und in der Strafzumessung*, in *Grundfragen staatlichen Strafens. FS für H. Müller-Dietz*, München, 2001, p. 237.
- FRISCH W., BERGMANN M., *Zur Methode der Entscheidung über den Strafrahmen*, in «Juristenzeitung», 1990, p. 944.
- FROSALI R.A., *Concorso di norme e concorso di reati*, Milano, 1971 (rist. prima ed. del 1936).
- GADAMER H.G., *Verità e metodo*, traduzione di Gianni Vattimo, Milano, 1995, citato anche dalla seconda edizione originale, ID., *Wahrheit und Methode*, Tübingen, 1965.
- GALLAS W., *Kriminalpolitik und Strafrechtssystematik unter besonderer Berücksichtigung des sowjetrussischen Rechts*, Berlin-Leipzig, 1931.
- GALLAS W., *Zum gegenwärtiger Stand der Lehre vom Tatbestand*, in «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft» 1955, p. 1.
- GALLAS W., *Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommissionen*, I, Bonn, 1958, 88.
- GALLO E., *Delitti aggravati dall'evento e delitti di attentato*, in «Giurisprudenza italiana», 1990, IV, p. 409.
- GALLO M., *Sulla distinzione tra figura autonoma di reato e figura circostanziata*, in «Rivista italiana di diritto penale», 1949, p. 560.
- GALLO M., *Il dolo. Oggetto e accertamento*, in «Studi Urbinati», 1951-1952, p. 125.
- GALLO M., voce *Colpa penale (diritto vigente)*, in *Enciclopedia del diritto*, VII, Torino, 1960, p. 624.
- GALLO M., *Appunti di diritto penale*, I, *La legge penale*, Torino, 1999.
- GAMBARDELLA M., *Il nesso causale tra i reati societari e il dissesto nella nuova bancarotta fraudolenta impropria: profili dogmatici e di diritto intertemporale*, in «Cassazione penale», 2003, p. 88.
- GARGANI A., *Dal "corpus delicti" al "Tatbestand". Le origini della tipicità penale*, Milano, 1997.
- GEERDS F., *Zur Problematik der strafrechtlichen Deliktstypen*, in *FS für K. Engisch*, Frankfurt am M., 1969, p. 406.
- GIAMMONA G., *Questioni di diritto transitorio in seguito all'abrogazione del delitto di oltraggio*, in «Il foro italiano», 2000, c. 593.
- GIARDA A., sub art. 477, in Conso G., Grevi V. (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, Padova, 1987.

- GIUNTA F., *Illecito e colpevolezza nella responsabilità colposa*, I, *La fattispecie*, Padova, 1993.
- GIUNTA F., *Abrogazione dell'oltraggio e procedibilità dei giudizi pendenti*, in «Diritto penale e processo», 1999, 1424.
- GIUNTA F., MICHELETTI D., *“Tempori cedere”*. Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo, Torino, 2003.
- GOLDSCHMIDT J., *Der Notstand, ein Schuldproblem*, in «Österreichische Zeitschrift für Strafrecht», 1913, p. 129.
- GOLDSCHMIDT J., *Normativer Schuldbegriff*, in *Festgabe für Reinard Frank*, I, Tübingen, 1930, p. 428.
- GRASNICK W., *Über Schuld, Strafe und Sprache. Systematischen Studien zu den Grundlagen der Punktstrafen- und Spielraumtheorie*, Tübingen, 1987.
- GRIBBOHM G., sub §2, in *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Berlin, 2003¹¹, p. 122.
- GRIBBOHM G., sub §46, in *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Berlin, 2003¹¹, p. 97.
- GROSS N., *Rückwirkungsverbot und richterliche Tatbestandsauslegung im Strafrecht*, Freiburg im B., 1969.
- GROSSI P., *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, 2003.
- GROSSO C.F., *Le grandi correnti del pensiero penalistico italiano tra Ottocento e Novecento*, in *Storia d'Italia*, Annali 12, *La criminalità*, Torino, 1997, p. 7.
- GRÜNHUT M., *Begriffsbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht*, Tübingen, 1926.
- GRÜNHUT M., *Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft*, in *Festgabe für R. Frank*, I, Tübingen, 1930, p. 1.
- GÜNTHER H.L., *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss. Studien zur Rechtswidrigkeit als Straftatmerkmal und zur Funktion der Rechtsfertigungsgründe im Strafrecht*, Köln, 1983.
- GÜNTHER H.L., *Systematische Grundlagen der Strafzumessung. Eine Bestandsaufnahme*, in «Juristenzeitung», 1989, p. 1025.
- HAAG K., *Rationale Strafzumessung, Ein entscheidungstheoretisches Modell der strafrichterlichen Entscheidung*, Köln, 1970.
- HAFT F., *Kritische Anmerkung zur “Auslegung” von Straftatbeständen*, in *FS für T. Lenckner*, München, 1998, p. 81.
- HALL K.A., *Die Lehre vom “corpus delicti”. Eine dogmatische Quellenexegese zur Theorie des gemeinen deutschen Inquisitionsprozesses*, Stuttgart, 1933.
- HARDT M., NEGRI A., *Impero. Il nuovo ordine della globalizzazione*, Milano, 2002.
- HARTMANN N., *Ethik*, 3 Aufl., Berlin, 1949.

- HASSEMER W., *Die Rechtstheoretische Bedeutung des gesetzlichen Strafrahmens*, in *GS für G. Radbruch*, Göttingen, 1968, p. 281.
- HASSEMER W., *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur Strafrechtlichen Hermeneutik*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1968.
- HASSEMER W., *Die Formalisierung der Strafzumessungsentscheidung*, in «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», 1978, p. 64.
- HASSEMER W., *Die Hermeneutik im Werk Arthur Kaufmanns*, in W. HASSEMER (a cura di), *Dimensionen der Hermeneutik*, Heidelberg, 1984, p. 1.
- HASSEMER W., *Juristische Hermeneutik*, in «Archiv für Recht und Sozialphilosophie», 1986, p. 195.
- HASSEMER W., *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, München, 1990.
- HASSEMER W., sub §2, in *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Neuwied-Darmstadt, 1990, p. 174.
- HASSEMER W., *Rechtssystem und Kodifikation: Das Bindung des Richters an das Gesetz*, in ART. KAUFMANN, HASSEMER W., *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, Heidelberg, 1994, p. 248.
- HASSEMER W., sub § 1, in *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Baden-Baden, 2003.
- HEGLER A., *Die Merkmale des Verbrechen*, in «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», 1915, pp. 19, 184.
- HEGLER A., *Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs*, in *Festgabe für R. Frank*, I, Tübingen, 1930, p. 251.
- HELFRICH K., *Die Bedeutung des Typusbegriffs im Denken der Geisteswissenschaften*, Giessen, 1938.
- HEMPEL C.G., *Grundzüge der Begriffsbildung in der empirischen Wissenschaft*, Düsseldorf, 1974.
- HEMPEL C.G., OPPENHEIM P., *Der Typusbegriff im Lichte der neue Logik. Wissenschaftstheoretische Untersuchungen zur Konstitutionsforschung und Psychologie*, Leiden, 1936.
- HENKE H.E., *Die Tatfrage. Der unbestimmte Begriff im Zivilrecht und seine Revisibilität*, Berlin, 1966.
- HENKEL H., *Die richtige Strafe, Gedanken zur richterlichen Strafzumessung*, Tübingen, 1969.
- HENTIG H. von, *Folgen der Tat*, in «Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform», 1929, p. 368.
- HERDEGEN G., sub § 250, in *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, Berlin, 2005¹¹, p. 164.
- HEYDE J.H., *Typus. Ein Beitrag zur Typologik*, in «Studium generale», 1952, 4, p. 235.
- HILLENKAMP T., *Offene oder verdeckte Amnestie - über Wege strafrechtlicher Vergangenheitsbewältigung*, in «Juristenzeitung», 1996, p. 179.

- HIRSCH A. von, JAREBORG N., *Strafmass und Strafgerechtigkeit. Die deutsche Strafzumessungslehre und das Prinzip der Tatproportionalität*, Bonn, 1991.
- HIRSCH H.J., *Die verfehlt deutsche Gesetzesfigur der "besonders schweren Fälle"*, in *FS für K.H. Gössel*, Heidelberg, 2002, p. 287.
- HOCHST S., *Unrechtskontinuität zwischen ost- und bundesdeutschen Strafnormen?*, in *«Juristische Rundschau»*, 1992, p. 360.
- HORN E., *Wieder die "doppelspürige" Strafhöhenzumessung*, in *FS für Schaffstein*, Göttingen, 1975, p. 241.
- HORN E., sub § 46, in *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Berlin, 1994.
- HORNLE T., *Tatproportionale Strafzumessung*, Berlin, 1999.
- HRUSCHKA J., *Extrasystematische Rechtfertigungsgründe*, in *FS für E. Dreher*, Berlin-New York, 1977, p. 189.
- HUIZINGA J., *Homo ludens*, Torino, 1949.
- HUSSERL V., *Erfahrung und Urteil, Untersuchungen zur Genealogie der Logik*, Hamburg, 1985.
- HUSSERL G., *Recht und Welt. Rechtsphilosophische Abhandlungen*, Frankfurt am M., 1964.
- IACOVIELLO F. M., *Bancarotta fraudolenta e successione di leggi: la scelta tra sano pragmatismo e cattiva metafisica*, in *«Cassazione penale»*, 2003, p. 616.
- INFANTE E., *Disciplina intertemporale delle fattispecie di abuso d'ufficio*, in *«L'indice penale»*, 1998, p. 831.
- INSOLERA G., *Democrazia, ragione e prevaricazione*, Milano, 2003.
- INSOLERA G., V. MANES, *La sentenza della Corte di Giustizia sul "falso in bilancio": un epilogo deludente?*, in *«Cassazione penale»*, 2005, p. 2764.
- IRTI N., *L'età della decodificazione*, Milano 1999.
- IVAGNES M., *La nuova fattispecie di abuso d'ufficio tra "abolitio criminis" e successione di leggi penali*, in *«Giurisprudenza italiana»*, 1999, p. 151.
- JAGUSCH H., *Die Strafzumessung*, in *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, I, Berlin, 1957⁸, p. 96.
- JAHNKE B., *Zur Frage der Geltung des nullum-crimen-Satzes im Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches*, in *FS aus Anlass des fünfzigjährigen Bestehens von Bundesgerichtshof*, Köln-Berlin-Bonn-München, 2000, p. 393.
- JAKOBS G., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin-New York, 1991.
- JESCHECK H.H., *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, Berlin, 1972².
- JESCHECK H.H., WEIGEND T., *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, Berlin, 1996⁵.
- JORI M., *Introduzione*, in JORI M. (a cura di), *Ermeneutica e filosofia analitica. Due concezioni del diritto a confronto*, Torino, 1994, p. 1.
- KALB L., *I poteri del giudice dell'esecuzione in materia di revoca per "abolitio criminis": un'occasione perduta dalla Corte costituzionale*, in *«Giurisprudenza costituzionale»*, 2002, p. 355.

- KANT I., *Über ein vermeintes Recht aus Menschenliebe zu lügen*, in *Akademie Textausgabe*, VIII, *Abhandlungen nach 1781*, Berlin, 1968, p. 423.
- KÄSEWIETER V., *Der Begriff der Rechtsbeugung im deutschen Strafrecht*, Aachen, 1999.
- KAUFMANN ARM., *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie. Normologik und moderne Strafrechtsdogmatik*, Göttingen, 1954.
- KAUFMANN ART., *Zur Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*, in «Juristenzeitung», 1954, p. 653.
- KAUFMANN ART., *Analogie und "Natur der Sache". Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, Karlsruhe, 1965.
- KAUFMANN ART., *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, Heidelberg, 1976².
- KAUFMANN ART., *Generalisierung und Individualisierung im Rechtsdenken*, in «Archiv für Recht und Sozialphilosophie», Beihefte 45, 1992, p. 77.
- KAUFMANN ART., *Das Verfahren der Rechtsgewinnung. Eine rationale Analyse*, München, 1999.
- KAUFMANN ART., *Die hermeneutische Spirale*, in *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Baden-Baden, 2000, p. 13.
- KAUFMANN ART., *Die Rolle der Abduktion im Rechtsgewinnungsverfahren*, in *Grundfragen staatlichen Strafens. FS für H. Müller-Dietz*, München, 2001, p. 349.
- KAUFMANN ART., *Il diritto tra identità e differenza. Riflessioni su di un tema non approfondito*, in *Filosofia del diritto ed ermeneutica*, Milano, 2003, p. 75.
- KAUFMANN ART., HASSEMER W., *Der überfallener Spaziergänger (Der praktische Fall)*, in «Juristische Schulung», 1964, p. 151.
- KELLER C., *Zur tatbestandliche Handlungseinheit*, Berlin, 2004.
- KELSEN H., *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Aalen, 1984 (rist. 2° ed.).
- KEMPSKY J., *Zur Logik der Ordnungsbegriffe, besonders in den Sozialwissenschaften*, in «Studium generale», 1952, 4, p. 205.
- KERN E., *Grade der Unrechtswidrigkeit*, in «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», 1952, p. 255.
- KINDHÄUSER U., *Zur Definition qualitativer und komparativer Begriffe. Eine Entgegnung auf Herschels Typologie im Arbeitsrecht*, in «Rechtstheorie», 1981, p. 226.
- KINDHÄUSER U., *Zur Anwendbarkeit der Regeln des Allgemeinen Teils auf den besonders schweren Fall des Diebstahls*, in *FS für O. Triffterer*, Wien-New York, 1996, p. 123.
- KLATT M., *Theorie der Wortlautgrenze. Semantische Normativität in der juristischen Argumentation*, Baden-Baden, 2004.
- KLEIN E.F., *Grundsätze des gemeinen deutschen und preussischen peinlichen Rechts*, Goldbach, 1996 (ristampa dell'edizione di Halle del 1796).

- KNUPFER J., *Rechts(un)sicherheit durch Rechtsfortbildung?-dargestellt an der "Scheinwaffenproblematik" bei §250 Abs. 1 Nr. 2 StGB*, in G. DUTTGE, *Freiheit und Verantwortung in schwieriger Zeit*, Baden-Baden, 1998, p. 123.
- KOHLSCHÜTTER H., *Die mathematische Modellierung der Strafzumessung. Das Strafwerkkalkül als Idee zur Evolution der Strafrechtstheorie?*, Marburg, 1998.
- KOHLSCHÜTTER H., *Das Mass des Straftatunwerts und der Massstab der Strafbemessung*, Marburg, 2000.
- KOKERT J., *Der Begriff des Typus bei Karl Larenz*, Berlin, 1995.
- KORIATH H., *Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung*, Berlin, 1994.
- KOSKO B., *Il fuzzy pensiero. Teoria e applicazioni della logica fuzzy*, Milano, 2002.
- KRAHL M., *Tatbestand und Rechtsfolge. Untersuchungen zu ihrem strafrechtsdogmatisch-metodologischen Verhältnis*, Frankfurt am M., 1999.
- KRAKOWSKY M., *Die Aufarbeitung des SED-Unrechts durch BGH und Literatur-ein Vergleich*, Aachen, 2001.
- KRETSCHMER E., *Der Typus als erkenntnistheoretisches Problem*, in «Studium generale», 1951, 7, p. 399.
- KRÜPELMANN J., *Die Bagatelldelikte, Untersuchungen zum Verbrechen als Steigerungsbegriff*, Berlin, 1966.
- KÜHL K., *Die Bedeutung der Rechtsphilosophie für das Strafrecht*, Baden-Baden, 2001.
- KUHLEN L., *Typuskonzeptionen in der Rechtstheorie*, Berlin, 1977.
- KUHLEN L., *Regel und Fall in der juristischen Methodenlehre*, in *Generalisierung und Individualisierung im Rechtsdenken*, Beiheft n. 45, di «Archiv für Recht und Sozialphilosophie», 1992, p. 101.
- KUNZ K.L., *Das strafrechtliche Bagatellprinzip. Eine strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Untersuchung*, Berlin, 1984.
- KÜPPER G., *Die Kreditkartenentscheidung des BGH unter Geltung des § 266 b StGB n.F.*, in «Neue Zeitschrift für Strafrecht», 1988, p. 60.
- KUTSCHERA VON F., *Wissenschaftstheorie*, I, München, 1972.
- LABARTHE-LACUE F., NANCY J.L., *Il mito nazi*, Genova, 1992.
- LABSCH K.H., *Der Kreditkartenmissbrauch und das Untreuestrafrecht*, in «Neue Zeitschrift für Strafrecht», 1986, p. 104.
- LANGE R., *Irrtumsfragen bei der ärztlichen Schwangerschaftsunterbrechung*, in «Juristenzeitung», 1953, p. 9.
- LANGER W., *Gesetzlichkeitsprinzip und Strafmilderungsgründe*, in *FS für H. Dünnebie*, Berlin-New York, 1982, p. 421.
- LANG HINRICHSSEN D., *Tatbestandslehre und Verbotsirrtum*, in «Juristische Rundschau», 1952, p. 302.
- LANG HINRICHSSEN D., *Die irrtümliche Annahme eines Rechtfertigungsgrundes in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes*, in «Juristenzeitung», 1953, p. 362.

- LANG HINRICHSSEN D., *Bemerkungen zum Begriff der Tat im Strafrecht*, in *FS für K. Engisch*, Frankfurt am M., 1969, p. 353.
- LARENZ K., *Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenken*, Berlin, 1938.
- LARENZ K., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin, 1991.
- LEACH E., *Two essays concerning the symbolic representation of time*, in *Rethinking anthropology*, London, 1968, p. 124.
- LEENEN D., *Typus und Rechtsfindung. Die Bedeutung der typologischen Methode für die Rechtsfindung dargestellt am Vertragsrecht des BGB*, Berlin, 1971.
- LEHMANN K.H., *Recht muss Recht bleiben. Zur Verurteilung eines Richters des Obersten Gerichts der DDR durch Richter des BGH*, in «Neue Justiz», 1996, p. 561.
- LEKSCHAS J., BUCHHOLZ E., *Strafrecht der DDR. Lehrbuch*, Berlin, 1988.
- LEMMO E., *L'accusa suppletiva nel dibattito penale*, Milano, 1972.
- LENCKNER T., *Wertauffüllungsbedürftige Begriffe im Strafrecht und der Satz "nulla poena sine lege"*, in «Juristische Schulung», 1968, p. 304.
- LENCKNER T., PERRON W., sub § 266b, in A. SCHÖNKE, H. SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München, 2006²⁷, p. 2347.
- LEONE G., *Manuale di diritto processuale penale*, Napoli, 1986¹².
- LETZGUS K., *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Richtern, Staatsanwälten und Untersuchungsorganen der ehemaligen DDR wegen Rechtsbeugung*, in *FS für H. Helmrich*, München, 1994, p. 73.
- LEWIS D., *Parts of Classes*, Oxford, 1991.
- LEWY E., *Die Lehre von den Sprachtypen*, in «Studium generale», 1951, 7, p. 415.
- LICCI G., *Modelli nel diritto penale. Filogenesi del linguaggio penalistico*, Torino, 2006.
- LIEBIG J.B., *Anwendbarkeit bundesdeutschen Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts auf Alttaten in der DDR*, in «Neue Zeitschrift für Strafrecht», 1991, p. 372.
- LISZT F. von, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 4° Aufl., Berlin, 1891.
- LIU K., *Der Begriff der Identität der Tat im geltenden deutschen Strafprozessrecht*, Frankfurt am M., 1927.
- LOSS F., *Anmerkung zu OLG Köln, Urteil vom 28.5.1974*, in «Juristische Rundschau», 1985, p. 248.
- LOSANO M.G., *Sistema e struttura del diritto*, vol. II: *Il novecento*, Milano, 2002.
- LOZZI G., *Profili di una indagine sui rapporti tra "ne bis in idem" e concorso formale di reati*, Milano, 1974.
- LOZZI G., *Errore e dolo nei reati in rapporto di specialità*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1995, p. 437.

- LOZZI G., *Successione di leggi penali e riforma dei reati societari*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2002, p. 974.
- LÜDERSSEN K., *Zu den Folgen des "Beitritts" für die Straffjustiz der Bundesrepublik Deutschland*, in «Strafverteidiger», 1991, p. 482.
- LÜDERSSEN K., *Regel und Fall*, in «Archiv für Recht und Sozialphilosophie», Beihefte 45, 1992, p. 129.
- MAIORCA C., voce *Fatto giuridico-Fattispecie*, in «Novissimo digesto italiano», VII, Torino, 1961, p. 111.
- MAIWALD M., *Die natürliche Handlungseinheit*, Heidelberg, 1964.
- MAIWALD M., *Bestimmtheitsgebot, tatbestandliche Typisierung und die Technik der Regelbeispiele*, in *FS für W. Gallas*, Berlin-New York, 1973, p. 137.
- MAIWALD M., *Zur Problematik der "besonders schweren Fälle" im Strafrecht*, in «Neue Zeitschrift für Strafrecht», 1984, p. 433.
- MAIWALD M., *Rechtsbeugung im SED-Staat*, in «Neue Juristische Wochenschrift», 1993, p. 1881.
- MAIWALD M., *Anmerkung zum Urteil des BGH vom 16.11.1995*, in «Juristenzeitung», 1996, p. 866.
- MALIVERNI A., voce *Circostanze del reato*, in *Enciclopedia del diritto*, VII, Torino, 1960, p. 66.
- MALIVERNI A., voce *Motivi (diritto penale)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXVII, Torino, 1977, p. 287.
- MANES V., *Abuso d'ufficio e progetti di riforma: i limiti dell'attuale formulazione alla luce delle soluzioni proposte*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1997, p. 1202.
- MANES V., *Il nuovo "falso in bilancio" al cospetto della normativa comunitaria*, in «Cassazione penale», 2003, p. 1316.
- MANES V., *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005.
- MANNA A., *Luci ed ombre nella nuova fattispecie di abuso d'ufficio*, in «L'indice penale», 1998, p. 13.
- MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966.
- MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2001⁴.
- MANTOVANI M., *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano, 1997.
- MANZANARES CATILLEJO R., *El objetivo de la orden europea de detención. El principio de doble incriminación*, in E. ROZO ACUÑA (a cura di), *Il mandato di arresto europeo e l'extradizione*, Padova, 2004, p. 99.
- MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano secondo il codice penale del 1930*, I, Torino, 1981⁵.
- MARINI G., *Le circostanze del reato. Parte generale*, Milano, 1965.
- MARINUCCI G., *Il reato come azione. Critica di un dogma*, Milano, 1971.

- MARINUCCI G., *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1983, p. 1190.
- MARINUCCI G., voce *Antigiuridicità*, in «Digesto discipline penalistiche», I, 1987, p. 172.
- MARINUCCI G., *Non c'è dolo senza colpa. Morte della "imputazione oggettiva dell'evento" e trasfigurazione nella colpevolezza?*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1991, p. 3.
- MARINUCCI G., DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, Milano, 1999.
- MARRADI A., (voce) *Classificazioni, Tipologie, Tassonomie*, in *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, vol. II, Roma, 1993, p. 22.
- MARRADI A., *La tipologia da Aristotele alle scienze umane moderne*, in AA.VV., *Una facoltà nel Mediterraneo*, Milano, 2000, p. 183.
- MARXEN K., *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht: eine Studie zum Antiliberalismus in der Strafrechtswissenschaft der zwanziger und dreissiger Jahre*, Berlin, 1975.
- MASCHKE A., *Gerechtigkeit durch Methode. Zu Karl Engischs Theorie des juristischen Denkens*, Heidelberg, 1993.
- MASULLO M.N., *Le questioni intertemporali diventano di attualità anche per l'illecito penale tributario: alcune riflessioni sulla giurisprudenza delle sezioni unite*, in «Il foro italiano», 2001, II, c. 323.
- MATTES H., *Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten*, vol. II, *Geltendes Recht und Kritik*, Berlin, 1982.
- MAURACH R., ZIPF H., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1, Heidelberg, 1992⁸.
- MAURACH R., SCHROEDER F.C., MAIWALD M., *Strafrecht. Besonderer Teil*, I, Heidelberg, 1995⁸.
- MAURER M., *Komparative Strafzumessung*, Berlin, 2005.
- MAZUREK, P., *Zum Rückwirkungsgebot gemäss § 2 Abs. 3 StGB*, in «Juristenzeitung», 1976, p. 233.
- MAZZACUVA N., *Il disvalore di evento nell'illecito penale*, Milano, 1983.
- MAZZACUVA N., *False comunicazioni sociali e fallimento: un rapporto controverso tra normativa vigente, interpretazione e prospettive di riforma*, in «Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia», 2001, p. 660.
- MELCHIONDA A., *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Padova, 2000.
- MELCHIONDA A., *Nota a Cassazione Sezioni unite, 13 dicembre 2000*, in «Il foro italiano», 2001, II, c. 142.
- MELOSSI D., *Istituzioni di controllo sociale e organizzazione capitalistica del lavoro: alcune ipotesi di ricerca*, in «La questione criminale», 1976, p. 293.
- MELOSSI D., PAVARINI M., *Carcere e fabbrica*, Bologna, 1977.
- MENGHINI A., *Sistemi sanzionatori a confronto*, in G. FORNASARI, A. MENGHINI, *Percorsi europei di diritto penale*, Padova, 2005, p. 110.
- MENGONI L., *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in «Jus», 1976, p. 3.

- MESSINA S., *La discrezionalità nel diritto penale*, Roma, 1947.
- METTENHEIM VON C., *Recht und Rationalität*, Tübingen, 1984.
- MEZGER E., *Die zeitliche Herrschaft der Strafgesetze*, in «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», 1921, p. 348.
- MEZGER E., *Die subjektiven Unrechtselemente*, in «Der Gerichtssaal», 1924, p. 207.
- MICHELETTI D., *La riformulazione del reato tributario di omessa dichiarazione. A proposito della distinzione tra “abolitio criminis” e “abrogatio sine abolitione”*, in «Cassazione penale», 2001, p. 2643.
- MICHELETTI D., *I nessi tra politica criminale e diritto intertemporale nello specchio della riforma dei reati societari*, in «Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia», 2003, p. 1113.
- MICHELETTI D., *La continuità intertemporale della bancarotta fraudolenta “cagionata” tramite reati societari*, in «Diritto penale e processo», 2003, p. 715.
- MICHELETTI D., *Legge penale e successione di norme integratrici*, Torino, 2006.
- MILITELLO V., *Rischio e responsabilità penale*, Milano, 1998.
- MOCCIA S., *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1997².
- MOHRBOTTER K., *Garantiefunktion und zeitliche Herrschaft der Strafgesetze am Beispiel des § 250 StGB*, in «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», 1976, p. 923.
- MOHRBOTTER K., *Einige Bemerkungen zum Verhältnis von Form und Stoff bei der Änderung strafrechtlicher Rechtssätze (§ 2 StGB)*, in «Juristenzeitung», 1977, p. 53.
- MONTENBRUCK A., *Strafrahmen und Strafzumessung*, Berlin, 1983.
- MONTENBRUCK A., *Abwägung und Umwertung. Zur Bemessung der Strafe für eine Tat und für mehrere Taten*, Berlin, 1989.
- MOOS R., *Zur Reform des Strafprozeßrechts und des Sanktionsrechts für Bagatelldelikte*, Wien-New York, 1981.
- MORGANTE G., *L'illiceità speciale nella teoria generale del reato*, Torino, 2002.
- MORO A., *Unità e pluralità di reati. Principi*, Padova, 1951.
- MORRONE A., *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001.
- MÜLLER F., *Strukturierende Rechtslehre*, Berlin, 1994².
- MÜLLER F., *Juristische Methodik*, Berlin, 1995⁶.
- MUSCO E., *I nuovi reati societari*, Milano, 2004.
- MUSCO M., *La riformulazione dei reati. Profili di diritto intertemporale*, Milano, 2000.
- MUSCO M., *L'“abolitio criminis” dell'omessa presentazione della dichiarazione annuale di cui al previgente art. 1 comma 1 l. n. 516/82: la svolta delle Sezioni unite in tema di successione di leggi penali*, in «Cassazione penale», 2001, p. 2059.

- MUSCO M., *La riformulazione dei reati tributari e gli incerti confini dell'abolitio criminis*, in «Cassazione penale», 2001, p. 458.
- NAGLER J., *Die Strafe. Eine juristisch-empirische Untersuchung*, 1, Aalen, 1970, (rist. di Leipzig, 1918).
- NAPPI A., *Specialità per specificazione e specialità per aggiunta nella successione di norme penali*, in «Diritto penale e processo», 2004, p. 1061.
- NEPPI MODONA G., *Il reato impossibile*, Milano, 1965.
- NEUMANN U., *Zur Bedeutung von Modellen in der Dogmatik des Strafzumessungsrechts*, in *FS für Spendel*, Berlin-New York, 1992, p. 435.
- NISCO A., *Responsabilità amministrativa degli enti: riflessioni sui criteri ascrittivi "soggettivi" e sul nuovo assetto delle posizioni di garanzia nelle società*, in «Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia», 2004, p. 293.
- NISCO A., *Necessità, emergenza e dignità umana: note sul caso della legge tedesca sulla sicurezza aerea (Luftsicherheitsgesetz)*, in «Cassazione penale», 2007, p. 780.
- NOBILI M., *La nuova procedura penale*, Bologna, 1989.
- NOBILI M., *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998.
- NOLL P., *Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe im besondern die Einwilligung des Verletzten*, Basel, 1955.
- NOLL P., *Übergesetzliche Milderungsgründe aus vermindertem Unrecht*, in «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», 1956, p. 181.
- NOLL P., *Tatbestand und Rechtswidrigkeit: die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung*, in «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», 1965, p. 1.
- NOLL P., *Gesetzgebungslehre*, Reinbek bei Hamburg, 1973.
- NOWAKOWSKI F., *Das Ausmass der Schuld*, in «Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht», 1950, p. 301.
- NOWAKOWSKI F., *Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit*, in «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», 1951, p. 287.
- NOWAKOWSKI F., *Das österreichische Strafrecht in seinen Grundzügen*, Graz, 1955.
- NOWAKOWSKI F., *Probleme der Strafrechtsdogmatik. Zugleich eine Besprechung von Jeschecks Lehrbuch des Strafrechts*, in «Juristische Blätter», 1972, p. 19.
- NUVOLONE P., *I limiti taciti della norma penale*, Palermo, 1947.
- OPPENHEIM P., *Die natürliche Ordnung der Wissenschaften. Grundgesetze der vergleichenden Wissenschaftslehre*, Jena, 1926.
- OPPENHOFF F.C., *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, Berlin, 1901.
- ORLANDI R., *Inchieste preparatorie nei procedimenti di criminalità organizzata: una riedizione dell'inquisitio generalis?*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1996, p. 568.
- OSTENDORF H., *Das Geringfügigkeitsprinzip als strafrechtliche Auslegungsregel*, in «Goltdammer's Archiv für Strafrecht», 1982, p. 333.

- OTT E., *Die Methode der Rechtsanwendung*, Zürich, 1979.
- OTTO H., *Anmerkung zu BGH Urteil vom 13.6.1985*, in «Juristenzeitung», 1985, p. 1008.
- PADOVANI T., *Il grado della colpa*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1969, p. 819.
- PADOVANI T., *Tipicità e successione di leggi penali. La modificazione legislativa degli elementi della fattispecie incriminatrice o della sua sfera di applicazione, nell'ambito dell'art. 2, 2° e 3° comma, c.p.*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1982, p. 1354.
- PADOVANI T., *Teoria della colpevolezza e scopi della pena. Osservazioni e rilievi sui rapporti fra colpevolezza e prevenzione con riferimento al pensiero di Claus Roxin*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1987, p. 798.
- PADOVANI T., voce *Circostanze del reato*, in «Digesto delle discipline penali», II, Torino, 1988, p. 187.
- PADOVANI T., *Commento all'art. 20 l. 26/4/1990 n. 86*, in «La legislazione penale», 1990, p. 350.
- PADOVANI T., *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1992, p. 419.
- PADOVANI T., *Il problema "Tangentopoli" tra normalità dell'emergenza ed emergenza della normalità*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1996, p. 448.
- PADOVANI T., *Diritto penale*, Milano, 1999⁵.
- PADOVANI T., *Il cammello e la cruna dell'ago. I problemi di successione di leggi penali relativi alle nuove fattispecie di false comunicazioni sociali*, in «Cassazione penale», 2002, p. 1598.
- PADOVANI T., *Bancarotta fraudolenta impropria e successione di leggi: il bandolo della legalità nelle mani delle Sezioni unite*, in «Cassazione penale», 2003, p. 3328.
- PADOVANI T., *Il nemico politico e il suo delitto*, in GAMBERINI A., ORLANDI R. (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Bologna, 2007, 73 (citato dalle "seconde bozze").
- PAGLIARO A., *Il fatto di reato*, Palermo, 1960.
- PAGLIARO A., voce *Legge penale nel tempo*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIII, Milano, 1973, p. 1063.
- PAGLIARO A., voce *Fatto (dir. pen.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XVI, Milano, 1967, p. 951.
- PAGLIARO A., voce *Fatto (dir. proc. pen.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XVI, Milano, 1967, p. 961.
- PAGLIARO A., *Fatto, condotta illecita e responsabilità obiettiva nella teoria del reato*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1985, p. 623.

- PAGLIARO A., *La legge penale tra irretroattività e retroattività*, in «La giustizia penale», 1991, II, c. 1.
- PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003⁸.
- PALAZZO F., *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979.
- PALAZZO F., *Elementi quantitativi indeterminati e loro ruolo nella struttura della fattispecie (a proposito della frode fiscale)*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1989, p. 1194.
- PALAZZO F., *Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza-tassatività in materia penale*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1991, p. 327.
- PALAZZO F., voce *Legge penale*, in «Digesto delle discipline penalistiche», VII, Torino, 1993, p. 338.
- PALIERO C.E., «*Minima non curat praetor*». *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985.
- PANEBIANCO A., *Introduzione*, in A. PANEBIANCO (a cura di), *L'analisi della politica*, Bologna, 1989, p. 13.
- PANSINI G., SCALFATI A. (a cura di), *Il mandato d'arresto europeo*, Napoli, 2005.
- PAONE V., *Nota a Cass. Sez. un., 19.12.2001, Turina*, in «Il foro italiano», 2002, II, c. 342.
- PAPA M., *Considerazioni sul controllo di costituzionalità relativamente alla misura edittale delle pene in Italia e negli U.S.A.*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1984, p. 726.
- PARLATO L., *Modifica dell'imputazione e contestazione di fatti già conosciuti in sede di indagini preliminari*, in «Cassazione penale», 1999, p. 251.
- PAWLOWSKI H.M., *Methodenlehre für Juristen*, Heidelberg, 1981.
- PAWLOWSKI H.M., *Introduzione alla metodologia giuridica*, Milano, 1993.
- PECORELLA C., *C'è spazio per criteri valutativi nell'«abolitio criminis»?* , in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2003, p. 1518.
- PECORELLA C., *Corte costituzionale e falso in bilancio: un inspiegabile ritorno al punto di partenza*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2006, p. 302.
- PECORELLA C., *La legge intermedia: aspetti problematici e prospettive de lege ferenda*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, Milano, 2006, p. 611.
- PEDRAZZI M. (a cura di), *Mandato d'arresto europeo e garanzie della persona*, Milano, 2004.
- PEDRAZZI M. (a cura di), *Mandato d'arresto europeo e garanzie della persona*, Milano, 2004.
- PETERS K., *Die kriminalpolitische Stellung des Strafrichters bei der Bestimmung der Strafrechtsfolgen*, Berlin, 1932.
- PETERS K., *In welcher Weise empfiehlt es sich, die Grenzen des strafrichterlichen Ermessens im künftigen Strafgesetzbuch zu regeln (Ermessensfreiheit oder gesetzliche Bindung des Richters bei Verhängung der Strafe*

- und sonstiger Unrechtsfolgen)?*, in *Verhandlungen des Einundvierzigsten deutschen Juristentages*, I/2, Tübingen, 1955, 1.
- PETERS K., *Strafprozess*, Heidelberg, 1985⁴.
- PETROCELLI B., *Principi di diritto penale*, vol. I, Napoli, 1955.
- PIATTOLI B., *Cooperazione giudiziaria e pubblico ministero europeo*, Milano, 2002.
- PICOTTI L., *Il campo di applicazione del mandato di arresto europeo: i reati "in lista" e "fuori lista" e la disciplina della legge italiana di attuazione*, in M. BARGIS, E. SELVAGGI, *Mandato d'arresto europeo. Dall'extradizione alle procedure di consegna*, Torino, 2005, p. 127.
- L. PICOTTI, *Il mandato d'arresto europeo tra principio di legalità e doppia incriminazione*, in M. BARGIS, E. SELVAGGI, *Mandato d'arresto europeo. Dall'extradizione alle procedure di consegna*, Torino, 2005, p. 33.
- PIEMONTESE C., *Un nuovo caso di successione di leggi nella turbolenta esistenza dell'art. 325 c.p.*, in «Cassazione penale», 1999, p. 2376.
- PIERGALLINI C., *Danno da prodotto e responsabilità penale: profili dommatici e politico-criminali*, Milano, 2004.
- PIERI B., ROTOLO A., *La filosofia del diritto dei giuristi*, Bologna, 2003.
- PIFFERI M., *"Generalia delictorum". Il "Tractatus criminalis" di Tiberio Deciani e la "parte generale" del diritto penale*, Milano, 2006.
- PISANI M., *"Abolitio criminis" e sospensione condizionale della pena in sede esecutiva*, in «Cassazione penale», 2004, p. 2177.
- PISAPIA G.D., *Contestazione di nuovi fatti e correlazione tra accusa e sentenza: in tema di concubinato e di violazione degli obblighi di assistenza coniugale*, in «Rivista italiana di diritto penale», 1951, p. 126.
- PIZZI C. (a cura di), *La logica del tempo*, Torino, 1974.
- PIZZI C., *Oggettività e relativismo nella ricostruzione del fatto: riflessioni logico-filosofiche*, in G. UBERTIS (a cura di), *La conoscenza del fatto nel processo penale*, Milano, 1992, p. 195.
- PLATE H., *Ernst Beling als Strafrechtsdogmatiker. Seine Lehren zur Begriffs- und Systembildung*, Berlin, 1966.
- PODO C., *Successione di leggi penali*, in «Novissimo digesto italiano», XVIII, Torino, 1971, p. 643.
- PODO C., *Successione di leggi penali*, in «Novissimo digesto italiano», Appendice, vol. VII, Torino, 1987, p. 611.
- PRETI G., *Retorica e logica*, Torino, 1968.
- PREZIOSI S., *La riforma della fattispecie incriminatrice di abuso d'ufficio*, in COPPI F. (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, 1993, p. 128.
- PULITANÒ D., *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976.
- PULITANÒ D., sub art. 2, in *Commentario breve al codice penale*, Padova, 1999, p. 16.

- PULITANÒ D., *La riforma del diritto penale societario, fra "dictum" del legislatore e ragioni del diritto*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2002, p. 934.
- PULITANÒ D., *Legalità discontinua? Paradigmi e problemi di diritto intertemporale*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2002, p. 1270.
- PULITANÒ D., *Il laboratorio del giurista: una discussione su strumenti e scopi*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2003, p. 108.
- PULITANÒ D., *Diritto penale*, Torino, 2005.
- PULITANÒ D., *Tempi del processo e diritto penale sostanziale*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2005, p. 507.
- PUPPE I., *Vom Umgang mit Definitionen in der Jurisprudenz. Kreative Definitionen oder warum sich Juristen über Begriffe streiten*, in *GS für Armin Kaufmann*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1989, p. 15.
- RADBRUCH G., *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der rechtswissenschaftlichen Systematik*, Darmstadt, 1967.
- RADBRUCH G., *Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken*, in appendice a *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, Darmstadt, 1967, p. 167.
- RAFARACI T., *Le nuove contestazioni*, Milano, 1996.
- RAMACCI F., *Introduzione alla analisi del linguaggio legislativo penale*, Milano, 1970.
- RAMPIONI R., *L'abuso di ufficio*, in COPPI F. (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, 1993, p. 109.
- RANSIEK A., *Gesetz und Lebenswirklichkeit. Das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot*, Heidelberg, 1989.
- RAUTENBERG E.C., BURGESS G., *Anfangsverdacht wegen Rechtsbeugung gegen Staatsanwälte und Richter der früheren DDR- ein Beitrag zum Meinungsstand in der Praxis*, in «Deutsch-Deutsch Rechts-Zeitschrift», 1993, p. 71.
- REMANE A., *Das Problem des Typus in der morphologischen Biologie*, in «Studium generale», 1951, 7, p. 390.
- RENZINOWSKI J., *Notstand und Notwehr*, Berlin, 1994.
- RESTA F., *La nuova disciplina delle false comunicazioni sociali: diritto intertemporale e paradigmi ermeneutici*, in «L'indice penale», 2003, p. 1260.
- RISICATO L., *Gli elementi normativi della fattispecie penale. Profili generali e problemi applicativi*, Milano, 2004.
- RIVELLO P., *Analisi in tema di "ne bis in idem"*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1991, p. 476.
- ROGALL K., sub § 4, in *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, München, 2006⁵, p. 101.
- ROGGEMANN H., *Richterstrafbarkeit und Wechsel der Rechtsordnung*, in «Juristenzeitung», 1994, p. 769.

- ROMANO BART., *Il rapporto tra norme penali. Intertemporalità, spazialità, coesistenza*, Milano, 1996.
- ROMANO BEN., *Il senso esistenziale del diritto nella prospettiva di Kierkegaard*, Milano, 1973.
- ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Milano, 1995.
- ROMANO M., *Irretroattività della legge penale e riforme legislative: reati tributari e false comunicazioni sociali*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2002, p. 1248.
- RONCO M., *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Torino, 1979.
- RORTHY R., *La filosofia e lo specchio della natura*, Milano, 1986.
- ROSENFELD M., *Interpretazioni. Il diritto fra etica e politica*, Bologna, 2000.
- ROSSI P., *Lo storicismo tedesco contemporaneo*, Milano, 1994.
- ROXIN C., *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, Berlin, 1970².
- ROXIN C., *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, Berlin-New York, 1973².
- ROXIN C., *Täterschaft und Tatherrschaft*, Berlin, 1975³.
- ROXIN C., *Prävention und Strafzumessung*, in *FS für H.J. Bruns*, Berlin-Köln-Bonn-München, 1978, p. 183.
- ROXIN C., *Strafverfahrensrecht*, München, 1987.
- ROXIN C., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, I, München, 1997³.
- ROZO ACUÑA E. (a cura di), *Il mandato di arresto europeo e l'extradizione*, Padova, 2004.
- RUDOLPHI H.J., sub. §2, in *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Frankfurt am M., 1997, p. 20.
- RUGGIERO G., *La successione di leggi penali fra principio di specialità e teoria del bene giuridico*, in «Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia», 2004, p. 331.
- SALAZAR L., *La lunga marcia del mandato d'arresto europeo*, in M. BARGIS, E. SELVAGGI, *Mandato d'arresto europeo. Dall'extradizione alle procedure di consegna*, Torino, 2005, p. 3.
- SAMSON E., *Die strafrechtliche Behandlung von DDR-Alttaten nach der Einigung Deutschlands*, in «Neue Juristische Wochenschrift», 1991, p. 335.
- SAMSON E., *Zur Straflosigkeit von DDR-Wahlfälschungen*, in «Strafverteidiger», 1992, p. 141.
- SANSÒ L., *La correlazione tra imputazione contestata e sentenza*, Milano, 1953.
- SANTAMARIA D., voce *Colpevolezza*, in *Enciclopedia del diritto*, VII, Torino, 1960, p. 646.
- SANTORO A., *Teoria delle circostanze del reato*, Torino, 1952².
- SAUER W., *Grundlagen des Strafrechts*, Berlin-Leipzig, 1921.

- SAUER W., *Kriminalsoziologie. Zugleich eine systematische Einführung in die Weiterentwicklung und in die Hilfswissenschaften des Strafrechts*, Berlin, 1933.
- SAX W., *Grundsätze der Strafrechtspflege*, in K.A. BETTERMANN, H.K. NIPPERDEY, U. SCHEUNER, *Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, Tomo III, vol. II, Berlin, 1959, p. 909.
- SCALFATI A., *La pronuncia di "abolitio criminis" nel vigente assetto dell'esecuzione penale*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1997, p. 175.
- SCHAFFSTEIN F., *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, Berlin, 1935.
- SCHAFFSTEIN F., *Die unechten Unterlassungsdelikte im System des neuen Strafrechts*, in *Gegenwartsfragen der Strafrechtswissenschaft, FS für B. Gleispach*, Berlin-Leipzig, 1936, p. 70.
- SCHAFFSTEIN F., *Putative Rechtfertigungsgründe und finale Handlungslehre*, in «Monatsschrift für deutsches Recht», 1951, p. 196.
- SCHALL H., SCHIRRMACHER G., *Doppelverwertungsverbot und Bewertungsrichtung in der Systematik des richterlichen Strafzumessungsaktes*, in «Jura», 1992, p. 514.
- SCHAPP J., *Hauptprobleme der juristischen Methodenlehre*, Tübingen, 1983.
- SCHIEBARTH H. W., *Die Anwendung von Gesetzen auf früher entstandene Sachverhalte*, Berlin, 1961.
- SCHETTINO I., *La riformulazione del reato di omessa dichiarazione: ambiguità del sistema e soluzioni interpretative*, in «Cassazione penale», 2001, p. 3352.
- SCHIEDER T., *Der Typus in der Geschichtswissenschaft*, in «Studium generale», 1952, 4, p. 228.
- SCHILD W., *Die Merkmale der Straftat und ihres Begriffs*, Ebelsbach, 1979.
- SCHILLING T., *Rang und Geltung von Normen in gestuften Rechtsordnungen*, Berlin, 1994.
- SCHLÜCHTER E., *Zur "Minimun" bei der Auslegung normativer Merkmale im Strafrecht*, in «Neue Zeitschrift für Strafrecht», 1984, p. 300.
- SCHMID C., *Verhältnis von Tatbestand und Rechtswidrigkeit aus rechtstheoretischer Sicht*, Berlin, 2002.
- SCHMIDHÄUSER E., *Der Untreuestatbestand*, in *FS für Engisch*, Frankfurt am M. 1969, p. 433.
- SCHMITZ R., sub §2, in *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, München, 2003, p. 64.
- SCHÖCH H., *Grundlage und Wirkungen der Strafe*, in *FS für Schaffstein*, Göttingen, 1975, p. 255.
- SCHOLDERER F., *Rechtsbeugung im demokratischen Rechtsstaat*, Baden Baden, 1993.
- SCHOREIT A., *Anmerkung zum Urteil des BGH vom 6.10.1994- 4 StR 23/94*, in «Strafverteidiger», 1995, p. 195.

- SCHOTT T., *Gesetzliche Strafraumen und ihre tatrichterliche Handhabung. Eine empirische Untersuchung zu Gesetzessystematik und Rechtstat-sächlichkeit bei ausgewählten Deliktsbereichen*, Baden-Baden, 2004.
- SCHREIBER R., *Die Geltung von Rechtsnormen*, Berlin-Heidelberg-New York, 1966.
- SCHRÖDER C., *Zur Fortgeltung und Anwendbarkeit des Tatzeitrechts trotz Rechtsänderung*, in «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», 2000, p. 44.
- SCHRÖDER H., *Die Irrtumsrechtsprechung des BGH*, in «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», 1953, p. 178.
- SCHRÖDER H., *Gesetzliche und richterliche Strafzumessung*, in FS für E. Mezger, München-Berlin, 1954, p. 415.
- SCHRÖDER H., sub §2, in A. SCHÖNKE, H. SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München, 1972¹⁶, p. 55.
- SCHROEDER F.C., *Der zeitliche Geltungsbereich der Strafgesetze*, in FS für P. Bockelmann, München, 1979, p. 785.
- SCHROEDER F.C., *Anmerkung zu BGH 12.2.1991*, in «Juristische Rundschau», 1991, p. 335.
- SCHROEDER F.C., *Der Rechtfertigungsgrund der Entscheidung von Rechtssachen*, in «Goltdammer's Archiv für Strafrecht», 1993, p. 389.
- SCHROEDER F.C., *Strafrechtliche Verantwortlichkeit für die Ausübung politischer Straffjustiz in der ehem. DDR*, in E.-J. LAMPE, *Deutsche Wiedervereinigung, Die Rechtseinheit, Arbeitskreis Strafrecht*, Bd. II, *Die Verfolgung von Regierungskriminalität nach der Wiedervereinigung*, Köln, 1993, p. 109.
- SCHULZ L., *Rechtsbeugung und Missbrauch staatlicher Macht*, in «Strafverteidiger», 1995, p. 206.
- SCHUMPETER J.A., *Capitalismo, socialismo e democrazia*, Milano, 1964.
- SCHÜNEMANN B., *Nulla poena sine lege? Rechtstheoretische und verfassungsrechtliche Implikationen der Rechtsgewinnung im Strafrecht*, Berlin-New York, 1978.
- SCHÜNEMANN B., *Plädoyer für eine neue Theorie der Strafzumessung*, in A. ESER, K. CORNILIS, *Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik*, Freiburg, 1987, p. 209.
- SCHÜNEMANN B., *Zum Verhältnis von Norm und Sachverhalt bei der Rechtsanwendung, von Ober- und Untersatz im Justizsyllogismus und von Rechts- und Tatfrage im Prozessrecht*, in *Strafgerechtigkeit, FS für Arthur Kaufmann*, Heidelberg, 1993, p. 299.
- SCHWINGE E., *Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht*, Bonn, 1930.
- SEEL P., *Unbestimmte und normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht und der Grundsatz "nullum crimen sine lege" (Art. 103 II GG)*, München, 1965.
- SEMERARO P., *Concorso di persone nel reato e commisurazione della pena*, Padova, 1986.

- SEMINARA S., *Riforma del diritto penale societario: attuata la legge delega. False comunicazioni sociali, falso in prospetto e nella revisione contabile e ostacolo alle funzioni delle autorità di vigilanza*, in «Diritto penale e processo», 2002, p. 676.
- SENNETT R., *L'uomo flessibile. Le conseguenze del nuovo capitalismo sulla vita personale*, Milano, 2000.
- SEVERINO P., voce *Successione di leggi penali nel tempo*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXX, Roma, 1993, p. 1.
- SGUBBI F., *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova, 1975.
- SGUBBI F., *Tutela penale di "interessi diffusi"*, in «La questione criminale», 1975, p. 439.
- SGUBBI F., *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio. Libertà economica, difesa dei rapporti di proprietà e "reati contro il patrimonio"*, Milano, 1980.
- SGUBBI F., *Meccanismo di "aggiramento" della legalità e della tassatività nel codice Rocco*, in «La questione criminale», 1981, p. 319.
- SGUBBI F., *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Bologna, 1990.
- SGUBBI F., *Il diritto penale incerto ed efficace*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2001, p. 1193.
- SGUBBI F., *Presentazione*, in G. INSOLERA (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Padova, 2006, XI.
- SIMONS P., *Parts. A study in Ontology*, Oxford, 1987.
- SINISCALCO M., *La struttura del delitto tentato*, Milano, 1959.
- SINISCALCO M., *Irretroattività delle leggi in materia penale: disposizioni sostanziali e disposizioni processuali nella disciplina della successione di leggi*, Milano, 1969.
- SMITH B., *Parts and Moments. Studies in Logic and Formal Ontology*, München-Wien, 1982.
- SOMMER U., *Das "mildeste Gesetz" im Sinne des § 2 Abs. 3 StGB*, Königstein/Ts., 1979.
- SOTIS C., *Obblighi comunitari di tutela e opzione penale: una dialettica perpetua?*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2002, p. 171.
- SPANGHER G., *Fatto e qualifica giuridica nell'imputazione per reato colposo*, in «Rivista di diritto processuale», 1970, p. 297.
- SPARTI D., *Epistemologia delle scienze sociali*, Bologna, 2002.
- SPEDEL G., *Zur Lehre vom Strafmass*, Frankfurt am M., 1954.
- SPEDEL G., *Zur Entwicklung der Strafzumessungslehre*, in «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», 1971, p. 203.
- SPEDEL G., *Der Bundesgerichtshof zur Rechtsbeugung unter der SED-Regime*, in «Juristische Rundschau», 1994, p. 221.

- SPENDEL G., *Der Begriff des Unrechts im Verbrechensystem*, in FS für U. Weber, Bielefeld, 2004, p. 3.
- STANGL P., *Rechtsbeugung in der DDR? BGH 40, 30*, in «Juristische Schulung», 1995, p. 971.
- STEGMÜLLER W., *Probleme und Resultate der Wissenschaftstheorie und analytischen Philosophie*, Band II, *Theorie und Erfahrung*, Berlin, Heidelberg, New York, 1970.
- STELLA F., *L'errore sugli elementi specializzanti della fattispecie criminosa*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1964, p. 81.
- STELLA G., *I giuristi di Husserl. L'interpretazione fenomenologica del diritto*, Milano, 1990.
- STORTONI L., *Profili costituzionali della non punibilità*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1984, p. 626.
- STORTONI L., *La parte speciale tra codificazione e decodificazione*, in T. PADOVANI, L. STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose*, Bologna, 1991, p. 13.
- STORTONI L., voce *Estinzione del reato e della pena*, in “Digesto delle discipline penalistiche”, Aggiornamento, 2000, p. 272.
- STRACHE K.H., *Das Denken in Standards. Zugleich ein Beitrag zur Typologik*, Berlin, 1968.
- STREE W., sub *Vorbem. §§ 38 ff.*, in A. SCHÖNKE, H. SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München, 2006²⁷.
- STREE W., sub § 46, in A. SCHÖNKE, H. SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München, 2006²⁷.
- STRENG F., *Strafzumessung und relative Gerechtigkeit. Eine Untersuchung zu rechtlichen, psychologischen und soziologischen Aspekten ungleicher Strafzumessung*, Heidelberg, 1984.
- STRENG F., *Strafrechtliche Sanktionen. Die Strafzumessung und ihre Grundlagen*, Stuttgart, 2002².
- STRUNZ K., *Zur Methodologie der psychologischen Typenforschung*, in «Studium generale», 1951, p. 7, p. 402.
- TESAURO A., NICOSIA E., *Nota a Cassazione Sezioni unite, 26 marzo 2003*, in «Il foro italiano», 2003, II, c. 586.
- THEUNE W., *Gerechte Strafe. Notwendigkeit und Möglichkeit einer Überprüfung der Strafzumessung durch die Revisionsgerichte*, in FS für G. Pfeiffer, Köln-Berlin-Bonn-München, 1988, p. 449.
- THOM R., *Qualità/quantità*, in «Enciclopedia Einaudi», XI, Torino, 1980, p. 460.
- TIEDEMANN K., *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht. Untersuchungen zu einem rechtsstaatlichen Tatbestandsbegriff, entwickelt am Problem des Wirtschaftsstrafrechts*, Tübingen, 1969.
- TIEDEMANN K., *Zeitliche Grenzen des Strafrechts*, in *Einheit und Vielfalt des Strafrechts*, FS für Karl Peters, Tübingen, 1974, p. 193.

- TIEDEMANN K., *Der Wechsel von Strafnormen und die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes*, in «Juristenzeitung», 1975, p. 692.
- TIEDEMANN K., *Grundfragen bei der Anwendung des neuen Konkursstrafrechts*, in «Neue Juristische Wochenschrift», 1977, p. 777.
- TIEDEMANN K., *Die Parteispenden-Entscheidung des BGH*, in «Neue Juristische Wochenschrift», 1987, p. 1247.
- TOMEI G., *Nota a Cassazione Sez. un., 09.10.1996, Carpanelli*, in «Cassazione penale», 1997, p. 2441.
- TRIFFTERER O., *Dogmatische Untersuchungen zur Entwicklung des materiellen Völkerstrafrechts seit Nürnberg*, Freiburg im B., 1966.
- TROLL W., *Biomorphologie und Biosystematik als typologische Wissenschaften*, in «Studium generale», 1951, 7, p. 376.
- TRONCARELLI B., *Complessità e diritto. Oltre la ragione sistemica*, Milano, 2002.
- TRÖNDLE H., sub § 2, in *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, I, Berlin-New York, 1985¹⁰, p. 67.
- TRÖNDLE H., FISCHER T., sub §2, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, München, 2007⁵⁴, p. 20.
- TRÖNDLE H., FISCHER T., sub §46, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, München, 2007⁵⁴, p. 338.
- UBERTIS G., *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano, 1979.
- VALLINI A., *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale*, Torino, 2003.
- VARZI A., *Parole, oggetti, eventi e altri argomenti di metafisica*, Roma, 2001.
- VASSALLI G., *Nullum crimen sine lege*, Torino, 1939.
- VASSALLI G., «*Abolitio criminis*» e *principi costituzionali*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1983, p. 377.
- VASSALLI G., *Il fatto negli elementi del reato*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1984, p. 529.
- VASSALLI G., voce *Tipicità (diritto penale)*, in *Enciclopedia del diritto*, XLIV, Milano, 1992, p. 535.
- VASSALLI G., voce *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in «Digesto delle discipline penalistiche», VIII, Torino, 1994, p. 278.
- VASSALLI G., *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei “delitti di stato” nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, Milano, 2001.
- VATTIMO G., *L'ontologia ermeneutica nella filosofia contemporanea*, Introduzione a H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, Milano, 1995, I.
- VENAFRO E., *Scusanti*, Torino, 2002.
- VESSICHELLI M., *Nota a Sezioni Unite*, 20.06.1990, in «Cassazione penale», 1990, p. 1905.
- VIGANÒ F., *Terrorismo, guerra e sistema penale*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2006, p. 648.

- VINCIGUERRA S., *Diritto penale italiano*. Vol. I, *Concetto, fonti, validità, interpretazione*, Padova, 1999.
- VINCIGUERRA S., (a cura di), *Il codice penale tedesco*, Padova, 2003.
- VIOLA F., *La critica dell'ermeneutica alla filosofia analitica italiana del diritto*, in M. JORI (a cura di), *Ermeneutica e filosofia analitica*, Torino, 1994, p. 63.
- VIOLA F., G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di una teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 2001.
- VOLK K., *Prozessvoraussetzungen im Strafrecht. Zum Verhältnis von materiellem Recht und Prozessrecht*, Ebelsbach, 1978.
- VORMBAUM T., *Probleme der Strafrechtsanwendung im vereinigten Deutschland*, in «Strafverteidiger», 1991, p. 176.
- VORMBAUM T., *Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit von DDR-Richtern wegen Rechtsbeugung*, in «Neue Justiz», 1993, p. 212.
- VON WEBER E., *Negative Tatbestandsmerkmale*, in *FS für E. Mezger*, München-Berlin, 1954, p. 183.
- WEBER K., *Die Verfolgung des SED-Unrechts in den neuen Ländern*, in «Goldammer's Archiv für Strafrecht», 1993, p. 195.
- WEBER M., *L'etica protestante e lo spirito del capitalismo*, Firenze, 1977.
- WEBER U., *Konkurrenzprobleme bei der strafrechtlichen Erfassung der Euroscheck- und Euroscheckkartenkriminalität durch das 2. WiKG*, in *Recht und Rechtsbesinnung*, GS für G. Küchenhoff, Berlin, 1987, p. 485.
- WEBER U., *Probleme der strafrechtlichen Erfassung des Euroscheck- und Euroscheckkartenmissbrauchs nach Inkrafttreten des 2. WiKG*, in «Juristenzeitung», 1987, p. 215.
- WELZEL H., *Studien zum System des Strafrechts*, in «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», 1939, p. 491.
- WELZEL H., *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen*, Berlin, 1943².
- WELZEL H., *Il nuovo volto del sistema penale*, in «Jus», 1952, p. 31.
- WELZEL H., *Strafrecht und Philosophie*, in *Vom Bleibenden und vom Vergänglichen in der Strafrechtswissenschaft*, Marburg, 1964.
- WELZEL H., *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, Berlin, 1969¹¹.
- WESSELS J., *Zur Problematik der Regelbeispiele für "schwere" und "besonders schwere Fälle"*, in *FS für R. Maurach*, Karlsruhe, 1972, p. 295.
- WESSELS J., BEULKE W., *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihre Aufbau*, Heidelberg, 2006³⁶.
- WIMMER A., *Bemerkungen zur Revisibilität der Strafzumessung*, in «Neue Juristische Wochenschrift», 1947/48, p. 315.
- WIMMER A., *Die ändernde Sachentscheidung des Revisionsgerichts im Strafsachen*, in «Monatsschrift für deutsches Recht», 1948, p. 69.

- WOLF E., *Die Bedeutung der Lehre von den subjektiven Tatbestandselementen für den Irrtum über Strafmilderungsgründe*, in «Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform», 1929, p. 665.
- WOLF E., *Typen der Tatbestandsmäßigkeit. Vorstudien zur allgemeine Lehre vom Besonderen Teil des Strafrechts*, Breslau, 1931.
- WOLF K.L., *Urbildliche Betrachtung*, in «Studium generale», 1951, 7, p. 365.
- WOLFF H.J., *Typen im Recht und in der Wissenschaft*, in «Studium generale», 1952, 4, p. 195.
- VON WRIGHT G.H., *Tempo, cambiamento e contraddizione*, in C. PIZZI (a cura di), *La logica del tempo*, Torino, 1974, p. 255.
- WULFES D., *Die Grenzen der Logik und die Aufgabe des Erkennens im Recht*, Hannover, 1994.
- ZACCARIA G., *Ermeneutica e giurisprudenza. I fondamenti filosofici nella teoria di Hans Georg Gadamer*, Milano, 1984.
- ZACCARIA G., *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, Milano, 1984.
- ZACCARIA G., *Tra ermeneutica ed analitica: dal contrasto alla collaborazione*, in M. JORI (a cura di), *Ermeneutica e filosofia analitica*, Torino, 1994, p. 105.
- ZAGREBELSKY V., *Contenuti e linee evolutive della giurisprudenza in tema di rapporti fra tassatività del fatto tipico e lesività*, in VASSALLI G., *Problemi generali di diritto penale*, Milano, 1982, p. 417.
- ZIMMERL L., *Zur Lehre vom Tatbestand. Übersehene und vernachlässigte Probleme*, Breslau, 1928.
- ZIMMERL L., *Aufbau des Strafrechtssystems*, Tübingen, 1930.
- ZIMMERL L., *Strafrechtliche Arbeitsmethode de lege ferenda*, Berlin-Leipzig, 1931.
- ZIPF H., *Die Strafmaßrevision*, München, 1969.
- ZIPF H., *Rechtskonformes und sozialadäquates Verhalten*, in «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», 1970, p. 633.
- ZIPF H., *Die mangelnde Strafwürdigkeit der Tat*, Salzburg, 1975.
- ZIPF H., *Die Strafzumessung. Systematische Darstellung für Strafrechtspraxis und Ausbildung*, Heidelberg-Karlsruhe, 1977.
- ZIPPELIUS R., *Die Verwendung von Typen in Normen und Prognosen*, in *Fs für K. Engisch*, Frankfurt am M., 1969, p. 224.
- ZITTEL B., *Der Typus in der Geschichtswissenschaft*, in «Studium generale», 1952, 6, p. 378.

SOMMARIO

Prefazione	VII

PARTE PRIMA

RIFORMULAZIONE DEL REATO E INERZIA ESISTENZIALE DELLA FATTISPECIE INCRIMINATRICE

CAPITOLO I

RIFORMULAZIONE DEL REATO E DINTORNI

1. La riformulazione del reato come espressione del diritto penale della “seconda modernità”: degenerazioni palesi e razionalità celate.	3
2. La questione: riformulazione del reato e inerzia esistenziale della fattispecie penale.	13
3. Due casi extra-ordinari di riformulazione delle fattispecie penali: a) la “lista” del mandato d’arresto europeo	22
3.1 (Segue) b) la riformulazione “estrema” nata con la Riunificazione tedesca	26
4. I riflessi processuali della riformulazione delle fattispecie penali	33

CAPITOLO II

LA “FENOMENOLOGIA INERZIALE” NELLE LINEE INTERPRETATIVE ITALIANE E TEDESCHE

1. Il fatto storico come criterio ermeneutico: dallo schema logico al paradigma giuridico	45
2. <i>L’Unrechtskern</i> come intuizione sostanziale	52
3. <i>L’Unrechtskontinuität</i> come riarticolazione dell’intuizione sostanziale	59
4. L’intuizione strutturale	66
5. La sottofattispecie come intelaiatura strutturale	76
6. La temperie giurisprudenziale italiana.	85

7. Il dominio del “retropensiero” politico-criminale: la <i>Kontinuität</i> inclusiva e quella formalistica	107
8. La struttura come immagine della sostanza: funzione delimitativa e funzione selettiva	120
9. Struttura e politica criminale: ancora le Sezioni unite	134
10. La struttura anelastica.	147
11. Le necessità di consolidamento della struttura	152

PARTE SECONDA
LA TIPICITÀ STRATIFICATA

CAPITOLO I
DALLA RIFORMULAZIONE DEL REATO
ALLA TIPICITÀ DELLA FATTISPECIE

1. Dalle storture delle dottrine sulla riformulazione del reato al consolidamento della teoria strutturale	169
2. La dimensione statica della fattispecie e della tipicità	174
3. La dimensione dinamica della fattispecie e della tipicità: la relazione tra la norma astratta e il fatto concreto	188
4. Una panoramica sulla parte <i>construens</i> della ricerca e l’anticipazione degli esiti.	194

CAPITOLO II
LINEAMENTI DI UN’INDAGINE SULLE RELAZIONI
TRA FATTISPECIE PENALE ASTRATTA E FATTO CONCRETO

1. Dal <i>Tatbestand</i> al <i>Deliktstypus</i> : culmine e declino del concetto puro di fatto in Ernst Beling	199
2. Percorsi dogmatici di concretizzazione in Beling.	207
3. Forze di concretizzazione metodologica e concettuale sul <i>Tatbestand</i> belinghiano	213
4. La concretizzazione dogmatica del <i>Tatbestand</i> di fronte alle teorie del reato e della sistematica penalistica	217
5. La relazione tra l’ambito precettivo di fattispecie e la conseguenza punitiva.	224
6. La relazione tra la fattispecie e le circostanze del reato	231
7. La relazione tra la fattispecie e i criteri di commisurazione della pena	234
8. La concretizzazione della fattispecie nella tensione gradualistica del reato	242

CAPITOLO III
LA LETTURA GRADUALISTICA DEL REATO

Sezione I

Le concezioni gradualistiche del reato nel grado dell'illecito e della colpevolezza

1. Le concezioni gradualistiche del reato e dei suoi elementi.	245
2. Il grado della colpevolezza	250
3. Il grado dell'illiceità	257
4. Concezione gradualistica e teoria degli illeciti bagatellari	263

Sezione II

La graduazione del reato nella commisurazione della pena

1. Il ruolo della cornice editale e il procedimento verso la pena individuale.	268
2. Teorie della commisurazione della pena	275
3. La commisurazione come procedimento graduale.	280
4. La tensione gradualistica del reato e la questione della forma concettuale della fattispecie penale	285

CAPITOLO IV
LA FORMA CONCETTUALE DELLA FATTISPECIE PENALE
E I RIFLESSI SUL TEMA DELLA RIFORMULAZIONE DEL REATO

Sezione I

La tipologia nel diritto penale

1. Esperienze classificatorie e tipologiche nella teoria della scienza.	289
2. La svolta tipologica degli anni Trenta	295
3. La dottrina giuridica nazionalsocialista e la tipologia di Karl Larenz.	300
4. Gustav Radbruch e la trasposizione della tipologia nel diritto penale	302
5. Tipo penale e analogia in Arthur Kaufmann	305
6. Il tipo penale di Hassemer come sintesi dell'approccio ermeneutico	306
7. La crisi della tipologia classica e le più recenti versioni del tipo penale	309

Sezione II

La fattispecie penale come tipo: lineamenti di un approccio ermeneutico

1. I sentieri dogmatici del <i>Typusbegriff</i> verso il concetto di fattispecie penale	312
2. Qualificare e commisurare: la fattispecie penale come tipo	320
3. L'armonia logica e sistematica della pluralità precettiva	328
4. Le teorie ermeneutiche del diritto penale e la forma tipologica della fattispecie	333

Sezione III

Le stratificazioni “tipiche” della fattispecie penale e gli effetti sulla “gestione” della riformulazione del reato

1. Dalla riformulazione al cammino dentro la tipicità	346
2. La stratificazione della fattispecie penale e il tentativo di consolidamento della teoria strutturale	352
3. Considerazioni finali	364
Bibliografia	373

PUBBLICAZIONI DEL SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

---

1. COLI U., *Collegia et sodalitates*, 1913.
2. DONATELLI I., *La "consortia" di Avesa*, 1914.
3. VALENZA P., *Il diritto di usufrutto nelle leggi sulle tasse del registro*, 1915.
4. ZINGALI G., *La statistica della criminalità*, 1916.
5. TUMEDEI C., *La separazione dei beni ereditari*, 1917.
6. ALBERTONI A., *L'"Apokeryxis"*, 1923.
7. SALVI F., *La cessione dei beni ai creditori*, 1947.
8. MILANI F., *Distinzioni delle servitù prediali*, 1948.
9. FASSÒ G., *I "quattro autori" del Vico*, 1949.
10. FERRI L., *La trascrizione degli acquisti "mortis causa" e problemi connessi*, 1951.
11. ROSSI G., *La "Summa arboris actionum" di Ponzio da Ylerda*, 1951.
12. POGGESCHI R., *Le associazioni e gli altri gruppi con autonomia patrimoniale nel processo*, 1951.
13. MATTEUCCI N., *Antonio Gramsci e la filosofia della prassi*, 1951.
14. FORCHIELLI P., *I contratti reali*, 1952.
15. SALVI F., *Il possesso di stato familiare*, 1952.
16. FASSÒ G., *La storia come esperienza giuridica*, 1953.
17. PALAZZINI FINETTI L., *Storia della ricerca delle interpolazioni nel Corpus iuris giustiniano*, 1953.
18. ROSSI G., *Consilium sapientis iudiciale*, 1958.
19. MANCINI G.F., *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, 1957.
20. FERRI L., *L'autonomia privata*, 1959.
21. TORELLI P., *Scritti di storia del diritto italiano*, 1959.
22. SANTINI G., *I Comuni di Valle del medioevo. La Costituzione federale del "Frignano"*, 1960.
23. GIANNITI F., *I reati della stessa indole*, 1959.
24. GHEZZI G., *La prestazione di lavoro nella comunità familiare*, 1960.
25. NARDI E., *Casae "infestate da spiriti" e diritto romano e moderno*, 1960.
26. FERRI L., *Rinuncia e rifiuto nel diritto privato*, 1960.
27. GHEZZI G., *La responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali*, 1963.
28. BONSIGNORI A., *Espropriazione della quota di società a responsabilità limitata*, 1961.
29. REDENTI E., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, vol. I, *Intorno al diritto processuale*, 1962.
30. REDENTI E., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, vol. II, *Intorno al diritto sostanziale*, 1962.
31. GUALANDI A., *Spese e danni nel processo civile*, 1962.
32. BONSIGNORI A., *Assegnazione forzata e distribuzione del ricavato*, 1960.
33. MANCINI G.F., *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, vol. I, *Individuazione della fattispecie. Il recesso ordinario*, 1962.
34. NARDI E., *Rabelais e il diritto romano*, 1962.
35. ROMAGNOLI U., *Il contratto collettivo di impresa*, 1963.
36. SANTINI G., *I "comuni di pieve" nel medioevo italiano*, 1964.
37. RUDAN M., *Il contratto di tirocinio*, 1966.
38. BONINI R., *I "libri de cognitionibus" di Callistrato. Ricerche sull'elaborazione giurisprudenziale della "cognitio extra ordinem"*, 1964.
39. COLLIVA P., *Ricerche sul principio di legalità nell'amministrazione del Regno di Sicilia al tempo di Federico II*, 1964.
40. MENGOTZI P., *L'agenzia di approvvigionamento dell'Euratom*, 1964.
41. *Scritti minori di Antonio Cicu*, tomi I e II, *Scritti di teoria generale del diritto - Diritto di famiglia*, 1965.
42. *Scritti minori di Antonio Cicu*, *Successioni e donazioni. Studi vari*, 1965.
43. SACCHI MORSIANI G., *Il potere amministrativo delle Comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati*, I, 1965.
44. GHEZZI G., *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, 1965.
45. ROVERSI MONACO F.A., *Enti di gestione. Struttura, funzioni, limiti*, 1967.
46. GIANNITI F., *L'oggetto materiale del reato*, 1966.
47. MENGOTZI P., *L'efficacia in Italia di atti stranieri di potestà pubblica su beni privati*, 1967.

48. ROMAGNOLI U., *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, 1967.
49. MONTUSCHI L., *I limiti legali nella conclusione del contratto di lavoro*, 1967.
50. RANIERI S., *Scritti e discorsi vari*, vol. I, *Scritti di diritto penale*, 1968.
51. RANIERI S., *Scritti e discorsi vari*, vol. II, *Scritti di procedura penale*, 1968.
52. BONINI R., *Ricerche di diritto giustiniano*, 1968.
53. SANTINI G., *Ricerche sulle "Exceptiones legum romanorum"*, 1969.
54. LO CASTRO G., *La qualificazione giuridica delle deliberazioni conciliari delle fonti del diritto canonico*, 1970.
55. SACCHI MORSIANI G., *Il potere amministrativo delle Comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati*, II, 1970.
56. ROVERSI MONACO F.A., *La delegazione amministrativa nel quadro dell'ordinamento regionale*, 1970.
57. GIANNITI F., *Studi sulla corruzione del pubblico ufficiale*, 1970.
58. DE VERGOTTINI G., *Indirizzo politico della difesa e sistema costituzionale*, 1971.
59. MENGOSZI P., *Il regime giuridico internazionale del fondo marino*, 1971.
60. CARINCI F., *Il conflitto collettivo nella giurisprudenza costituzionale*, 1971.
61. OSTI G., *Scritti giuridici*, voll. I e II, 1973.
62. ZUELLI F., *Servizi pubblici e attività imprenditoriale*, 1973.
63. PERGOLESI F., *Sistema delle fonti normative*, 1973.
64. MONTUSCHI L., *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, 1973.
65. PATTARO E., *Il pensiero giuridico di L.A. Muratori tra metodologia e politica*, 1974.
66. PINI G., *Arbitrato e lavori pubblici*, 1974.
67. CARPI F., *L'efficacia "ultra partes" della sentenza civile*, 1974.
68. DE VERGOTTINI G., *Lo "Shadow cabinet"*, 1973.
69. PAOLUCCI L.F., *La mutualità nelle cooperative*, 1974.
70. DE GENNARO A., *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, 1974.
71. STORTONI L., *L'abuso di potere nel diritto penale*, 1978.
72. GIANNITI F., *Prospettive criminologiche e processo penale*, 1977.
73. BONVICINI D., *Le "joint ventures": tecnica giuridica e prassi societaria*, 1977.
74. DE VERGOTTINI G., *Scritti di storia del diritto italiano*, voll. I, II, III, 1977.
75. LAMBERTINI R., *I caratteri della Novella 118 di Giustiniano*, 1977.
76. DALLA D., *L'incapacità sessuale in diritto romano*, 1978.
77. DI PIETRO A., *Lineamenti di una teoria giuridica dell'imposta sull'incremento di valore degli immobili*, 1978.
78. MAZZACUVA N., *La tutela penale del segreto industriale*, 1979.
79. ROMANELLI G., *Profilo del noleggino*, 1979.
80. BORGHESI D., *Il contenzioso in materia di eleggibilità*, 1979.
81. DALLA TORRE G., *L'attività assistenziale della Chiesa nell'ordinamento italiano*, 1979.
82. CARPI F., *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, 1979.
83. ALLEVA P., *Il campo di applicazione dello statuto dei lavoratori*, 1980.
84. PULIATTI S., *Ricerche sulla legislazione "regionale" di Giustiniano*, 1980.
85. FASSÒ G., *Scritti di filosofia del diritto*, voll. I, II, III, 1982.
86. SCUBBI F., *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio*, 1980.
87. LAMBERTINI R., *Plagium*, 1980.
88. DALLA D., *Senatus consultum Silanianum*, 1980.
89. VANDELLI L., *L'ordinamento regionale spagnolo*, 1980.
90. NARDI E., *L'otre dei parricidi e le bestie incluse*, 1980.
91. PELLICANÒ A., *Causa del contratto e circolazione dei beni*, 1981.
92. GIARDINI D., *Politica e amministrazione nello Stato fondato sul decentramento*, 1981.
93. BORTOLOTTI D., *Potere pubblico e ambiente*, 1981.
94. ROFFI R., *Contributo per una teoria delle presunzioni nel diritto amministrativo*, 1982.
95. ALESSI R., *Scritti minori*, 1981.
96. BASSANELLI SOMMARIVA G., *L'imperatore unico creatore ed interprete delle leggi e l'autonomia del giudice nel diritto giustiniano*, 1983.
97. ZANOTTI A., *Cultura giuridica del Seicento e jus publicum ecclesiasticum nell'opera del cardinal Giovanni Battista De Luca*, 1983.
98. ILLUMINATI G., *La disciplina processuale delle intercettazioni*, 1983.
99. TONIATTI R., *Costituzione e direzione della politica estera negli Stati Uniti d'America*, 1983.
100. NARDI E., *Squilibrio e deficienza mentale in diritto romano*, 1983.
101. DALLA D., *Praemium emancipationis*, 1983.
102. MAZZACUVA N., *Il disvalore di evento nell'illecito penale - L'illecito commissivo doloso e colposo*, 1983.

103. *Studi in onore di Tito Carnacini. I. Studi di diritto costituzionale, civile, del lavoro, commerciale*, 1983.
104. CAIA G., *Stato e autonomie locali nella gestione dell'energia*, 1984.
105. BARATTI G., *Contributo allo studio della sanzione amministrativa*, 1984.
106. BORTOLOTTI D., *Attività preparatoria e funzione amministrativa*, 1984.
107. PULIATTI S., *Ricerche sulle novelle di Giustino II. La legislazione imperiale da Giustiniano I a Giustino II*, 1984.
108. LAMBERTINI R., *La problematica della commorienza nell'elaborazione giuridica romana*, 1984.
109. ZUELLI F., *Le collegialità amministrative*, 1985.
110. PEDRAZZOLI M., *Democrazia industriale e subordinazione*, 1985.
111. ZANOTTI M., *Profili dogmatici dell'illecito plurisoggettivo*, 1985.
112. RUFFOLO U., *Interessi collettivi o diffusi e tutela del consumatore*, I, 1985.
113. BIAGI M., *Sindacato democrazia e diritto*, 1986.
114. INSOLERA G., *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, 1986.
115. MALAGÙ L., *Esecuzione forzata e diritto di famiglia*, 1986.
116. RICCI G.F., *La connessione nel processo esecutivo*, 1986.
117. ZANOTTI A., *Il concordato austriaco del 1855*, 1986.
118. SELMINI R., *Profili di uno studio storico sull'infanticidio*, 1987.
119. DALLA D., *"Ubi venus mutatur"*, 1987.
120. ZUNARELLI S., *La nozione di vettore*, 1987.
121. ZOLI C., *La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore*, 1988.
122. CAVINA M., *Dottrine giuridiche e strutture sociali padane nella prima età moderna*, 1988.
123. CALIFANO L., *Innovazione e conformità nel sistema regionale spagnolo*, 1988.
124. SARTI N., *Gli statuti della società dei notai di Bologna dell'anno 1336 (contributo allo studio di una corporazione cittadina)*, 1988.
125. SCARPONI S., *Riduzione e gestione flessibile del tempo di lavoro*, 1988.
126. BERNARDINI M., *Contenuto della proprietà edilizia*, 1988.
127. LA TORRE M., *La "lotta contro il diritto soggettivo". Karl Larenz - la dottrina giuridica nazionalsocialista*, 1988.
128. GARCIA DE ENTERRIA J., *Le obbligazioni convertibili in azioni*, 1989.
129. BIAGI GUERINI R., *Famiglia e Costituzione*, 1989.
130. CAIA G., *Arbitrati e modelli arbitrali nel diritto amministrativo*, 1989.
131. MAGAGNI M., *La prestazione caratteristica nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, 1989.
132. PETRONI L., *La disciplina pubblicistica dell'innovazione tecnologica in Francia*, 1990.
133. ZANOTTI A., *Le manipolazioni genetiche e il diritto della Chiesa*, 1990.
134. SARTOR G., *Le applicazioni giuridiche dell'intelligenza artificiale*, 1990.
135. ROSSI L.S., *Il "buon funzionamento del mercato comune". Delimitazione dei poteri fra CEE e Stati membri*, 1990.
136. LUCHETTI G., *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustinianee*, 1990.
137. SARTI N., *Un giurista tra Azzone e Accursio*, 1990.
138. GUSTAPANE A., *La tutela globale dell'ambiente*, 1991.
139. BOTTARI C., *Principi costituzionali e assistenza sanitaria*, 1991.
140. DONINI M., *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, 1991.
141. PERULLI A., *Il potere direttivo dell'imprenditore*, 1992.
142. VANDELLI L. (a cura di), *Le forme associative tra enti territoriali*, 1992.
143. GASPARRI P., *Institutiones iuris publici*, 1992.
144. CAPUZZO E., *Dal nesso asburgico alla sovranità italiana*, 1992.
145. BIAVATI P., *Accertamento dei fatti e tecniche probatorie nel processo comunitario*, 1992.
146. FERRARI F., *Atipicità dell'illecito civile. Una comparazione*, 1992.
147. GUSTAPANE A., SARTOR G., VERARDI C.M., *Valutazione di impatto ambientale. Profili normativi e metodologie informatiche*, 1992.
148. ORLANDI R., *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale. Contributo allo studio delle prove extracostituite*, 1992.
149. CARPANI G., *Le aziende degli enti locali. Vigilanza e controlli*, 1992.
150. MUSSO A., *Concorrenza ed integrazione nei contratti di subfornitura industriale*, 1993.
151. DONINI M., *Il delitto contravvenzionale. "Culpa iuris" e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra*, 1993.
152. CALIFANO PLACCI L., *Le commissioni parlamentari bicamerali nella crisi del bicameralismo italiano*, 1993.

153. FORNASARI G., *Il concetto di economia pubblica nel diritto penale. Spunti esegetici e prospettive di riforma*, 1994.
154. MANZINI P., *L'esclusione della concorrenza nel diritto antitrust italiano*, 1994.
155. TIMOTEO M., *Le successioni nel diritto cinese. Evoluzione storica ed assetto attuale*, 1994.
156. SESTA M. (a cura di), *Per i cinquant'anni del codice civile*, 1994.
157. TULLINI P., *Contributo alla teoria del licenziamento per giusta causa*, 1994.
158. RESCIGNO F., *Disfunzioni e prospettive di riforma del bicameralismo italiano: la camera delle regioni*, 1995.
159. LUGARESI N., *Le acque pubbliche. Profili dominicali, di tutela, di gestione*, 1995.
160. SARTI N., *Maximum dirimendarum causarum remedium. Il giuramento di calunnia nella dottrina civilistica dei secoli XI-XIII*, 1995.
161. COLLIVA P., *Scritti minori*, 1996.
162. DUGATO M., *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, 1996.
163. GARDINI G., *La comunicazione degli atti amministrativi. Uno studio alla luce della legge 7 agosto 1990, n. 241*, 1996.
164. MANZINI P., *I costi ambientali nel diritto internazionale*, 1996.
165. MITTICA M.P., *Il divenire dell'ordine. L'interazione normativa nella società omerica*, 1996.
166. LUCHETTI G., *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, 1996.
167. LA TORRE M., *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, 1996.
168. CAMON A., *Le intercettazioni nel processo penale*, 1996.
169. MANCINI S., *Minoranze autoctone e Stato. Tra composizione dei conflitti e secessione*, 1996.
170. ZANOBBETTI PAGNETTI A., *La non comparizione davanti alla Corte internazionale di giustizia*, 1996.
171. BRICOLA F., *Scritti di diritto penale. Vol. I, Dottrine generali, Teoria del reato e sistema sanzionatorio. Vol. II, Parte speciale e legislazione complementare, Diritto penale dell'economia*, 1997.
172. GRAZIOSI A., *La sentenza di divorzio*, 1997.
173. MANTOVANI M., *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, 1997.
174. BIAVATI P., *Giurisdizione civile, territorio e ordinamento aperto*, 1997.
175. ROSSI G. (1916-1986), *Studi e testi di storia giuridica medievale*, a cura di Giovanni Gualandri e Nicoletta Sarti, 1997.
176. PELLEGRINI S., *La litigiosità in Italia. Un'analisi sociologico-giuridica*, 1997.
177. BONI G., *La rilevanza del diritto dello Stato nell'ordinamento canonico. In particolare la canonizatio legum civilium*, 1998.
178. *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini. Vol. I, Diritto del lavoro*, 1998.
179. *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini. Vol. II, Diritto dell'Unione europea*, 1998.
180. ROSSI A., *Il GEIE nell'ordinamento italiano. Criteri di integrazione della disciplina*, 1998.
181. BONGIOVANNI G., *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello Stato. H. Kelsen e la Costituzione austriaca del 1920*, 1998.
182. CAPUTO G., *Scritti minori*, 1998.
183. GARRIDO J.M., *Preferenza e proporzionalità nella tutela del credito*, 1998.
184. BELLODI ANSALONI A., *Ricerche sulla contumacia nelle cognitiones extra ordinem*, I, 1998.
185. FRANCIOSI E., *Riforme istituzionali e funzioni giurisdizionali nelle Novelle di Giustiniano. Studi su nov. 13 e nov. 80*, 1998.
186. CATTABRIGA C., *La Corte di giustizia e il processo decisionale politico comunitario*, 1998.
187. MANCINI L., *Immigrazione musulmana e cultura giuridica. Osservazioni empiriche su due comunità di egiziani*, 1998.
188. GUSTAPANE A., *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano. dagli albori dello Statuto Albertino al crepuscolo della bicamerale*, premessa di Giuseppe De Vergottini, 1999.
189. RICCI G.F., *Le prove atipiche*, 1999.
190. CANESTRARI S., *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, 1999.
191. FASSÒ G., *La legge della ragione*. Ristampa, a cura di Carla Faralli, Enrico Pattaro, Giampaolo Zucchini, 1999.
192. FASSÒ G., *La democrazia in Grecia*. Ristampa, a cura di Carla Faralli, Enrico Pattaro, Giampaolo Zucchini, 1999.
193. SCARCIGLIA R., *La motivazione dell'atto amministrativo. Profili ricostruttivi e analisi comparatistica*, 1999.

194. BRIGUGLIO F., *"Fideiussoribus succurri solet"*, 1999.
195. MALTONI A., *Tutela dei consumatori e libera circolazione delle merci nella giurisprudenza della Corte di giustizia, profili costituzionali*, prefazione di Augusto Barbera, 1999.
196. FONDAROLI D., *Illecito penale e riparazione del danno*, 1999.
197. ROSSI L.S., *Le convenzioni fra gli Stati membri dell'Unione europea*, 2000.
198. GRAGNOLI E., *Profili dell'interpretazione dei contratti collettivi*, 2000.
199. BONI G., *La rilevanza del diritto secolare nella disciplina del matrimonio canonico*, 2000.
200. LUGARESI N., *Internet, privacy e pubblici poteri negli Stati Uniti*, 2000.
201. LALATTA COSTERBOSA M., *Ragione e tradizione. Il pensiero giuridico ed etico-politico di Wilhelm von Humboldt*, 2000.
202. SEMERARO P., *I delitti di millantato credito e traffico di influenza*, 2000.
203. VERZA A., *La neutralità impossibile. Uno studio sulle teorie liberali contemporanee*, 2000.
204. LOLLI A., *L'atto amministrativo nell'ordinamento democratico. Studio sulla qualificazione giuridica*, 2000.
205. Busetto M.L., *Giudice penale e sentenza dichiarativa di fallimento*, 2000.
206. CAMPANELLA P., *Rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti*, 2000.
207. BRICOLA F., *Scritti di diritto penale. Opere monografiche*, 2000.
208. LASSANDARI A., *Il contratto collettivo aziendale e decentrato*, 2001.
209. BIANCO A., *Il finanziamento della politica in Italia*, 2001.
210. RAFFI A., *Sciopero nei servizi pubblici essenziali. Orientamenti della Commissione di garanzia*, 2001.
211. PIERCIGLI V., *Lingue minoritarie e identità culturali*, 2001.
212. CAFARO S., *Unione monetaria e coordinamento delle politiche economiche. Il difficile equilibrio tra modelli antagonisti di integrazione europea*, 2001.
213. MORRONE A., *Il custode della ragionevolezza*, 2001.
214. MASUTTI A., *La liberalizzazione dei trasporti in Europa. Il caso del trasporto postale*, 2002.
215. ZANOTTI A., ORLANDO F., *L'itinerario canonistico di Giuseppe Caputo*, 2002.
216. LUPOI M.A., *Conflitti transnazionali di giurisdizioni. Vol. I, Policies, metodi, criteri di collegamento. Vol. II, Parallel proceedings*, 2002.
217. LOLLI A., *I limiti soggettivi del giudicato amministrativo. Stabilità del giudicato e difesa del terzo nel processo amministrativo*, 2002.
218. CURI F., *Tertium datur. Dal Common Law al Civil Law per una scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato*, 2003.
219. COTTIGNOLA G., *Studi sul pilotaggio marittimo*, 2003.
220. GARDINI G., *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione. Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell'amministrazione contemporanea*, 2003.
221. CEVENINI C., *Virtual enterprises. Legal issues of the on-line collaboration between undertakings*, 2003.
222. MONDUCCI J., *Diritto della persona e trattamento dei dati particolari*, 2003.
223. VILLECCO BETTELLI A., *L'efficacia delle prove informatiche*, 2004.
224. ZUCCONI GALLI FONSECA E., *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, 2004.
225. BRIGHI R., *Norme e conoscenza: dal testo giuridico al metadato*, 2004.
226. LUCHETTI G., *Nuove ricerche sulle istituzioni di Giustiniano*, 2004.
227. *Studi in memoria di Angelo Bonsignori*, voll. I, II, 2004.
228. PIPERATA G., *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, 2005.
229. CANESTRARI S., FOFFANI L. (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per l'Europa?* Atti del Convegno organizzato dall'Associazione Franco Bricola (Bologna, 28 febbraio-2 marzo 2002), 2005.
230. MEMMO D., MICONI S. (a cura di), *Broadcasting regulation: market entry and licensing. Regolamentazione dell'attività radiotelevisiva: accesso al mercato e sistema di licenze. Global Classroom Seminar*, 2006.
231. QUERZOLA L., *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, 2006.
232. TAROZZI S., *Ricerche in tema di registrazione e certificazione del documento nel periodo postclassico*, 2006.
233. BOTTI F., *L'eutanasia in Svizzera*.
234. FONDAROLI D., *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*
235. ALAGNA R., *Tipicità e riformulazione del reato*

Finito di stampare nel mese di agosto 2007
presso le Officine Grafiche Litosei – Rastignano (BO)