

CAPITOLO V
LA NORMA PENALE

Sezione I
ASPETTI GENERALI

1. La struttura e gli effetti della norma penale

1.1 Forma ed elementi

1.2 Classificazione

1.3 La fattispecie penale

1.4 Il rapporto giuridico penale

2. Il contenuto della norma penale e la legge di copertura

2.1 Norme descrittive e scienze matematiche, fisiche e naturali

2.2 Norme valutative e scienze sociali

2.3 Norme elastiche e sistemi di valore

3. Legge penale ed ordinamenti extrapenali

3.1 Concezione sanzionatoria

3.2 Concezione autonomistica

3.3 Concezione intermedia

3.4 Concezione intermedia e categorie scientifiche

1. La struttura e gli effetti della norma penale

La norma penale è una norma giuridica che disciplina una situazione giuridica penale, cioè un oggetto che sia rilevante per l'ordinamento penale, che abbiamo visto essere il ramo dell'ordinamento giuridico che si interessa dei reati e delle relative conseguenze.

La norma penale è, dunque, anzitutto una norma giuridica, nella duplice accezione di proposizione linguistica designante (testo o disposizione normativa) e di proposizione concettuale designata (precetto o norma). La disposizione nasce dai fatti normativi (fonti del diritto), la norma dall'elaborazione del testo (interpretazione).

Può, dunque, dirsi che il procedimento di produzione della norma segue lo schema fonte - disposizione - interpretazione.

Le fonti del diritto penale e l'interpretazione della legge penale saranno oggetto dei prossimi capitoli, in questa sede la trattazione verte sulla norma penale, intesa sia come testo, sia come precetto. In primo luogo occorre illustrarne struttura ed effetti.

L'analisi investe i seguenti aspetti:

- lo schema formale e gli elementi;
- le tipologie;
- la fattispecie penale;
- il rapporto giuridico penale.

1.1 Forma ed elementi

La norma si presenta sempre in una forma o schema fondamentale che rivela la descrizione di un fatto o stato di cose collegato ad un altro fatto o stato di cose mediante un nesso d'implicazione («se ... allora») o connessione normativa («per modo che»), per cui ad un termine condizionante (protasi) è connesso un termine condizionato (apodosi). Ma la formula ipotetica non significa che la norma, *ut sic*, sia condizionata. Qualsiasi norma anche incondizionata (norma attributiva di poteri, norma organizzativa, norma permissiva, ecc.) può essere espressa in forma condizionata. La norma nel suo complesso è anzi sempre incondizionata, mentre condizionato è il contenuto della norma espresso dall'apodosi nei confronti della protasi (che può essersi anche effettivamente già verificata e che comunque non può non verificarsi). La norma giuridica prescrive incondizionatamente l'implicazione o connessione, ipotetica. Il suo schema completo può essere pertanto raffigurato nel modo seguente: «È prescritto che se *A* allora *B*», dove il termine «è prescritto che» è l'operatore logico di comando. Ma, così intesa e rappresentata, la struttura della norma giuridica esprime al

tempo stesso la sua funzione esclusiva, che è appunto quella di prescrivere incondizionatamente. In sintesi può dirsi che la struttura formalmente condizionale è una struttura sostanzialmente imperativa, formulata in termini ipotetici per assumere il carattere generale, astratto, ripetitivo proprio delle norme giuridiche.

Questa struttura riproduce lo schema causale, ma è preferibile sostituire i concetti di causa ed effetto con quelli di antecedente e conseguente, atteso il peculiare ruolo svolto dalla legge di copertura della relazione (la norma), che è non solo esplicativa ma anche costitutiva: *B* è conseguenza di *A* in base alla legge *N*.

Ciò consente di descriverla con i modelli matematici già illustrati¹.

norma giuridica

PREMESSA MINORE	PREMESSA MAGGIORE	CONCLUSIONE
antecedente	norma	conseguente

Nella proposizione normativa, dunque, l'antecedente è la premessa minore, il precetto è la premessa maggiore, il conseguente è la conclusione. Le premesse sono note, la conclusione è l'elemento ignoto che l'attivazione del meccanismo normativo consente di fissare, rappresentando la statuizione della norma.

L'inquadramento dell'argomentazione normativa dipende dal tipo di connessione tra antecedente e conseguente.

Se l'antecedente è il caso e il conseguente il risultato, la norma istituisce un'inferenza deduttiva²:

deduzione

PREMESSA MINORE	PREMESSA MAGGIORE	CONCLUSIONE
caso	regola	risultato
antecedente	norma	conseguente

Se l'antecedente è il risultato e il conseguente il caso, la norma istituisce un'inferenza abduttiva³:

abduzione

¹ Cap. I, sez. II, § 2.

² Quando l'effetto normativo corrisponde a quello che è l'effetto nella realtà regolata dalla norma, l'inferenza è deduttiva, perché la norma opera come una legge predittiva, che al verificarsi di certe cause, commina determinati effetti.

³ Quando l'effetto normativo corrisponde a quella che nella realtà regolata dalla norma è la causa, l'inferenza è abduttiva, perché la norma opera come una legge storica, che al verificarsi di certi effetti, riconosce determinate cause.

PREMESSA MINORE risultato	PREMESSA MAGGIORE regola	CONCLUSIONE caso
antecedente	norma	conseguente

Invece, non è logicamente possibile che una norma istituisca un'inferenza induttiva, poiché, se così fosse, la norma non opererebbe come regola di fatti, ma estrarrebbe dal rapporto di frequenza statistica tra fatti una regola⁴. Se il legislatore vuole porre una regola fondata su un'induzione, lo fa codificando tale regola attraverso la connessione tra fatti⁵.

Le norme penali sono costruite come argomentazioni deduttive, perché il loro effetto deve avere connotati di certezza. Ciò è imposto, a tacer d'altro, dall'art. 533, comma 1 c.p.p. e dai valori che esso riflette.

Ciò vale senza deroghe per le norme di incriminazione, che non possono essere costruite né per abduzione, né per analogia. Tuttavia è possibile che la fattispecie penale impieghi all'interno di una struttura deduttiva un elemento costruito con l'abduzione⁶. Per le norme di esenzione si tende ad ammettere l'analogia.

Ciò posto, passando agli elementi della norma penale, si è soliti distinguere tra precetto e sanzione. Il precetto è l'imperativo, cioè la prescrizione che, se violata, determina il verificarsi della sanzione. Il precetto penale può consistere in divieti, cui corrispondono reati di azione, o in comandi, cui corrispondono reati di omissione. Il precetto contiene la fattispecie, ma non si identifica con essa: il precetto è un elemento strutturale della norma, la fattispecie ne è, invece, l'oggetto. Su tale distinzione si fonda, ad esempio, quella tra norme penali in bianco (in cui la norma extrapenale integra il precetto) ed elementi normativi della fattispecie (in cui la norma extrapenale integra la descrizione del fatto).

La sanzione è, in senso generico, la conseguenza giuridica della violazione del precetto. In senso

⁴ Si pensi ad una norma giuridica che, recependo il procedimento di formazione di una massima d'esperienza socio-criminale relativa all'associazione mafiosa Cosa Nostra, affermasse che «se si accerta in un numero di processi non inferiore a cento che in tutti i casi in cui un affiliato ad un'organizzazione criminale a struttura verticistica ha commesso un omicidio "eccellente" i capi ne erano a conoscenza e l'hanno autorizzato, allora in qualsiasi caso un omicidio "eccellente" sia stato commesso da un affiliato ad un'organizzazione a struttura verticistica i capi ne sono stati a conoscenza e l'hanno autorizzato».

⁵ Per restare all'esempio fatto la norma sarebbe così formulata: «se un affiliato ad un'organizzazione criminale a struttura verticistica ha commesso un omicidio "eccellente" allora i capi ne sono stati a conoscenza e l'hanno autorizzato». Poiché la norma esprime una regola di natura induttiva, di per sé priva di validità universale (è sempre possibile che l'affiliato agisca di propria iniziativa), essa costituisce una presunzione legale, strutturandosi come un'inferenza abduittiva.

⁶ A suo tempo si è fatto l'esempio del reato di detenzione illecita di sostanze stupefacenti, in cui la nuova legge ha indicato elementi del fatto che fanno presumere che la sostanza non è destinata ad uso personale. Altrettanto pertinenti sono i c.d. reati di pericolo presunto, in cui un elemento del reato (l'offesa al bene protetto) è presunto iuris et de iure. Con la presunzione dell'offesa può concorrere l'inversione dell'onere della prova in ordine agli elementi costitutivi del fatto, come nei reati sospetto (es. art. 707 c.p.). E' da sottolineare come l'inserimento di presunzioni nella fattispecie si fondi, per lo più, su regole induttive, che configurano una successione di eventi statisticamente probabile.

stretto si identifica con il principale degli effetti del reato, cioè la pena⁷.

Ciò che contraddistingue la norma penale è la sanzione, poiché il precetto può avere il più diverso contenuto; non conta la natura del rapporto regolato ma il modo col quale l'ordinamento reagisce nei confronti di coloro che hanno realizzato i fatti descritti dalle norme. Solo se la norma stabilisce come conseguenza giuridica di un fatto l'applicazione di una pena, essa ha natura penale.

Nell'ordinamento penale non tutte le norme contemplano una pena, ma solo quelle incriminatrici. Ciò pone il problema di identificare quali siano – ed a che titolo – le altre norme penali.

1.2 Classificazione

La dottrina tradizionale⁸ classifica le norme penali in due grandi categorie: norme incriminatrici e norme integratrici. Le prime sono quelle che prevedono e puniscono i reati; le seconde sono quelle che intervengono in vario modo sul contenuto delle norme incriminatrici o sulla loro applicazione. Al loro interno ciascuna di queste due categorie si ripartisce ulteriormente.

Le norme incriminatrici si dividono in:

- norme complete di precetto e sanzione;
- norme con precetto o sanzione generica (norme penali in bianco)⁹;
- norme con precetto o sanzione determinata altrove (norme imperfette)¹⁰.

Le norme integratrici si dividono in:

- norme direttive: fissano i principi di una materia;
- norme dichiarative: spiegano il significato di alcune espressioni;
- norme interpretative: interpretano altre norme;
- norme di attuazione: norme di coordinamento e transitorie;
- norme estensive o limitative: fissano la portata di altre norme;
- norme di rinvio: richiamano altre norme;
- norme di collisione: risolvono i conflitti tra norme.

La dottrina più recente sovrappone a tale distinzione quella tra norme di parte generale e norme di parte speciale.

⁷ Benché la pena abbia degli indici sostanziali di riconoscimento, attinenti sia al contenuto che alla funzione, l'unico criterio certo per distinguerla dalle altre sanzioni è quello nominalistico, cioè la qualificazione che ne fa il legislatore.

⁸ ANTOLISEI.

⁹ Le norme penali in bianco completano il loro precetto grazie al rinvio a fonti esterne alla norma incriminatrice. Di esse si tratterà nell'ambito della riserva di legge.

¹⁰ Le norme imperfette sono frammenti di norme, perché prive di un elemento tipico, che operano grazie alla combinazione con altre norme, penali o extrapenali. Esse ricorrono abbastanza frequentemente nell'ambito delle contravvenzioni che sanzionano la violazione di prescrizioni amministrative, costruite sulla formula "l'inosservanza dell'art.[...] è punita con la pena da [...]". In quanto il precetto sia determinato attraverso il rinvio a fonti esterne, pongono problemi analoghi alle norme penali in bianco.

Le prime si trovano nel libro primo del codice penale ed, eccezionalmente, nelle leggi complementari. Fissano gli elementi del reato e le specie della pena e ne dettano la disciplina; inoltre contengono le definizioni e regolano l'ambito di applicazione degli istituti.

Le seconde si trovano nei libri secondo e terzo del codice penale e nelle leggi complementari. Prevedono le singole figure di reato e le relative sanzioni.

Tale distinzione evidenzia bene sia la sistematica dell'ordinamento penale, sia il rapporto esistente tra norme incriminatrici e norme sul reato in generale¹¹.

Tuttavia non può essere intesa in senso rigido: esistono norme di parte speciale contenute nella parte generale del codice penale, e norme di parte generale contenute nella parte speciale del codice penale.

Le prime sono le disposizioni di parte generale che hanno la funzione di rendere non punibili i reati (norme esimenti) o, al contrario, di estenderne l'ambito di applicazione, combinandosi con le norme di parte speciale e creando nuove fattispecie (articoli 40, comma 2; 56; 82 e 82; 110). Anche le disposizioni sulle circostanze comuni, pur non incidendo sulla punibilità, ma solo sulla pena, concorrono a determinare il perimetro dell'incriminazione, in forza del collegamento esistente con il fatto tipico. Le circostanze puntualizzano, tra l'altro, modalità della condotta, gravità dell'evento, atteggiamento psicologico dell'agente, sicché la loro essenza è di parte speciale, come dimostrato dalle numerose circostanze speciali, alcune delle quali riproducono circostanze comuni. Tutte queste norme, però, essendo astrattamente applicabili a tutti i reati, non possono che essere collocate nella parte generale

Tra le seconde si annoverano:

- a) le disposizioni derogatorie a regole sancite nella parte generale;
- b) le disposizioni che prevedono speciali casi di non punibilità;
- c) le disposizioni definitive.

Tra le disposizioni derogatorie si segnalano l'art. 301 c.p. in materia di concorso di reati e l'art. 609-sexies c.p. in tema di errore sul fatto. Complementari a quelle di parte generale sono le disposizioni che prevedono speciali casi di non punibilità. Alcune di queste sono riconducibili al *genus* delle cause di giustificazione¹², altre a quello delle cause di esclusione della colpevolezza¹³,

¹¹ Le norme sul reato in generale, oltre a delineare il modello di reato, contribuiscono a specificare la struttura delle fattispecie incriminatrici. Si pensi alle disposizioni sulla causalità e sul dolo: la norma sulla causalità determina il fatto nei reati a forma libera, orientati sulla produzione di un evento, in cui la norma incriminatrice non descrive – ma semplicemente afferma – il nesso tra la condotta e l'evento; la norma sul dolo determina l'imputazione soggettiva del fatto nei reati dolosi, in cui in cui la norma incriminatrice non descrive – ma semplicemente afferma – il nesso psicologico tra l'agente e l'evento. Ne consegue che le norme di parte generale che disciplinano il reato, pur non prevedendo reati e pene, hanno funzione incriminatrice.

¹² La reazione agli atti arbitrari del pubblico ufficiale (art. 393-bis c.p.); l' *exceptio veritatis* (art. 596, comma 3 c.p.); l'agire a scopo scientifico o di cura di chi esercita una professione sanitaria (art. 728, comma 2 c.p.).

altre ancora si tratta di cause di non punibilità in senso stretto¹⁴. La *ratio* per cui tali disposizioni si collocano a livello di parte speciale risiede nella loro portata derogatoria o nel ristretto ambito di applicazione limitazione, difettando di quel carattere di generalità che ne giustificherebbe la collocazione in parte generale

Le norme definitorie si possono dividere in due categorie: le norme equiparatorie e quelle interpretative. Le prime provvedono ad estendere il significato di certi termini anche oltre la massima latitudine del loro significato letterale¹⁵. Le seconde hanno il compito di vincolare l'interprete, attribuendo un significato ufficiale ad alcuni termini o espressioni, rilevanti per una serie di fattispecie penali¹⁶.

Tutte queste disposizioni – sia quelle equiparatorie che quelle interpretative – hanno, in fondo, duplice natura: sono di parte generale, perché costituiscono concetti che hanno, per il diritto penale, tendenzialmente valore generale (non a caso il codice usa spesso la significativa espressione “agli effetti della legge penale”); sono di parte speciale, perché sono di regola riferibili a gruppi circoscritti di fattispecie. Normalmente la definizione compare nell'ambito dei reati che, oltre a farne uso, sono concettualmente omogenei; ma non sempre è così: la nozione di «prossimi congiunti», rilevante per qualsiasi norma penale, si trova nell'art. 307, comma 4, nell'ambito della fattispecie di “Assistenza ai partecipi di cospirazione o di banda armata”, all'interno del Titolo I, e cioè dei delitti contro la personalità dello Stato.

Alla classificazione tradizionale si ricorre ancor oggi allorché occorre identificare le norme incriminatrici, come quelle da cui scaturisce un effetto punitivo, mentre quelle integratrici si pongono come norme di secondo grado.

La qualificazione di una norma tra quelle incriminatrici o integratrici ha un rilievo non solo dogmatico, ma anche positivo, perché non sempre le disposizioni che regolano l'applicazione della legge penale si riferiscono indistintamente a tutte le norme. Alcune, infatti, riguardano solo le norme incriminatrici. Si tratta, in particolare, delle previsioni di garanzia, volte a limitare la potestà del legislatore o dell'interprete: riserva di legge, divieto di analogia, disciplina della successione di leggi nel tempo.

¹³ Obbligo di portare le armi contro lo Stato italiano di chi si trovi nello Stato nemico (art. 282, comma 2 c.p.); necessità di salvare sé medesimo o un prossimo congiunto da un grave e inevitabile nocimento nella libertà o nell'onore (384 c.p.).

¹⁴ Art. 649, comma 1 c.p.; artt. 308 e 309 c.p.; art. 376 c.p.; art. 436 c.p.; art. 635 c.p. .

¹⁵ Art. 242, comma 3 c.p.; art. 310 c.p.; art. 360 c.p.; art. 540, comma 1 c.p.; art. 624, comma 2 c.p. . In tutti questi casi, senza la equiparazione attuata dalla norma, l'interprete non potrebbe mai attribuire a quei termini o a quelle locuzioni significati così estesi.

¹⁶ Art. 266, comma 4, c.p.; art. 292 c.p.; art. 307, comma 4, c.p.; artt. 357, 358 e 359 c.p. ; art. 392, comma 2 c.p.; art.416-bis, comma 3 c.p.; art. 431, comma 3, c.p.; art. 458, comma 2 c.p.; art. 459, comma 2 c.p.; art. 472, comma 3 c.p.; art. 529 c.p.; art. 585, comma 2 c.p.; art.616, comma 4 c.p.; art.721 c.p. .

Rispetto a tali istituti è stata elaborata un'altra categoria di norme: le norme penali di favore. Si tratta di una categoria eterogenea che comprende sia le norme che escludono o attenuano la punibilità (esimenti, cause di non punibilità, cause di estinzione del reato e della pena, circostanze attenuanti), sia le stesse norme incriminatrici, ove stabiliscano un trattamento meno grave di altre norme che si applicherebbero in sua assenza. Si discute se ad esse sia applicabile l'art. 25, comma 2 della Costituzione¹⁷.

1.3 La fattispecie penale

Il termine «fattispecie» deriva dal latino medioevale *facti species*; locuzione che, letteralmente, suona come «figura» o «apparenza» del fatto e che valeva a designare un fatto immaginato per servire da paradigma.

Nella teoria generale del diritto il concetto è stato elaborato in stretta adiacenza a quello di norma giuridica: nello schema condizionale della norma, *se A allora B*, A è la descrizione di un fatto o un insieme di fatti, ossia la fattispecie; B è la statuizione, ossia la descrizione degli effetti giuridici prodotti dalla norma allorché si verifica A. La nozione di fattispecie, dunque, si fonda sulla causalità normativa, che – ad imitazione della causalità naturale – mette in relazione i presupposti di fatto contemplati dalla norma con gli effetti giuridici disposti.

A questa concezione (cd. funzionale) occorre fare riferimento per definire la fattispecie penale, ragion per cui occorre esaminare con attenzione le critiche che le vengono formulate¹⁸.

Prima obiezione è di ordine metodologico: l'impiego della causalità non è sufficiente a definire il concetto di fattispecie, il cui tratto esclusivo sarebbe l'idoneità a produrre l'effetto contemplato dalla norma.

La censura è priva di pregio, perché muove da una premessa falsa, cioè che il ricorso alla categoria della causalità normativa esaurisca la nozione di fattispecie. Essa, piuttosto, vale a fornirne una definizione valida per qualsiasi ramo dell'ordinamento, spettando poi alla scienza di ciascun settore giuridico elaborare gli elementi che connotano la fattispecie nello specifico ordinamento.

Seconda obiezione è di ordine teorico: l'accostamento tra causalità normativa (che tale dottrina denomina causalità «giuridica») e causalità naturale è incongruo. Da ciò una serie di difetti nella costruzione: istituzione di un nesso tra realtà eterogenee (l'una fisica, l'altra spirituale); assenza nella causalità normativa della cesura temporale propria della causalità naturale; inadeguatezza dello *standard* probabilistico proprio della causalità naturale per il rapporto – che deve essere certo e determinato – tra fattispecie ed effetti.

¹⁷ Cap. VI.

¹⁸ A. CATAUDELLA, *Enciclopedia del diritto*, voce *Fattispecie*, XVI, 1967.

La censura è agevolmente superabile, inquadrando correttamente la natura del nesso tra la fattispecie e gli effetti, che va riferito non alla causalità «giuridica», ma alla causalità «normativa», ed è differenza di non poco conto, che già porta a neutralizzare l'osservazione secondo cui la causalità tra fattispecie ed effetti implicherebbe una relazione tra fattori disomogenei, atteso che tale possibilità può senz'altro ammettersi nell'ambito della causalità normativa, poiché è la stessa norma a fungere da legge di copertura di detta relazione. Inoltre non è esatto affermare che il rapporto tra fattispecie ed effetti giuridici sia istituito tra mondi separati, atteso che la fattispecie non è una realtà fisica, ma è piuttosto la proiezione nell'ordinamento di questa realtà, è la qualificazione normativa del reale.

Né appare centrata la critica sulla incompatibilità tra causalità naturale e normativa, atteso che l'assimilazione non attiene alla legge di copertura – scientifica e reale nel primo caso, positiva e convenzionale nel secondo – ma al modello logico, che è assolutamente uniforme, perché il principio di causalità è un principio di ordine generale. La teoria della causalità di fatto è una legge della conoscenza, il cui statuto razionale si impone ogni qualvolta sia richiesto un accertamento di tipo causale, essendo l'unica teoria competente ad effettuare tale accertamento¹⁹. Al contrario sul piano logico vi è piena sintonia tra la causalità di fatto, fondata sulla condizione necessaria, e causalità normativa, fondata sull'ipotesi condizionale.

Alla luce di ciò, i corollari argomentativi che la tesi negatrice della concezione funzionale della fattispecie porta non sono decisivi, né pertinenti:

- a) la distinzione tra simultaneità e distacco temporale della successione tra eventi, che caratterizzano rispettivamente la causalità normativa e la causalità naturale, è da un lato inesatta, perché anche la causalità normativa può non essere simultanea²⁰ e il distacco temporale nella causalità materiale è temperato dalla continuità della successione²¹; dall'altro non conferente, perché la distinzione opera al di fuori dell'ambito di assimilazione concettuale, concernente lo schema logico-razionale della causalità, e non il suo concreto operare nella realtà di appartenenza;
- b) la distinzione tra probabilità e certezza della relazione, che caratterizzano rispettivamente la causalità naturale e la causalità normativa, è da un lato inesatta, perché la causalità naturale punta alla certezza allo stato attuale delle conoscenze, dall'altro irrilevante, perché la certezza della causalità normativa dipende dall'impiego di una legge convenzionale.

Terza obiezione è di ordine gnoseologico: la legge naturale ha natura dichiarativa, in quanto si limita ad accertare l'esistenza di un nesso causale tra due fenomeni, la legge giuridica collega alla

¹⁹ Il diritto può predisporre modelli di imputazione alternativi, che prendono il nome di causalità «giuridica», ma allorché utilizza modelli di imputazione causale, è vincolato al rispetto del principio di causalità.

²⁰ Se l'efficacia della norma è sospesa, oppure il prodursi dell'effetto è subordinato ad una condizione estranea alla fattispecie.

²¹ Essendo governata dal principio *natura non facit saltum*.

fattispecie gli effetti ed ha pertanto natura costitutiva. Se la legge giuridica, a differenza di quella naturale, determina il nesso tra fatto ed effetto, certamente concorre alla produzione dell'effetto, sicché è la stessa legge – e non la fattispecie – ad assumere efficacia causale.

La critica è apparsa persuasiva, ma solo perché i tentativi di superarla sono stati deboli, consistendo nell'assegnare alla fattispecie natura di concausa o di occasione, il che è inutile, se non contraddittorio.

La soluzione è sullo stesso piano del problema, cioè gnoseologico: è un errore di prospettiva pensare che le leggi naturali esauriscano la loro funzione nel descrivere i rapporti causali nel mondo fenomenico, o che le leggi giuridiche siano esclusivamente preordinate a creare le connessioni nel mondo normativo.

Indubbiamente la legge scientifica non è la causa dell'effetto, bensì la sua spiegazione; ma in questo senso è ciò che consente all'uomo di affermare la propria intelligenza del reale, cioè il fondamento della sua conoscenza, ha quindi, sul piano gnoseologico, valenza costitutiva: in sua assenza il rapporto di causalità sussisterebbe, ma l'essere umano lo ignorerebbe, cioè sarebbe come per lui inesistente.

La legge giuridica, più che generare l'effetto, lo "riconosce", perché formalizza un dato prepositivo, che fa parte della realtà che disciplina: l'ordine giuridico ha il monopolio dell'effetto giuridico, ma non delle sue fonti. Ha, cioè, funzione di qualificazione del reale. Sotto questo profilo, dunque, ha valenza dichiarativa.

L'inquadramento nel sillogismo non contraddice la concezione causale della fattispecie, ma piuttosto ne descrive la posizione logica, avendo però cura di precisare che nel sillogismo fattispecie e norma si identificano nella premessa maggiore.

Infatti, non deve essere accreditato l'equivoco che sorge dalla ellittica definizione della fattispecie come «causa degli effetti giuridici», espressione sincopata che sta per «descrizione normativa della causa degli effetti giuridici». Il termine «fattispecie» designa la descrizione dei fatti contenuta nella norma, cioè la fattispecie astratta (o ipotesi normativa). Prendendo alla lettera la formula che collega la produzione degli effetti alla fattispecie astratta lo schema logico di produzione dell'effetto sarebbe:

PREMESSA MINORE caso	PREMESSA MAGGIORE regola	CONCLUSIONE risultato
Fattispecie	Norma	Effetto

E' chiaro, però, che questo sillogismo non descrive il meccanismo di produzione dell'effetto giuridico, atteso che la fattispecie è un'ipotesi astratta e nessun effetto giuridico vive nel mondo

astratto. Esso, piuttosto, descrive la struttura formale della norma giuridica, che mette in relazione di antecedente/consequente due porzioni della disposizione legale²².

L'effetto giuridico si produce solo quando nella realtà si verifica un fatto conforme alla fattispecie, sicché è il fatto che deve essere inserito nella premessa minore.

la fattispecie

PREMESSA MINORE caso	PREMESSA MAGGIORE regola	CONCLUSIONE risultato
Fatto	Norma	Effetto

Questa è la rappresentazione logica della interazione tra norma e realtà, in cui la fattispecie è nella norma, quale «figura del fatto».

In tale prospettiva la fattispecie tende a identificarsi con il fatto giuridico. Il fatto giuridico si distingue dal fatto naturalistico perché questo è un accadimento che avviene nella realtà materiale, mentre quello è un accadimento giuridico, appartenente al mondo del diritto. Se un fatto naturalistico è previsto nella fattispecie di una norma, esso diventa giuridicamente rilevante ed è qualificabile come fatto giuridico. Ne segue che tutti i fatti giuridici sono altresì fatti naturalistici, mentre non è vero il contrario.

Tuttavia fatto giuridico e fattispecie non coincidono, poiché il fatto giuridico è l'oggetto della fattispecie. La fattispecie è semplice se costituita da un solo fatto, complessa se è invece costituita da una pluralità di fatti. Nel secondo caso i fatti possono anche venire in essere in momenti diversi, nel quale caso si parla di fattispecie a formazione progressiva, l'esempio più tipico della quale è il procedimento; altrimenti si parla di fattispecie a formazione concomitante.

Lo scarto tra fatto giuridico e fattispecie si percepisce sia in diritto civile, dove la teoria dei fatti giuridici seleziona le entità – qualificate dall'ordinamento – che possono essere assunte a presupposto di effetti giuridici, ma che nella fattispecie si accompagnano ad altri elementi, sia in diritto penale, dove la nozione di fatto tipico è più ristretta di quella di fattispecie.

Quando, peraltro, è stato introdotto nella nostra letteratura giuridica, il termine «fattispecie» è stato assunto nello stesso significato che in Germania si attribuisce al *Tatbestand*. La dottrina penalistica germanica adoperò per prima tale termine al fine di rendere il concetto sino ad allora espresso con la locuzione *corpus delicti*, la quale, peraltro, nella sua lunga evoluzione (che prende le mosse dal processo inquisitorio medioevale dove designava le circostanze obiettive che costituivano prova del reato), aveva perso quasi del tutto il significato processuale, per indicare il complesso di

²² Ante, § 2.

circostanze che determinano la comminatoria di una pena prevista dalle leggi penali. In questa accezione, di causa degli effetti giuridici, il termine *Tatbestand* (fattispecie) è diventato comune a tutte le discipline, per esprimere un concetto fondamentale nella dinamica del diritto e viene adoperato, in prevalenza, come sinonimo di «fatto giuridico».

La conversione del *Tatbestand* in «fatto giuridico» ha, peraltro, fatto perdere al termine la sua capacità di identificare il concetto di fattispecie, nella sua essenza normativa.

Nella scienza penale il «fatto giuridico» si è venuto sempre più delineando come «fatto tipico», cioè come la prima componente strutturale del reato. Ciò ha portato alla confusione tra almeno tre diversi concetti: fatto tipico, fattispecie, fatto di reato²³.

Intesa la fattispecie penale nel suo significato di teoria generale, come l'insieme degli elementi che costituiscono la norma penale ed a cui la stessa ricollega la propria statuizione, la sua identificazione non può che avvenire sulla base del dato positivo e, precisamente, del tipo di norma penale interessata. Pertanto, nelle norme incriminatrici la fattispecie è il complesso degli elementi, oggettivi e soggettivi, da cui deriva la pena.

La fattispecie incriminatrice ha, dunque, natura complessa.

L'analisi degli elementi che compongono la fattispecie è un tema centrale nell'elaborazione dogmatica della figura, particolarmente approfondito nel diritto civile, dalla teoria del negozio giuridico, che è solita contrapporre il nucleo centrale della fattispecie (oggi, forse, rintracciabile nell'art. 1325 c.c.), imperniato sui requisiti del negozio, a tutti gli altri elementi necessari per la produzione dell'effetto giuridico. Questi da taluno vengono considerati unitariamente, da altri ripartiti a loro volta (tra presupposti e fatti integrativi, oppure presupposti di qualificazione e presupposti di efficacia, o tra presupposti e circostanze, ecc.).

Nel diritto penale la dottrina del reato ha avvertito analoga esigenza, distinguendo la fattispecie del reato dagli altri elementi che possono rilevare ai fini della responsabilità, come i presupposti e le condizioni di punibilità.

Tale impostazione, peraltro, è incoerente con la concezione funzionale della fattispecie, che non ammette distinzioni tra tutti gli elementi necessari per la produzione dell'effetto giuridico, né l'ostacolo è superabile distinguendo tra fattispecie in senso stretto e fattispecie in senso lato, trattandosi di una pura operazione nominalistica.

Occorre prendere atto che la fattispecie penale talvolta contempla elementi ulteriori rispetto al reato, elevandoli a requisiti dell'incriminazione.

La collocazione di tali elementi, tuttavia, è ben possibile ove si ricordi la distinzione tra fatto giuridico e fattispecie: tutto ciò di cui consiste il reato è «fatto giuridico», la «fattispecie» è

²³ Cap. X.

composta dal reato e dagli altri elementi occorrenti per l'affermazione della responsabilità penale. Così può dirsi che la condizione obiettiva di punibilità è un elemento della fattispecie, ma non del reato.

Anche i cd. presupposti, quando sono estranei al fatto di reato, ma ne colorano la rilevanza penale, sono elementi della fattispecie. Alcuni esempi valgono a chiarire l'affermazione.

L'art. 14, comma 5-ter, primo periodo d.lgs. n. 286 del 1998 punisce con la reclusione da uno a quattro anni *“lo straniero che, senza giustificato motivo, permane illegalmente nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine di allontanarsene impartitogli dal questore ai sensi del comma 5-bis”*. Il reato consiste nella permanenza illegale sul territorio dello Stato in violazione dell'ordine di allontanarsi, ma la responsabilità sorge solo se lo straniero non si trovi impedito ad osservare l'ordine di allontanamento (per mancato rilascio di documenti da parte dell'autorità competente, assoluta indigenza che rende impossibile l'acquisto di biglietti di viaggio, grave situazione di salute e altre simili situazioni). Una volta esclusa la natura di causa di giustificazione (Corte cost. n. 22 del 2007), tale elemento non entra nel reato, ma acquista rilevanza all'interno della fattispecie, come elemento negativo.

L'art. 10-bis d.lgs. n. 286 del 1998 (introdotto dalla legge n. 94 del 2009), stabilisce che: *“1. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, lo straniero che fa ingresso ovvero si trattiene nel territorio dello Stato, in violazione delle disposizioni del presente testo unico nonché di quelle di cui all'articolo 1 della legge 28 maggio 2007, n. 68, è punito con l'ammenda da 5.000 a 10.000 euro. Al reato di cui al presente comma non si applica l'articolo 162 del codice penale. 2. Le disposizioni di cui al comma 1 non si applicano allo straniero destinatario del provvedimento di respingimento ai sensi dell'articolo 10, comma 1”*. Il reato è l'ingresso illegale nel territorio dello Stato, ma nell'ipotesi del secondo comma, per volontà espressa del legislatore, la pena non si applica, seppure lo straniero abbia effettivamente fatto ingresso illegale nel territorio dello Stato. Al di là dell'ambigua formulazione normativa, quello in esame sembra un vero e proprio elemento negativo della fattispecie.

Chiarita la distinzione tra fatto giuridico e fattispecie penale, il vero problema, piuttosto, è nel confrontare il reato come «fatto giuridico», che è un concetto normativo, riconducibile alla teoria della fattispecie, con il reato come «fatto tipico», che è un concetto dogmatico, riconducibile alla teoria del reato.

Il reato come ente normativo è l'intero fatto, cioè il nucleo centrale della fattispecie normativa. Il reato come categoria dogmatica è costituito, oltre che dal fatto tipico, dall'imputazione e dalla qualificazione. Sicché il fatto tipico non coincide con il reato, ma ne è solo una componente.

Ulteriore problema è se per «fatto di reato» – che è l'espressione utilizzata dal legislatore per fissare i principi fondamentali (art. 25, comma 2 Cost.; articoli 1 e 2 c.p.) e gli elementi costitutivi della responsabilità penale (articoli 40; 42, comma 2; 45; 46; 47; 48; 49, comma 1 c.p.) – si intenda il «fatto giuridico», il «fatto tipico», oppure un diverso concetto²⁴.

1.4 Il rapporto giuridico penale

Nel diritto civile ed amministrativo il principale prodotto della fattispecie normativa, cioè l'effetto giuridico essenziale, è il rapporto giuridico. Savigny lo definì «una relazione tra più persone determinata da una regola di diritto», la cui ragione è data dal conflitto delle libertà, tra le quali il diritto segna la linea di confine.

Lo sviluppo della nozione di rapporto giuridico, pur attingendo categorie pre-positive, è rimasto ancorato alla norma giuridica. Pertanto è opportuno stabilire, nello studio della norma penale, se gli effetti penali sono riconducibili a tale concetto²⁵.

Già l'utilizzabilità della categoria del rapporto giuridico è stata messa in dubbio per l'illecito civile. I rapporti giuridici determinano sia il diritto che il dovere: il dovere può anche essere negativo (non fare), ma non può essere negativo il diritto. Un diritto a non esser leso in un diritto, non esprime altro che lo stesso diritto, non è un diritto autonomo; come del resto non sarebbe autonomo un dovere al dovere, in una reiterazione infinita.

Nel fatto illecito extracontrattuale manca un rapporto giuridico all'origine, difettando sia il diritto (a non esser lesi), sia il dovere comportamentale (a non ledere), tanto è vero che se non si verifica il danno «ingiusto» non si configura l'illecito: la osservanza delle norme comportamentali (di prudenza, di perizia e perfino di legge) ha un valore tecnico al fini della colpa e, perciò, della responsabilità: è un dovere, in questo senso, empirico, non un obbligo giuridico; il vero obbligo dovrebbe consistere nel non recar danno ad altri, ma non si tratta di un obbligo, bensì di una responsabilità legata alla carenza di potere di chi agisce e, in definitiva, alla soggezione al diritto.

Su questa premessa si innesta la teoria del rapporto giuridico di responsabilità: la responsabilità comporta un dovere, che, in sede civile, è quello di risarcire il danno, in forma specifica o per equivalente. Ciò sarebbe confermato dall'art. 1173 c.c. che eleva il fatto illecito a fonte di obbligazioni.

Si obietta che il dovere di assolvere la sanzione, come il diritto a pretenderla, quali espressioni di un rapporto negativo o rovesciato al passato, sono soltanto potestà e soggezione: potestà di far valere la

²⁴ Cap. IX.

²⁵ S. PALAZZOLO, *Enciclopedia del diritto*, voce *Rapporto giuridico*, XXXVIII, 1987.

sanzione e soggezione di chi deve patirla, e che può liberarsi di tale soggezione mediante l'assolvimento spontaneo di essa, salva la sopravvenienza di ulteriore regolamento negoziale (ad esempio, transazione).

A maggior ragione un rapporto giuridico non potrebbe sorgere tra lo Stato e il cittadino.

La dogmatica penale ha ipotizzato questo rapporto secondo due schemi diversi: prima della commissione del reato, come diritto soggettivo dello Stato di punire, in corrispondenza del dovere dei consociati di osservare il precetto penale; dopo la commissione del reato come «rapporto punitivo», metafora penale del rapporto di responsabilità civile, in cui lo Stato ha la potestà di punire, attraverso l'applicazione ed esecuzione della pena, e il cittadino l'obbligo di sottostare a tale punizione.

La teoria del rapporto punitivo è stata contestata non tanto dal lato del diritto di punire quanto dal lato del dovere, perché il reo – si dice – non ha un dovere di «sottostare» alla sanzione, ma vi è di fatto assoggettato.

L'illecito penale, a differenza di quello civile, è costituito dalla inosservanza della condotta vietata o imposta (anche se qualificata dall'evento o se l'illecito è da questo condizionato) per il carattere strumentale della norma, protesa ad evitare, con l'asprezza della sanzione, il fallimento del diritto, laddove è più probabile o pericoloso per l'ordine sociale e, soprattutto, laddove è più grave, per la impossibilità di rimedi soddisfattori. Perciò la ragione della obbedienza, il dovere, è riconducibile ad un rapporto, ma la inosservanza crea una responsabilità, per la quale la natura afflittiva della pena evidenzia che non c'è un dovere.

Il rapporto punitivo è, insomma, un rapporto negativo, dove manca quella apparenza di positività che si coglie nell'illecito civile, in cui – per il contenuto patrimoniale e soddisfattorio della sanzione – al soggetto passivo è data la possibilità, e al contempo l'obbligo, di adempiere.

Tanto premesso si può anche accettare l'idea che esiste un rapporto punitivo, di potestà/soggezione, e si tratta di una potestà e di una soggezione che, come tutti i rapporti di questo tipo, traggono origine dalla composizione del rapporto primario. Resta fermo che, nello studio del sistema penale, è preferibile far riferimento alla nozione di effetti del reato, identificabili nelle varie conseguenze della responsabilità penale, ad iniziare dalle sanzioni²⁶.

Invece, è con riguardo alla situazione primaria, sottesa all'obbligatorietà della norma penale, che la teoria del rapporto giuridico penale può avere un'utilità. Il precetto penale, nello stesso momento in cui è posto, regola la sfera di libertà dell'individuo, creando su tutti i soggetti penalmente capaci rispetto ad esso un dovere giuridico, che può essere di azione o di astensione, la cui violazione genera il reato ed il rapporto punitivo. Dal lato attivo non si ravvisa, solo e tanto, una pretesa dello

²⁶ Volume 3.

Stato all'adempimento, ma anche e soprattutto un diritto del soggetto titolare del bene protetto alla sua conservazione, mercè l'adempimento del dovere.

La configurazione del rapporto giuridico primario serve, ad esempio, a risolvere il problema di inquadramento dei casi di incapacità penale.

2. Il contenuto della norma penale e la legge di copertura

Il contenuto della norma penale è il contenuto della sua fattispecie, che nelle norme incriminatrici può essere costruito tramite tecniche diverse, analitiche o sintetiche²⁷.

Il codice penale privilegia la normazione sintetica, ma tra i modelli di normazione sintetica ve se ne sono alcuni di ordine descrittivo, maggiormente analitici, ed altri di ordine normativo. Anche della distinzione tra elementi descrittivi e normativi della fattispecie si è detto²⁸, mentre qui occorre esaminare la natura della norma giuridica che impiega gli uni o gli altri.

Al riguardo si distingue tra disposizioni:

- 1) descrittive, costruite tramite il ricorso a elementi di comune esperienza;
- 2) valutative, costruite tramite il ricorso ad elementi normativi determinati;
- 3) elastiche, costruite tramite il ricorso ad elementi normativi indeterminati.

Le norme del 1° tipo sono autonomamente esplicative: configurano il fatto mediante termini immediatamente evocativi di concetti noti, siccome definiti da leggi di natura, sicché l'interprete può accertarne direttamente il significato.

Le norme del 2° tipo sono integrate da ordinamenti specialistici: configurano il fatto mediante termini definiti da fonti specialistiche, giuridiche (penali ed extrapenali) o non giuridiche, sicché l'interprete per accertarne il significato deve fare riferimento a concetti tecnici.

Le norme del 3° tipo sono integrate da codici culturali: configurano il fatto mediante termini definiti da sistemi di valore, di tipo etico, sociale o religioso, sicché l'interprete per accertarne il significato deve effettuare giudizi di valore.

La distinzione discende dal modo di essere del reato, ed è una delle manifestazioni del rapporto tra norma penale e realtà.

La norma penale disciplina la realtà, dunque la rappresenta in base alle leggi della conoscenza che la spiegano. Dal tipo di realtà che costituisce oggetto della norma (cioè dal reato che si prevede e punisce) dipende il tipo di legge utilizzata.

Se il reato è un fatto e i fatti sono accadimenti del mondo fisico, la loro rappresentazione normativa deve avvenire tramite i sistemi di conoscenza di quel mondo, cioè tramite la scienza.

²⁷ Cap. II, § 6.1.

²⁸ Cap. II, 6.2 e 6.3.

Poiché, però, il reato è un fatto umano e il diritto penale è un sistema di regolazione sociale, accanto alla dimensione empirica del fatto occorre considerare la dimensione umana e sociale. Se questa è immediatamente espressa dall'accadimento fenomenico *nulla quaestio*: il ricorso alle leggi scientifiche sarà sufficiente (es. omicidio). Se, invece, la dimensione sociale si distacca dal dato sensibile, implicando una lettura valutativa dell'accadimento fenomenico, il ricorso alle leggi scientifiche non è sufficiente, ma il legislatore utilizza leggi della conoscenza che hanno per oggetto l'uomo, più che la natura.

In tale seconda ipotesi, se si tratta di leggi codificate da discipline tecniche (diritto, economia, etc.), la norma impiega termini definiti dai relativi ordinamenti (es. delitti contro la pubblica amministrazione, reati tributari, reati societari, etc.); se si tratta di leggi non codificate, ma appartenenti ad ordinamenti immateriali e di "valore" (religione, morale, costume sociale, etc.), la norma impiega termini che a detti ordinamenti fanno riferimento per descrivere il fatto (es. atti contrari alla pubblica decenza e abuso della credulità popolare).

E' opportuno procedere in modo differenziato nell'analisi delle norme di ciascun tipo, considerando le leggi della conoscenza che sono ad esse sottese. Si tratta delle leggi di "copertura", concetto che la dottrina ha coniato per indicare la legge che "copre" la relazione causale tra condotta ed evento, ma che ancor più vale a definire la legge che "copre" la fattispecie incriminatrice. Tali leggi possono essere mutate, come anticipato, dalle scienze esatte, dalle scienze sociali, da sistemi di valore. In tale ultimo caso, come vedremo, non si tratta propriamente di leggi di copertura.

Dunque si procede a trattare:

- norme del 1° tipo e scienze matematiche, fisiche e naturali;
- norme del 2° tipo e scienze sociali;
- norme del 3° tipo e sistemi di valore.

2.1 Norme descrittive e scienze matematiche, fisiche e naturali

Da quanto precede risulta chiaro che le norme descrittive non possono che prevedere reati naturalistici.

L'identificazione dell'oggetto delle norme descrittive nelle fattispecie naturalistiche deriva da un'inversione della tradizionale nozione di queste norme, imperniata sulla immediata percepibilità del significato della fattispecie da parte dell'interprete, di cui l'impiego di concetti empirici sarebbe la spia. In base a tale impostazione una norma sarebbe descrittiva in quanto utilizza termini di comune esperienza, tali essendo quelli che non necessitano per la loro comprensione di un sapere

specialistico²⁹.

La definizione coglie alcuni aspetti, ma risulta approssimativa. Così impostata, infatti, la questione diventa di tipo soggettivo: è il patrimonio delle conoscenze collettive a qualificare la natura della fattispecie, piuttosto che il “taglio” della realtà identificato dal legislatore.

All’opposto, è corretto affermare che il carattere della fattispecie penale dipende dalla natura del fatto incriminato, cioè dalle leggi sottese alla sua definizione. Norme descrittive sono quelle che, appunto, descrivono la realtà, cioè quelle che fanno riferimento alle leggi scientifiche: è il dominio gnoseologico cui appartiene la norma penale a qualificarla, non già la percezione collettiva del testo normativo. Il linguaggio si adatta alle idee, non viceversa³⁰.

Dunque, più che essere la norma descrittiva la fonte di un reato naturalistico, è la previsione di un reato naturalistico a richiedere una norma descrittiva. Il carattere descrittivo della norma è il postulato della struttura empirica del fatto, che a sua volta è predicato dell’inerire ad un fenomeno governato da una legge di natura.

Le norme totalmente descrittive non sono molte, ma quelle prevalentemente costruite con elementi descrittivi sono la maggioranza e, comunque, tendenzialmente interessano i settori di maggior rilievo, dove l’incriminazione sorge spontanea o, come si dice, «naturale», cioè strettamente aderente alla sensibilità collettiva.

Pertanto, pur essendovi affinità tra reati «naturalistici» e reati «naturali», dal punto di vista dogmatico si tratta di categorie diverse.

I reati naturalistici sono costruiti sulla base delle leggi della natura, cioè delle leggi scientifiche; i reati naturali sono quelli che rispondono alla coscienza collettiva, cioè alle norme socio-culturali.

Per converso la definizione dei reati «naturali» non deve trarre in inganno dal lato opposto: i reati naturali non sono tali perché costruiti sulla base di concetti socio-culturali, ma perché esprimono i valori dominanti a livello socio-culturale.

Tutte le norme penali, descrittive o valutative che siano, hanno un collegamento socio-culturale, proprio perché prevedono illeciti sanzionati con la pena, la cui giustificazione è nella lesione a beni giuridici o in modalità di lesione avvertiti come rilevanti dalla comunità. I reati che realizzano pienamente tale collegamento sono definiti «naturali», gli altri «artificiali».

La categoria del reato naturalistico, invece, riposa sulla natura del fatto incriminato, esclusivamente definito nella sua dimensione fenomenica, di per sé capace di rappresentarne il significato penale.

²⁹ Dietro questa tesi si cela un equivoco: la conoscenza umana procede per constatazione (esperienza diretta) e per inferenza (ragionamento). Ma la constatazione non produce di per sé conoscenze, quanto informazioni. L’oggetto osservato resterebbe non identificato se l’osservatore non lo inquadrasse in categorie generali, sicché non v’è dato di comune esperienza che sia tale senza l’applicazione di una legge, e le leggi che attribuiscono significati universalmente accettati alle cose sono le leggi scientifiche.

³⁰ Gli antichi lo dicevano assai bene: «*rem tene versa sequantur*», ma anche «*nomina sunt consequentia rerum*».

Ne consegue che un episodio di vita reale può costituire al tempo stesso un reato naturalistico, perché definito su base scientifica, e un reato naturale, perché trova piena rispondenza negli orientamenti culturali dell'epoca. I delitti contro la persona sono il classico esempio di reato naturalistico e naturale. D'altronde è fisiologico che la coscienza collettiva si orienti a disapprovare i fatti che hanno un'evidenza negativa già sul piano fenomenico.

In ordine al rapporto tra reati naturali e reati naturalistici può concludersi nel senso che i reati naturalistici sono tendenzialmente anche reati naturali, mentre non è vero il contrario, perché molti reati naturali possono trovarsi anche tra le fattispecie costruite con elementi valutativi (cd. reati tecnici).

Ritornando alla questione relativa al peso degli elementi descrittivi, è senz'altro preferibile classificare le fattispecie che hanno prevalenza di questi elementi tra i reati naturalistici. Tuttavia, il criterio di giudizio non è tanto quantitativo, quanto qualitativo. E', infatti, il ruolo svolto dalle leggi di natura nella costruzione (e nell'interpretazione) del fatto a connotare la figura criminosa come naturalistica.

Ad esempio non tutti i delitti contro il patrimonio, che sono descritti tramite concetti mutuati dal diritto civile, si sottraggono alla categoria del reato naturalistico: nei delitti mediante violenza a cose o persone il nucleo centrale delle fattispecie è rappresentato da concetti empirici (furto, rapina, estorsione, sequestro a scopo di rapina, invasione, danneggiamento).

Analogamente per i reati contro l'onore, dove pure l'evento – giuridico, ma anche materiale – consiste nell'offesa a beni tutelati dal diritto civile (onore, decoro, reputazione) e, però, la fattispecie è imperniata su una condotta che si coglie interamente sul piano fenomenico, consistente nell'atto di "offendere" una persona, cioè in un'azione, verbale o gestuale, diretta contro un altro soggetto, presente o meno.

Questi esempi inducono ad una riflessione ulteriore: il carattere naturalistico di una fattispecie dipende anche dal livello di materialità del fatto incriminato: le fattispecie costruite su base materiale e causale sono, tendenzialmente, regolate da leggi scientifiche.

Individuato nella diretta sottoposizione del fatto al dominio scientifico la discriminante del reato naturalistico, è bene circoscrivere questo dominio.

Il problema, spesso ricorrente nell'esame dei vari argomenti didattici, in questa sede richiede un approccio istituzionale, senza riferimenti al metodo ed allo statuto epistemologico della disciplina, perché si tratta solo di prendere atto di quali sono le famiglie di reati che trovano immediata rispondenza nel mondo fisico.

Lo scopo ultimo della scienza è la comprensione della natura, al fine di potere prevedere e possibilmente intervenire sullo sviluppo di uno o più fenomeni. Pertanto le leggi scientifiche non

sono mai mere ipotesi, ma teorie che superano nel tempo diverse verifiche.

Le scienze “pesanti” – cui ci si intende riferire quando si utilizza semplicemente il vocabolo «scienza» o l’espressione «leggi scientifiche» – sono le scienze matematiche, fisiche e naturali, che si affidano a modelli matematici, come matematica³¹, informatica, fisica, chimica. Queste, a loro volta, costituiscono la base di altre scienze, che pure presentano un elevato grado di formalizzazione, come la statistica, la biologia, l’astronomia, le scienze della terra.

Le scienze applicate sono tutte le discipline scientifiche che trasformano i risultati della ricerca pura in tecnologia. A titolo esemplificativo vi rientrano la medicina, l’ingegneria, l’architettura, la scienza delle costruzioni.

Le scienze “leggere” sono quelle sociali, che studiano l’uomo nella sue diverse manifestazioni. A titolo esemplificativo vi rientrano il diritto, l’economia, la storia, l’antropologia, la sociologia, le scienze politiche, la psicologia.

Solo le scienze pesanti elaborano leggi di natura, sicché solo le fattispecie costruite sulla base di concetti ad esse riferibili possono definirsi come naturalistiche. Tuttavia, a determinate condizioni, anche le leggi formulate dalle scienze “leggere” possono essere utilizzate nei reati naturalistici³².

La categoria del reato naturalistico soddisfa al meglio i principi di materialità, determinatezza e personalità e la sua fattispecie si configura come una deduzione rigorosa, sempre che il significato scientifico non sia adattato dal legislatore allo scopo dell’incriminazione (es. violenza sessuale) o il fatto non sia configurato anche con elementi normativi, tecnici o culturali.

2.2 Norme valutative e scienze sociali

Simmetrico al rapporto tra norme descrittive e reati naturalistici è quello tra norme valutative e reati tecnici.

L’identificazione dell’oggetto delle norme valutative nei reati tecnici deriva da un’analisi che segue la stessa linea di quella esaminata al paragrafo precedente: se il carattere della fattispecie penale dipende dal dominio gnoseologico cui appartiene, norma valutativa è quella che si fonda su discipline specialistiche, i cui concetti consistono, appunto, in valutazioni della realtà.

Nei reati tecnici il nucleo essenziale della fattispecie è rappresentato tramite elementi normativi definiti da leggi tecniche, giuridiche e non, in quanto il fatto incriminato, pur avendo un presupposto naturalistico, consiste in un qualcosa di più, che ne illumina il significato penale. Questo qualcosa di più è configurato grazie alla mediazione di un concetto tecnico, che, per il

³¹ Aritmetica, algebra, geometria, analisi, logica.

³² In particolare la psicologia, allorquando si agganci alle scienze neurologiche. Si pensi alle varie fattispecie con evento psichico.

tramite di uno schema valutativo, qualifica sotto una certa angolazione sociale l'accadimento fenomenico.

Anche i reati tecnici possono integrare reati «naturali», se la fonte specialistica di integrazione connota una lesione rispondente alla coscienza della comunità. Tuttavia è più facile rispetto ai reati naturalistici che tra di essi si trovino reati «artificiali», proprio perché il rinvio all'ordinamento specialistico è la tecnica fisiologica per la creazione di un reato puramente legislativo, o di natura formale, in funzione preventiva (es. reati tributari, reati ambientali).

Problema controverso è quello del peso che gli elementi normativi di tipo specialistico devono assumere all'interno della fattispecie perché questa possa classificarsi come reato tecnico.

La soluzione è speculare a quella adottata in materia di reati naturalistici: gli elementi normativi e le leggi che li definiscono devono assumere un ruolo prevalente nella costruzione (e nell'interpretazione) del fatto.

Si è già operato l'esempio dei delitti contro il patrimonio, non tutti ascrivibili al genere dei reati tecnici, pur essendo tutti formulati con l'impiego di elementi normativi, desunti dal diritto civile: chi ascriverebbe mai la rapina a reato «tecnico»? Più in generale può dirsi che molti reati naturalistici contengono aspetti tecnici, tuttavia secondari o, comunque, non centrali nella fenomenologia dell'incriminazione³³.

Al contrario esistono numerose figure in cui i concetti tecnici occupano il nucleo centrale delle fattispecie, come nei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, dove il fatto tipico consiste o è qualificato da illegittimità amministrative.

Individuata nella sottoposizione del fatto al dominio di discipline specialistiche non scientifiche la discriminante del reato tecnico, è bene circoscrivere questo dominio.

Come anticipato dal punto di vista gnoseologico le discipline specialistiche non scientifiche si collocano nel settore delle scienze sociali (o umane), dove il concetto di scienza è utilizzato in senso lato, per connotare un sapere organizzato e razionale, cioè un sistema di conoscenze generato tramite l'acquisizione e l'analisi dei dati, trattati secondo un protocollo uniforme, che sfocia nella elaborazione di teorie sulla realtà che ne forma oggetto.

Nell'ordinamento penale un ruolo preponderante hanno le discipline giuridiche, in particolare il diritto civile e quello amministrativo. Ciò dipende essenzialmente dalla sussidiarietà del diritto penale, che sanziona fatti i quali già costituiscono illecito o comunque ricevono una qualifica negativa in altri ordinamenti. Inoltre, anche al di là della sfera di sovrapposizione tra disvalore penale e disvalore civile o amministrativo, il legislatore penale trova conveniente descrivere la

³³ Ci sono poi reati naturalistici la cui struttura essenziale è in parte costruito con il ricorso ad elementi normativi, in virtù dell'estensione del tipo. E' il caso dell'omicidio, la cui figura base rappresenta il modello del reato naturalistico, ma che nella forma omissiva (575 e 40, comma 2 c.p.) ed in quella colposa (589 c.p.) richiama elementi extrapenalici.

realtà attraverso concetti di sintesi già elaborati da altri rami dell'ordinamento giuridico. La massiccia presenza di fattispecie che impiegano concetti giuridici ne giustifica una trattazione separata.

Concetti desunti da altre discipline specialistiche sono meno frequenti, e raramente occupano un posto principale nella configurazione del fatto incriminato, sicché i reati che li contengono sono per lo più classificabili come reati naturalistici. E' possibile, peraltro, che concetti desunti da discipline specialistiche non giuridiche si trovino all'interno di fattispecie incentrate su concetti giuridici (d'altra parte gli istituti del diritto privato e del diritto pubblico spesso disciplinano fenomeni economici, sociali, politici)

Tuttavia esistono anche casi di reati tecnici direttamente incentrati su scienze sociali non giuridiche (es. molti dei delitti contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio)

La categoria del reato tecnico si configura come una deduzione approssimata: diversamente dall'opinione che impropriamente si affaccia talvolta in dottrina e, soprattutto, in giurisprudenza, a proposito del principio di determinatezza, i reati incentrati su concetti giuridici – e a maggior ragione su concetti non giuridici – non sono codificati su base universale: il rinvio a norme giuridiche, dunque a codici definiti, lascia aperto il problema della legge di copertura finale (cioè della legge sottesa alla fonte extrapenale richiamata). E' solo questa che può definire un concetto su base universale, se appartenente al dominio delle scienze esatte. Ma se il legislatore penale opta per il rinvio a concetti del diritto civile o amministrativo è perché il fatto non è definibile esclusivamente tramite leggi scientifiche.

2.3 Norme elastiche e sistemi di valore

Norma elastica è quella che utilizza concetti indeterminati o vaghi, benché determinabili, attraverso il raccordo tra *standards* sociali e principi giuridici.

Per le norme elastiche non può essere riprodotto lo schema metodologico che presiede all'analisi delle norme descrittive e valutative: le norme elastiche non rinviano a leggi della conoscenza, ma piuttosto a sistemi di valore, per quanto radicati nella cultura di una comunità.

Ne consegue che il legislatore penale non può incentrare la fattispecie su elementi siffatti, perché altrimenti si porrebbe in conflitto con i principi costituzionali, primo tra tutti quello di legalità sostanziale. Se è vero che la legislazione penale è orientata da sistemi di valore, ciò opera sul piano della politica criminale, non della costruzione della fattispecie, che deve essere immediatamente rappresentativa dell'episodio di vita incriminato, evitando mediazioni ambigue e l'impiego di termini che lasciassero spazio alla discrezionalità dell'interprete, quali inevitabilmente sarebbero

quelli affidate a concetti di valore.

Ciò spiega sia il ridotto numero in materia penale di norme elastiche, sia soprattutto la loro struttura peculiare. Infatti, mentre esiste una tendenziale coincidenza tra reati naturalistici e norme descrittive, ovvero tra reati tecnici e norme valutative, le norme elastiche non generano una terza categoria di reati. Le norme elastiche, anche se impiegano concetti indeterminati, disegnano una fattispecie di stampo naturalistico, essendo imperniate su elementi fortemente connotati sul piano empirico, cui accedono i profili di matrice culturale.

A titolo esemplificativo si considerino delitti come gli atti osceni (art. 527 c.p.), le pubblicazioni e gli spettacoli osceni (528 c.p.), l'incesto (art. 564 c.p.), gli attentati alla morale familiare col mezzo della stampa periodica (art. 565 c.p.), la pornografia minorile (art. 600-ter c.p.); ovvero contravvenzioni come la bestemmia e le manifestazioni oltraggiose verso i defunti (art. 724 c.p.), gli atti contrari alla pubblica decenza (art. 726 c.p.), il danneggiamento del patrimonio archeologico, storico o artistico nazionale (art. 733 c.p.) la distruzione o deturpamento di bellezze naturali (art. 734 c.p.). In ciascuno di questi reati è ben visibile la presenza di uno o più concetti di valore, ma è altrettanto chiaro che si tratta di reati costruiti in chiave naturalistica, in cui il termine extragiuridico fornisce una connotazione negativa al fatto tipico, o qualificando negativamente la condotta (es. artt. 527 e 726 c.p. con riguardo ai concetti "di osceno" e "contrario alla pubblica decenza"), o qualificando positivamente l'oggetto materiale offeso (es. artt. 733 e 734 c.p. con riguardo ai concetti di "particolare pregio" e di "bellezza naturale").

A ulteriore dimostrazione che le fattispecie che si avvalgono di termini elastici gravitano nell'area dei reati naturalistici si considerino i reati sessuali, originariamente previsti nel titolo sui delitti contro la morale pubblica, poi sostanzialmente trasferiti nel titolo sui delitti contro la persona, il che è ammissibile proprio in ragione del contenuto dei fatti incriminati.

Nei reati tecnici l'incriminazione avviene sul presupposto di un fatto ricostruibile secondo le leggi scientifiche, ma non colpisce direttamente il fatto così ricostruito, ma solo in quanto calato in una dimensione valutativa.

Invece l'impiego di concetti elastici, ricavati da sistemi di valore, è una tecnica per selezionare in un'area di comportamenti regolati da leggi di natura i segmenti penalmente rilevanti: ad essere direttamente incriminato è pur sempre un fatto ricostruibile secondo le leggi scientifiche, ma l'incriminazione è ristretta alla porzione designata dall'elemento culturale. Si ricordi, peraltro, che l'art. 533, comma 1 c.p.p. postula che il reato debba essere accertato "al di là di ogni ragionevole dubbio", il che esclude l'impiego di leggi di copertura non scientifiche³⁴.

Infatti nelle norme elastiche la legge di copertura del fatto resta quella scientifica, mentre è solo la

³⁴ Cap. I, sez. II, § 6.3 .

componente culturale ad essere definita da leggi non scientifiche, che non sono leggi esplicative, ma leggi fondanti. Tuttavia vi è una certa differenza tra codici religiosi, etici, e sociali. Il legislatore penale predilige questi ultimi, nelle diverse forme (*standards* morali, di costume, estetici, etc.). Differentemente dai valori della religione e dell'etica, che appaiono come verità rivelate o come dogmi aprioristici, gli *standards* sociali sono la sedimentazione di usi, tradizioni, convincimenti, cui non è estraneo un procedimento di analisi del reale. Questo accorcia la distanza tra i concetti di valore e i principi di garanzia del diritto penale, quali determinatezza, materialità, offensività. La categoria del reato naturalistico con elementi elastici si configura come una deduzione approssimata.

3. Legge penale ed ordinamenti extrapenali

Questo argomento attiene al contenuto della fattispecie penale, ma anche alla struttura del reato, quando le categorie giuridiche extrapenali (contratto e atto amministrativo) assorbono il fatto tipico³⁵. E' un problema di parte generale, che però va risolto – non essendo definito dalla parte generale del codice – sulla base di un'indagine di carattere sistematico con riguardo alle molteplici figure di parte speciale che prendono in considerazione il contratto e l'atto amministrativo, per inferirne conclusioni di carattere generale.

Preliminare a questa indagine, che sarà svolta nelle prossime sezioni, è fissare la cornice teorica, relativa al rapporto tra diritto penale e ordinamenti extrapenali, su cui esistono tre indirizzi:

- teoria sanzionatoria;
- teoria autonomistica;
- teoria intermedia.

3.1 Concezione sanzionatoria

Il primo orientamento, sia in ordine cronologico che metodologico, è quello della subordinazione del diritto penale agli altri ordinamenti, che muove dalla concezione sanzionatoria del diritto penale, secondo la quale la pena interviene solo quando nessun'altra sanzione sia idonea a proteggere integralmente l'interesse e, dunque, la sua funzione è quella di comminare un tipo di sanzione appropriata per fatti che hanno già le caratteristiche di illecito nell'ordinamento civile o amministrativo.

³⁵ Il reato è un fenomeno direttamente qualificato dalla legge penale, ma in questi casi la legge penale utilizza in posizione centrale categorie che mediano tra norma e realtà. Il reato non è il contratto o l'atto amministrativo, ma il fatto incriminato è punito in quanto ne riproduce lo schema tipico.

L'adesione alla concezione sanzionatoria implica che la funzione del diritto penale si incentra sulla previsione della sanzione, e non sulla costruzione del precetto, che è già presente negli altri ordinamenti, con la conseguenza che il riferimento ad essi contenuto nella norma penale va inteso in senso pieno, integrale.

Questa tesi ha due ordini di corollari:

- i concetti di matrice extrapenale vanno desunti direttamente dall'ordinamento che li definisce, senza alcuna modificazione o adattamento, come se si trattasse di un rinvio formale;
- la disciplina degli elementi extrapenali è quella propria dell'ordinamento di provenienza, sicché il procedimento di formazione dell'atto giuridico civile o amministrativo o le sue invalidità si riflettono sul perfezionamento del reato.

La teoria sanzionatoria si fonda sul principio di sussidiarietà, che è pacificamente accolto dalla dottrina e dalla giurisprudenza, per quanto ne sia controverso il fondamento costituzionale e l'ambito di applicazione³⁶.

Si è già avuto modo di rilevare, trattando del principio di frammentarietà, l'infondatezza di questo argomento³⁷. Può aggiungersi che la natura sussidiaria dell'intervento penale non implica un rapporto di derivazione o di dipendenza della fattispecie penale da strutture extrapenali: identificati i presupposti ed i limiti dell'incriminazione di un fatto, il cui disvalore eccede quello sanzionato dall'ordinamento civile o amministrativo, il legislatore penale resta autonomo nel fissare il contenuto del reato, in base alla funzione cui assolve nel sistema penale.

Per converso esistono importanti obiezioni alla concezione sanzionatoria, di ordine metodologico, teorico e tecnico.

Dal punto di vista metodologico la questione dei rapporti tra legge penale ed ordinamenti extrapenali non può ignorare che il sistema penale è retto da principi propri, anche a livello costituzionale, che hanno valore fondante, sì che l'intervento penale non può ridursi alla mera previsione di una sanzione. Al contrario, la fattispecie penale possiede una marcata autonomia sul piano sostanziale, dovendo costituire attuazione di detti principi, che non trovano corrispondenza nel diritto civile o amministrativo.

Dal punto di vista teorico la questione dei rapporti tra legge penale ed ordinamenti extrapenali si traduce in un fenomeno di concorso tra norma penale ed extrapenale. La concezione sanzionatoria di fatto giunge a ritenere che vi sia perfetta coincidenza tra l'ambito di applicazione della norma penale e di quella extrapenale, mentre il rapporto è di specialità, unilaterale o bilaterale.

Dal punto di vista tecnico se fosse vero che il diritto penale ha una funzione sanzionatoria, ogni ipotesi di reato che assuma a fondamento un negozio ed un atto amministrativo dovrebbe

³⁶ Cap. III, § 6.1 .

³⁷ Cap. II, § 9.

presupporre l'illiceità o, quanto meno, l'invalidità, mentre esistono numerose figure di reato che incriminano negozi leciti (es. ricettazione, frode in commercio, truffa) o attività amministrative legittime (es. corruzione impropria).

A quanto precede può aggiungersi che i risultati pratici derivanti dall'applicazione della teoria sanzionatoria sono spesso incongrui, perché, importando meccanicamente nozioni di diritto civile ed amministrativo nell'ordinamento penale, si giunge a soluzioni circa la punibilità o la non punibilità dei soggetti autori del fatto difformi dalla comune ermeneutica della fattispecie penale, che contrastano con quella che ne è l'oggettività giuridica.

Per rendersi conto delle distorsioni che produce un incondizionato ed aprioristico travaso dei concetti extrapenalici è sufficiente riflettere sui termini di "possesso" e "detenzione" che figurano nei reati di furto e rapina: la giurisprudenza ha sempre inteso questi concetti in un'accezione più ampia di quella civilistica, intendendo il possesso come comprensivo di qualsiasi potere di fatto sulla cosa, esercitato al di fuori della sfera di vigilanza e controllo del titolare, e la detenzione come qualsiasi forma di disponibilità materiale della cosa, anche illegittima o clandestina. Diversamente sarebbero rimasti non punibili, per furto o rapina, i comportamenti di sottrazione di beni che non appartenevano alla disponibilità giuridica del soggetto passivo, o che fossero diretti ad arricchire un terzo e, dunque, forieri di un acquisto privo dell'*animus possidendi*.

3.2 Concezione autonomistica

La reazione alla concezione sanzionatoria ha fatto maturare un'opposta teoria, che fa leva sul carattere di autonomia del sistema penale.

Se il legislatore penale fa riferimento a categorie che trovano la loro definizione normativa in altri ordinamenti, non si tratta di un riferimento assorbente, ma di una pura tecnica di descrizione del fatto incriminato. Occorre prendere atto che sono suscettibili di pena episodi di vita che si inseriscono nel traffico giuridico. Tuttavia, dal punto di vista penalistico, il traffico giuridico rileva in modo diverso da quello che rileva per l'ordinamento di settore, che calibra gli effetti giuridici di una fattispecie sul rapporto costituito tra le parti, in funzione degli interessi riconosciuti all'interno dell'ordinamento medesimo.

In diritto penale, invece, non si tutelano interessi, pubblici o privati che siano, ma beni giuridici, valori generali, rispetto ai quali la nozione della categoria codificata dall'ordinamento di appartenenza potrebbe essere inadeguata. Ad esempio la definizione di contratto di cui all'art. 1321 del codice civile è fondata sul requisito della patrimonialità, che è irrilevante in tutte quelle fattispecie penali che utilizzano l'accordo al di fuori della sfera patrimoniale.

In assoluto, poi, vi sarebbe incompatibilità tra reato, fenomeno in sé illecito, e contratto o provvedimento, per definizione atti giuridici leciti.

L'adesione alla concezione autonomistica implica che il diritto penale provvede in via del tutto indipendente alla costruzione del precetto, con la conseguenza che ogni riferimento a concetti propri di altri ordinamenti giuridici vale solo a indicare che il legislatore ha prediletto una formula sintetica per descrivere il fatto.

Questa tesi ha due ordini di corollari:

- i concetti di matrice extrapenale vanno elaborati all'interno dall'ordinamento penale, senza alcun condizionamento da parte dell'ordinamento in cui sono definiti;
- la disciplina degli elementi extrapenali resta quella propria dell'ordinamento penale, sicché il procedimento di formazione dell'atto giuridico civile o amministrativo o le sue invalidità non incidono sul perfezionamento del reato.

Anche la teoria autonomista è stata criticata sotto più aspetti.

Dal punto di vista metodologico, come non si può negare l'autonomia dell'ordinamento penale, nondimeno non possono negarsi i nessi con gli altri sistemi, in virtù del principio di unitarietà dell'ordinamento. Quando viene preso in considerazione un fenomeno giuridico, è vero che esso riceverà una diversa valutazione diritto penale e nell'ordinamento cui appartiene, ma resta lo stesso fenomeno. E allora necessità logica vuole che, pur nella diversità di trattamento e valutazione, esistano dei nessi tra disciplina penale e disciplina extrapenale.

Dal punto di vista teorico, l'ordinamento giuridico non può costruire i propri concetti prescindendo da quello che è il dato di partenza fissato dalla legge di copertura. Gli stessi principi fondamentali, contenuti nella Costituzione, indicano che la norma penale debba fare riferimento alle leggi che disciplinano la realtà che ne forma oggetto. Quando questa realtà è puramente fisica, a rilevare sono solo le leggi scientifiche. Ma se il fatto incriminato è disciplinato da un altro ordinamento, significa che al dato naturalistico si sovrappone uno normativo, che non può essere ignorato: così come il legislatore penale non può manipolare le leggi scientifiche, non può neppure manipolare le leggi giuridiche che governano il fatto incriminato. Portando alle estreme conseguenze la teoria autonomistica, il diritto penale sarebbe legittimato a costruire da sé anche le categorie naturalistiche, per piegarle alle esigenze dell'ordinamento penale.

Dal punto di vista tecnico, reato e contratto o reato e provvedimento non sono incompatibili, e numerose fattispecie penali («reati di contratto» e «reati d'atto») le assumono ad elemento centrale del fatto tipico. Quasi sempre il reato si innesta su di una vicenda civile o amministrativa già qualificata negativamente nell'ordinamento di appartenenza, in termini di illiceità o di invalidità, quanto meno nella forma dell'annullabilità.

Gli inconvenienti della teoria autonomistica si evidenziano assai bene proprio quando la fattispecie penale contenga un riferimento a contratti tipici, come nella vendita di stupefacenti o di armi, essendo una forzatura negare l'incidenza che le vicende della formazione del consenso negoziale hanno sul perfezionamento del reato.

Infatti, ad avviso della giurisprudenza, la cessione illecita di stupefacenti si perfeziona nel momento in cui si realizza l'accordo sugli elementi essenziali dell'operazione (qualità e quantità della sostanza da un lato, prezzo dall'altro), senza che occorra la consegna del bene o il pagamento del corrispettivo.

Analogamente, in tema di vendita di armi è stata ritenuta rilevante anche la fase delle trattative, poiché la norma incriminatrice sanziona la condotta di chi "pone in vendita", sull'implicito postulato che, in assenza di questa estensione, la fattispecie sarebbe coincisa con la vendita civilistica.

3.3 Teoria intermedia

L'esigenza di superare l'antitesi tra le due concezioni e di trovare una soluzione equilibrata, priva dei difetti che caratterizzavano le teorie estreme, ha portato all'affermazione di un orientamento intermedio, prevalente in giurisprudenza, pur in assenza di una riflessione organica sul problema dei rapporti tra diritto penale ed ordinamenti extrapenali.

La teoria intermedia postula un coordinamento tra fattispecie civile e fattispecie penale: quando il legislatore utilizza concetti propri di altri ordinamenti, si presume che abbia avuto come punto di riferimento il significato proprio dell'ordinamento di provenienza, ma non che lo abbia recepito automaticamente. Pertanto l'interprete deve muovere dalla nozione codificata del concetto, inserirla all'interno della norma penale, verificarne il funzionamento. Prima di tutto ne verifica l'eventuale incompatibilità; ove la verifica sia favorevole, cioè sussista una compatibilità, procede al suo adattamento.

Si tratta di una mediazione tra le due concezioni, perché assume come base concettuale quella dell'ordinamento extrapenale, ma ne postula l'adattamento al sistema penale.

Nell'adattamento il criterio fondamentale da tener presente è sostanziale: l'istituto, la figura, la categoria giuridica extrapenale devono essere considerati per quella che è la loro portata rispetto alla vicenda storica. Fondamentalmente, ciò che rileva non è il *nomen juris* o la struttura formale della figura richiamata, ma la sua capacità di modificare la realtà, rispetto alla quale occorre

apprezzarne l'efficacia, perché al diritto penale interessano le modificazioni del mondo reale, anche quando avvengano con l'intermediazione di una figura giuridica³⁸.

Questa tesi ha due ordini di corollari:

- i concetti di matrice extrapenale vanno elaborati sulla base del significato posseduto nell'ordinamento di origine, cogliendone il dato costante nelle norme penali che li impiegano (es. per il contratto è l'accordo), ed accertando di volta in volta la compatibilità degli altri profili;
- la disciplina degli elementi extrapenali deve essere calata nel contesto della fattispecie penale, per verificare se e che in termini la formazione dell'atto giuridico e la sua patologia interferiscono sul reato.

3.4 Concezione intermedia e categorie scientifiche

Prima di dichiarare l'opzione per una delle tre teorie, occorre capire a fondo il perché si pone il problema della rilevanza di concetti giuridici extrapenali.

Il reato è un fatto, come tale retto dalle leggi scientifiche; l'ordinamento penale è, dunque, assoggettato al dominio scientifico.

Se, però, il reato consiste anche in un fatto che ha già rilevanza per l'ordinamento giuridico, al legislatore penale interessa non solo come fenomeno naturale, ma anche come fenomeno giuridico. Sono reati in cui la componente naturalistica è pura per un segmento del fatto, mediata dalla qualificazione normativa per un altro segmento. Talvolta questo segmento acquista la prevalenza, e il reato ha carattere tecnico.

Nella sistematica penale le fattispecie che impiegano elementi normativi definiti da ordinamenti giuridici extrapenali sono norme di secondo tipo, in cui l'interprete deve operare un'integrazione, rivolgendosi all'ordinamento cui l'elemento appartiene. Ma se l'integrazione fosse meccanica, se l'importazione all'interno dell'ordinamento penale avvenisse senza un controllo, il sistema potrebbe entrare in crisi, perché riceve un elemento ad esso estraneo.

Da qui l'esigenza di un compromesso.

Obiettano i sostenitori della teoria autonomistica che al centro delle indagini della teoria intermedia non viene posto il fatto considerato nella sua materialità, indipendentemente dalle sue qualificazioni giuridiche, in ragione del quale si può anche sorvolare su quei vizi che non conducono palesemente alla distruzione dell'atto giuridico e così riconoscere sufficiente la situazione di fatto come fattore

³⁸ Se c'è l'omicidio con arma da fuoco, non c'è nessuna intermediazione dell'ordinamento, evidentemente: c'è un colpo di pistola, un organo vitale viene attinto, la persona muore. Ma quando si parla di truffa, quando si parla di corruzione, quando si parla di usura, è chiaro che c'è l'intermediazione: cioè il fenomeno reale è il frutto di un fenomeno giuridico e, allora, si guardano gli effetti pratici che si sono prodotti per il tramite dell'ordinamento extrapenale.

costitutivo del reato. In questa prospettiva la salvaguardia dei principi costituzionali propri dell'ordinamento penale impone che la disciplina extrapenale perda di significato nell'ambito penale, dove qualsiasi approccio al problema che prescindendo dalla fattispecie tipica è destinato a scontrarsi con il principio di legalità.

Così per la concezione autonomista il reato consta sempre esclusivamente di elementi penalistici, anche quando alcune nozioni sono ricevute da altri rami dell'ordinamento giuridico, nei cui confronti al diritto penale non può essere attribuito alcun ruolo complementare. È la fuoriuscita dalla logica della questione pregiudiziale a segnare la completa appropriazione della materia da parte del diritto penale: la questione dell'atto giuridico che integra la fattispecie penale o qualsiasi altra che implichi la soluzione di controversie civili o amministrative non solo è di competenza del giudice penale, ma non può che essere valutata in una prospettiva interna al sistema penale. Ne consegue che le questioni relative a esistenza e validità dell'atto negoziale o amministrativo in sede penale, o al significato di termini propri del diritto civile o amministrativo, sono risolte con gli strumenti tipici della interpretazione in materia penale.

La concezione autonomistica sembra valorizzare, in effetti, proprio il rapporto tra norma penale e realtà, insistendo sulla dimensione materiale del fatto e sul principio di determinatezza. Ma, se così fosse, sarebbe un'equivoca applicazione di tale rapporto.

Guardando alla teoria della fattispecie, ed alla qualificazione delle norme che costruiscono la fattispecie con elementi giuridici extrapenali, cosa accadrebbe se si ritenesse di dover prescindere dai codici extrapenali? La determinatezza della fattispecie risiede proprio nell'esistenza, per la definizione degli elementi normativi, di ordinamenti convenzionali, perché altrimenti quegli elementi, che non hanno carattere descrittivo e non evocano concetti di comune esperienza, resterebbero indeterminati e rimessi all'arbitrio dell'interprete. L'adesione alla concezione autonomistica comporterebbe una surrettizia trasformazione della norma di secondo tipo in norma del terzo tipo, che sono ammesse solo perché l'elemento normativo, extragiuridico, accede ad un reato essenzialmente naturalistico, che si regge principalmente su una legge di copertura scientifica. Nei reati tecnici, invece, il fatto tipico non può essere accertato solo sulla base di leggi di natura e anche nei reati naturalistici con elementi normativi di tipo giuridico questi elementi non sono utilmente definibili sul piano scientifico.

Queste riflessioni chiariscono che il dato essenziale è di avere riguardo a quale vicenda reale la norma penale incrimina. Se questa viene identificata in una vicenda giuridica, sono proprio i principi fondamentali, di legalità e personalità, a postulare che l'elemento giuridico venga considerato senza prescindere dal suo significato originario.

Tutta la problematica si sposta sul versante dell'adattamento del concetto: questo adattamento deve avvenire in coerenza con la ragione che giustifica l'adozione di elementi tecnici da parte del legislatore: incriminare la realtà fisica in una certa configurazione, cioè per ciò che essa identifica nell'ordinamento. Allora, l'interpretazione della fattispecie deve mirare a garantire da un lato il nesso tra fenomeno materiale e giuridico, dall'altro il diaframma. L'adattamento dovrà avvenire valutando il significato fenomenico del dato giuridico: alla giuridicizzazione del fatto operata dal legislatore, corrisponde la fattualizzazione del diritto.

Si ricordi, peraltro, che il diritto civile ed amministrativo sono governati dal principio di probabilità, mentre l'ordinamento penale è retto dalla regola "oltre ogni ragionevole dubbio", ragion per cui il fatto giuridico extrapenale non può mai coincidere con il fatto giuridico penale, perché – non è solo un problema processuale – la logica è diversa.

Nell'operazione di adattamento il criterio principale è l'oggettività giuridica del reato.