

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 autonomista

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 (precepto o norma). La disposizione nasce dai fatti normativi (fonti del diritto), la norma dall'elaborazione del testo (interpretazione); quindi il procedimento di produzione della norma è 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 precepto. 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 disposizione normativa 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 che mentre la legge di copertura della causalità è esplicativa, la legge che governa la relazione normativa, è costitutiva: *B* è conseguenza di *A* in base alla legge giuridica *N*.

Ciò consente di descriverla con i modelli matematici già illustrati¹.

disposizione normativa

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 caso	PREMESSA MAGGIORE regola	CONCLUSIONE risultato
antecedente	norma	conseguente

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

abduzione

PREMESSA MINORE risultato	PREMESSA MAGGIORE regola	CONCLUSIONE caso
antecedente	norma	conseguente

¹ Cap. I, sez. II, § 3.

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.

Invece, non è logicamente possibile che una disposizione istituisca un'inferenza induttiva, poiché, se così fosse, la legge 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.

La legge penale è costruita come argomentazione deduttiva, perché il suo 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 incriminatrici, 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 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

⁴ La legge è ordinata sullo schema generale-particolare, mentre l'induzione è ordinata sullo schema opposto. Si pensi ad una norma giuridica che, recependo il procedimento di formazione di una massima d'esperienza criminale, affermasse che «se si accerta in un elevato numero di processi che in tutti i casi in cui un affiliato a "Cosa Nostra" ha commesso un omicidio strategico i capi ne erano a conoscenza e l'hanno autorizzato, allora in qualsiasi caso un omicidio strategico sia stato commesso da un affiliato a "Cosa Nostra" i capi ne sono stati a conoscenza e l'hanno autorizzato».

⁵ Per restare all'esempio fatto la disposizione sarebbe così formulata: «se un affiliato ad un'organizzazione criminale a struttura verticistica ha commesso un omicidio strategico, 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 formalmente come un'inferenza abduzione.

⁶ È l'ipotesi del reato di detenzione illecita di sostanze stupefacenti, in cui la riforma ha introdotto elementi del fatto che fanno presumere che la sostanza non è destinata ad uso personale.

Esempio ancor più evidente sono i c.d. reati di pericolo presunto, in cui un elemento del reato (l'evento di pericolo) 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.). È da sottolineare come l'inserimento di presunzioni nella fattispecie penale si fondi, per lo più, su regole induttive, che configurano una successione di eventi statisticamente o umanamente probabile.

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

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.

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.

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, le quali 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 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.

La distinzione 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 83; 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. Queste tipologie di 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, altre ancora sono cause di non punibilità in senso stretto¹⁴. La *ratio* per cui tali disposizioni si

¹¹ Le disposizioni 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 disposizione 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 disposizione sul dolo determina l'imputazione soggettiva del fatto nei reati dolosi, in cui in cui la norma incriminatrice non descrive – ma semplicemente istituisce – 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 in senso lato 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.).

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. .

collocano a livello di parte speciale risiede nella loro portata derogatoria o nel ristretto ambito di applicazione, difettando di quel carattere di universalità che ne giustificerebbe 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 c.p. (“Assistenza ai partecipi di cospirazione o di banda armata”), all'interno del libro II, titolo I, e cioè dei delitti contro la personalità interna 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, irretroattività.

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 loro assenza.

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. .

Si discute se ad esse sia applicabile l'art. 25, comma 2 della Costituzione¹⁷.

La centralità nell'ordinamento delle norme incriminatrici giustifica l'elaborazione su di esse della teoria della fattispecie penale.

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 è preliminare 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.

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»,

¹⁷ Cap. VI.

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

il 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 una categoria convenzionale 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, sociale e positiva 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 che la tesi negatrice della concezione funzionale della fattispecie elabora 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 nel dominio 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 carattere dichiarativo, in quanto si limita ad accertare l'esistenza di un nesso causale tra due fenomeni, la legge giuridica collega alla fattispecie gli effetti ed ha pertanto natura costitutiva. Se la legge giuridica, a differenza di quella

¹⁹ Il diritto può predisporre modelli di imputazione alternativi, che prendono il nome di causalità «giuridica», ma allorché utilizzi 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 saltus*.

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 valore 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 costituiva: 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 pre-positivo, 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

È 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 fatto e norma, 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 fisico, perché questo è un accadimento naturalistico che appartiene al mondo reale, mentre quello è un accadimento giuridico, che appartiene al mondo del diritto. Se un fatto fisico è previsto in una disposizione di legge, esso acquista rilevanza giuridica 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 obbiettive che costituivano prova del reato), aveva perso quasi del tutto il significato processuale, per indicare il

²² *Ante*, § 2.

complesso di 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 reato.

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 pena²³.

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.

²³ A rigore, come vedremo, la fattispecie incriminatrice prevede la pena, ma perché tale effetto si produca occorre che il fatto di reato sia suscettibile di qualificazione negativa (nella teoria tripartita anti-giuridicità e colpevolezza normativa). Subentra, dunque, un'ulteriore fattispecie, che si aggiunge alla precedente. In questa sede, tuttavia, il discorso è limitato alla fattispecie incriminatrice, che è quella che contiene il fatto di reato.

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 composta dal fatto di 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 fatto di 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 *“La violazione dell'ordine di cui al comma 5-bis, salvo che sussista il giustificato motivo”*. Il reato consiste nella permanenza illegale sul territorio dello Stato in violazione dell'ordine di allontanarsi emanato dal questore, 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 situazioni simili). Escluso che il “giustificato motivo” abbia natura scriminante²⁴, il suo inquadramento è quello di elemento negativo della fattispecie incriminatrice, non di requisito del reato.

L'art. 10-bis d.lgs. n. 286 del 1998 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. [...] 2. Le disposizioni di cui al comma 1 non si applicano allo straniero destinatario del provvedimento di respingimento ai sensi dell'articolo 10, comma ovvero allo straniero identificato durante i controlli della polizia di frontiera, in uscita dal territorio nazionale”*. Il reato è l'ingresso illegale nel territorio dello Stato, ma nell'ipotesi del secondo comma la pena non si applica, seppure lo straniero abbia effettivamente fatto ingresso illegale nel territorio dello Stato. Il provvedimento di respingimento o l'avvenuta identificazione fungono, cioè, da elemento negativo della fattispecie incriminatrice, perché escludono la pena, senza essere inerenti al fatto di reato.

L'art. 626, comma 1 c.p. stabilisce che *“Si applica la reclusione fino a un anno ovvero la multa fino a euro 206, e il delitto è punibile a querela della persona offesa: 1. se il colpevole ha agito al solo scopo di fare uso momentaneo della cosa sottratta, e questa, dopo l'uso momentaneo, è stata immediatamente restituita”*. Si tratta del cd. furto d'uso, ipotesi attenuata di furto, in cui la restituzione della cosa sottratta si configura come elemento della fattispecie, estraneo al fatto di reato. In tal senso si è pronunciata anche la Corte costituzionale: «la restituzione della cosa sottratta

²⁴ Corte cost. n. 22 del 2007.

costituisce, dunque, condotta susseguente, che fa parte della fattispecie di furto d'uso in senso ampio, fattispecie che include il fatto (integrato, come si è detto, da tutti gli estremi violativi del divieto normativo) e la predetta condotta susseguente: caratteristica peculiare della fattispecie di furto d'uso è che, mentre solitamente la condotta susseguente costituisce realizzazione d'un mutamento di volontà del soggetto attivo del fatto ed ha come effetto, di regola, l'estinzione del reato, la restituzione della cosa sottratta realizza, invece, l'iniziale intenzione del reo ed ha, insieme agli altri elementi del furto d'uso, l'effetto d'attenuare la pena e di condizionare la perseguibilità (a querela) del reato»²⁵.

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 l'ambito del principio di legalità (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) – si intenda il «fatto giuridico», il «fatto tipico», oppure un diverso concetto²⁶.

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 concetto²⁷.

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

²⁵ Corte cost. n. 1085 del 1988.

²⁶ Cap. IX.

²⁷ PALAZZOLO, *Enciclopedia del diritto*, voce *Rapporto giuridico*, XXXVIII, 1987.

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: l'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 sanzione e soggezione di chi deve patirla, il quale può liberarsi di tale soggezione mediante l'assolvimento spontaneo di essa, salva la sopravvenienza di un 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 penale, 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 satisfattori. Perciò la ragione della obbedienza, il dovere, è

riconducibile ad un rapporto, ma l'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 satisfattorio 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 sanzioni²⁸.

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 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, ma anche a spiegare il fondamento del reato omissivo.

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 sintetiche²⁹.

Il codice penale privilegia la legislazione sintetica, ma tra i modelli di legislazione 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 detto³⁰, mentre qui occorre esaminare la natura della disposizione di legge che impiega gli uni o gli altri.

Al riguardo si distingue tra disposizioni:

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

²⁸ Volume 3.

²⁹ Cap. II, § 6.1.

³⁰ Cap. II, 6.1.1 e 6.1.2.

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 tecnici: 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.

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).

È 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 naturali, dalle scienze sociali, da sistemi di

valore. In tale ultimo caso, la ricerca di una legge di copertura è più difficile.

Dunque si procede a trattare:

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

2.1 *Norme descrittive e scienze naturali*

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

L'identificazione dell'oggetto nelle norme descrittive deriva da un'inversione della tradizionale nozione di queste disposizioni, imperniata sull'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 specialistico³¹.

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 viceversa³².

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

³¹ 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.

³² Gli antichi lo dicevano assai bene: «*rem tene versa sequantur*» («possiedi le idee, le parole seguiranno»), ma anche «*nomina sunt consequentia rerum*» («i nomi sono conseguenza della natura delle cose»).

rilievo, dove l'incriminazione sorge spontanea o, come si dice, «naturale», cioè strettamente aderente alla sensibilità collettiva.

Peraltro, 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.

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. È, 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, poiché 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 poter 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 che si affidano a modelli matematici, come matematica³³, informatica, fisica, chimica. Sono scienze esatte, poiché elaborano leggi dotate di natura universale. 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 umane, che studiano l'uomo nella sue diverse manifestazioni, individuali (es. psicologia, antropologia, scienze dell'educazione) e sociali (economia, diritto, sociologia, scienze politiche, scienze della comunicazione).

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 naturalistici³⁴.

La categoria del reato naturalistico soddisfa al meglio i principi di materialità, determinatezza e

³³ Aritmetica, algebra, geometria, analisi, logica.

³⁴ In particolare la psicologia, allorquando si agganci alle neuroscienze. Si pensi alle varie fattispecie con evento psichico.

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 tracciata 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 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'incriminazione³⁵.

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 più generico rispetto alle scienze naturali, 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 il fatto 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. È 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 figure di reati tecnici direttamente incentrate su scienze sociali non giuridiche (es. alcuni delitti contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio e i reati del mercato finanziario).

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 incentrate 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

³⁵ Ci sono poi reati naturalistici la cui struttura essenziale è in parte costruita con il ricorso ad elementi normativi, in virtù dell'estensione del tipo. È 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.

della legge sottesa alla fonte extrapenale richiamata). È 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, con la conseguenza che l'interprete si trova di fronte a significati non univoci, che necessitano di essere adattati alla norma penale che li richiama.

2.3 Norme elastiche e sistemi di valore

Norma elastica è quella che utilizza concetti indeterminati o vaghi, benché determinabili.

Negli studi civilistici si approfondisce la distinzione tra concetto giuridico indeterminato e clausola generale, la quale ultima dà luogo a problemi interpretativi simili. Tale distinzione, che talvolta sfugge in giurisprudenza e allo stesso legislatore³⁶, è decisiva nel diritto penale, dove le clausole generali sono inammissibili.

La clausola generale non esprime una classe di concetti, ma una direttiva per individuare classi di concetti. Essa autorizza il giudice ad un'attività che non è di accertamento del significato di un concetto indeterminato, ma piuttosto individuativa di una premessa maggiore ulteriore e generalizzabile – cioè di una norma del caso concreto – rispetto alla quale potrà poi compiersi l'operazione di sussunzione.

La distinzione si coglie sul piano logico-strutturale, in riferimento allo schema inferenziale delle disposizioni di legge (norma-fatto-effetto) e a quello di connessione normativa (fattispecie-effetto): sotto il primo profilo le clausole generali sono forme logiche della norma, precisamente norme a precetto incompleto³⁷, i concetti giuridici indeterminati sono forme logiche del fatto, ossia modalità di qualificazione della realtà oggetto della norma; sotto il secondo profilo è stato osservato che «quando ricorre una clausola generale il giudice concorre a formulare la norma, mentre nel caso di concetti indeterminati si limita a riscontrare il ricorrere del fatto concreto dell'elemento (elastico)

³⁶ L'art. 30 della legge n. 183/2010 stabilisce: “*In tutti i casi nei quali le disposizioni di legge nelle materie di cui all'articolo 409 del codice di procedura civile e all'articolo 63, comma 1, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, contengano clausole generali, ivi comprese le norme in tema di instaurazione di un rapporto di lavoro, esercizio dei poteri datoriali, trasferimento di azienda e recesso, il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento del presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro o al committente*”. Senonché, in materia di lavoro subordinato i poteri dell'imprenditore sono fissati per lo più tramite concetti giuridici indeterminati, come nell'ipotesi emblematica del licenziamento per giusta causa.

Osserva correttamente A. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Rivista critica di diritto privato*, 1984, pp. 539-540, che le clausole generali «non debbono identificarsi a stretto rigore né con concetti indeterminati od elastici (es. inadempimento grave, licenziamento senza giustificato motivo o giusta causa) né con quelli normativi (diritto altrui, bene demaniale, danno ingiusto) ... sebbene per la maggior parte dei casi le clausole generali sono caratterizzate da un forte grado di indeterminatezza, così come esse fanno uso di valutazioni e non di descrizioni di fatti».

³⁷ MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv.crit.dir.priv.*, 1986.

indicato nella fattispecie. In questi termini la clausola generale viene ascritta agli effetti, i concetti indeterminati alla fattispecie».

Se la disposizione contiene un concetto indeterminato, il giudice non può evadere il limite semantico imposto dalle parole usate dal legislatore, mentre di fronte a clausole generali egli può percorrere la scala di valori offerta dalla clausola per arrivare alla soluzione più idonea nel caso concreto.

Per esemplificare, il concetto di *fedeltà* (art. 143, comma 2, c.c.), di per sé vago e mutevole, lascia al giudice il compito di individuare i codici di comportamento che lo sostanziano, che però fungono anche da limite all'operazione ermeneutica; invece, la clausola generale della *buona fede* (art. 1375 c.c.), non richiede la stratificazione progressiva di molteplici condotte perché sia formato lo standard valutativo, sicché il giudice può autonomamente prelevare dal concreto contesto relazionale il parametro che la specifica. Così, uno stesso comportamento non può essere e non essere sussunto nel concetto di fedeltà, mentre può essere ritenuto contrario o conforme alla buona fede, in base alla tipologia del rapporto (contratti di lavoro, contratti finanziari, contratti esistenziali, rapporti coniugali, ecc.).

In conclusione, con il concetto indeterminato il legislatore individua pur sempre la legge di realtà sottesa alla norma, che però tocca al giudice ricostruire, in ragione della sua debolezza gnoseologica; mercè la clausola generale, invece, il legislatore demanda giudice di individuare la legge di realtà pertinente al tipo di rapporto e al contesto in cui il medesimo si svolge. In tal senso può comprendersi l'affermazione secondo cui, mentre di regola il giudizio di fatto dipende dal contenuto della norma, in presenza di clausole generali è il giudizio di fatto a riempire il contenuto e a concretizzare la norma.

Tanto premesso, l'individuazione delle norme elastiche richiede un passaggio ulteriore.

Come le clausole generali possono essere di tipo normativo o elastico, secondo che si riferiscano a classi di fenomeni governati dalle scienze sociali o da sistemi di valore (art. 2043 c.c. ovvero art. 1375 c.c.), anche i concetti indeterminati possono essere di tipo normativo o elastico, secondo che si riferiscano a classi di fenomeni governati dalle scienze sociali o da sistemi di valore (l'equità nei contratti ovvero il dovere di fedeltà coniugale).

Dunque, possono definirsi norme elastiche solo quelle che 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 costruire il precetto tramite clausole generali elastiche, mentre quelle di tipo normativo danno luogo a disposizioni incriminatrici in bianco, che si pongono in attrito con la riserva di legge. Neppure la fattispecie penale può essere incentrata su concetti indeterminati, dando vita a norme totalmente elastiche, che violano il principio di determinatezza.

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 lascino spazio alla discrezionalità dell'interprete, quali inevitabilmente sarebbero quelli affidate a concetti di valore.

Questo 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 impennate 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 scientifiche³⁸.

Infatti nelle norme penali che si avvalgono di elementi elastici, la legge di copertura del fatto resta quella scientifica, mentre è solo la 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.

In siffatti casi lo sforzo dell'interprete deve essere teso a individuare il significato dell'elemento culturale all'interno delle scienze morali³⁹, senza fermarsi a recepire il diritto vivente, che non può colmare l'indeterminatezza del concetto, perché i giudici restano consumatori e non creatori di leggi di copertura.

In alternativa, tenuto conto che gli elementi culturali connotano il disvalore un reato naturalistico, dovrebbe essere il legislatore a rendere più determinato il concetto, ancorandolo a studi scientifici.

Per restare all'esempio fatto, l'art. 529 c.p. definisce osceni "gli atti e gli oggetti che, secondo il comune sentimento, offendono il pudore". Il pudore descrive un atteggiamento di riserbo, di vergogna o comunque di disagio nei confronti di parole, atti, allusioni o comportamenti che afferiscono alla sfera sessuale. Si tratta di un sentimento complesso che scaturisce dalla violazione dei limiti imposti dalla società al soddisfacimento dell'io narcisistico e pulsionale. Se cambiano le regole del vivere comune, cambiano i perimetri del concetto. Così, il riferimento al comune sentimento è spiegabile alla luce del fatto che il pudore è un sentimento che scaturisce dal rapporto singolo-società tanto che, quanto più il singolo conquista spazi di dominio e autonomia, tanto meno risultano avvertiti sentimenti quali il pudore, la vergogna o l'orrore dinanzi a forme di esistenza (propria o altrui) pulsionali e in conflitto con un ordine stabile e socialmente accettato. Potrebbe forse istituirsi, con qualche cautela, una relazione di proporzionalità inversa tra il livello di disordine sociale e la percettibilità delle offese al pudore.

L'atto (o l'oggetto) è osceno se provoca un turbamento del pudore in un numero tale di cittadini da ritenere soddisfatta la condizione normativa imposta dall'aggettivo *comune*. Non si tratta, quindi, di

³⁸ Cap. I, sez. II, § 6.3.

³⁹ I sistemi culturali sono studiati da discipline accademiche, ma non con il metodo empirico proprio delle scienze, bensì in modo critico o speculativo. Alla prima classe appartengono letteratura, arti figurative, musica, cinema, televisione; alla seconda filosofia, morale laica, religione.

valorizzare nessi causali individuali, essendo irrilevante che il singolo abbia concretamente subito un'offesa al pudore dall'esposizione a un dato comportamento od oggetto a contenuto erotico, quanto di individuare le leggi di copertura che istituiscono un nesso causale tra l'esposizione a materiale sessuale e reazione emotiva di disgusto/disagio.

In linea teorica, posto che il giudice non ha gli strumenti per eseguire simili indagini, il legislatore dovrebbe promuovere una Commissione di studi che proceda nel modo seguente: 1) individui, secondo leggi statistico-matematiche, le condizioni per ritenere *comune* a una certo gruppo di individui un dato rilevamento. In prima approssimazione, si direbbe che comune è ciò che riguarda almeno il 50% dei soggetti campionati; 2) esegua campionamenti significativi, bilanciando la presenza di donne, uomini, anziani, adulti, giovani, eterosessuali, omosessuali etc.; 3) sottoponga i soggetti a test sperimentali al fine di valutarne le reazioni emotive, utilizzando le neuroscienze per rendere accurata la misurazione; 4) sottoponga a consultazione pubblica e dibattito scientifico i dati raccolti; 5) formuli linee orientative; 6) sottoponga le linee a rivisitazione periodica.

In questo modo, pur restando in ombra il meccanismo che determina la reazione emotiva, si fornirà all'interprete una base di lancio per un esercizio non arbitrario del libero convincimento.

Un procedimento simile è, tuttavia, dispendioso, sicchè non resta che affidarsi nell'interpretazione al metodo scientifico, demandando al giudice il compito di rintracciare il significato dell'osceno nelle opere letterarie, artistiche e cinematografiche contemporanee, nei mass media (stampa e televisione), nei saggi di filosofia e morale, nella religione cattolica.

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 tipico⁴⁰. È 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:

⁴⁰ 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.

- teoria sanzionatoria;
- teoria autonomista;
- 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 nessuna 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.

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 corollari:

- i concetti di matrice extrapenale devono essere 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 automaticamente 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 applicazione⁴¹.

Si è già avuto modo di rilevare, trattando dell'autonomia dell'ordinamento penale, l'infondatezza di questo argomento⁴². 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 dell'illecito, in base alla funzione cui assolve nel sistema penale.

⁴¹ Cap. III, § 6.1.

⁴² Cap. II, § 10.

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 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 la sua oggettività giuridica.

Per rendersi conto delle distorsioni che produce un incondizionato ed aprioristico travaso dei concetti extrapenali 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 non appartenenti alla disponibilità giuridica del soggetto passivo, o diretti ad arricchire un terzo e, dunque, forieri di un acquisto privo dell'*animus possidendi*.

3.2 *Concezione autonomista*

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 in cui 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 autonomista 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 corollari:

- i concetti di matrice extrapenale vanno elaborati all'interno dell'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, pur ricevendo una diversa valutazione nel diritto penale e nell'ordinamento cui appartiene, resta lo stesso fenomeno. Per necessità logica, pur nella diversità di trattamento e valutazione, esistono 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 autonomista, 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 autonomista 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 *Concezione 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, già in passato 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 teorie perché assume come base concettuale della fattispecie 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 giuridica⁴³.

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.

La giurisprudenza, chiamata a pronunciarsi sulla nozione di "altruità" della cosa nell'art. 646 c.p., ha aderito alla teoria intermedia⁴⁴.

⁴³ 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.

⁴⁴ Cass. sez. un., n. 37954 del 2011: «Di principio, quando la fattispecie penale utilizza per la designazione di un fatto, o di un istituto, un «termine» che ha in altro ramo del diritto una propria configurazione «tecnica», dovrebbe presumersi che anche il diritto penale lo assuma con analogo significato, giacché il diritto richiede certezze e riconoscibilità, e dunque l'uso di elementi normativi deve conformarsi quanto più possibile ai canoni della determinatezza e tassatività. Per accogliere ai fini penali una diversa accezione del termine, occorre trovare nella stessa legge penale una ragione, ovvero quella che autorevole dottrina definisce «una giustificazione conveniente», per «segni certi», della diversa accezione. Tali segni, o indicatori, vanno ricercati, secondo le regole generali sull'interpretazione delle leggi, oltre che nella formulazione della disposizione, nel confronto con altre disposizioni e nella funzione della norma: sulla base, in altri termini, delle «finalità perseguite dall'incriminazione e del più ampio contesto ordinamentale in cui essa si colloca», come costantemente ricorda il Giudice delle leggi segnalando la necessità di verificare il rispetto del principio di determinatezza mediante il ricorso al criterio, altresì, dell'offesa (tra molte: Corte cost., sentenze n. 327 del 2008, n. 5 del 2004, n. 34 del 1995, n. 122 del 1993, n. 247 del 1989; ordinanze n. 395 del 2005, n. 302 e n. 80 del 2004). Non importa, quindi, il numero dei parametri utilizzati, ma il livello di certezza, e quindi di riconoscibilità, che essi sono in

Precisamente, ha messo a raffronto la nozione penalistica di possesso, che amplia quella civilistica, con l'oggettività giuridica del reato, anche alla luce del sistema dei delitti contro il patrimonio⁴⁵.

grado di conferire, oggettivamente e senza contraddizioni, all'individuazione di un significato in tutto o in parte diverso rispetto a quello adottato nel diverso ramo del diritto.

Non può negarsi, all'inverso, che alcuni termini che hanno uno specifico significato tecnico-giuridico in altra branca del diritto, siano impiegati nella legge penale attribuendo loro un significato tratto dal «linguaggio comune», fatto proprio e utilizzato dalla norma penale ai propri fini. Esempi di questa duplicità di accezioni sono per l'appunto tradizionalmente individuati nell'uso, nelle fattispecie penali, delle locuzioni di «possesso» e «detenzione», di «altruità» e proprietà, per le quali è opinione risalente e consolidata che esse non designano l'esatto equivalente degli omonimi concetti propri del diritto civile.

Pure una stabile tradizione interpretativa, esercitata nel rispetto del principio di legalità, può d'altra parte confluire a conformare le norme assicurando al sistema sanzionatorio quel livello di prevedibilità che, come efficacemente ricordato dall'Avvocato Generale nella requisitoria odierna richiamando copiosa giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo (tra molte: sentenze 5 aprile 2011, Sarigiannis c. Italia; 17 maggio 2010, Kononov c. Estonia; 3 novembre 2009, Sujagic c. Bosnia-Erzegovina), costituisce garanzia sia per i destinatari dei precetti sia per l'ordinamento obiettivo: anche l'effetto di prevenzione generale degli illeciti presupponendo che il testo normativo sia uniformemente interpretato e reso così riconoscibile dai consociati».

⁴⁵ «Il problema interpretativo di cui si è occupata la sentenza Li Calzi, che è ora riproposto alle Sezioni Unite, concerne in particolare l'individuazione della portata normativa del termine «altrui» impiegato nell'art. 646 cod. pen. per definire l'oggetto della «appropriazione» penalmente rilevante, posta in essere dal «possessore», su denaro o bene fungibile. Nella struttura della norma la condizione di «altruità» del bene si contrappone dunque a quella di mero «possessore» dell'agente, che, appropriandosene, pone in essere, per usare una definizione usuale, una interversione del possesso. La nozione di altruità non può per conseguenza prescindere, in primo luogo, dalla nozione di possesso.

Ora, è osservazione unanime, in giurisprudenza e dottrina, che il termine «possesso» è numerosissime volte adoperato nel codice penale con significato del tutto equivalente a quello di «detenzione». La promiscuità dell'uso è particolarmente evidente in tutte le disposizioni che si riferiscono ad ipotesi di detenzione o possesso in sé illegali o sanzionati per la provenienza illecita dei beni cui si riferiscono. Parimenti, nell'ambito dei reati che hanno a specifico oggetto la tutela del patrimonio, pubblico o privato che sia, il «possesso» non appare distinguibile, secondo l'esegesi oramai tradizionale, dalla «detenzione», purché autonoma. I due termini, correlati a quelli di «altruità» e di «patrimonio», lungi dal connotare di significati civilisti le condotte cui si riferiscono, fungono così piuttosto da criteri denotativi, e vanno letti in funzione della delimitazione in negativo, prima ancora che della perimetrazione in positivo, delle condotte incriminate.

L'analisi del significato da attribuire nella specifica fattispecie incriminatrice in esame al termine «altrui», riferito a bene fungibile posseduto da altri, richiede, per conseguenza, di considerare altresì le linee di demarcazione tra le varie figure criminose che hanno ad oggetto la tutela del medesimo bene, il patrimonio privato, e i profili di corrispondenza con le fattispecie, analoghe, che concernono il patrimonio pubblico.

È egualmente considerazione condivisa che come la sottrazione a chi autonomamente detiene la cosa è elemento costitutivo del furto; così, specularmente, l'autonoma detenzione non derivante da sottrazione integra il possesso rilevante per l'appropriazione indebita. Nella nozione di possesso rilevante per l'appropriazione indebita possono rientrare vari casi di detenzione, ma, perché resti saldo il confine tra fattispecie, il minimo richiesto è che si tratti di detenzione in nome proprio e non in nome altrui, ossia in virtù di un rapporto di dipendenza con il titolare del diritto (tra molte: Sez. 6, n. 32543 del 10/05/2007, Varriano, Rv. 237175; Sez. 2, n. 4853 del 20/12/1993 Balzaretto, Rv. 197781). È, d'altra parte, significativo (come puntualmente osserva Sez. 6, n. 5447 del 04/11/2009, Donti, Rv. 246070) che in relazione al peculato, figura omologa all'appropriazione indebita nell'ambito dei delitti contro la pubblica amministrazione, il legislatore, con la riforma del 1990, abbia affiancato nell'art. 314 cod. pen. alla nozione di «possesso» quella di «disponibilità», così espressamente riconducendo il rapporto dell'agente con la cosa nell'ambito «di un ampio potere autonomo, che gli consenta di disporne, con obbligo tuttavia di rispettarne la destinazione», in linea con l'interpretazione già consolidata in relazione ad entrambe le fattispecie appropriative.

Parallelamente, proprio la considerazione del denaro, che è bene fungibile per eccellenza, come possibile oggetto dell'appropriazione di cosa altrui, rende palese che il legislatore non ha inteso utilizzare la nozione di altruità nel senso, strettamente civilistico, di proprietà distinguibile dalla disponibilità. Per il diritto civile la proprietà delle cose fungibili si trasferisce, per specificazione e separazione, con il trasferimento del possesso, e il denaro è perciò destinato a confondersi con il patrimonio di chi lo possiede, né in relazione ad esso sono configurabili diritti reali di terzi. Anche nel caso che taluno abbia ricevuto da altri una somma, per custodirla o per impiegarla in un certo modo, incombe sull'accipiente soltanto l'obbligo di rendere o di impiegare l'equivalente, a scadenza, secondo pattuizione, non il divieto di farne, nel frattempo, uso. Il riferimento, nell'art. 646 cod. pen., al possessore di denaro altrui, è invece indice certo che per il diritto penale la regola della indistinguibilità tra disponibilità e proprietà di cose fungibili non può valere indiscriminatamente. Deve per altro rammentarsi che se nel diritto civile proprietà e diritti reali consistono nella signoria sulla cosa che si acquista nei modi stabiliti dalla legge, mentre il possesso è il potere sulla cosa che si manifesta

La conclusione in ordine alla qualificazione dell'omesso versamento di contributi previdenziali come appropriazione indebita è negativa⁴⁶.

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 extrapenalistici.

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 extrapenalistici sono norme di secondo tipo, in cui l'interprete deve operare un'integrazione,

in un'attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale (esercitabile direttamente o per mezzo di chi ha la detenzione), non suscettibile di trasferimento per atto tra vivi disgiuntamente dalla proprietà o dal diritto reale del quale costituisce l'esercizio (Sez. U., n. 7930 del 27/03/2008, Rv. 602815), va da sé che tali nozioni legali interessano poco il diritto penale patrimoniale in generale, e la fattispecie recata dall'art. 646 cod. pen. in particolare, che guarda invece, e sanziona, proprio la rottura unilaterale delle relazioni di subordinazione o derivazione, secondo diritto, tra poteri di fatto e titolo legittimo per l'esercizio di essi poteri sulle cose. Ciò comporta, tuttavia, che, ferma l'autonomia dell'accezione con la quale le nozioni di «possesso» o bene «altrui» sono usate nella fattispecie in esame, la individuazione delle situazioni che realizzano una rottura degli schemi delle relazioni legali tra titolo e potere esercitato, tanto grave per l'ordine economico da essere punibile a titolo di appropriazione indebita, non può prescindere dal considerare la relazione, violata e, perciò, la diversità di natura, nell'ambito del diritto civile, dei rapporti patrimoniali intercorrenti tra le parti».

⁴⁶ «Così, nonostante l'ampliamento della nozione di «altruità», nulla consente di ricondurre ad essa qualsivoglia diritto di credito, fosse anche liquido ed esigibile. Impedisce, al contrario, di considerare costitutiva di appropriazione indebita ogni condotta di inadempimento di un'obbligazione che veda come prestazione o controprestazione, seppure «vincolata», la dazione a un terzo di una somma di denaro, se non altro il fatto che l'inadempimento di una mera obbligazione è già sanzionata penalmente - e più lievemente - dall'art. 641 cod. pen., ma esclusivamente nell'ipotesi in cui essa sia stata assunta, *ab origine*, con il proposito di eluderla e dissimulando lo stato d'insolvenza. Efficace indicazione per una regolazione di confini proviene da Sez. 2, n. 7770 del 09/02/2010, Di Bernardo (non massimata), laddove osserva che sarebbe irragionevole «assegnare ad una stessa condotta materiale di interversione del possesso una portata differenziata a seconda della natura del bene - fungibile o infungibile - quando è lo stesso testo normativo a parificare sotto questo profilo il precetto, facendo espresso riferimento, quale oggetto della condotta appropriativa, a «denaro» o ad altra «cosa mobile altrui»».

È la stessa formulazione normativa, in altre parole, che impone all'interprete di considerare il denaro, al quale l'agente ha dato una destinazione diversa da quella dovuta, come se fosse una qualsiasi altra cosa mobile infungibile. Se denaro o cosa facevano parte del patrimonio dell'inadempiente quando ha assunto l'obbligo di impiegarli o destinarli a favore di un terzo, egli sarà senz'altro responsabile con l'intero suo patrimonio per l'inadempimento, ma non potrà essere sottoposto ad azione di rivendicazione né potrà imputargli alcuna interversione del possesso o condotta appropriativa. Se l'inadempiente ha invece ricevuto il denaro o la cosa per impiegarli o destinarli nell'interesse del terzo, la sua condotta di apprensione (impropriazione) e sottrazione (espropriazione) del bene alla destinazione in vista della quale ne aveva acquisito la disponibilità, costituirà, che abbia o non abbia ad oggetto un bene infungibile suscettibile di rivendicazione, appropriazione indebita rilevante ai sensi dell'art. 646 cod. pen.».

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 autonomista 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 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 che li definiscono? 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 autonomista comporterebbe una surrettizia trasformazione della norma di secondo tipo in norma del terzo tipo, le quali ultime sono ammesse nell'ordinamento penale 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, che deve essere coerente 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 svelare il nesso tra concetto giuridico ed episodio reale, valutando il significato fenomenico del dato giuridico: alla giuridicizzazione del fatto operata dal legislatore, corrisponde la fattualizzazione del diritto. In tal senso, dunque, il processo di adattamento dei concetti giuridici deve avvenire alla luce delle categorie scientifiche, piegando la nozione tecnica fino al punto limite consentito dal suo significato d'origine, per massimizzare il suo valore empirico, utilizzando i concetti giuridici come mediazioni del fatto storico, e quindi assicurare a quei concetti il massimo grado di prossimità alla natura, alla realtà, a ciò che è stato fatto.

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.